



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

Rafael de Medeiros Teixeira

PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: A REFORMULAÇÃO DO SISTEMA TRADICIONAL COM BASE NAS NORMAS DE *JUS COGENS*

DIPLOMATIC PROTECTION: THE REFORMULATION OF THE TRADITIONAL SYSTEM BASED ON *JUS COGENS* NORMS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Internacional Público e Europeu.

Orientador: Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos.

Coimbra

2018

Ao meu Deus, meus pais, irmã e minha noiva, por serem meu alicerce.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me fazer chegar até aqui, por me dar sabedoria e saúde para vencer todos os momentos. O Teu Amor nos sustentou até aqui e sou grato por todas as maravilhas que em mim realiza. Que possa ser um eterno servo.

Em seguida, aos meus pais e minha irmã pelo amor, paciência e por sempre acreditarem em mim, mesmo quando não mereci tamanha gratidão. Também à minha noiva, que abdicou de si por este projeto de vida e que possibilita diariamente sonharmos juntos um futuro melhor para nossa família.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos por partilhar todo imenso conhecimento, possibilitando que até aqui chegasse. Insiro, ainda, agradecimentos especiais ao Doutor Wladimir Brito, que atendeu-me com tamanha gentileza e ainda, à Doutora Patrícia Galvão Teles, que fez parte de um momento importante em minha trajetória académica e profissional, ao permitir-me auxiliá-la na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em Genebra (2017) na 69^a Sessão e, conseqüentemente, conhecer a fundo o ponto ápice de desenvolvimento desta dissertação.

Por fim, agradeço a todos os profissionais da Universidade de Coimbra, que esforçam-se diariamente para elevar o nome desta nobre instituição.

RESUMO

A constante evolução da sociedade gera, por consequência, a necessidade de evolução dos mais variados institutos jurídicos, seja em âmbito nacional, comunitário, mas principalmente internacional. Os desafios de um mundo globalizado encontram-se não apenas nas questões económicas e mercadológicas, sendo necessário depositar especial atenção nos mecanismos de proteção dos indivíduos. Certo é que nesse sentido o direito internacional evoluiu em conceito e prática, deixando, todavia, o instituto da Proteção Diplomática como um mecanismo rígido, de difícil acesso e caído em constante desuso pelos Estados. O surgimento de sujeitos de direito internacional e de tribunais internacionais que visam a proteção dos direitos humanos geraram efeitos práticos, que ano após ano fazem os Estados declinarem na intenção de exercer a Proteção Diplomática sob argumentos, principalmente, da possibilidade de exercício discricionário. Contudo, faz-se necessário observar que a evolução progressiva do direito internacional, sobretudo por parte da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, permite-nos afastar o requisito da discricionariedade, bem como outros requisitos práticos, quando um estrangeiro tiver seus direitos violados no estrangeiro e esses direitos forem reconhecidos e aceitos como normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*).

Palavras-chave: Proteção Diplomática. *Jus Cogens*. Normas Imperativas de Direito Internacional.

ABSTRACT

The constant evolution of society therefore results in the need for the development of a wide range of legal institutes, at national, Community and international level. The challenges of a globalized world lie not only in economic and market issues, but special attention must be paid to the protection mechanisms of individuals. It is true that in this sense international law has evolved in concept and practice, leaving the Institute of Diplomatic Protection as a rigid mechanism that is difficult to access and is constantly being disused by States. The emergence of subjects of international law and international tribunals aimed at the protection of human rights produce practical effects in which year by year States were declining of intention to exercise Diplomatic Protection arguing, in particular, the discretionary power of exercising. However, it should be noted that the progressive evolution of international law, especially by the United Nations' International Law Commission, allows to remove the requisite of discretion and other practical requisite when a foreigner has the rights violated abroad and these rights are recognized and accepted as a peremptory norms of general international law (*Jus Cogens*).

Keywords: Diplomatic Protection. *Jus Cogens*. Peremptory Norms of General International Law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CDI – Comissão de Direito Internacional

Corte IDH – Corte Interamericana dos Direitos Humanos

ONU – Organização das Nações Unidas

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: ORIGEM, CONCEITO E APRECIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL	12
1.1. Contexto Histórico	12
1.2. Conceito	13
1.2.1. Doutrina do <i>Standard Mínimo (The Minimum Standard Doctrine)</i>	16
1.2.2. Doutrina do Tratamento Nacional	18
1.3. Condições de Aplicabilidade	19
1.3.1. Da Nacionalidade	20
1.3.1.1. Proteção dos Nacionais	20
1.3.1.2. A Proteção de Apátridas e Refugiados.....	26
1.3.1.3. A Proteção de Pessoas Coletivas	27
1.3.2. Do Esgotamento Prévio dos Recursos Internos	28
1.3.3. <i>Clean Hands Doctrine</i>	32
1.3.3. As Cláusulas Calvo.....	34
2. AS NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> E SUAS IMPLICAÇÕES EM SEDE DE PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA	37
2.1. Natureza Jurídica e Identificação.....	37
2.1.1. Normas de Direito Internacional Geral (<i>General International Law</i>)	45
2.1.2. Reconhecimento e Aceitação	50
2.1.3. Excludentes de Ilícitude: “Violação ou Cumprimento Forçado” Face à Inderrogabilidade das Normas de <i>Jus Cogens</i> ?	54
2.2. Efeitos Legais das Normas de <i>Jus Cogens</i> na Responsabilidade dos Estados.....	58
2.3. A Relação <i>Jus Cogens</i> e Proteção Diplomática sob a Ótica da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas	60
3. A VULNERABILIDADE DO SISTEMA TRADICIONAL	63
3.1. Contextualização: Pontos de Ruptura no Atual Cenário do Direito Internacional	63
3.2. A Nova Perspectiva do Instituto Através de Sistemas de Proteção Alargada: Direito exclusivo de cidadania da União e Organismos Internacionais?	68
3.2.1. A Proteção Comunitária e a Diretiva (UE) 2015/637 do Conselho	69
3.2.2. A Proteção Funcional	72

3.3. A Necessidade de Alteração do Modelo Clássico de Proteção Diplomática para a Efetividade na Proteção dos Direitos Humanos	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85
Bibliografia	85
Relatórios e Documentos	90
Jurisprudências, Opiniões e Pareceres	92
Tratados Internacionais e Diretivas (UE)	94

INTRODUÇÃO

Dos mecanismos jurídicos de proteção internacional dos direitos do homem, optou-se pela exploração da Proteção Diplomática. Este instituto destacou-se com força e frequência nos tribunais internacionais no passado em episódios de violação ao patrimônio de estrangeiros residentes em um determinado Estado de acolhimento e que recorriam ao Estado da nacionalidade para representá-lo internacionalmente por um dano sofrido passível reparação. Sua utilização estigmatizada na seara patrimonial não limita-se, porém, nestes dados.

A partir da criação da Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, principalmente, da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, o desenvolvimento progressivo do direito internacional ocupou-se com diversos temas, e de 1998 a 2006 a Proteção Diplomática esteve na pauta de análise dos seus membros, que mesmo após longas discussões, passados 20 anos (e com recente aprovação dos projetos de artigos na CDI), doutrinadores ainda questionam-se sobre a real finalidade do instituto, nomeadamente como um mecanismo de proteção dos direitos do indivíduo ou sistema de regulação das relações interestaduais.

É sabido que por mais longo que seja o primeiro registo da Proteção Diplomática a um cidadão localizado em um território diverso ao de sua nacionalidade, a real preocupação com seus direitos individuais só foi efetivamente desenvolvida durante e ao final da segunda guerra mundial. Cidadãos de diversas nacionalidades foram forçados a deslocar-se de seus países a fim de fixarem sua residência em outro local em que não houvesse risco demasiado, bem como viram seus bens confiscados em razão da nacionalidade do Estado onde sequer possuía mais ligação efetiva. Somado a isto, países Europeus passaram a preocupar-se com as condições em que eram submetidos seus nacionais que decidiam migrar para países situados, por exemplo, na América Latina e que as políticas de igualdade de nacionais e estrangeiros não eram garantidas e sequer havia um *standard* mínimo de tratamento dos indivíduos lá residentes.

Portanto, mobilizaram-se os Estado em busca de um tratamento mínimo aos indivíduos e, em paralelo, foram desenvolvendo conceitos e teses acerca da Proteção Diplomática onde o Estado da nacionalidade apresentava uma reclamação em face do Estado de acolhimento do indivíduo – presumidamente agente lesante. Contudo, apesar desta possibilidade de reparação do dano sofrido, diversas lacunas à efetiva proteção criaram-se ao longo do tempo, e mesmo com o desenvolvimento progressivo da Proteção Diplomática, as normas

imperativas de direito internacional, também conhecidas como normas de *Jus Cogens*, ainda encontravam resistência na altura, fazendo com que estas normas de suma importância na garantia e efetividade dos direitos humanos fossem desconsideradas em sede de Proteção Diplomática.

Todavia, em razão da natureza, conceito, aplicabilidade e efeitos legais de tais normas, buscamos demonstrar que apesar da existência de um conceito, modelo e sistema clássico do exercício da Proteção Diplomática, quando um indivíduo situado no estrangeiro sofrer uma violação ao seu direito e este for reconhecido e aceite pela comunidade internacional dos Estados como uma norma de *Jus Cogens*, afastar-se-ão requisitos que a doutrina clássica qualifica como essenciais, designadamente, a nacionalidade (e a nacionalidade efetiva) e a discricionariedade de exercício. Portanto, demonstraremos que se não houver a reformulação do sistema tradicional de Proteção Diplomática com base nas normas de *Jus Cogens*, esquecer-se-ia das normas que vinculam a comunidade internacional e forçar-se-ia o indivíduo a buscar um sistema de proteção e reparação diverso, não alcançando a plena efetividade deste instituto jurídico.

Portanto, para melhor compreensão do objeto acima exposto, torna-se de fundamental a explicação o instituto da Proteção Diplomática quanto a sua origem, conceito e apreciação na ordem jurídica internacional, perpassando por temáticas como as condições de aplicabilidade do sistema tradicional, nomeadamente, a nacionalidade, o esgotamento prévio dos recursos internos, a *Clean Hands Doctrine* e também as Cláusulas Calvo. Já para compreendermos a necessidade de alteração do sistema clássico para um sistema de proteção alargada, o estudo das normas de *Jus Cogens* passa pela necessidade de percebermos o que são, como se formam, sua aceitação no cenário jurídico internacional e, principalmente, sua relação com a Proteção Diplomática. Por fim, propõe-se um estudo em que confrontam os sistemas tradicional e de proteção alargada, apresentando pontos de ruptura do modelo clássico frente às novas interpretações do Direito Internacional, principalmente no que toca a efetividade dos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, apresentando, ainda, inovações práticas a nível internacional em que Estados e Organizações Internacionais propuseram visando a proteção de seus cidadãos, familiares destes, bem como seus funcionários no exercício da função concedida.

Esta proposta encontra-se solidificada nas mais variadas doutrinas de direito internacional, em Diretivas da União Europeia e jurisprudências dos tribunais internacionais. Além

destas, utiliza-se, principalmente, os trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que enriqueceu a temática abordada com as discussões e Projetos de Artigos sobre a Proteção Diplomática e, essencialmente, sobre as normas de *Jus Cogens*, concluído apenas no ano de 2018.

1. A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: ORIGEM, CONCEITO E APRECIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

1.1. Contexto Histórico

A temática abordada às questões relativas ao instituto da Proteção Diplomática demonstra-se fundamentalmente alicerçada na construção gradual do entendimento do estrangeiro como sujeito revertido de direitos, mesmo fora do território de sua nacionalidade.

É importante destacar desde logo, utilizando o ensinamento de JORGE MIRANDA¹, que a Proteção Diplomática subsiste como uma modalidade de proteção das pessoas através do Direito Internacional, coexistindo atual e paralelamente a ela institutos como a proteção humanitária, proteção dos refugiados, proteção internacional dos direitos do homem e o tratamento em geral dos estrangeiros. Nesse sentido, historicamente percebemos a apreciação de um direito atribuído àqueles sujeitos “não-cidadãos” quando trazemos sob análise o Direito Romano no tocante ao *Ius Gentium*, conhecido como o “Direito das Gentes”. Sob esta ótica, contrapunha-se ao conceito de *Ius Civile* que abordava questões internas aos cidadãos romanos, e por mais que também estivéssemos diante de um direito interno, encontrava-se regulamentada as relações jurídicas entre estrangeiros ou de romanos com estes².

Somado a isto, acresce-se que aos finais da Idade Média são encontrados registos de mecanismos internacionais de proteção dos estrangeiros, nomeadamente a Garantia de Privilégios e o sistema de Cartas de Represália. Fundamentalmente importante para esta análise está esta última, onde era “conferida pelos soberanos dos estrangeiros que haviam sofrido prejuízos noutros territórios”³ e que serviu de origem ao presente instituto da Proteção Diplomática. Este sistema, em linhas gerais, garantia ao estrangeiro que houvesse sofrido um dano o direito a recorrer ao seu Estado de nacionalidade a fim que este buscasse uma indemnização pelos danos por ele (Estado) sofridos. Ou seja, a lesão ao nacional é tratada como lesão ao seu próprio Estado.

Em sequência, no século XVI, há uma crescente evolução e preocupação dos Estados no tocante à proteção dos atos praticados por seus cidadãos fora do território nacional por razões económicas, políticas e humanitárias. Contudo, os tratados bilaterais de proteção ao

¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª Ed., Principia, Cascais, 2016, p. 311-312.

² PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 19.

³ GIL, Ana Rita. *Imigração e Direitos Humanos*. Petrony Editora, 2017, p. 167.

direito dos estrangeiros só passaram a apresentar características igualitárias e humanitárias a partir da implementação de ideais Iluministas, onde eram celebrados entre os soberanos em favor de “terceiros beneficiários” (estrangeiros), buscando-se a reciprocidade aos que viviam em um dos territórios, bem como a proteção à pessoa e propriedade dos indivíduos e garantindo-lhes, ainda, liberdade à fixação de residência, circulação, religião, acesso aos tribunais e proteção contra cobranças discriminatórias⁴, liberdade de navegação e comércio, direito de abandono do país por pelo menos 6 meses em caso de guerra, entre outros⁵.

Ao aprofundarmos em uma análise criteriosa acerca do enquadramento do estrangeiro nessa potencial relação jurídica, é crucial perceber que o indivíduo que teve seu direito violado nada mais era que uma figura ilustrativa do alargamento da soberania do Estado de sua nacionalidade, onde nas situações onde ocorriam danos aos nacionais no Estado de acolhimento, o sujeito lesado não era o “prejudicado final”, mas sim o próprio Estado de nacionalidade personificado na pessoa singular.

Todavia, somente após a Segunda Guerra Mundial o cenário internacional altera-se drasticamente. O indivíduo deixa de ser apenas mais um personagem fictício e subordinado ao exercício da soberania Estatal. Os direitos do homem passam a ser proclamados em larga escala e sua inserção como sujeito de direito internacional reflete-se em diversos institutos de proteção, como a própria Proteção Diplomática, que passa a ser o mecanismo em que um Estado da nacionalidade reclama ao Estado de acolhimento a reparação por violação dos direitos de seu nacional neste território. Entretanto, apesar desta evolução, jamais tornou-se pacífica a aproximação deste instituto às mais variadas formas de violação dos direitos do homem.

1.2. Conceito

No que toca o conceito, utilizando-se FERREIRA DE ALMEIDA, a Proteção Diplomática é um “mecanismo indirecto de tutela de direitos” de caráter subsidiário⁶. Portanto, há uma relação que, por consequência da prática de um ato ilícito internacional contra um sujeito (pessoa física ou coletiva) estabelecido em território diverso ao de sua nacionalidade, o

⁴ Idem, p. 167.

⁵ Vide Tratado de Utrecht de Navegação e Comércio Grã-Bretanha e Braça, Tratado de San Petersburgo (1782).

⁶ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2ª. Ed., 2003, p. 329-330.

Estado de nacionalidade busca uma compensação contra o Estado de acolhimento deste indivíduo lesado.

Em razão do presente instituto ter como fonte de Direito Internacional o costume, e por já ter sido exposta a necessidade na consolidação do entendimento de questões controversas, há 20 anos a Organização das Nações Unidas através de sua Comissão de Direito Internacional busca a codificação da matéria. Nesse sentido, apenas em 2004 uma parte dos projetos de Artigos foram adotados, sendo posteriormente alterados na 58ª Sessão da CDI em 2006⁷. Neste documento podemos encontrar a como definição a Proteção Diplomática sendo:

“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”.

Dessa forma, chegamos à conclusão que a proteção diplomática é uma via diplomática de solução de conflitos entre dois Estados, onde um veio a praticar um ato que gerou danos a um determinado nacional do outro Estado. Contudo, destaca-se que mesmo com o dano ocorrido e caracterizado o nexo de causalidade deste com o ato do Estado, é necessário que o ato danoso seja violador das normas internacionais, afastando-se do campo de atuação diplomática os prejuízos causados por atos de responsabilidade interna.

Extraindo-se, ainda, entendimento dos Projetos de Artigos aprovados pela CDI, perceberemos – neste mesmo Artigo 1º – que poderá ser exercida a Proteção de forma diplomática por “quaisquer outros meios de solução pacífica”, portanto, não sendo necessário recorrer-se aos meios judiciais ou arbitrais visando a resolução compulsória. O que busca-se, na verdade, em primeiro momento, é a resolução livre de tribunais, litígios e desgastes diplomáticos entre ambos Estados. Nesse mesmo sentido, BLANCO⁸ subdivide a Proteção Diplomática em sentido estrito sob duas vertentes. A primeira, uma ação diplomática de governo a governo (reclamação formal, negociação ou conciliação), e a segunda, a ação judicial que

⁷ Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

⁸ BLANCO, Dámaso Javier Vicente. *La Proteccion de Las Inversiones Extranjeras Y La Codificacion Internacional de Arbitraje*. Revista Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales. Vol. 1 Nº. 3 (1995), p.115.

deve possuir como etapa antecessora a ação diplomática, podendo ser exercida por mais distintos meios, nomeadamente a arbitragem ou por tribunais internacionais.

Continuamente, no Artigo 3º encontra-se uma questão de necessária análise: o *direito* do Estado a proteger ao indivíduo lesado. Tal característica possibilita o Estado da nacionalidade, ao tomar conhecimento por parte do interessado à proteção do dano ocorrido por ato internacionalmente ilícito, optar por atuar ou não de forma diplomática na busca da reparação ao dano sofrido por seu nacional. Ainda nesse sentido, podemos constatar que inúmeras constituições – a exemplo da Constituição da República Portuguesa⁹ – apresentam a Proteção Diplomática como um direito fundamental de seus cidadãos. Contudo, é importante tão logo afirmar que por mais prevista esteja esta condição, não há qualquer validade desta em plano internacional, sendo certo que normas de direito interno jamais poderão confrontar regras de Direito Internacional. Dessa maneira, a doutrina majoritária seguida pela CDI compreendeu este instituto enquanto direito apropriado de um Estado, onde este assumirá a figura do lesado e tomará como própria a reclamação¹⁰. Por esta razão, e principalmente pelo fato de o Estado da nacionalidade poder assumir a posição de vítima do ilícito internacional, encontramos autores que caracterizam a Proteção Diplomática como um sistema de regulação das relações interestaduais, e não como o mecanismo de proteção dos direitos do indivíduo¹¹.

No que toca a jurisprudência, o caso *Barcelona Traction*¹² julgado pelo Tribunal Internacional de Justiça torna-se emblemático quanto ao entendimento de discricionariedade do Estado de nacionalidade na decisão de proteção ou não de seu nacional uma vez que é prolatado no Acórdão:

“within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting”.

“The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will

⁹ Cfr. Artigo 14 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁰ FARIAS, Eduardo Pimentel de. *A Protecção Diplomática e Consular Enquanto Vértice Internacional da Cidadania da União Europeia – Um Estudo Sobre a Origem, Identidade e os Desafios de uma Capacidade Vertida Sob a Ótica Discricionária*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 69.

¹¹ SUDRE, Frédéric. *Droit Européen et International des Droits de l’Homme*. 12ème Édition, Puf, 2015, p. 27.

¹² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970. P. 78 e 79, Judgment of 5 February 1970.

cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case”.

Reconhecidas desde muito as limitações e fragilidades ao exercício, bem como por possuir como fonte o costume, o Direito Internacional veio a debruçar-se sobre o tratamento dos Estados de acolhimento para com seus estrangeiros. Assim, destacamos doutrinas encarregadas de “definir o que se podia entender como tratamento injusto que acarretasse a responsabilidade dos Estados e o conseqüente recurso à proteção diplomática”¹³. Destas doutrinas, por mais antigos que sejam seus registos, auxiliaram os Estados a balizarem conceitos a serem utilizados na seara da Proteção Diplomática, por esta razão, a Doutrina do *Standard Mínimo* e a Doutrina do Tratamento Nacional se fazem de essencial análise.

1.2.1. Doutrina do *Standard Mínimo* (*The Minimum Standard Doctrine*)

Também conhecida por Doutrina do “Tratamento Internacional Mínimo”, “*Standard de Civilização*”¹⁴ ou “*Standard de Justiça Civilizada*”¹⁵, o *standard* mínimo possui sua origem em uma antiga doutrina da negação de justiça (*doctrine of denial of justice*). Esta possui registo tão longínquo como a Grécia antiga e foi adotada como parte da “lei das nações” por Hugo Grotius e Emer de Vattel, onde a perceberam durante os séculos XVII e XVIII como derivado da *natural law*. Já no século XIX substituída por uma visão moderna mais positivista da “*law of nations*”, e sob esta ótica, a *law of Nations* é “baseada no implícito consentimento das nações demonstrado através de uma prática costumeira”¹⁶.

Esta doutrina baseia-se na estipulação de um tratamento internacional mínimo, “resultante do costume internacional e de princípios gerais do direito”¹⁷, a indivíduos estrangeiros situados em um território de acolhimento diverso ao de sua nacionalidade independente da realidade vivida neste país. Ainda mais, esta obrigação implica um direito universal que todos os indivíduos dentro de um determinado território possuem para que seus direitos sejam respeitados, não dependendo de reciprocidade entre dois ou mais Estados. Dessa forma,

¹³ Cfr. GIL, Ana Rita. *Ob. Cit.*, p. 170.

¹⁴ Cfr. GIL, Ana Rita, *idem*.

¹⁵ Cfr. Borchard, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of international Claims*. Kraus Reprint Co., 1970, p. 106.

¹⁶ MUSSI, Adriana Sánchez. *International Minimum Standard of Treatment*. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2008, p. 2.

¹⁷ GIL, Ana Rita, *Ob. Cit.*, p. 171.

o Estado de acolhimento deverá respeitar os cidadãos estrangeiros lá estabelecidos mesmo que um outro Estado não o pratique com seus nacionais¹⁸. Ressalta-se que nos tempos coloniais esta doutrina ligava-se à proteção da vida e liberdade dos indivíduos, envolvendo também sua propriedade e investimento contra expropriações e medidas económicas de países que ainda estavam em desenvolvimento¹⁹.

Ou seja, desde outrora, verificou-se a enorme necessidade de proteção aos nacionais que tinham sido situados em outros territórios, a fim de evitar-se que questões envolvendo supremacias ao interesse do nacional em detrimento ao do estrangeiro, soberania nacional, política internacional, conflitos armados, entre outras razões, sujeitassem os estrangeiros a condições e tratamento desigual, injusto e incompatível com as regras do direito das gentes.

Assim, de modo que o direito internacional tornou-se responsável por determinar este *standard*, passou a dificultar-se o entendimento acerca da parametrização deste conceito e o conteúdo destes direitos. Portanto, Ana Rita Gil elenca que BORCHARD²⁰ considera que corresponder-se-ia aos direitos fundamentais (*rights of man*) partilhados pela comunidade internacional, já ROTH²¹ refere-se a esta doutrina como sendo o “nível de tratamento comum que as nações civilizadas conferiam aos estrangeiros” mesmo não sendo necessário o reconhecimento por universal dos direitos por estes, por outro lado VERDROSS²² entende se tratar dos “direitos que emanam da dignidade da pessoa humana”, e por fim, BRIERLY²³ defende como “as ideias aceites na civilização moderna”.

Portanto, é compartilhado o entendimento que preconiza BORCHARD e VERDROSS. Ou seja, o *standard* mínimo traduz-se em um meio de garantir a proteção internacional dos estrangeiros, sua dignidade da pessoa humana e de seus *direitos fundamentais* onde quer que se encontrem ou residam e independente da situação política, económica ou cultural do Estado de acolhimento.

¹⁸ LAYS, David. *Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach*. Harvard International Law Journal, Vol. 57, 2016, p. 8.

¹⁹ MUSSI, Adriana Sánchez. *Ob. Cit.*, p. 3.

²⁰ BORCHARD, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. Kraus Reprint Co., 1970, p. 12.

²¹ ROTH, Andreas Hans. *Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*. A.W. Sijthoff, 1949, p. 87.

²² VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 5 ed., Antonio Truyol y Serra (tradução), Tolle Lege Aguilar, 1973, p. 289.

²³ BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. 4 ed., M.R. Crucho de Almeida (tradução), Fundação Calouste Gulbekian, 1979, p. 282.

1.2.2. Doutrina do Tratamento Nacional

A Doutrina do Tratamento Nacional vincula-se à ideia da soberania Estadual no que toca o tratamento de seus nacionais. Ou seja, a capacidade jurídica de um Estado de, segundo suas regras internas, atuar no interesse e na convivência diária de seus nacionais em seu território.

Esta apresenta registros do Séc. XIX, onde à época Estados em desenvolvimento, especialmente da América Latina, visavam a atração de estrangeiros para seus territórios em busca de investimento para desenvolvimento local. Nesse sentido, atestavam como garantia o tratamento igualitário aos seus nacionais, tanto na esfera civil, como na econômica²⁴.

Ao passo que esta garantia é dada aos estrangeiros que lá passaram a deslocar-se, o tratamento nacional trouxe a ideia, segundo ELLES²⁵, de que “*a person who voluntarily entered the territory of a State not his own and resided there accepted the consequences including the legal institutions of the host State*”. Contudo, cabe frisar que a existência dessa autonomia soberana do Estado esteve a pôr em causa a existência da doutrina anteriormente referida, nomeadamente o *Standard* Mínimo internacional de tratamento ao estrangeiro no território de acolhimento, pois uma vez que o tratamento de um Estado aos seus nacionais fosse mais desfavorável ao mínimo tratamento estabelecido em um *standard* internacional, estar-se-ia em causa a desigualdade na introdução de um estatuto especial ao estrangeiro em detrimento dos nacionais. Por este fato, dizia-se não existir “um *standard* universal de tratamento dos estrangeiros, mas apenas vários *standards* nacionais que cada Estado estabelecia unilateralmente”²⁶.

Nesse sentido, por mais razoabilidade que haja nesse argumento, é de sólida compreensão que regras de direito interno jamais poderiam justificar a violabilidade de uma norma de direito internacional. Assim, aproveitavam-se para fincar a bandeira do Estado soberano e dissipavam o conceito da soberania da legislação nacional a fim de confrontar-se uma fonte de direito internacional e tentava-se, conseqüentemente, afastar a incidência de responsabilidade internacional e o exercício da Proteção Diplomática.

²⁴ GIL, Ana Rita. *Ob. Cit.*, p. 173.

²⁵ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (New York, Banks Law Publishing Co., 1915), p. 179, *In. ELLES*, Diana. *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*. United Nations, New York, para. 21, 1980, p. 3.

²⁶ GIL, Ana Rita. *Ob. Cit.*, p. 173.

Contudo, após a XV Reunião do 3º Comité da Conferência da Haia, em 1930, visando a codificação de certos institutos do Direito Internacional, restou a adoção e reconhecimento da existência de um regime de tratamento mínimo internacional em obediência à dignidade da pessoa humana, criando, por consequência deste e de sua generalização, regras que passaram a ser designadas como os “direitos fundamentais do estrangeiro”²⁷.

Logo, ao passo que reconheceu-se o direito dos estrangeiros em plano internacional, a necessidade de um tratamento mínimo internacional e a consequente imputação da responsabilidade internacional do Estado que violasse este *standard*, a doutrina e a jurisprudência passaram desenvolver as condições em que o presente instituto deveria ser aplicado.

1.3. Condições de Aplicabilidade

Nesta seção abandonaremos por alguns parágrafos o entendimento próprio acerca das condições de aplicabilidade, abordando-se o entendimento da doutrina majoritária, as jurisprudências dos Tribunais Internacionais, bem como os projetos de artigos aprovados em sessões da Comissão de Direito Internacional da ONU.

Destacamos que o desenvolvimento e conclusão do entendimento das condições em que os Estados da nacionalidade podem (ou devem) proteger seus nacionais não apresentou-se pacífico desde o início. Além da inexistência de entendimento consolidado, questões fundamentais de efetividade plena e direitos humanos chamaram atenção da comunidade internacional de forma tardia, como por exemplo, a proteção nos casos de indivíduos apátridas. No mais, é importante destacar a mutabilidade e, principalmente, ampliação nos mecanismos de proteção adotados pela União Europeia com o advento da Diretiva (UE) 2015/637 do Conselho²⁸, de 20 de abril de 2015 onde foi reconhecido o direito à Proteção Consular também aos familiares dos cidadãos da União que os acompanhem e que não estejam representados em um país terceiro.

Sabe-se que um dos requisitos de mais fácil percepção é o da nacionalidade. Contudo, uma vez preenchido esse requisito, de fato, não podemos afirmar que haverá constatação inequívoca do direito à proteção de um nacional que sofreu um dano em decorrência de ilícito internacional no território de acolhimento. É importante compreender que se assim

²⁷ Idem, p. 175.

²⁸ Vide Art. 5º da Diretiva (UE) 2015/637 do Conselho.

fosse, estariam os Estados submetidos a uma insegurança jurídica tamanha que a superficialidade deste primeiro requisito apresenta. De forma mais profunda, perceber o que é a nacionalidade, como esta surge, quem possui competência de regulamentação, atentar-se para as situações do estrangeiro naturalizado, do apátrida e do refugiado fará com que tenhamos consciência da complexidade deste.

No mesmo sentido, os demais também apresentam suas particularidades, demonstrando que o nacional residente em um outro Estado diverso ao de sua nacionalidade não possui a prerrogativa automática à proteção uma vez que comprovado este vínculo. Portanto, apontaremos como condições requisitos de aplicabilidade da Proteção Diplomática: a nacionalidade, o esgotamento prévio dos recursos internos e a *Clean Hands Doctrine*. Abordar-se-á, ainda, a incompatibilidade de existência das Cláusulas Calvo no âmbito da Proteção Diplomática.

1.3.1. Da Nacionalidade

1.3.1.1. Proteção dos Nacionais

Consideramos fundamental desde já promover a conceituação da Nacionalidade como sendo um vínculo jurídico-político de um determinado indivíduo com seu Estado. Em sentido paralelo, mas não idêntico, a cidadania restringe-se ao “feixe de direitos e deveres que daquela ligação decorrem, ou seja, o *conteúdo*”²⁹. Ademais, é relevante acrescentar que o direito à nacionalidade foi elevado ao patamar de direito humano fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No que toca a competência na instituição de leis e regulamentos para aquisição de determinada nacionalidade, cada Estado dentro de sua soberania poderá utilizar dos critérios que julgar mais convenientes, seja o *jus soli*, *jus sanguinis* ou ambos aplicando respectivas condições para a atribuição. Contudo, nenhum indivíduo deve ser privado de forma arbitrária à obtenção de uma nacionalidade ou impedido de mudá-la³⁰.

Nesse sentido, como regra geral, uma vez que esteja definida a nacionalidade do indivíduo lesado, tornar-se-á apenas legítimo o requerimento para fins de Proteção Diplomática ao Estado de nacionalidade.

²⁹ RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*. 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 10, rodapé nº. 1.

³⁰ Cfr. Art. 15º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este requisito é apontado no próprio Artigo 3º, nº. 1 dos *Draft Articles* aprovados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, uma vez que foi definido que “*The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality*”. Percebe-se, portanto, que a nacionalidade é uma condição *sine qua non* de aplicabilidade e regra geral do âmbito do sistema tradicional da Proteção Diplomática.

Quando aprofundamos nas hipóteses de aquisição de uma determinada nacionalidade, percebemos que a estipulação dos critérios primários de *jus soli* ou *jus sanguinis* são insuficientes para compreendermos este requisito no que toca a Proteção Diplomática. Ou seja, apenas aqueles que obtiveram a nacionalidade de forma *originária* poderiam valer-se ao direito de proteção?

De fato, não. Em sequência, no Artigo 4º dos mesmos *Draft Articles* encontra-se previsto que:

*“For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, **naturalization, succession of States** or in any other manner, not inconsistent with international law”.* (Grifo nosso)

Portanto, mesmo nas hipóteses em que um indivíduo não adquirir a nacionalidade de forma originária, poderá ser contemplado com tal proteção. Não importará neste caso a forma como um indivíduo se tornará nacional de um Estado, pois uma vez que preencher os requisitos legais de obtenção poderá justificar este vínculo jurídico-político em sede de Proteção Diplomática.

Contudo, o Tribunal Internacional de Justiça apresentou, ainda, um entendimento que considerou a necessidade de uma “*conexão real*” entre o nacional e o Estado que o protegia. Esta decisão é tomada em sede do *Nottebohm Case – Liechtenstein vs. Guatemala*³¹. Tem-se em causa neste julgamento Friedrich Nottebohm, nascido e nacional da Alemanha, mas que na Guatemala fixou sua residência e desenvolveu suas atividades por longos anos, mantendo sua nacionalidade alemã mesmo residente neste último. Ocorre que com o início da Segunda Guerra Mundial, em 1939, decidiu naturalizar-se liechtensteiniano, e mesmo assim, foi considerado pelo Estado da Guatemala cidadão inimigo e entregue às forças Norte Ame-

³¹ *Nottebohm Case (Second Phase) – Liechtenstein vs. Guatemala*, 1955, p. 4.

ricanas. Com o desrespeito e desconsideração com um de seus cidadãos, Liechtenstein buscou a via da Proteção Diplomática no TIJ *versus* a Guatemala, que suscitou em sede preliminar a falta de competência do Estado de naturalização na proteção ao indivíduo lesado em razão da inexistência de vínculo efetivo destes.

Por mais que a forma de obtenção de uma respectiva nacionalidade se trate de uma questão soberana do Estado, entende o Tribunal que a prática internacional apresenta muitos exemplos de Estatais, no exercício da sua jurisdição, que não necessariamente geram efeitos automáticos em plano internacional³². Portanto, uma vez que a Proteção Diplomática estava levada a uma jurisdição internacional, a análise sobre a validade da respectiva norma também deveria ser analisada à luz das normas de direito internacional, não estando o Estado *ex adverso* vinculado na mesma interpretação. Por este fato, restou decidido pelo TIJ que no caso em questão não seria possível a satisfação do pressuposto de nacionalidade uma vez que o indivíduo lesado não possuía qualquer vínculo efetivo com o Estado que se naturalizou (Liechtenstein), afastando a aplicabilidade deste instituto *prima facie*. E dessa forma, o Tribunal apresentou o conceito da nacionalidade, com base na prática dos Estados, decisões arbitrais e judiciais e doutrinas como sendo “*a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties*”³³.

Aqui encontra-se em causa o Princípio ou Doutrina da Nacionalidade Efetiva. Por mais ambíguo e contraditório que possa parecer, este entendimento em nada interfere na soberania do Estado em qualificar seus nacionais, posto que isto vincula-se à sua manifestação de independência³⁴. Esta é, em sentido absolutamente diverso, uma via razoável de impossibilitar a sub-rogação de uma lei municipal à jurisdição internacional.

Com base na jurisprudência do caso Nottebohm, houve certo receio quanto a interpretação extensiva da doutrina da Nacionalidade Efetiva, onde ocasionalmente poderia ser entendida a necessidade desta conexão real mesmo para todas as situações de apreciação da nacionalidade³⁵. Ou seja, não apenas os cidadãos plurinacionais submetiam-se a esta obrigação, mas também aqueles que possuíam uma nacionalidade. Contudo, a própria CDI afastou

³² Idem, p. 21.

³³ Idem, p. 23.

³⁴ Cfr. Flegenheimer Case—Decision No. 182 20 September 1958 U.N.R.A., vol. II, p. 1184.

³⁵ First report on diplomatic protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur (DOCUMENT A/CN.4/506 and Add. 1), 7 March and 20 April 2000, para. 106, p. 228.

a possibilidade declarando que se assim fosse considerado, milhões de pessoas seriam excluídas do benefício à Proteção Diplomática, criando-se, então, uma “classe de desprotegidos”. Esta preocupação justifica-se, pois a Proteção Diplomática, se assim fosse considerada, beiraria a nulidade uma vez que seu propósito é a proteção dos nacionais no estrangeiro, destacando que em muitas situações, o vínculo efetivo entre estes tornou-se tênue ou inexistente³⁶.

No que toca este princípio, a jurisprudência em *Flegenheimer Case*³⁷ (Comissão de Conciliação Itália-Estados Unidos) soluciona a problemática, uma vez que vincula esta apenas nas situações em que está em causa uma dupla nacionalidade do indivíduo protegido pelo Estado demandante. Sendo assim, a Comissão destaca que:

*“when a person is vested with only one nationality, which is attributed to him or her either jure sanguinis or jure soli, or by a valid naturalization entailing the positive loss of the former nationality, the theory of effective nationality cannot be applied without the risk of causing confusion”*³⁸.

Acrescenta-se que os critérios que farão chegar à compreensão de qual nacionalidade será efetiva são, nomeadamente, a residência habitual, a conduta económica, social, política, cível e familiar do indivíduo³⁹, entre outros, que deverão ser analisados *in casu*.

Aproveitando o supramencionado, há exigência pela doutrina, jurisprudência, e também concluído pela CDI, que para fins de constatação da Nacionalidade Efetiva na Proteção Diplomática, deve o lesado a possuí-la de forma contínua. Nesse sentido, não poderá o indivíduo ter perdido a nacionalidade do respectivo Estado que requer a proteção. Contudo, o momento de confirmação da existência e permanência do vínculo jurídico-político não se apresentou de forma pacífica, uma vez que parte entendia que a nacionalidade deveria perdurar desde a lesão até o momento em que a queixa é apresentada pelo Estado⁴⁰. Por outro

³⁶ Forcese, Craig. *The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the ‘War on Terror’*. The European Journal of International Law Vol. 17 n. 2, EJIL, 2006, p. 381.

³⁷ Decision n. 182 of 20 Sept. 1958, 14 RIAA 327. Disponível em http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/327-390.pdf.

³⁸ Idem, p. p. 377.

³⁹ Cfr. *Mergé Case*, Decision n. 55 Of 10 June 1955, para. 6, p. 247. Disponível em http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/236-248.pdf.

⁴⁰ Cfr. Instituto de Direito Internacional em Resolução adotada em Varsóvia (1965). In.: FERRÃO, Marisa Caetano. *A Protecção Diplomática – Contributo para a Compreensão do seu Regime Jurídico*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 365, rodapé 87.

lado, houve quem sustentasse que a continuidade deveria ser analisada na data da decisão, exigindo o prolongamento até a resolução do conflito⁴¹.

Parece-nos razoável sustentar posição primeira, sendo certo que o fluxo migratório, somado às grandes possibilidades de obtenção de nacionalidade pela via derivada, bem como situações onde Estados restringem as opções de plurinacionalismo, podem acarretar que o indivíduo lesado em determinado momento do processo (que não é célere) venha a adquirir nacionalidade de Estado terceiro e, conseqüentemente, perca a anterior. Nessas situações onde, por diversas razões alheias à vontade do estrangeiro, o processo não findou em tempo regular e que lhe atribuisse segurança jurídica, não parece ser de boa razão à espera da conclusão do procedimento.

Tal discussão acerca da nacionalidade continuada também se deu em razão da necessidade de afastamento do *fórum shopping*. Ou seja, um modo ilícito de “escolha de jurisdição”, onde o indivíduo utilizaria de sua prerrogativa plurinacional optando pela mais vantajosa e não propriamente em decorrência de sua necessidade de representação. Portanto, de forma conclusiva, acrescenta-se o assunto também abordado no n.º 1 do Artigo 5º dos *Draft Articles*, onde o Estado competente para exercer a Proteção Diplomática ao indivíduo que era nacional será observada “*from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates*”.

Porém, já no n.º 2 deste mesmo Artigo, é prevista a possibilidade de exercício da proteção nos casos em que o protegido não era nacional à época do dano, mas tornou-se posteriormente e ainda reveste-se desta qualidade à época da apresentação formal da reivindicação. Vale destacar, ainda, que esta exceção encontra limitação no número subsequente deste Artigo, sendo, então, previsto que deixará de ser cabível caso esteja em causa um Estado de nacionalidade anterior desta pessoa, por um dano causado quando essa pessoa era um nacional do Estado de nacionalidade anterior e não do Estado de nacionalidade mais recente.

Acresce-se de necessidade de ilustração as situações em que a título excepcional poderá ser exercida a proteção diplomática de um Estado a determinado estrangeiro. Estas situações ocorrem quando estiver em causa documento convencional a vincular Estados em relação de protetorado ou por via de representação internacional. Interpreta-se esta hipótese

⁴¹ Nesse sentido: HILLIER, Tim. *Principles of Public International Law*. 2 Ed, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999, p. 173. In.: FERRÃO, Marisa Caetano. *Ob. Cit.*, p. 365, rodapé 86.

como sendo as situações em que um determinado Estado encarrega outro de proteger seus nacionais em um Estado terceiro de acolhimento⁴².

Maria Caetano Ferrão⁴³ acrescenta, ainda, a hipótese de proteção diplomática exercida por um Estado a estrangeiros aquando da existência de grande número de lesados, sendo a maior parte nacional de um Estado e a minoria de outro (ou, eventualmente, outros). Assim, pareceria razoável sustentar a preferência do Estado com maior número de lesados efetuar a respectiva queixa a favor de todos ao invés de ter-se em causa diversas reclamações por vários outros Estados de diferentes nacionalidades.

Além do Princípio da Nacionalidade Efetiva, há que se destacar a existência de outro princípio vinculado ao direito internacional público e à própria Proteção Diplomática, nomeadamente, a igualdade soberana dos Estados. Este, já encontra-se em jurisprudência em *Canevaro Case*⁴⁴. Aqui esteve em discussão a impossibilidade de exercício do presente instituto quando está-se em causa um cidadão de dupla nacionalidade, tanto do Estado de proteção, como do que busca compensação. Ou seja, Raphael Canevaro, cidadão italiano e peruano, buscou a Proteção Diplomática da Itália em face do Estado peruano. Contudo, em decisão arbitral, fixou-se o entendimento de que sob as circunstâncias apresentadas, era irrelevante o status de Canevaro como cidadão italiano, pois o governo peruano possuía o direito de considera-lo cidadão do Peru e rechaçar sua reclamação como nacional italiano⁴⁵. Vale destacar que esta desconsideração se deu à luz de uma interpretação do que já considerava-se a Nacionalidade Efetiva, pois neste mesmo acórdão é citado o fato de Raphael Canevaro se portar como cidadão peruano, principalmente ao candidatar-se Senador (cargo ocupado apenas por indivíduos desta nacionalidade).

Todavia, ressalta-se que a evolução na interpretação do conceito e aplicabilidade da Nacionalidade Efetiva e da Igualdade Soberana dos Estados não é pacífica e apresenta-se com grande mudança teórica e embasada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas como um garantidor às pretensões dos indivíduos em sede de proteção diplomática – e que será objeto de análise posteriormente.

⁴² FERRÃO, Marisa Caetano. *Ob. Cit.*, p. 362. Completa esta autora a presente exemplificação em rodapé nº. 81 e 82, trazendo em causa o conflito entre Portugal e União Indiana, onde ambos países entregaram a proteção dos nacionais situados em outro Estado de acolhimento, respectivamente, ao Brasil e Egito. Cita-se, ainda, o extinto exemplo de territórios sob tutela da Organização das Nações Unidas.

⁴³ Idem, rodapé 84, p. 364-365. Esta questão encontra-se registrada na página 336, parágrafo 5, do Relatório da CDI de 1996.

⁴⁴ *Canevaro Case*, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 3 May 1912. Disponível em http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/1912.05.03_Italy_v_Peru.pdf.

⁴⁵ Idem, p. 2.

1.3.1.2. A Proteção de Apátridas e Refugiados

Se considerássemos apenas a regra geral de aplicabilidade da Proteção Diplomática para o preenchimento deste primeiro requisito, nomeadamente, a nacionalidade, estaríamos à beira da desconsideração de figuras de extrema relevância no cenário de proteção internacional.

Os apátridas, vistos como uma “figura jurídica disfuncional”, por motivos diversos não estão revestidos de nenhum vínculo jurídico-político com determinado Estado, e por isso, no plano internacional estão desvinculados a estatutos específicos de nacionalidade e exercício de cidadania. Por estes motivos, não contemplar estes indivíduos com um instituto que garante sua proteção seria esquecer-se das causas humanitárias hoje amplamente defendidas.

Quanto a estes, a CDI no Artigo 8º, nº 1 dos *Draft Articles*, apresenta a possibilidade de ser exercida a Proteção Diplomática em seu favor desde que preenchido o requisito de residência legal e habitual no Estado protetor à época do dano e da reclamação. Ou seja, aqui, a ideia da Nacionalidade Continuada é substituída pelo conceito de *Residência Legalmente Habitual Continuada*.

A figura dos Refugiados é conceituada na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados⁴⁶ e por diversas situações aponta a necessidade humanitária do indivíduo refugiar-se em um Estado diverso ao de sua nacionalidade por inúmeras questões lá elencadas, mas que de modo geral, resultam da impossibilidade ou falta de interesse do Estado nacional em garantir o respeito e preservação à segurança e vida do seu respectivo cidadão. Nesse sentido, em um instituto de proteção internacional, não haveria razoabilidade condicionar àquele Estado a titularidade no exercício da Proteção Diplomática do nacional que lá não se sente seguro e protegido. Assim, ainda no nº. 2 do mesmo Artigo 8º, a CDI condiciona a mesma obrigatoriedade já prevista aos Apátridas, nomeadamente a *Residência Legalmente Habitual Continuada*. Portanto, o Estado de acolhimento do refugiado será titular do direito uma vez que esteja preenchido o requisito de continuidade da residência legal e habitual do reclamante.

⁴⁶ Vide United Nations Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees. Disponível em <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10>.

Reparemos que a Proteção Diplomática exercida em favor de Apátridas e Refugiados são medidas de caráter excepcional, uma vez que a regra basilar é a do exercício discricionário de proteção do Estado da nacionalidade em favor de um nacional situado, residente ou de passagem em um Estado de acolhimento. Aqui, quando a proteção se dá em favor destas figuras, estaremos diante de situações onde o Estado de acolhimento fará a proteção dos indivíduos não nacionais.

Contudo, há que chamar atenção para o fato do refugiado estar revestido de um vínculo jurídico-político, diferentemente do Apátrida. Nesse sentido, em razão do Princípio da Igualdade Soberana dos Estados, a CDI no nº. 3 do Artigo 8º afasta a possibilidade de exercício da proteção em favor deste por ato contrário ao direito internacional quando o Estado reclamado é o da nacionalidade do refugiado.

Parece-nos desmedida esta interpretação e incompatível com a diretriz protecionista abraçada na concepção deste direito, uma vez que a condição de refugiado se dá por questões alheias à vontade do indivíduo, como medida excepcional e em casos onde o refúgio só foi requerido a partir de um ato danoso do Estado da nacionalidade contra a vida e segurança pessoal.

1.3.1.3. A Proteção de Pessoas Coletivas

Quando a Proteção Diplomática é reclamada através de uma pessoa coletiva, estar-se-á em causa a observância de diversas possíveis questões, nomeadamente, a nacionalidade daquele Estado onde a pessoa coletiva condicionou seu estatuto. Ou seja, o ordenamento jurídico ao qual foi incorporada. Contudo, esta regra pura e simples, sem prévia análise de questões complementares como a nacionalidade dos sócios, acionistas e a possibilidade de dissolução da pessoa coletiva fazem com que certa cautela deva ser considerada.

Inicialmente, como jurisprudência emblemática, é de lembrar o já citado caso *Barcelona Traction*⁴⁷ (Bélgica vs. Espanha), onde em sede de Proteção Diplomática visou a Bélgica recorrer ao Tribunal Internacional de Justiça após reclamação de alguns seus nacionais, acionistas da empresa canadiana que possuía empresas filiais/subsidiárias na Espanha, por danos praticados por este governo após o desenvolvimento de uma política nacionalista e prejudicial às empresas estrangeiras, fazendo com que a companhia tivesse a falência decretada.

⁴⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970.

Após apresentada a reclamação, por mais que a maior parte do capital desta companhia fosse de titularidade de nacionais da Bélgica, restou indeferida preliminarmente a proteção dos interesses dos respectivos nacionais uma vez que foi entendido o Estado do Canadá como o titular da nacionalidade da Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, tendo em vista que esta havia submetido seu regime jurídico ao respectivo país.

Esta temática e suas exceções também demandaram a atenção da CDI que, seguindo a regra geral, também apontou vias alternativas na consideração da nacionalidade quando estiver em causa uma pessoa coletiva. Assim, quando a sociedade possuir a administração de sua sede e controle financeiro em Estado diverso ao da incorporação, bem como for controlada por nacionais de outros Estados e lá não possuírem atividade comercial relevante, atribuir-se-á a nacionalidade ao Estado que possui administração e controle financeiro.

Cita-se, ainda, as exceções nos casos em que esteja em causa: (1) lesão direta ao acionista por ato internacionalmente ilícito praticado sem vínculo com os danos sofridos pela sociedade; (2) nos casos em que a respectiva sociedade deixar de existir em sua sede; e (3) quando a nacionalidade da sociedade seja a mesma do Estado responsável⁴⁸.

1.3.2. Do Esgotamento Prévio dos Recursos Internos

Recordando quanto ao conceito do presente instituto, faz de suma importância destacar o caráter subsidiário supracitado. Justifica-se pelo fato da necessidade de esgotamento de todas as vias administrativas e judiciais internas do Estado de acolhimento, de modo que esta condição também é vista como requisito *sine qua non* para a reparação do dano pela via da Proteção Diplomática.

No caso *Mavrommatis*⁴⁹ encontramos o entendimento do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, que o caracterizou como um “princípio básico do direito internacional”, e também pelo TIJ no caso *Elsi*⁵⁰ como uma “norma costumeira de direito internacional”, onde permite-se um Estado proteger seus nacionais por atos contrários ao direito internacional praticados por outro Estado, em que neste último não conseguiram obter a satisfação por meios comuns.

⁴⁸ FARIAS, Eduardo Pimentel de. *Ob. Cit.*, p. 86.

⁴⁹ The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, SERIES A – Nº. 2 August 30th, 1924, p. 12. Vide conforme o texto: “*C'est un principe élémentaire du droit international 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*”.

⁵⁰ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, para. 51.

Esta obrigatoriedade possui fundamento no respeito para com a soberania jurisdiccional do Estado que supostamente praticou o dano que pretende ser reclamado na via internacional. Dá-se, então, a prioridade ao Estado lesante na solução de um litígio ocorrido em seu território, bem como fundamenta-se este princípio na busca da prevenção na utilização abusiva da Proteção Diplomática, na subordinação voluntária do estrangeiro ao ordenamento jurídico ao qual reside ou situa-se, ao sustento no princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros⁵¹ e, ainda, acerca da importância na economia do sistema global de proteção⁵².

Destaca-se que para a teoria processual de manifestação da responsabilidade internacional do Estado, o *dano internacional basta-se por si só* a fim de configurar tal responsabilidade. Aqui aplica-se a diferença temporal entre o surgimento desta responsabilidade e a implementação dela através da proteção diplomática – sendo esta última necessariamente subordinada ao esgotamento de recursos internos. Já em sentido oposto, a teoria substantiva (ou substancial) da responsabilidade do Estado apresenta a perspectiva de surgimento somente após o esgotamento de recursos internos do suposto autor do ato ilícito. Contudo, a aplicabilidade de ambos entendimentos para fins de Proteção Diplomática acarretará, necessariamente, na exaustão de recursos internos no Estado que cometeu o suposto dano, importando esta diferenciação apenas para clarificação da distinção momento em que um ato tornar-se-á internacionalmente ilícito⁵³.

Portanto, é de suma importância destacar que este princípio básico de direito internacional seja observado também como um mecanismo de respeito e garantia na equidade entre os sistemas jurisdicionais de cada Estado soberano, onde, para fins do exercício da diplomacia, ambos devem confiar na mais imparcial, justa e eficaz prestação da tutela jurisdiccional do Estado reclamado. Assim, a submissão de uma demanda na esfera jurídica internacional pode acarretar, além do prejuízo já potencialmente causado ao nacional protegido, um desgaste diplomático entre Estados soberanos que deveriam confiar nos seus sistemas internos.

⁵¹ QUADROS, Fausto de. *O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 50, Vol. I, Abril, 1990, p. 124-125.

⁵² PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Ob. Cit.*, p. 617.

⁵³ Nesse sentido: FRIGO, Manlio. *Notas sobre a Evolução Histórica do Instituto da Proteção Diplomática no Sistema da Organização das Nações Unidas*. Università Degli Studi di Milano. Rivista Sequência. Vol. 31, nº. 61 (2010), p. 21. Vide também FARIAS, Eduardo Pimentel. *Ob. Cit.*, p. 88-90.

Mesmo sob tal confiança mútua entre os Estados, a CDI claramente demonstrou preocupação acerca da pluralidade de sistemas processuais que cada soberania carregava em seu ordenamento jurídico. Nesse sentido, o entendimento acerca do que seria o esgotamento dos recursos internos (*Local Remedies*) poderia se tornar uma medida prolixa, ambígua, imprecisa e, inclusive, inócua no que toca a apreciação dos Estados, dos particulares, e inclusive, dos Tribunais, envolvidos em determinado litígio, gerando, por consequência, insegurança jurídica para todas as partes.

No Relatório elaborado pela CDI⁵⁴, os *Draft Articles with Commentaries* definem os *Local Remedies* como os “meios” jurídicos à disposição do estrangeiro pela legislação do Estado reclamado, sendo certo que, previsto na lei municipal a admissibilidade de um recurso na corte suprema, deverá o reclamante assim fazê-lo. Acrescenta, ainda, que a necessidade de esgotamento das vias administrativas e judiciais só se dá para os casos em que seja possível a confirmação de um direito e acarrete uma decisão vinculativa, excluindo-se a obrigatoriedade de soluções por parte do poder executivo – que exercerá um poder discricionário. Logo, a máxima utilizada é a que “*ubi jus ibi remedium*” – onde há direito, há recurso.

Vale ressaltar que este esgotamento vincula-se apenas para aqueles meios que sejam *essenciais*, *acessíveis*, *suficientes* e *eficazes* para o fim da violação e seus efeitos ao direito do indivíduo. Mais, importa que estes “meios” são *essenciais* quando têm por característica a real necessidade e não apenas a discricionariedade procedimental, além do mais, caracterizam-se por meios processuais ordinários, excluindo-se a necessidade de percurso pela via extraordinária. Quanto ao requisito de *acessibilidade*, significa dizer que os meios eficazes encontram-se à disposição do reclamante sem qualquer obstáculo (v. g. denegação de justiça, onde pode ser constatada quando o tribunal administrativo ou judicial está impossibilitado de exercer o julgamento por falta de um titular e sem previsão de solução, bem como nas situações em que este estiver sob impedimento ou suspeição) e também de modo seguro, direto e imediato. No que toca os meios serem *suficientes*, é de mais fácil compreensão a utilização do entendimento destes “não serem extravagantes”, ou seja, não podem ser recursos que apresentem natureza protelatória, sem objetivo de solução da demanda, excessivos e contra a economia processual. Por fim, serão *eficazes* aqueles recursos que oferecem uma real, e não meramente uma teórica, probabilidade de sucesso⁵⁵.

⁵⁴ Document A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 2), Vol II, Part Two (2003), p. 36, commentary 5.

⁵⁵ QUADROS, Fausto de. *Ob. Cit.*, p. 127-129. Para este autor, a própria exaustão de determinado recurso no Tribunal Constitucional está afastada naqueles Estados onde a queixa constitucional não está sujeita ao particular de forma direta, mas por meio de terceira entidade a quem cabe optar pela interposição do recurso.

Por mais que a regra geral da confiança no sistema jurídico dos Estados e na capacidade soberana destes resolverem conflitos gerados no seio de seu território nacional exista, é de se presumir que o presente costume de direito internacional deverá comportar exceções a fim de garantir a maior efetividade do sistema jurídico internacional, bem como dos diversos institutos a ele vinculados. Destarte, as exceções à exaustão dos recursos internos de um determinado Estado, previstas pela CDI, ocorrerão nos casos em que: (a) não houver recursos internos razoavelmente disponíveis, bem como os que não forneçam nenhuma possibilidade razoável de reparação do dano, ou ainda nos casos em que sequer existam meios⁵⁶; (b) estiver em causa demora processual excessiva na busca reparação por parte do Estado supostamente responsável⁵⁷; (c) não houver conexão relevante entre o indivíduo lesado e o Estado (v. g. presença física, residência, propriedade, relação contratual⁵⁸ ou, ainda, em situações em que estiver em causa poluição transfronteiriça do Estado “A” que veio a causar prejuízos ao indivíduo do Estado “B”); (d) o indivíduo for manifestamente impedido de solucionar o conflito através do direito interno; e (e) o Estado renunciar à exaustão.

Para fins de exaustão dos recursos internos e suas exceções, o Ônus da Prova pode ser apresentado sob duas perspectivas. A primeira, que envolve o efetivo percurso e tentativa de satisfação pelas vias internas do Estado supostamente causador do dano ou então a segunda, em que em sede de Proteção Diplomática é afirmado o preenchimento de uma cláusula de exceção.

Na primeira situação, é majoritariamente entendido que, nestas situações, cabe ao Estado reclamante efetuar as provas de que percorreu os meios possíveis e necessários visando a satisfação de seu nacional⁵⁹. Por outro lado, parte da doutrina aponta como o ônus da prova recaindo sobre o Estado reclamado⁶⁰. Dessa forma, em análise destes, é absolutamente plausível a defesa de quaisquer entendimentos uma vez que, por um lado, no que toca o direito processual, os demandantes possuem a legitimidade para comprovar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade e também os fatos que são alegados, e por outro

⁵⁶ Vide: *Sejdovic v. Italy*, Judgment, ECHR, Information Note on the Court’s case-law 84, 2006.

⁵⁷ Vide: *Bottazzi v. Italy*, Judgment, ECHR, Application no. 34884/97, 1999.

⁵⁸ Document A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 2), Vol II, Part Two (2003), p. 39-40, commentary 8.

⁵⁹ Vide QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Droit International Public*. 7^e Édition., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris (2002). In. FERRÃO, Marisa Caetano. *Ob. Cit.*, p. 377.

⁶⁰ Vide JIMENEZ ARÉCHAGA, Eduardo. *International Responsibility*. In. *Manual of Public International Law*. Max Sorensen (edit), St. Martin’s Press, New York (1968), p. 579. In. FERRÃO, Marisa Caetano. *Ob. Cit.*, p. 377.

lado, as questões processuais internas de um Estado reclamado, bem como todo o funcionamento do sistema jurídico, são de exclusividade soberana, não podendo Estado terceiro intervir ou decidir acerca da constitucionalidade ou não da norma.

Já na segunda situação, em que são arguidas as exceções, o Estado reclamante que deverá apresentar as provas da existência de alguma das situações que impossibilite o exercício do pressuposto em questão. Neste, a doutrina apresenta-se de forma majoritária (e ao nosso ver, corretamente) pelo fato de tais alegações fugirem a esfera Estadual, podendo ser comprovada, manifestamente, em plano internacional.

Propondo uma solução para este imbróglio jurídico, propôs o Relator Especial da CDI, ainda em fase de anteprojeto⁶¹, um projeto de artigo que versava acerca da dupla necessidade de comprovação da superação ou não da exaustão dos recursos internos. Ou seja, o ônus da prova restaria compartilhado por ambos Estados envolvidos. Contudo, tal proposta não foi aceita pela Comissão e restou descartada.

Por fim, destaca-se que esta vasta divergência doutrinária se dá pelo fato de não existir no Direito Internacional uma regra ou sequer um costume internacional específico que qualifica e atribui a responsabilidade quanto ao ônus da prova⁶².

1.3.3. *Clean Hands Doctrine*

A doutrina *Clean Hands*, por mais conflitante que seja seu entendimento, significa o fato de não poder ser protegido diplomaticamente aqueles indivíduos que tenham praticado uma conduta contrária às normas jurídicas do Estado de acolhimento, ou ainda, nas hipóteses de prática de ato internacionalmente ilícito que, em decorrência deste ato ou conduta, gerou-se uma reação do Estado de acolhimento que teve como consequência um dano ao indivíduo reclamante. Deverá existir, portanto, um *nexo de causalidade* entre o dano sofrido e sua conduta ilícita⁶³.

Para este pressuposto de admissibilidade, desde logo parece tornar-se razoável, apenas em primeira análise, sua existência uma vez que em diversos ordenamentos jurídicos

⁶¹ Document A/CN.4/523 and Add.1. *Third report on diplomatic protection*, by Mr. John Dugard, Special Rapporteur (2002): “*Burden of proof. Article 15. 1. The claimant and respondent States share the burden of proof in matters relating to the exhaustion of local remedies in accordance with the principle that the party that makes an assertion must prove it.*”

⁶² FERRÃO, Marisa Caetano. *Ob. Cit.*, p. 377.

⁶³ FERREIRA, Renata Menezes de Jesus. *Relevância da Nacionalidade das Sociedades Comerciais: Protecção Diplomática*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2000, p. 20.

locais já se ouviu falar da existência de uma “culpa concorrente” do sujeito que teve determinado tipo de prejuízo, tendo o mesmo concorrido para que tal dano ocorresse. Nesse sentido, em plano internacional, a *Clean Hands Doctrine* revela-se com entendimento aproximado.

É imprescindível atentar que a existência da *culpa concorrente* distingue-se, contudo, da doutrina *Clean Hands* para fins do exercício da Proteção Diplomática – e também de outros institutos jurídicos. A este requisito preliminar, inclusive, foi dispensado pelo Relator Especial da CDI em sede de Relatório, não elaborando, sequer, um projeto de artigo contemplando esta previsão⁶⁴. Ainda, no início do seu Sexto Relatório⁶⁵, destaca que o entendimento da CDI pairava a respeito de que “*the clean hands doctrine does not apply to disputes involving inter-State relations*”, mas afirma que esta doutrina continua sendo aplicada nestas relações, bem como em litígios judiciais entre Estados, sendo a mesma utilizada como critério de admissibilidade.

A divergência na doutrina acerca da aplicabilidade deste requisito é fundamental, pois se fosse aplicado como condição *sine qua non* – assim como os anteriormente analisados –, uma parcela de indivíduos restaria desprotegido em primeira análise sem prévia observação do real mérito da questão. Ou seja, ao passo que parte da doutrina entendia a inviabilidade no exercício da Proteção Diplomática aos indivíduos “*unclean hands*”, compreendendo este como um pressuposto de admissibilidade, a outra parte doutrinária já passa a constatar que a doutrina *Clean Hands* nada mais se trata do que um elemento a ser analisado em sede processual de mérito, sendo superada a fase processual preliminar. Logo, a discussão no que toca a prática de um ato contrário à legislação estadual ou internacional serviria apenas como um atenuante ou exclusão da respectiva indenização paga pelo Estado de acolhimento, de modo a evitar o ato negativo do Estado da nacionalidade em conceder a proteção ou, eventualmente, da ação do Estado reclamante ser indeferida pelo não preenchimento dos requisitos.

⁶⁴ Por mais que a questão tenha sido debatida e parte dos membros da CDI tenha entendido pela necessidade de previsão, ficou decidido pela maioria que tal doutrina não deveria fazer parte do projeto de artigos elaborado pela Comissão.

⁶⁵ Document A/CN.4/546, para. 5, p. 2.

Há grande relevância nessa temática quando encontramos-nos diante de situações em que, apenas de atos contrários à ordem jurídica, impõem a necessidade de respeito aos direitos humanos. De modo ilustrativo, se utilizarmos como fundamento o caso *LaGrand*⁶⁶, perceberemos que por mais que uma medida privativa de liberdade esteja em causa, a violação das normas de direito internacional por parte dos Estados Unidos tornam razoáveis os argumentos em sede de Proteção Diplomática que visam afastar a doutrina *Clean Hands* como requisito de admissibilidade processual⁶⁷.

1.3.3. As Cláusulas Calvo

O constante fluxo de investimento estrangeiro dos países europeus para Estados em desenvolvimento, sobretudo para a América Latina, permitiu consequências jurídicas relevantes em sede de proteção diplomática pelo fato de que Estados “exportadores” de nacionais passavam a constatar um sistema de garantia de direitos individuais altamente desproporcional naqueles Estados que os acolhiam. Consequentemente, uma vez que estes indivíduos sofriam determinado dano de relevância a justificar o exercício da proteção diplomática de forma frequente, entendimentos doutrinários contrários a este recurso passaram a se desenvolver nestes territórios de acolhimento – visava-se, aqui, a adoção de contramedidas das investidas internacionais dos Estados de nacionalidade. Dessa forma, o desenvolvimento de uma doutrina internacional altamente fundamentada na resistência à utilização abusiva dos sistemas jurídicos internacionais, também no que toca a Proteção Diplomática, bem como uma resposta destes Estados em desenvolvimento que afirmavam suas Soberanias de forma igualitária às demais, tornou-se fundamento para estes a afirmação que em meio aos seus conflitos internos, não estavam aptos a garantir o *Standard* mínimo que deveria ser alcançado por todas soberanias (Cfr. 1.2.1 supra).

⁶⁶ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466. Está-se em causa a condenção à pena de morte aplicada a dois irmãos de nacionalidade alemã que residiam no Estados Unidos e que, sob suspeita de assalto a mão armada, jamais lhe foi informado o direito ao exercício de uma proteção consular por parte dos representantes do Estado alemão, bem como sequer a notificação das autoridades do Estado da nacionalidade de que seus nacionais estavam presos, tendo, então, os EUA violado o Artigo 36, Parágrafo 1º da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares (1963). Restou aplicada a condenação e, mesmo com todos os esforços por parte da Alemanha, os dois nacionais restaram executados.

⁶⁷ No que toca esta doutrina, vide: SHAPOVALOV, ALEKSANDR. *Should a Requirement of “Clean Hands” be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate*. *American University International Law Review* 20, no. 4 (2005).

Intitulada em homenagem ao Ministro das Relações Exteriores da Argentina em 1868, Carlos Calvo, a respectiva tese inicialmente prega a renunciabilidade da proteção diplomática por parte de agentes concessionários que aplicaram investimento estrangeiro em determinado Estado que veio a causar prejuízo ao indivíduo (pessoa singular ou coletiva). Dessa forma, a política Estatal protecionista visava contratualmente determinar que nos casos em que determinado dano viesse a ocorrer, a via diplomática de compensação estaria afastada, sendo apenas o ordenamento e sistema jurídico interno capazes de solucionar as controvérsias geradas no respectivo contrato. Assim, a doutrina Calvo passava, gradualmente, a ser instituída e adotadas nas leis constitucionais e infraconstitucionais de Estados Latino Americanos, que visavam submeter o investimento estrangeiro às políticas estatais de intervenção económica, afirmando sua soberania e controle.

Sabe-se, portanto, que pela interpretação da doutrina clássica, houve aceitação momentânea, em que impossibilitava indivíduos singulares ou coletivos a aceder ao presente instituto. Contudo, na doutrina moderna e contemporânea, este requisito já não é mais visto com aplicabilidade e sequer validade pela própria interpretação da Proteção Diplomática como instituto jurídico de Direito Internacional. Portanto, para este fato, basta atentar-nos acerca da interpretação da titularidade no exercício da proteção, onde um indivíduo reclama *ao seu Estado de nacionalidade* um dano ocorrido em um Estado de acolhimento, ao passo que aquele primeiro possuirá a discricionariedade na busca de soluções diplomáticas mais variadas (negociação, mediação, arbitragem, ação judicial ou outros meios pacíficos aceitos pelo direito internacional). Portanto, apenas se lhe for oportuno e conveniente buscará a solução pertinente e o retorno ao *status quo ante*.

Nesse sentido, percebemos que há possibilidade de interpretações variadas no que toca a validade da doutrina das Cláusulas Calvo. Para aqueles que entendem a Proteção Diplomática como um Direito do Estado, será razoável afirmar que em nenhuma hipótese esta terá validade, uma vez que a titularidade de exercício pertence ao Estado e não do indivíduo, e assim, jamais teria este último a capacidade jurídica de afastar de algo que, sequer, possui titularidade⁶⁸.

⁶⁸ QUIRÓS, Luis Alberto Varela. *La Protección Diplomática y la Nacionalidad de las Personas*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Costarricense de Derecho Internacional, 1ª Ed., Janeiro (2014), p. 51. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32528.pdf>.

Em uma segunda hipótese, há uma corrente mínima que entende o exercício da proteção diplomática como um pleno direito do indivíduo, e não do Estado, devendo ser possível o mesmo renunciá-la.

Por um viés não tão aos extremos, é de se entender que a proteção diplomática deve ser aplicada de forma subsidiária. E mais, os Estados devem estar capacitados de modo a saber até que medida diplomática chegar para evitar-se desgastes entre seus representantes e a fim de não ser gerado qualquer conflito internacional. Logo, a interpretação da proteção diplomática como um direito do Estado é absolutamente pertinente (e consequentemente a nulidade das Cláusulas Calvo), todavia, o direito deste Estado não deve ser aplicado em todos os casos.

É de extrema relevância constatar que os prejuízos causados aos estrangeiros residentes em territórios de acolhimento, por vezes, fogem da esfera econômica ou do direito de propriedade. Em muitas circunstâncias, está-se em causa violações a direitos fundamentais ligados às normas de *jus cogens* – infra analisado. Assim, como já é de largo conhecimento, os direitos fundamentais, são direitos atrelados à sua irrenunciabilidade⁶⁹, de modo que por mais que o indivíduo não os exerça, jamais poderá renunciá-los. Portanto, e de modo a já adiantar o entendimento dos capítulos subsequentes, quando está em causa a violação das normas de *jus cogens*, não qualquer validade das Cláusulas Calvo, sendo certo que não está em causa um direito do Estado, mas sim a proibição de renunciabilidade dos direitos fundamentais.

Logo, por fim, resta como entendimento afirmar que como regra geral o Estado possui o poder discricionário de exercer seu direito de proteção, estando excetuadas as situações que estiverem violadas as normas imperativas de direito internacional, nomeadamente, as normas de *Jus Cogens*. Portanto, aplicando esta teoria, as Cláusulas Calvo em qualquer circunstância não possuem validade real no plano internacional. Somado a isto, lembra-se que as normas de direito interno jamais poderão contrariar o Direito Internacional, ficando seu entendimento apenas na seara doméstica.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2004.

2. AS NORMAS DE *JUS COGENS* E SUAS IMPLICAÇÕES EM SEDE DE PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

2.1. Natureza Jurídica e Identificação

As normas de *Jus Cogens* desenvolvem-se através da ciência de vinculação obrigatória, cogente e imperativa, prevalecendo-se certas regras tidas de valores da comunidade internacional em detrimento da liberdade contratual dos Estados. Contudo, é apenas após o fim da segunda grande guerra e da proclamação de princípios expostos, por exemplo, na Carta das Nações Unidas que passaram os Estados, a doutrina e a jurisprudência a ocupar-se com a identificação e aplicabilidade destas normas. Por outro lado, a natureza jurídica sempre suscitou severas dúvidas.

A referida natureza jurídica das normas de *jus cogens* desde sempre trouxe complexidade no que toca seu entendimento na doutrina. Destaca-se que para um grupo de juristas, tais normas são vistas como um Direito Natural que encontra-se vigente em plano internacional. Para outros, classificar-se-ão as normas de *jus cogens* como um direito internacional positivo advindo das respectivas fontes previstas no Artigo 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

Entende-se por parte da primeira doutrina que o surgimento de um conceito daquilo que seriam tais normas cogentes é encontrado já na altura do direito romano, em que dizia-se “*donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*”, ou seja, Papiniano (jurista romano) utilizou-se desta expressão para atribuir, à inexistência de uma norma positivada, a obrigatoriedade da prática de um ato jurídico, onde, neste caso, tratava-se acerca dos contratos de doação. Portanto, uma vez que já à época permitia-se a existência de uma norma cogente e natural, sem necessidade de positivação, é de boa compreensão que ao observarmos o plano internacional, com a ausência de um legislador central que as regule, as normas imperativas poderiam surgir a partir de um direito natural⁷⁰. Contudo, ressalta-se que a prática internacional, bem como a própria evolução do direito internacional permite que a compreensão seja diversa desta apresentada, uma vez que o que deve existir – ao mínimo – é um Direito Natural positivado pelas manifestações de vontade Jurídico-internacionais⁷¹. Nesse sentido, ainda descartamos a possibilidade de uma fundamentação do *jus cogens* modificável através

⁷⁰ ROBLEDO, António Gómez. *Ius Cogens y Ius Naturale*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (BMDC), ano XVII, n. 50, 1984, p. 515-516.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Ob. Cit.*, p. 130.

do direito natural evolutivo, pois também tais normas devem ser aceitas e reconhecidas internacionalmente pela comunidade internacional de Estados.

Assim, a segunda doutrina apresenta sua fundamentação acerca da natureza jurídica das normas de *jus cogens* no que toca a compreensão desta como um reconhecimento dos Estados de normas traduzidas em uma real positivação nas fontes formais de Direitos Internacionais (direito internacional positivo)⁷², nomeadamente, os tratados internacionais, os costumes e os princípios gerais do direito. Dessa maneira, pode-se acrescentar que foi atribuído ao *jus cogens* o caráter de “supra legalidade internacional”⁷³ onde, por mais que não haja superioridade entre as fontes de direito internacional, sua aplicabilidade em sobreposição será definida quando estas estiverem em detrimento de normas não imperativas.

Contudo, tendemo-nos a concordar com o entendimento do Relator Especial da CDI nesta matéria, que ao apresentar suas conclusões afastou de seu entendimento os tratados como a “base” para identificação do *Jus Cogens*, referindo-se que as normas dele advindas seriam apenas um reflexo das normas de direito internacional geral que possuem caráter *jus cogens*⁷⁴.

A menção pelos tribunais internacionais sobre a validade e aplicabilidade de normas imperativas pode ter como marco inicial jurisprudencial (mas não temporal) o caso *Pablo Nájera*⁷⁵ em que a Comissão Franco-Mexicana pôs em causa a liberdade contratual dos Estados quanto ao direito dos tratados. Nessa altura, foi o entendimento da Comissão que o Art. 18 do Pacto da Sociedade das Nações representava uma norma restritiva que impedia os Estados partes, mesmo em comum acordo, deixarem de aplicar o conteúdo nela previsto em razão de sua natureza vinculativa e inderrogável senão por norma posterior de mesma natureza. Esse pontapé inicial na jurisprudência acarretou uma série de opiniões de juízes em separado que expressavam a existência, nos respectivos casos concretos, de determinadas normas imperativas de direito internacional que deveriam sobrepor-se a quaisquer outras normas em causa. Assim, temos no Tribunal Permanente de Justiça Internacional a opinião

⁷² BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. LEX Editora, Lisboa, 1997, 267-269.

⁷³ CARREAU, Dominique. *Droit International*. 2ª Ed., Paris, 1988.

⁷⁴ Draft Conclusion 5: “A treaty rule may reflect a norm of general international law capable of rising to the level of a *jus cogens* norm of general international law”. Document A/CN.4/706. Sixty-ninth session Geneva, 1 May-2 June and 3 July-4 August 2017 Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur.

⁷⁵ French-Mexican Claims Commission, case 30-A Pablo Nájera (France) v. United Mexican States, decision of 19 October 1928, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXIX, 466-508, para. 4 e 7.

expressa pelo juiz Walther Schücking no caso *Oscar Chin*⁷⁶, e sucessivamente, tão importante citar o juiz Moreno Quintana que destaca o efeito e apresenta exemplos destas normas imperativas no caso “Aplicação da Convenção de 1902 para Regular a Tutela dos Menores (*Netherlands vs. Sweden*)”, *in verbis*:

“These principles [*Civitas Maxima* and the legal community of States] – we are all quite familiar with them because they are very limited – and these rights, too, have a peremptory character and a universal scope. On the one hand, the freedom of the seas, the repression of piracy, the international continuity of the State, the immunity of jurisdiction and the rules governing warfare; and on the other hand the inviolability of treaties, the independence and legal equality of States”⁷⁷.

Ocorre que, de fato, é somente após a Segunda Guerra Mundial que se constata a evolução no entendimento jurisprudencial e potencial acolhimento – mesmo que mínimo – por parte da doutrina de um conceito e aplicabilidade das normas de *Jus Cogens* no contexto normativo internacional. Portanto, já sob o marco na busca da codificação do direito internacional pela CDI, esta comissão, debruçada no desenvolvimento da temática do direito dos tratados, apresenta um Relatório em que na sua Segunda Parte⁷⁸ esboça o que seria, futuramente, o Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Acrescenta-se ao projeto de artigo certos comentários à matéria que permitem destacar que à época a inexistência de um critério tangível sobre a identificação das normas de *Jus Cogens* geravam dúvidas sobre a aplicabilidade, e também em algumas situações, de sua própria existência no ordenamento jurídico internacional. Nesse sentido, foi proposto por parte de alguns membros da CDI a inserção de exemplos a título ilustrativo das mais óbvias e melhores regras a serem estabelecidas ao *Jus Cogens* que invalidam as disposições dos tratados que nelas prevejam, designadamente, o uso ilegal da força contrário aos princípios da Carta das Nações

⁷⁶ Permanent Court of International Justice, case *Oscar Chin* (United Kingdom vs. Belgium), judgment of 12 December 1934, 1934 PCIJ (series A/B), n. 63 (December 1934), para. 341. Vide: “And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even today, to create a *jus cogens*, the effect of which would be that, once States have agreed on certain rules of law, and have also given an undertaking that these rules may not be altered by some only of their number, any act adopted in contravention of that undertaking would be automatically void”.

⁷⁷ Separate Opinion of Judge Moreno Quintana, Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (*Netherlands vs. Sweden*), p. 106-107.

⁷⁸ International Law Commission Yearbook, 1966, part II. Document A/CN.4/SER.A/1966/Add.I. *Draft articles on the law of treaties with commentaries*. p. 247-249.

Unidas, a prática de qualquer outro ato criminal de direito internacional e a prática ou conveniência aos atos de comércio de escravos, pirataria ou genocídio. Contudo, por melhores que tenham sido as intenções da CDI em ilustrar práticos exemplos daquilo que seria a interpretação axiológica e basilar à conclusão e tangibilidade das normas imperativas de direito internacional, outra parte dos membros desta Comissão chamaram atenção para os exemplos que ali não estavam contemplados e que têm igual importância⁷⁹. Portanto, estavam excluídos destes exemplos as violações aos direitos humanos, a igualdade entre os Estados e o princípio da autodeterminação dos povos. Assim, uma vez que a real finalidade da matéria era tratar acerca do “direito dos tratados”, e não propriamente definir o *Jus Cogens*, retirou-se a questão.

No mais, com a constante aceitação, acolhimento e prática pelos Estados das respectivas normas, restou sua consagração no Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que resgatou o conceito de imperatividade e necessidade de observância destas quando um determinado tratado venha a instituir obrigações conflitantes, permitindo, por consequência, a nulidade do respectivo instrumento normativo. Cabe ressaltar que a positivação da existência de normas imperativas de direito internacional nesta Convenção de 1969 não é tratada como a efetivação da existência do *jus cogens*, sendo certo que sua marca histórica é bem mais remota⁸⁰. Porém, por mais consagrado que esteja nesta Convenção, é possível localizar-se alguma doutrina que não defende a real aplicabilidade de tais normas, uma vez que estas possuem apenas um efeito retórico e exposto nos diplomas, sem qualquer efeito prático. Para esta teoria, há existência de um *Jus Cogens* internacional, contudo, seu efeito não pode ser alcançado⁸¹. Há, ainda, uma corrente que atribui à existência destas normas um atributo limitador de soberania, criticando, também, o fato de de suas regras encontrarem-se em processo de formação⁸².

⁷⁹ *Ibidem*, p. 247-248, para. (2) – (3).

⁸⁰ Para compreensão e análise jurídico-evolutiva do *Jus Cogens* na história do direito internacional, vide: BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, p. 25-253. Nesta obra são marcadas as considerações que vão do período desde 1453 até a codificação em 1969 pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Contudo, para os que consideram o *jus cogens* como sendo um direito natural, sua marca pode ser ainda mais remota, datando-se à existência do Império Romano.

⁸¹ Vide: Weisburd, Mark. *The Emptiness of the Concept of Jus Cogens as Illustrated by the War in Bosnia - Herzegovina*. Michigan Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 1995.

⁸² REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 147.

Divergências à parte, é fato a quase unanimidade concordar com a existências destas normas no ordenamento jurídico internacional. Ocorre que, reconhecer o caráter *juris cogentis* delas torna obrigatório o conhecimento da distinção destas com outras não imperativas. Nesse sentido, a doutrina está longe de ser unânime no tange seu reconhecimento, subdividindo-se, portanto, em uma tese subjetiva e objetiva.

Na primeira, há utilização de um critério de *duplo reconhecimento*. Ou seja, em uma primeira análise deve a respectiva norma ter sido aceite pela maioria dos Estados, não sendo necessária unanimidade, contudo, quando não houver, as objeções também são levadas em consideração para que, então, esta aceitação seja considerada a determinação e reconhecimento do caráter *juris cogentis* da norma. Já na tese objetiva, as normas de *jus cogens* possibilitam a sua distinção por características próprias e permite-se distingui-las das demais normas dispositivas de direito internacional pelo fato destas tutelarem interesses da comunidade internacional e seus valores essenciais⁸³. Portanto, nesse critério, para configuração, deverá a norma estar fundada em moralidade, importância para a paz e ordem internacional, aceitação da comunidade internacional e interesses globais em detrimento de interesses locais⁸⁴.

No que diz respeito a aceitação da comunidade internacional, por mais imaterial que seja sua compreensão do que seria um aceite generalizado por parte dos Estados, é público e notório que as normas que visam a tutela e proteção dos direitos humanos, designadamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por mais que não encontram-se ratificadas por Estados não democráticos, não significa dizer que as obrigações deste diploma emanadas não vincularão estes⁸⁵.

Pode-se destacar, portanto, após esta longa análise, que as normas de *jus cogens* possuem como características essenciais a *imperatividade*, a *universalidade* e a *inderrogabilidade*⁸⁶. No que toca a primeira característica, como já é possível identificar, limita-se a autonomia de vontade Estadual de modo a proibir deliberados acordos entre os Estados que sejam contrários a estas normas, sujeitando-o à nulidade absoluta. Esta característica possui tamanha relevância ao ponto de ser proposto pelo Relator Especial da CDI (69ª Sessão,

⁸³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, p. 269-270.

⁸⁴ GANGL, Walter T. *The Jus Cogens Dimensions of Nuclear Technology*. Cornell International Law Journal, vol. 13, Article 3, 1980, p. 74-76.

⁸⁵ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. Cit.*, p. 282.

⁸⁶ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, Coimbra, 2014, p. 190-197.

2017), em sede de Conclusões ao tema, que o capítulo designado “*Jus Cogens*” fosse alterado para “Peremptory norms of International Law (*Jus Cogens*)”, expressando, por consequência, o caráter imperativo destas normas na Ordem Pública Internacional e alinhando ao que foi interpretado pelo Artigo 53 da Convenção de Viena; A *Universalidade* representa o reconhecimento destas normas pela “comunidade internacional dos Estados no seu conjunto” – como prevê a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Assim, estar-se-ia sua formação ligada àqueles valores essencialmente humanos, universais e estritamente ligados às considerações de ordem axiológica; já, por fim, a *inderrogabilidade* traduz-se, segundo Wladimir Brito, um quesito que se está vinculado à validade temporal (vigência) da norma – e não à imutabilidade –, que só pode ser derogada por outra norma de igual natureza. Nesse sentido, diferentemente do que certa doutrina compreende, a *inderrogabilidade* da norma de *jus cogens* não está no domínio da eficácia, sendo este observado quanto à imperatividade da mesma – a impossibilidade dos sujeitos de Direito Internacional afastarem sua aplicação por acordo de vontades. Complementa-se este entendimento destacando que o próprio Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados afirma a possibilidade de modificação da norma “*only by a subsequent norm of general international law having the same character*”. Portanto, enquanto determinada norma de *jus cogens* for vigente, não há instrumentos normativos internacionais ou locais que possam derogar sua existência e imperatividade de aplicação.

Logo, demonstra-se e conceitua-se o *jus cogens* como sendo aquelas normas imperativas de direito internacional geral aceites pela comunidade internacional que:

“Impõem, direta e imediatamente, a observância de um dado comportamento ou de certa conduta – positiva (ação) ou negativa (omissão) –, aos seus destinatários, cuja aplicação estes não podem afastar por acordo de vontade e que não admitem acordos em contrário, enquanto vigorarem”⁸⁷.

As questões detalhadas acerca das normas de *Jus Cogens* permitem-nos percorrer por mais distintas doutrinas e compreender que a temática não é pacífica de entendimento. Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, recentemente, vem elaborando relatórios de modo a facilitar a identificação, aplicabilidade e consequências jurídicas

⁸⁷ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, p. 197.

das normas de *Jus Cogens* no ordenamento jurídico internacional. Dessa forma, na 68ª Sessão (2016), 69ª Sessão (2017) e 70ª Sessão (2018), o Relator Especial destinou três relatórios distintos em que, no primeiro tratou de apresentar as questões conceituais destas normas, no segundo debruçou-se em um critério de identificação, e no terceiro, os efeitos legais das normas de *Jus Cogens*. Nesse sentido, importa-nos destacar os Relatórios elaborados nas sessões de 2017 e 2018 uma vez que os conceitos já se encontram abordados nos parágrafos anteriores e seguem o entendimento do Relator Especial da CDI.

O ponto de partida para o Relator Especial, no que tange os critérios de identificação do *Jus Cogens* Internacional, se deu a partir da utilização do Artigo 53 da Convenção de Viena como base do estudo. Certo é que que, conforme análise sistemática do respectivo artigo, percebemos que estes não se apresentam de forma explícita, devendo ser compreendido que não foi intenção do legislador conceituar ou identificar o *Jus Cogens*. Fê-lo por consequência. A partir disto, em Consulta ao posicionamento dos Estados na Assembleia Geral das Nações Unidas, apontavam que o entendimento da CDI deveria restringir-se aos termos da Convenção de Viena. Contudo, como bem aponta o Relator Especial, “*State practice and the decisions of international courts and tribunals are relied upon to give content and meaning to article 53*”⁸⁸.

Destaca-se que a interpretação do respectivo artigo pode ser feita de inúmeras maneiras, sendo certo que duas delas merecem a mesma atenção dada pelo Relator Especial. Há entendimentos que apontam variados critérios para identificação das normas de *Jus Cogens* e que caminham no sentido de compreender a modificação de uma norma cogente por outra de igual natureza como um critério próprio. No entendimento de Sévrine Knuchel⁸⁹, identificar uma norma *jus cogentis* seria estar-se diante de: (a) uma norma de direito internacional geral; (b) aceite pela comunidade internacional como uma norma inderrogável; e (c) cuja modificação *pode se dar* apenas por norma de *Jus Cogens* subsequente⁹⁰. Todavia, discordamos desse entendimento pelo fato de ser o elemento “modificação” uma hipótese intrínseca da inderrogabilidade da norma, consequentemente, uma norma de *jus cogens*, irrevogável que é, só será modificada nas situações onde estiver em causa uma mesma norma posterior. Acrescenta o Relator que a “modificação” como terceiro elemento não deve prosperar por não ser um critério, mas apenas apresenta uma maneira de modificação às normas

⁸⁸ Document A/CN.4/70, Second report on jus cogens, p. 16, para. 32.

⁸⁹ Knuchel, Sévrine. *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*. Schulthess, Zurich, 2015, p. 49-136.

⁹⁰ Document A/CN.4/70, Second report on jus cogens, p. 18, para. 37.

de *Jus Cogens*, bem como é preciso ao afirmar que a alteração só ocorre *após* a identificação desta norma – ou seja, quando esta já está constituída e revestida com a imperatividade habitual.

Uma segunda interpretação existe ao apontar como os três critérios de identificação desta, nomeadamente: (a) uma norma de direito internacional geral, que é reconhecida como tal pela comunidade internacional; (b) que seja inderrogável; e (c) possa ser modificada apenas por outra norma de *Jus Cogens* posterior. Aqui, a crítica aos critérios passa, primeiramente, pelo discurso a atribuir o reconhecimento e aceitação para qualificar uma norma de direito internacional geral “a)”, ou seja, a comunidade internacional não estaria qualificando a inderrogabilidade da norma, mas sim, sua natureza de direito internacional geral. Nesse argumento, conforme também sustenta o Relator, há um discurso tautológico uma vez que o direito internacional geral, em geral, deve ser aceito e reconhecido pela comunidade internacional. Em continuidade, a inderrogabilidade e modificação não seriam critérios de identificação, apenas uma consequência de uma norma *jus cogentis* e sua forma única de modificação.

Há, ainda, uma terceira possibilidade onde Kamrul Hossain⁹¹ aplica um entendimento altamente alargado, e portanto, apresenta que a identificação do *Jus Cogens* se dá através de quatro critérios: (a) status de norma de direito internacional geral; (b) aceita pela comunidade internacional dos Estados; (c) de caráter inderrogável; e (d) modificável apenas por norma posterior de igual natureza. Contudo, após os apontamentos anteriores, percebemos que o caráter de derogabilidade e modificação encontram-se lado a lado, sendo sua separação absolutamente inócua. No mais, por força da própria interpretação do Artigo 53 da Convenção de Viena, percebemos que a melhor tradução do texto em língua inglesa (“accepted and recognized by the international community of States as a whole *as a* norm from which no derogation is permitted”) remete o entendimento de que a inderrogabilidade – e consequentemente a modificação por norma de mesma natureza – está vinculada, para fins de configuração da norma de *Jus Cogens*, ao caráter de aceitação pela comunidade internacional dos Estados, não devendo, portanto, estes critérios serem analisados de forma separada.

Portanto, seguindo a mesma doutrina, no *Draft Conclusion 4*, Mr. Dire Tladi aponta apenas dois critérios como sendo aqueles suficientes para identificação das normas de *Jus*

⁹¹ HOSSAIN, Kamrul. *The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter*. Santa Clara Journal of International Law, vol. 3, Issue 1, 2005, p. 76.

Cogens. O primeiro a ser analisado é o que apresenta estas normas como sendo, obrigatoriamente, “normas de direito internacional geral” (*general international law*). Em segundo lugar, é imprescindível que tais normas sejam “aceites e reconhecidas” pela comunidade internacional (critério da *universalidade*, supra) como sendo àquelas em que a derogabilidade não é permitida, sendo modificadas, apenas, por mesma norma imperativa subsequente⁹².

2.1.1. Normas de Direito Internacional Geral (*General International Law*)

Desde o princípio é possível identificar que a preocupação da comunidade internacional quanto à identificação do que seriam as tais normas imperativas de direito internacional, tornou-se fundamental para a evolução do reconhecimento e aplicabilidade deste conjunto normativo internacional de caráter geral nos parâmetros contemporâneos. Ou seja, conforme a expansão destas normas, passou a ser necessário estudar e conhecer a fragmentação do sistema jurídico-internacional quanto às distinções entre “*general international law*”, o direito dos tratados e as *Lex Specialis*. Nesse sentido, buscou a CDI através de um grupo de estudo adotar recomendações que restaram por observar que certas normas imperativas e fundamentais de direito internacional humanitário, por exemplo, estariam fora do compreendido como “normas imperativas de direito internacional (*jus cogens*)”, uma vez que estariam abarcadas no adequado conceito de *Lex Specialis*⁹³. Portanto, sendo as normas de *Jus Cogens* vinculadas diretamente a valores éticos, imperativos e universais⁹⁴, estar-se-ia sucumbindo, por consequência, sua efetividade.

Todavia, é possível chegarmos a uma conclusão satisfatória se aplicarmos o entendimento de que, na verdade, as normas de direito internacional geral (*general international law*) que estão relacionadas pela Convenção de Viena possuem um caráter “geral” quanto sua aplicabilidade à comunidade internacional dos Estados e não propriamente à fragmentação do sistema normativo internacional nas três espécies de normas acima citadas. Logo, por mais que eventuais normas de natureza *Lex Specialis* estejam em causa, sua elevação ao

⁹² Vide: Draft conclusion 4. Criteria for jus cogens. To identify a norm as one of jus cogens, it is necessary to show that the norm in question meets two criteria: (a) It must be a norm of general international law; and (b) It must be accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted.

⁹³ Document A/CN.4/L.682, para. 8.

⁹⁴ RODAS, João Grandino. *Jus Cogens e m Direito Internacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 69, n. 2, 1974, p. 128. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66736>.

status de *Jus Cogens* ainda é permissível. A partir disto, resta o questionamento do que, dentro das normas de direito internacional, poderia se qualificar como normas de direito internacional geral para fins da identificação ao primeiro critério das normas de *Jus Cogens*.

Vinculando-nos ao entendimento da natureza jurídicas destas como um direito positivo advindo das fontes de direito internacional, é possível apresentar como teoria que a manifestação do direito internacional geral, no que toca o *Jus Cogens* se dará através de uma das fontes. A partir dessa interpretação, conforme já apresentado, os tratados por mais que sejam fontes de direito internacional não possuem a capacidade de manifestarem as regras cogentes, sendo apenas o reflexo destas⁹⁵. Contudo, há certa doutrina⁹⁶ que compreende em sentido diverso, apresentando o conceito de “tratado multilateral geral” (*general multilateral treaty*)⁹⁷ como sendo àquele capaz de lidar com o interesse da comunidade internacional dos Estados e externar uma aplicabilidade geral. Cita-se como notável exemplo de tratado multilateral geral a Carta das Nações Unidas, em que impõem-se regras e princípios de caráter universal à comunidade internacional dos Estados, a exemplo da proibição ao uso da força – norma reconhecidamente de aplicabilidade geral e elevada ao status de *Jus Cogens* tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Todavia, por mais que os princípios da Carta das Nações Unidas sejam normas de caráter geral, a mesma proibição do recurso à força não é, notavelmente, uma norma advinda de um tratado. Esta, por outro lado, é apenas um reflexo de um princípio geral.

Nesse sentido, em grande escala a doutrina internacional compreende que a manifestação do caráter geral de uma norma imperativa de direito internacional traduz-se em um direito costumeiro. Alguma aponta, ainda, que esta fonte é a “normal and common, if not exclusive, means of formation of jus cogens norms”⁹⁸. Ou seja, das fontes de direito internacional vigentes neste sistema normativo, em razão de sua natureza e aplicabilidade, os costumes encontrar-se-iam revestidos de efetivo vinculativos suficientes de compatibilidade. Contudo, nessa informação poderíamos encontrar ambiguidades ou, inclusive, contradições para utilização dos costumes como uma base para o *Jus Cogens* pelo fato de existir um duplo

⁹⁵ Cfr. nota 74 supra.

⁹⁶ Nesse sentido, vide: Tunkin, Grigory. *Is General International Law Customary Law Only?*. *European Journal of International Law*, Volume 4, Issue 4, 1993, pp. 534–541

⁹⁷ ILC Yearbook (1962), Vol. II.

⁹⁸ Cahin, Gérard. *La Coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*. In.: *Revue générale de droit international public*, No. 52 (Pédone, 2001), p. 615. In. : A/CN.4/706, para. 44-45.

elemento de formação do costume internacional, designadamente, o *usus* e o *animus* – sendo este último traduzido na relevante *opinio juris vel necessitatis*⁹⁹.

Todavia, encontramos entendimentos na doutrina que atribuem exceção à obrigatoriedade de uma *opinio juris*, de modo que as persistentes objeções a um princípio consuetudinário podem desconsiderar o *animus*, atribuindo a natureza vinculativa da norma¹⁰⁰, e ainda uma segunda doutrina que considera a *opinio juris* irrelevante para caracterização do costume internacional pelo fato desta pressupor uma regra autónoma desvinculada aos atos exteriores que possuem dignidade de formação da norma jurídica¹⁰¹. Ocorre que, categoricamente, os exemplos vastos de costumes internacionais nos permitem afirmar a necessidade e real existência de *opinio juris* como construção desta fonte de direito internacional, ressaltando ainda que a simples prática reiterada de um determinado ato poderia ser considerada apenas uma prática internacional sem relevância vinculativa ou atos de cortesia. Nesse sentido, o mais importante a destacar é que o *animus* em elevar determinada ação reiterada como uma fonte de direito internacional não demanda o requisito de unanimidade da comunidade internacional de Estados, dependendo apenas que todos os Estados em condição de adoção dos respectivos comportamentos procedam como tal convencidos de sua normatividade¹⁰². De qualquer das formas, esta questão não se apresenta pacífica na doutrina, tendendo-nos a estarmos vinculados à existência do duplo elemento de constituição do costume como fonte de direito internacional, acrescentando que apenas uma *opinio juris* superior da maioria dos Estados poderá elevar o status de uma norma consuetudinária comum de aplicabilidade geral em uma norma de *Jus Cogens*.

Importante destacar, ainda quanto à formação do costume, que os elementos de prática, repetição e *opinio juris* aceitos pela doutrina e jurisprudência no passado vinculavam-se à ideia de que deveriam ser constituídos e analisados a partir de uma constatação temporal alargada. Contudo, com os avanços tecnológicos e da comunicação, seja entre Estados ou com a participação de Organizações Internacionais, permitiu-se uma dinamização na constituição do costume, de modo que não mais necessário que determinada prática seja avaliada em longos anos de forma reiterada, ou seja, a análise temporal tornou-se relativa e dependente de avaliação em concreto.

⁹⁹ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, p. 135.

¹⁰⁰ Hossain, Kamrul. *Ob. Cit.*, p. 78.

¹⁰¹ Paul, Guggenheim. *Traité de Droit International Public*. Vol II, Librairie de l'Université, Genève, 1953, p. 47. *In.*: BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, p. 135.

¹⁰² BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, p. 137.

A estreita relação destas normas imperativas de direito internacional geral com sua base através do costume internacional pode ser extraída na jurisprudência pelo caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*¹⁰³, onde o Tribunal Internacional de Justiça declarou que “*the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens)*”, também na decisão do Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia no caso *Prosecutor v. Delalić*¹⁰⁴ decidiu que “*the prohibition on torture is a norm of customary law. It further constitutes a norm of jus cogens*”, e ainda, em *Jelisić* o mesmo Tribunal demonstra que o genocídio e os crimes contra a humanidade “*can be absolutely no doubt that its provisions fall under customary international law [...]. The Court went even further and placed the crime on the level of jus cogens because of its extreme gravity*”¹⁰⁵. Também é possível encontrar na jurisprudência a nível nacional a aproximação das normas de *Jus Cogens* e o Direito Costumeiro em *Siderman de Blake*¹⁰⁶, *Buell*¹⁰⁷, *Kazemi Estate*¹⁰⁸, *Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1097 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú*¹⁰⁹ (crimes de guerra e crimes contra a humanidade), bem como em muitos outros acórdãos e decisões monocráticas¹¹⁰.

Portanto, por mais que haja uma relação quase unânime das normas de *Jus Cogens* e o Direito Costumeiro como sua base, seria este a única manifestação das normas imperativas de direito internacional? De fato, se assim classificássemos, estaríamos a esquecer também

¹⁰³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, para. 99.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Delalić et al.*, Judgement, Case No. IT-96-21-T, T.Ch., 16 November 1998, para. 454

¹⁰⁵ *Prosecutor v. Jelisić*, Judgement, Case No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 December 1999, para. 60.

¹⁰⁶ *Siderman de Blake v. Argentina* (note 48 above), p. 715, citing *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), p. 940. Vide o reconhecimento do *Jus Cogens* como: “an elite subset of the norms recognized as customary international law”.

¹⁰⁷ *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (6th Cir. 1988) (United States of America), p. 373. Vide: “some customary norms of international law reach a ‘higher status’, in which they ‘are recognized by the international community of States as peremptory [norms], permitting no derogation.”

¹⁰⁸ *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* [2014] Supreme Court of Canada 62, 3 SCR 176, p. 209, para. 151. Vide: “That being said, I am prepared to accept that jus cogens norms can generally be equated with principles of fundamental justice and that they are particularly helpful to look to in the context of issues pertaining to international law. Just as principles of fundamental justice are the ‘basic tenets of our legal system’ (Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503), jus cogens norms are a higher form of customary international law”.

¹⁰⁹ EXP. No. 0024-2010-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 21 March 2011, para. 53. Vide: “Las normas de *ius cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias”.

¹¹⁰ Vide A/CN.4/706, p. 23, para. 44.

dos princípios basilares na proteção dos direitos humanos e também dos princípios que constituem uma política pública internacional¹¹¹. Por esta razão, em *South West Africa Cases (2nd. phase, Ethiopia and Liberia v. South Africa)* encontramos entendimento do juiz TANAKA¹¹² que atribui a ligação entre as normas de *Jus Cogens* e os Princípios Gerais do Direito, ao afirmar que:

“[...] the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the jus cogens. As an interpretation of Article 38, paragraph 1 (c), we consider that the concept of human rights and of their protection is included in the general principles mentioned in that Article”

Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas apresentam sua generalidade fundamentalmente por serem aqueles que são comuns a todos os Estados, sejam consagrados no direito positivo interno como no direito positivo internacional. Este reconhecimento da generalidade é facilmente confirmado através de uma análise dos princípios da Carta das Nações Unidas (Art. 2º), e mais, na reafirmação destes no preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, onde restou elencado fundamentalmente como princípios gerais de direito a cooperação pacífica entre os Estados, a boa-fé e livre consentimento, o *pacta sunt servanda*, a solução pacífica dos conflitos entre os Estados, a igualdade e autodeterminação dos povos, não ingerência, proibição da ameaça ou uso da força e o respeito universal e tutela dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos.

Logo, podemos categoricamente afirmar após esta explanação que o direito internacional costumeiro e os princípios gerais do direito formam a base das normas de *Jus Cogens* traduzindo-se em verdadeiras normas de direito internacional geral, nomeadamente, o primeiro critério de identificação. Por fim, destacamos que apesar a aplicabilidade geral das normas de direito internacional geral, nem todas que se enquadram nessa categoria podem

¹¹¹ Yearbook of the International Law Commission, 1953, vol. II, p. 155, para. 4. Document A/CN. 4/8ER. A/1953/Add. 1. Em razão da relevância do trecho para a compreensão, destacamos o comentário ao Draft Article 15: “It would thus appear that the test whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple, but inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (ordre international public)”.

¹¹² *South West Africa, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1966, p. 298.

ser elevadas ao patamar das normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*)¹¹³ por possuírem apenas um caráter potencial de elevação.

2.1.2. Reconhecimento e Aceitação

A disputa filosófica das teorias objetiva e subjetiva (vide 2.1 supra) nos permite admitir que a simples interpretação do Artigo 53 da Convenção de Viena nos pode levar ao insuficiente entendimento de que o que foi reconhecido no respectivo tratado foi a tese subjetiva. Contudo, o caráter de reconhecimento de uma norma de *Jus Cogens* não deve ficar ao simples critério de reconhecimento e aceitação desta como uma norma imperativa. Ou seja, estariam os Estados livres para transformarem normas de *Jus Cogentis* em *Jus Dispositivum*, ou ainda, *Jus Dispositivum* em *Jus Cogens* – o que não deve ser interpretado desta forma.

Utilizando a axiologia e baseando-se nas jurisprudências, relatórios da CDI e exemplos largamente expostos na doutrina, resta claro que a interpretação acerca do critério de aceitação e reconhecimento da comunidade internacional sobre o que será uma norma de *Jus Cogens* é feita com base em uma teoria mista¹¹⁴, em que abarca tanto a teoria objetiva como subjetiva. É possível observar, por um lado, que as normas imperativas de direito internacional se traduzem em um valor intangível, de características próprias e vinculam-se, principalmente, a valores fundamentais tutelados e de interesse geral dos Estados. Por outro, não há como afastar-se da necessidade de reconhecimento e aceitação da comunidade internacional acerca do que seriam estas normas que protegem valores fundamentais.

Em sequência, ao adotarmos o reconhecimento e aceitação por parte da comunidade internacional dos Estados, não podemos nos esquecer que estes passam, obrigatoriamente – em razão de nosso posicionamento –, por uma consequência e meios de modificação. Ou seja, reconhecer-se-á e aceitar-se-á que uma determinada norma elevada ao status de *Jus Cogens* possui o caráter inderrogável e sua modificação dar-se-á apenas por norma posterior de mesma natureza.

¹¹³ A/CN.4/706, p. 32, para. 60

¹¹⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, p. 270-271. Para este autor, a consagração da teoria mista deve ser observada através da sobreposição do elemento objetivo ao subjetivo. Ou seja, os valores fundamentais de do *Jus Cogens* sobrepõem-se ao elemento de subjetivo de consideração ou desconsideração, reconhecimento e aceitação do caráter imperativo da norma.

Nesse sentido, após refletirmos que o reconhecimento e aceitação não demandam unanimidade da comunidade internacional, perceberemos que este é apenas um dos pontos que deveremos superar. É preciso saber, ainda, como determinada norma é reconhecida como sendo revestida do caráter cogente pela comunidade internacional dos Estados. Portanto, duas situações são de necessária explicação. Designadamente, quanto às normas, como são consideradas e, quanto ao procedimento, como é exteriorizado para fins de constatação de tal natureza.

Assim, no que toca o elemento normativo, entendemos a existência do duplo grau de aceitação e determinação do caráter *juris cogentis* de uma norma. Contudo, esta existência dupla encontra diferenças que podem ser constatadas através de variadas doutrinas. Uma subjetivista¹¹⁵, já citada outrora, que emana da simples vontade dos Estados e que na primeira fase avaliar-se-á se uma determinada norma foi aceita pela maioria dos Estados, e na segunda fase, se esta aceitação é acompanhada do caráter imperativo da norma internacional. E, ainda, uma segunda doutrina que atribui o duplo grau de reconhecimento e aceitação através do surgimento de uma norma “normal” e sua elevação ao caráter imperativo¹¹⁶. No mais, nesta última, atenta-se para o *conteúdo* da norma, para em seguida, atribuir-se o caráter cogente e inderrogável.

Acerca do elemento procedimental de reconhecimento e aceitação, não é possível afirmar que para uma determinada norma atingir o seu caráter imperativo deverá obrigatoriamente vir acompanhada de expressas declarações ou manifestações de um determinado conjunto de Estados. Nesse sentido encontramos suporte jurídico na tese objetiva do reconhecimento e aceitação, pois utilizar-se-á o valor central da norma para atribuí-la o caráter *juris cogentis*. Ou seja, possibilitar-se-á a existência de uma presunção de reconhecimento tácita e descartar-se-á a obrigação de aceitação expressa desta natureza, devendo ser constatado como elemento central se a norma que em apreciação tutela os interesses fundamentais e comuns da comunidade internacional, bem como avaliar a existência de simples apoios à

¹¹⁵ Vide rodapé 84, p. 35.

¹¹⁶ Nesse sentido: De Wet, Erika. *Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2013. In.: Dinah Shelton, *The Oxford Handbook on Human Rights* (OUP 2013) Forthcoming. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2279563>, p. 2; Vidmar, Jure. *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?*, 2011). In.: E. de Wet and J. Vidmar. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford University Press 2012), p. 17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2060300>.

vigência da norma de interesse comum¹¹⁷. Se assim restar configurado, a presunção de reconhecimento e aceitação preponderará frente a quaisquer declarações em contrário feitas por Estados na sua individualidade.

O Tribunal Internacional de Justiça já posicionou-se nesta matéria no caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium vs. Senegal), exemplificando que a proibição ao ato de tortura se tornou uma norma imperativa de direito internacional (*Jus Cogens*) e evidenciou esse fato ao atribuir a *opinio juris* dos Estados através da inserção universal desta norma no ordenamento jurídico destes por meio dos diplomas internacionais por eles destacados:

“[...]the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 ; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora”.¹¹⁸

Desde logo torna-se claro e evidente após leitura do trecho destacado, por uma análise em analogia das normas internacionais, que os mais variados instrumentos normativos ou não normativos, jurisprudenciais e, ainda, doutrinários¹¹⁹ poderão ser aceitos para fins de configuração da opinião dos Estados em matéria de reconhecimento e aceitação de uma norma internacional e sua elevação ao status de uma norma imperativa de direito internacional (*Jus Cogens*).

É importante destacar que, segundo esta mesma linha de raciocínio, não encontrará o efeito das normas de *Jus Cogens* àquelas que por mais que sejam expressamente declaradas

¹¹⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, p. 272.

¹¹⁸ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 457, para. 99.

¹¹⁹ A doutrina é inserida pelo Relator Especial da CDI como uma categoria de “outros materiais” capazes de materializar e identificar a *opinio juris* da comunidade internacional dos Estados. Nesse sentido, os escritos acadêmicos, trabalho de profissionais do direito internacional e os trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas são referidos como instrumentos secundários de identificação das normas de *Jus Cogens*. Vide: A/CN.4/706, Draft Conclusion 9, n. 4, p. 47.

como normas imperativas de direito internacional encontram-se fundamentadas em interesses individuais dos Estados. Portanto, com o apoio da teoria mista do reconhecimento e aceitação é possível aproximar-nos da *Ratio Legis* do *Jus Cogens*, ou seja, estas normas possuem como estreita característica a defesa, proteção e garantia de valores e direitos fundamentais da comunidade internacional dos Estados. E por esta razão, atribuir como necessidade fundamental para reconhecimento do caráter cogente exclusivamente a tese subjetiva extrair-se-ia a urgência, necessidade e efetividade destas normas.

Para que uma determinada norma possa ser reconhecida e aceita como imperativa, inderrogável e mutável somente por norma posterior de mesma natureza, é reconhecido no próprio Artigo 53 da Convenção de Viena que este reconhecimento e aceitação deve ser feito pela “comunidade internacional de *Estados*” (destaque nosso). Nesse sentido, por atualmente não apenas os Estados figurarem como sujeitos de direito internacional, estaria esta norma afastando a possibilidade de reconhecimento e aceitação por parte de organismos internacionais, entidades não governamentais, e, eventualmente, dos indivíduos?

Houve propostas diversas a este entendimento, ao passo que visavam o alargamento da interpretação de reconhecimento e aceitação das normas de *Jus Cogens*, de modo que não apenas os Estados estariam na titularidade na formação das normas imperativas de direito internacional. Esta foi apresentada nas considerações da Sexta Comissão das Nações Unidas após o relatório da CDI sobre o *Jus Cogens* (68ª Sessão – 2016), onde ficou apresentado que “*enlarge the idea of the acceptance and recognition of a peremptory norm by States to include other entities, such as international and non-governmental organizations and, more broadly, the international community*”¹²⁰.

Se pensarmos no reconhecimento e aceitação de uma norma imperativa de direito internacional como um elemento de análise complementar das normas de direito internacional geral, poderemos chegar à conclusão diferente do entendimento pontual acima destacado na Assembleia Geral. A Comissão apresenta que para formação do direito costumeiro, o consentimento e a prática ao longo de um determinado período de tempo de uma norma tida como costume internacional é necessário essencialmente que seja feito pelos Estados da comunidade internacional, e que por outro lado, a participação de agentes não estatais servirá

¹²⁰ Document A/C.6/71/SR.27, p. 2, para. 9.

para atribuir-se relevância na avaliação da prática de uma determinada norma como um costume¹²¹. Portanto, após análise comparativa, por mais que não exista pleno consenso na doutrina, é entendimento maioritário de que apenas os Estados internacionais, na sua capacidade plena de sujeitos de direito internacional, seriam aqueles agentes capazes de reconhecer e aceitar uma determinada norma de direito internacional geral naquelas de caráter *inderrogável* e cuja sua *modificação* somente acontecerão por uma mesma norma imperativa de direito internacional posterior.

Agora, é essencial apontar que por mais conhecidas que sejam as normas de *Jus Cogens*, nem sempre estaremos diante de Estados ou Organizações Internacionais que irão respeitar as obrigações internacionais por estas impostas. De fato, as causas de inaplicabilidade, suspensão ou derrogação apresentam-se de forma complexa e muito menos matemática. Ou seja, a derogabilidade de uma norma deste quilate pode advir de situações voluntárias ou involuntárias, fugindo ao Estado o controle das mesmas e colocando-se muitas vezes em uma ponderação de valores fundamentais. Dessa forma, cabe analisar em sede de reconhecimento e aceitação se a derrogação forçada das normas de *Jus Cogens* sob justificativa de ato ilícito de um Estado terceiro pode ser considerado lícito ou, ainda assim, incorrerá o Estado derogante em responsabilidade internacional face ao descumprimento de uma norma imperativa de direito internacional.

2.1.3. Excludentes de Ilicitude: “Violação ou Cumprimento Forçado” Face à Inderrogabilidade das Normas de *Jus Cogens*?

É público e notório que em muitas vezes os costumes e princípios gerais de direito elevados ao status de normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*) tornam-se sólidos e vigentes por longos períodos, limitando o exercício arbitrário dos Estados em seus interesses e garantindo a supremacia de uma norma internacional em que o direito coletivo eleva-se ao patamar imperativo. Dessa maneira, uma vez que o desafio da proteção aos indivíduos torna-se volátil, complexo e em constante necessidade de adequação de enfrentamento por parte dos Estados e Organismos Internacionais, pode-se dizer que a violação a certas normas imperativas pode decorrer de situações que geradas a partir de atos ilícitos de outros Estados, e por esta razão, forçar a adoção de medidas contrárias às normas de *Jus*

¹²¹ Report of the International Law Commission, Document A/71/10, Draft Conclusion 4, Text of the draft conclusions on identification of customary international law p. 76.

Cogens. Nesse sentido, uma vez que o elemento de inderrogabilidade das normas imperativas de direito internacional tornam-nas (quase) intocáveis, estar-se-ia diante de um excludente de ilicitude ou esta medida classificar-se-ia também um ato ilícito sujeito à responsabilidade internacional?

Certo é que esta controvérsia não atinge a temática da mutabilidade. Aqui, estamos diante de situações que, em sede de Responsabilidade Internacional dos Estados, bem como em normas de direito interno, apresentam-se como excludentes da ilicitude de uma determinada prática contrária à ordem pública (interna ou internacional) por conta do seu estado de urgência.

Conceitualmente, as contramedidas são por si só um ato ilícito, porém, justificável como único meio de combater e encerrar a irregularidade praticada por um Estado terceiro. Esta reação, inicialmente, é tida como um ato violador ao direito internacional, contudo, em razão de sua característica basilar de tentativa ao cumprimento de uma norma internacional, perde seu status de conduta ilícita¹²². Por outro lado, grande parte da doutrina utiliza-se do fundamento que aponta a impossibilidade de ser afastada da ilicitude de um ato praticado por um Estado contrário a uma norma com caráter *iuris cogentis*¹²³.

Para esta última doutrina, a inderrogabilidade do *Jus Cogens* transformou-o em uma norma de caráter pétreo, sólido e impossível de sofrer qualquer intervenção pelo fato de por serem normas que tutelam o interesse da comunidade internacional, impossíveis suspender ou derogar seu efeito jurídico sem que se esteja diante de uma responsabilidade internacional daquele ente que agiu em contramedida¹²⁴. Acrescenta-se a este fundamento os comentários e projetos de artigos em sede de responsabilidade internacional dos Estados pela prática de atos ilícitos, onde a Comissão de Direito Internacional ratifica o entendimento, no Artigo 50 do respectivo diploma, de que as contramedidas não poderão subsistir naquelas obrigações “under peremptory norms of general international law”¹²⁵.

Grande parte da doutrina ainda argumenta que as normas de *Jus Cogens* apresentam-se sob o caráter *erga omnes*, ou seja, suas obrigações não tutelam interesse Inter Partes e/ou particulares, mas por outro lado, impõem a obrigação de resguardo das mesmas sob uma

¹²² MACHADO, Jónatas E. M. Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro. 3ª Edição. Coimbra Editora: 2006, p. 584. In.: ANACHE, Patrícia Costa. CONTRA-MEDIDAS. Da Análise Geral à Atual Posição da C.D.I. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2014, p. 43.

¹²³ SANCHEZ, Victor M. Derecho Internacional Público. Huygens Editorial, 2011 p. 361.

¹²⁴ SIMMA, Bruno. *Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a Different Balance*, EJIL, Vol. 5, n. 1, 1994, p. 105.

¹²⁵ Document A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook Of The International Law Commission*, 2001, Vol II, Part Two, p 131-134.

ótica comum. Por esta razão, uma contramedida faria sentido apenas se estivesse em causa uma matéria Inter Partes, e não àquelas obrigações de interesse público internacional^{126 127}.

Apesar da esmagadora doutrina que atribui ilicitude ao ato praticado por um Estado que derogue uma norma imperativa de direito internacional, é possível encontrar entendimento diverso que não concorda com esta afirmação e utiliza-se das características essenciais das normas de *Jus Cogens* para justificação.

Nesse sentido, quando apresentamos a imutabilidade das normas imperativas de direito internacional como sendo aquelas que encontram-se ligadas ao plano da validade, ou seja, da “validade temporal”, ver-se-á que a intenção do legislador internacional é trazer nesta norma uma proibição da derrogação voluntária e não a criação de uma norma rígida, imutável e inviolável.

Segundo esta interpretação, BAPTISTA afirma que:

*“Julga-se existir praticamente um abismo lógico-jurídico entre proibir-se que os Estados, por simples acordo arbitrário inter se, deroguem uma norma iuris cogentis e proibir-se que estes, numa efetiva situação de estado de necessidade a desrespeitem. No primeiro caso, está-se perante um ato de vontade livre que pode prosseguir qualquer fim, incluindo os ilícitos, no segundo caso, está-se perante uma decisão em que o papel da vontade se encontra francamente diminuído, em que a decisão de desrespeito pela norma não é arbitrária, mas tendencialmente objetiva: opta-se pelo sacrifício temporário de um determinado interesse público internacional”.*¹²⁸.

Portanto, ao que podemos perceber, as justificativas acerca da não existência de normas imperativas de direito internacional passam por uma má interpretação acerca das características elementares do *Jus Cogens* e, neste caso, àquilo que se vincula a inderrogabilidade, pois como se percebe, as doutrinas contrárias ao *Jus Cogens* alegam não ser possível existir

¹²⁶ BAPTISTA, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 330-331.

¹²⁷ Cumpre ressaltar que, no que tocam os efeitos das normas de *Jus Cogens*, em razão de sua natureza única e exclusiva, todas as obrigações delas emanadas terão efeitos *erga omnes*. Ou seja, destas normas, estará a comunidade internacional vinculada. Contudo as normas imperativas de direito internacional e as Obrigações *Erga Omnes* não se confundem. Por mais que o *Jus Cogens* sempre gere efeitos *erga omnes*, as obrigações *Erga Omnes* não necessariamente farão parte do *Jus Cogens* internacional. Portanto, segundo Eduardo Baptista, aquelas são apenas reflexo jurídico do gênero *iuris cogentis*.

¹²⁸ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, p. 324.

na ordem pública internacional normas invioláveis – em um dos argumentos – por estado de necessidade¹²⁹.

A invocação da derrogação ou suspensão de uma norma elevada ao status de *Jus Cogens* fatalmente é admitida apenas naquelas situações onde seja encontrado o resguardo ao princípio da necessidade, que subdivide-se em subprincípios da adequação e indispensabilidade das medidas de suspensão. Nesse sentido, será adequada e indispensável aquela medida suspensória às normas imperativas de direito internacional que no caso concreto, em razão da situação pública e notória de emergência, se não adotada for, dificultar-se-á o retorno ao status quo de normalidade. Portanto, é por consequência concluído que certos direitos exercidos em um cenário conflituoso e emergencial não perturbam a normalização e a Ordem Pública, nomeadamente, o direito ao nome e o direito de não ser preso por dívidas, sendo certo que foge a estes o elemento central de necessidade de aplicação de medidas suspensivas. Por outro lado, princípios como o *non refoulement*, e da autodeterminação dos povos podem ser suspensos justificando-se o estado de necessidade. No primeiro, nas situações onde esteja em causa a periculosidade do refugiado, e no segundo, situações perturbadoras que inviabilizem a realização da livre e espontânea decisão de um povo justificar-se-ão a necessidade de derogabilidade de ambos princípios, utilizando-se de medidas adequadas e indispensáveis para o retorno da normalização¹³⁰.

Apesar de ambas doutrinas utilizarem de boas justificativas ao seu sólido posicionamento, é essencial questionar a utilização fraudulenta das contramedidas, uma vez que não é impossível pensar em dois Estados a formalizar um acordo tácito em que seja derogada determinada de *Jus Cogens*.

No entanto, de fato, esta matéria não encontra consenso na doutrina, sendo importante uma análise criteriosa para compreender-se se efetivamente um Estado incorrerá ou não em responsabilidade internacional perante contramedidas adotadas, mesmo que fundamentadas naquelas excludentes de ilicitude. De todo modo, parece-nos razoável a utilização do critério em que verificar-se-á a existência do princípio da necessidade, sendo possível, dessa forma, garantir que os direitos fundamentais emanados das normas de *Jus Cogens*

¹²⁹ Vide a suspensão de certos direitos fundamentais presentes no Artigo 15º, nº. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no Artigo 4º, nº. 1 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos. Neste último instrumento normativo é importante destacar que a terminologia utilizada é a *suspensão* dos direitos e não *derogabilidade* – já utilizada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹³⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, pp. 325-328.

sejam postos em relevância mesmo em estados de exceção e/ou perante um ato contratual tácito fraudulento de Estados a fim de sucumbir a vigência destes efeitos.

2.2. Efeitos Legais das Normas de *Jus Cogens* na Responsabilidade dos Estados

A relação das normas imperativas de direito internacional com outros institutos jurídicos de direito internacional gera grande complexidade quanto aos seus efeitos legais. Apesar de sua maior atenção ter sido dada a partir da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, sabe-se que interação com as normas de *Jus Cogens* vai além desta matéria. A responsabilidade internacional dos Estados apresenta-se em certos pontos fundamentais do tema, além das causas de excludente de ilicitude previamente analisadas, com íntima interligação, sendo, portanto, alvo de trabalhos da própria Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas¹³¹.

Sob a ótica da Comissão¹³², existem duas consequências/efeitos fundamentais das normas de *Jus Cogens* em sede de responsabilidade internacional dos Estados, que são, designadamente, a impossibilidade de recorrer-se às excludentes de ilicitude por um ato ilícito praticado mesmo à luz de uma excludente – já analisado no tópico anterior – e, ao que nos interessa, a obrigação dos Estados a cooperarem para pôr um fim na grave violação a estas normas, bem como não atribuir reconhecimento para as situações criadas pela violação ou ajudar a mantê-la.

Destaca-se que as doutrinas nesse sentido são categóricas ao afirmar este dever de cooperação e cumprimento, sendo algumas mais alargadas ao afirmarem que são obrigados os Estados a apresentarem intervenções e medidas a fim de cessar-se a violação em curso¹³³.

O dever de cooperação internacional para pôr-se um fim nas graves infrações às normas imperativas de direito internacional, bem como a doutrina que afirma o dever de intervenção passa além da análise do Artigo 41 do projeto de artigos em responsabilidade internacional dos Estados. De fato, é de se pôr relevo quanto à vinculação das normas de *Jus Cogens* e das obrigações *erga omnes*. Conforme já explorado, não há como desvincular o

¹³¹ Vide o Documento A/71/10, para. 112, p. 300: “It was stressed that the scope of the topic extends beyond the law of treaties, and includes areas of international law such as the one on responsibility of States for internationally wrongful acts”.

¹³² International Law Commission. Seventieth session. *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. Document A/CN.4/714, para. 78, p. 30.

¹³³ TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 429.

dever de garantia de normas com caráter e amplitude geral, não sendo possível, portanto, que Estados terceiros sejam coniventes com violações graves a normas de interesse comum praticadas por outro ente internacional. Nesse sentido segue a jurisprudência internacional, onde em *Goiburú et al. v. Paraguay*¹³⁴ a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que a necessidade de eliminar a impunidade estabelece uma obrigação internacional de assegurar a cooperação interestadual na garantia dos direitos humanos quando estes forem violados. Segue, ainda, afirmando a elevação do acesso à justiça ao status de norma de *Jus Cogens*, dando origem a uma obrigação *erga omnes* em que todos os Estados deverão adotar medidas necessárias para assegurar que ilicitudes como esta não restem impunes¹³⁵.

A erradicação de qualquer impunidade e necessidade urgente ao fim às violações às normas imperativas de direito internacional seguem sob análise jurisprudencial em *La Cantuta v Perú*, em que após a constatação da violação a uma norma de *Jus Cogens*, afirma o tribunal que:

*“In view of the nature and seriousness of the events, all the more since the context of this case is one of systematic violation of human rights, the need to eradicate impunity reveals itself to the international community as a duty of cooperation among states for such purpose”*¹³⁶

Ratifica-se este entendimento utilizando como exemplo o Artigo 1º da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, ao ser afirmado o comprometimento dos Estados em “prevenir” e “punir” quaisquer atos desta natureza praticados por outros Estados, seja em tempos de paz ou em tempos de guerra, figurando, ainda, como condutas puníveis o conluio, incitação e cumplicidade para prática do genocídio (Artigo 3º)¹³⁷.

Doutrinariamente também há defesa quanto à obrigação de salvaguarda das normas de *Jus Cogens* – em razão do seu efeito *erga omnes*. Contudo, devem ser observados graus

¹³⁴ Case of Goiburú et al. v. Paraguay, Judgment, 22 September 2006, Inter-American Court of Human Rights, p. 83, para. 131.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 83, para. 131.

¹³⁶ Case of La Cantuta v Perú (Merits, Reparations and Costs), Judgment, 29 November 2006, Inter-American Court of Human Rights, p. 85, para. 160.

¹³⁷ Vide, ainda sobre este tema, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro). Further Requests for the Indication of Provisional Measures. Order of 13 September, 1993, p. 26, para. 50: “«*Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir*»; considérant que toutes les parties à la convention ont donc assumé l'obligation «de prévenir et de punir » le crime de génocide;”.

variáveis em função da matéria de tais normas, podendo, as obrigações *erga omnes* mais simples, caracterizarem-se apenas como mero dever de cooperação interestadual. Contudo, quando estamos diante de obrigações desta natureza de caráter mediato, ou seja, quando envolvem diretamente um indivíduo, permitir-se-á ainda que de menor importância, a atuação de um Estado terceiro frente ao Estado violador¹³⁸.

Dessa forma, solidificado está que as normas imperativas de direito internacional, através de seu caráter e efeito *erga omnes* vinculam os Estados não apenas no seu cumprimento individual. Estar diante de uma norma de *Jus Cogens* é estar vinculado, essencialmente, ao cumprimento, mas paralelamente ao dever de compelir outros Estados na manutenção e no não reconhecimento de quaisquer relações oriundas dessas infrações.

Por esta razão podemos afirmar que as normas de *Jus Cogens* encontram-se em um patamar superior de efetividade se comparadas com quaisquer outras normas de *Ius Dispositivum*, ou ainda de outras obrigações *erga omnes*. Assim sendo, quando este *Iuris Cogentis* situar-se vinculado a quaisquer outros institutos de direito internacional, como é o objeto desta tese, não enxergamos hipóteses de sucumbir ao cumprimento, ou mais ainda, da impossibilidade preliminar de avaliação do mérito por questões políticas e desinteresse de agir do Estado na proteção de seu nacional.

2.3. A Relação Jus Cogens e Proteção Diplomática sob a Ótica da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Diferentemente do primeiro capítulo, aqui, tratar-se-á com alguma imersão doutrinária nas questões que vinculam as normas imperativas de direito internacional e o instituto da Proteção Diplomática sob a ótica desenvolvida pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Destacamos, ainda, que esta matéria foi alvo de grande discussão e divergência entre os membros, de modo que os projetos de artigos sobre a Proteção Diplomática terminaram por limitar o conceito e ideologia inicial tratada pelo Relator Especial em seu primeiro relatório.

Os primeiros passos desenvolvidos pela Comissão a título de Proteção Diplomática podem ser registados em 1998 por um Relatório Preliminar responsável por dar as primeiras definições, natureza jurídica e contexto histórico deste instituto de natureza costumeira.

¹³⁸ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ob. Cit.*, p. 295-298.

Neste documento é possível verificar que, por mais focado em questões de definição, o Relator já apontava a necessidade de uma maior atenção da CDI nos próximos anos em razão da nova posição do indivíduo no contexto do direito internacional, e conseqüentemente na reformulação do modelo tradicional deste instituto, destacando que “*the Commission should reconsider classic law in this regard*”¹³⁹. Cronologicamente, em 2000 a Comissão volta a inserir o tópico da Proteção Diplomática em seu trabalho e através do primeiro Relatório¹⁴⁰ já é possível identificar a preocupação por parte de alguns membros da garantia e efetividade da Proteção Diplomática quando estão em causa graves violações às normas de *Jus Cogens*.

Nesse sentido, o projeto de artigo 4º elaborado pelo relator especial exprimia o entendimento deste no sentido de elevar a importância das normas imperativas de direito internacional, à luz da proteção diplomática, quando este *Jus Cogens* fosse violado. Assim, foi atribuído pelo relator que, exceto nos casos em que o pleito do indivíduo lesado pudesse ser levado para tribunal internacional competente, o Estado da nacionalidade tinha o *dever* de exercício da proteção diplomática ao seu nacional, e não apenas o direito ou discricionariedade de proteção¹⁴¹. Afinal, se um Estado parte de uma convenção de direitos humanos for requerido a garantir uma proteção efetiva contra a violação dos direitos contidos nestas convenções, não há razão para que o Estado da nacionalidade não seja compelido a efetivamente proteger seu nacional quando esses direitos humanos mais básicos e fundamentais, advindos das normas imperativas de direito internacional, forem seriamente violados no exterior¹⁴².

A fundamentação na defesa deste posicionamento jurídico se deu através da apresentação da prática dos Estados em sede de proteção diplomática, contudo, mais importante, ressaltou que para o desenvolvimento progressivo do tema era necessário atentar-se para o direito internacional contemporâneo e sua tendência de sobreposição dos direitos humanos do indivíduo face ao poder soberano dos Estados em suas decisões.

Alinhado a este entendimento, a percepção e desenvolvimento das normas imperativas de direito internacional ao defenderem valores fundamentais da comunidade internacional passam a ter um papel preponderante no contexto internacional e por esta razão as graves violações às normas de *Jus Cogens* são revestidas de importância significativa a ponto de,

¹³⁹ Document A/CN.4/484, p. 311, para. 2.

¹⁴⁰ Document A/CN.4/506 and Add. 1.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 223. Vide Projeto de Artigo 4º: “1. 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”.

¹⁴² *Ibidem*, p. 225-226, para. 89.

no entendimento do Relator Especial, justificar a obrigatoriedade de um Estado proteger o seu nacional em caso de danos a ele sofridos em território estrangeiro.

Após a vasta explanação sobre as normas de *Jus Cogens*, tal argumento nos parece simples, porém é rico em detalhes que as normas de *Jus Cogens* e a Proteção Diplomática são capazes de carregar consigo. A imperatividade e sobreposição das normas *Iuris Cogentis* face às normas *Ius Dispositivum* ratificam a inderrogabilidade das mesmas, e em sede de responsabilidade internacional, estão os Estados vinculados não apenas na própria tutela, mas também na geração de mecanismos ativos e passivos de imposição ao cumprimento por outros Estados. Nesse sentido, a dispensabilidade de um sistema de proteção mesmo estando em causa graves violações às normas imperativas podem ser caracterizadas como uma possível manutenção e inação do Estado da nacionalidade do indivíduo, podendo gerar, por consequência, sua responsabilidade internacional.

Os trabalhos da CDI nesta matéria não resultaram significativa alteração do modelo tradicional da Proteção Diplomática. De fato, não estiveram de acordo com esta doutrina e sequer entenderam a prática dos Estados como uma *opinio juris*, mas apenas indícios da recente prática. Contudo, a justificativa na manutenção do modelo tradicional e consequente aprovação do projeto de artigo altamente restritivo apresentou argumento que atualmente não se é possível sustentar, uma vez que na visão da Comissão, em razão da pouca compreensão do conceito e finalidade das normas de *Jus Cogens*, a Comissão deveria restringir-se ao conceito técnico do instituto da proteção diplomática, não atrevendo-se a explorar caminhos fora do que lhes era posto em causa¹⁴³.

À época sabe-se que, definitivamente, não havia trabalhos e/ou doutrinas contundentes no estudo científico daquilo que seriam as normas imperativas de direito internacional, sua natureza, alcance e inderrogabilidade. A interpretação de discricionariedade absoluta do Estado permaneceu, sendo neste relatório fundamental ressaltar que sob a ótica da proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional, as normas de *Jus Cogens* apontam para um futuro de relação com a proteção diplomática. Nesse sentido, apesar de negar-se o direito ao indivíduo, a própria CDI destaca que, nos casos de intervenção obrigatória, “*the principles of State responsibility under which, if jus cogens was affected, not only the State of nationality, but all States, had the right and the duty to protect the individual*”¹⁴⁴.

¹⁴³ Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-second session, Vol. II, Part Two. Document A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 2)/Rev.1, p. 78, para. 452 e 455.

¹⁴⁴ *Ibidem*, para. 453.

Nessas razões, os projetos de Artigos são aprovados pela CDI atribuindo-se total poder discricionário do Estado da nacionalidade em exercer a proteção diplomática. Contudo, no Artigo 19 apresenta recomendações para prática deste instituto, onde afirma que, preenchidos os requisitos, o Estado capaz “devia” – em inglês *should* – levar em conta o exercício da proteção ao seu nacional quando ocorrer uma “lesão significativa”. Portanto, resta claro que a dificuldade e complexidade no conceito, aplicabilidade e efeito jurídico das normas de *Jus Cogens* afastaram, à época, a efetividade e vinculação destas normas com o instituto da Proteção Diplomática.

3. A VULNERABILIDADE DO SISTEMA TRADICIONAL

3.1. Contextualização: Pontos de Ruptura no Atual Cenário do Direito Internacional

Após a compreensão sistemática do instituto da Proteção Diplomática através do entendimento de todos seus requisitos preliminares, e principalmente, a discricionariedade atribuída ao Estado de nacionalidade do indivíduo vítima de um determinado dano no território de acolhimento, é possível destacar a vulnerabilidade no seu sistema de proteção ao direito do estrangeiro. O exercício da Proteção Diplomática ao nacional lesado em território terceiro caracteriza-se como mecanismo frágil e defasado na cronologia jurídica, sendo gradualmente ofuscado perante às tendências proteção humanitária. Nesse sentido, institutos e organizações internacionais vêm assumindo um protagonismo significativo e implantando soluções que cada vez mais afastam os Estados de uma iniciativa substancial e protetora de seus nacionais.

Conforme destacado anteriormente, quando esteve diante da necessidade deste instituto de Direito Internacional, a Comissão de Direito Internacional da ONU optou por não apresentar grandes avanços à doutrina tradicional quando estivesse diante da violação de normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*) pelos motivos supra alegados.

Por esta razão, uma vez constatada a potencialidade de tornar-se um garantidor dos direitos individuais dos estrangeiros, resta-nos o questionamento se frente às mais novas e graves violações às normas de *Jus Cogens*, estaria o Estado através da Proteção Diplomática garantindo a manutenção das garantias individuais já conquistadas por seu nacional ou apenas transformando o instituto em uma ferramenta de proteção conveniente aos interesses Estatais?

Fundamentamos este entendimento com o que doutrina GONZALEZ, RODRIGUEZ e SANTA MARIA¹⁴⁵, ao dizerem que as normas de proteção jurídico-internacionais:

“têm natureza dinâmica e evolutiva e encontram-se abertas a novas formulações em cada momento histórico concreto da evolução da sociedade internacional, o que não admira dado que todas elas estão marcadas, desde o início, por uma forte carga ideológica”.

No mais, alguns conceitos da doutrina clássica do Direito Internacional – somados à pluralidade de organismos em busca de proteção dos direitos humanos – continuam qualificando o instituto da Proteção Diplomática como um mecanismo engessado, rigidamente mutável e de pouca apreciação.

Em primeiro lugar, a Soberania do Estado à época do Primeiro Relatório da CDI apresentava, também, conceitos doutrinários clássicos e passava por uma gradual reinterpretação no cenário internacional. Por muitos anos este poder soberano foi tratado como uma violenta justificativa para as mais graves violações aos direitos da pessoa humana, e sendo mais abrangente, às indiferenças praticadas contra um estrangeiro que eram indiferentemente negligenciadas pelo Estado da nacionalidade do mesmo, a fim de evitar questões, políticas, diplomáticas e de não ingerência.

Sabe-se que este conceito encontra-se relativizado. É possível apresentar este viés destacando que *“States are now widely understood to be instruments at the service of their people, and not vice versa. At the same time individual sovereignty [...] has been enhanced by a renewed and spreading consciousness of human rights. [...]”*. Portanto *“its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them”*¹⁴⁶. Avançando este, podemos afirmar ainda que o direito dos povos e dos indivíduos estão situados em uma *“dimensão de soberania universal que é detida ou que reside em toda a humanidade”*¹⁴⁷.

¹⁴⁵ CAMPOS, J. D. González; RODRIGUEZ, L. Sanchez; SANTA MARIA, M. Pazs, *Curso de Derecho Internacional Publico*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983, p. 561.

¹⁴⁶ ANNAN, Kofi. *The Concept Of Sovereignty*. The Economist, revista online, 16 de setembro de 1999. Disponível em: <https://www.economist.com/international/1999/09/16/two-concepts-of-sovereignty>.

¹⁴⁷ BOUTROS-GHALI, Boutros. *Empowering the United Nations*. Foreign Affairs. Vol. 71, nº. 5, 1992/1993, p. 99, vide: *“And underlying the rights of the individual and the rights of peoples is a dimension of universal sovereignty that resides in all humanity and provides all peoples with legitimate involvement in issues affecting the world as a whole”*. In.: BRITO, Wladimir. *Responsabilidade de Proteger no Direito Internacional*. Almeida, Coimbra, 2017, p. 14.

Portanto, a transição do modelo clássico de soberania para uma adequação contemporânea reforça a necessidade da exclusão do conceito soberano de poder ilimitado e absoluto do Estado naquelas circunstâncias em que graves violações aos direitos fundamentais da pessoa humana encontram-se em causa. Sendo assim, reforça-se a necessidade de estabelecimento da doutrina do *standard* mínimo (Cfr. 1.2.1) de civilização internacional, pois através deste mecanismo permitir-se-á a cada Estado intervir, dentro do limite da não ingerência, na proteção e defesa de seus nacionais e de não nacionais. Ainda nesse sentido, a fim de solidificar o entendimento, Wladimir Brito afirma que “nessa nova concepção de soberania [...] torna admissível a intervenção colectiva da comunidade internacional, no seu todo, em defesa das vítimas” e poderá, ainda, ser feita sem a anuência do Estado sempre este esteja a “promover, apoiar ou até a praticar a maciça violação dos direitos fundamentais da pessoa humana [...] e a promover atrocidades, recusando-se a conceder protecção às vítimas”¹⁴⁸.

Em um segundo plano, torna-se nítido perceber que além dos pontos anteriormente destacados, a vulnerabilidade deste instituto no seu modelo tradicional de aplicabilidade encontra-se vulnerável quando em causa a interpretação do indivíduo como não sendo um sujeito de Direito Internacional. Dessa forma, como aponta FERREIRA DE ALMEIDA¹⁴⁹, até a segunda metade do século XX por uma questão de técnica jurídica a norma internacional atuava de forma mediata, de modo que deveria ser o Estado da nacionalidade do indivíduo intervir dirigindo-se a este para a solução de um determinado conflito regulado no plano internacional. Por esta razão, a concepção do indivíduo como sujeito de Direito Internacional sucumbia frente às concepções voluntaristas que apontavam o Estado como o sujeito dotado de personalidade jurídica internacional e o indivíduo como objeto de seu poder. Dessa maneira, sob essa interpretação, a proteção diplomática ficava sob vago condicionamento de oportunidade e conveniência daquele que possuía capacidade nas relações internacionais, nomeadamente, o Estado.

Todavia, a evolução interpretativa, a mutação de conceitos e os novos desafios enfrentados pelo Direito Internacional tornaram mais ativas e frequentes as vezes que qualificavam o indivíduo como um sujeito dotado de personalidade jurídica. Este atributo somente foi possível a partir da existência de normas jurídicas que concedessem ou restringissem,

¹⁴⁸ BRITO, Wladimir. *Responsabilidade de Proteger...*, p. 19.

¹⁴⁹ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2ª. Ed. Coimbra, 2003, p. 329.

sem a intervenção do Estado, direitos e deveres ao indivíduo. Nesse sentido, a título exemplificativo, as normas de direito internacional geral e convencional permitem-nos qualificar e confirmar a concessão de direitos e garantias aos indivíduos sem que essa prescindia de intervenção.

Vale ressaltar, porém, que a necessidade de existência de um Estado protetor – a fim de que seja exercida a Proteção Diplomática – em nada se vincula à inexistência e desqualificação do indivíduo como sujeito de direito internacional. O verdadeiro sentido atribuído a esta vulnerabilidade está na percepção do indivíduo como um sujeito titular de direitos advindos de uma norma jurídica de direito internacional. Destaca-se, ao nosso entendimento, que o elemento processual se distingue ao elemento normativo de atribuição dos direitos a ele vinculados. Portanto, para fins de Proteção Diplomática, podemos afirmar que o indivíduo goza de personalidade jurídica passiva pelo fato de não lhe ser garantida a capacidade de agir de forma autónoma¹⁵⁰, mas jamais pode ser afirmado que por esta razão estar-se-á diante da inexistência personalidade jurídica.

Logo, faz-se necessário transitar do modelo clássico doutrinário que enxergava o indivíduo como um mero “fante” em um cenário que atribuía ao Estado a titularidade do direito violado e único lesado pela prática de um ato internacionalmente ilícito. De fato, sob os novos conceitos de personalidade jurídica internacional, bem como no atual cenário de responsabilidade internacional, afirmamos que o único sujeito portador do direito de restituição ao *status quo ante* é o indivíduo, e não mais o Estado da nacionalidade.

Para além da temática da discricionariedade, é importante traçar a vulnerabilidade do sistema tradicional apresentada na doutrina e jurisprudência no que toca o critério da Nacionalidade em sede de Proteção Diplomática estando em causa um duplo ou múltiplo nacional. Anteriormente – conforme analisado em 1.3.1 – apresentaram-se os conceitos da Nacionalidade Efetiva e a Igualdade Soberana dos Estados como mecanismo de afastamento do exercício da proteção por parte de um Estado. Contudo, a partir das jurisprudências apresentadas, a insegurança jurídica dos indivíduos já tornava-se latente e preocupante, e por esta razão, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas no projeto de artigos possibilita uma nova interpretação, destacando a vulnerabilidade do sistema tradicional de proteção, reinterpreta os conceitos de forma favorável àqueles que tiveram seus direitos lesados, possibilitando que um Estado se posicione face ao outro em que o indivíduo também é

¹⁵⁰ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público...*, Ob. Cit., p. 471.

nacional e permitindo que a proteção seja exercida em conjunto por todos os Estados da nacionalidade do indivíduo.

Nesse sentido, a Nacionalidade Efetiva tornar-se-á um conceito favorável ao indivíduo na medida que, conforme o Artigo 7º do projeto de artigos, o um Estado da nacionalidade poderá insurgir-se face a outro Estado da nacionalidade apenas quando a ligação efetiva e predominante for para com o primeiro. Assim, em uma ficção jurídica, criou-se o conceito de uma “Nacionalidade Não Efetiva”¹⁵¹ a fim de permitir maior proteção dos direitos do indivíduo e também o alargamento dos mecanismos de aplicabilidade, tendo por consequência, relativizado mais uma vez a soberania ao permitir que a Igualdade Soberana dos Estados sub-rogue-se aos direitos individuais. Já o Artigo 6º, ao permitir o múltiplo exercício da Proteção Diplomática, reforça a necessidade de não ser possível sucumbir no todo ou em parte a opção de proteção a ser exercida a favor de um indivíduo. Quanto maior a proteção, será mais favorável ao indivíduo, que figura como sujeito mais fraco e hipossuficiente da relação internacional.

Contudo, este entendimento paira em uma não vinculação e não obrigatoriedade de aplicabilidade no contexto internacional. Portanto, por mais que a atribuição de uma respectiva nacionalidade seja de competência exclusiva dos Estados, a averiguação desta para fins de Proteção Diplomática cabe apenas ao júízo internacional, que deverá analisar os critérios de fixação, verificando a equação (ou não) entre um “conjunto de vínculos de nacionalidade” e “critérios jurisprudenciais pacificados”¹⁵².

Por mais que a relativização dos conceitos de nacionalidade e soberania no que toca a Nacionalidade Efetiva e Igualdade Soberana dos Estados em sede de Proteção Diplomática tenha sido bem analisada pela CDI, uma categoria de indivíduos restou afastada do novo conceito e apreciação. Conforme o nº. 3 do Artigo 8º dos mesmos projetos de artigos, o Refugiado não poderá ter a a Proteção Diplomática exercida por parte do Estado de refúgio se a violação de seus direitos tiver sido ocasionada por um ato internacionalmente ilícito de

¹⁵¹ Paralelamente aos mecanismos de identificação da nacionalidade efetiva e dos requisitos de ligação ao Estado, podemos afirmar que a forma como o indivíduo se apresenta ao seu Estado torna-se fundamental para fins de reconhecimento da nacionalidade que preponderará ao outro Estado da nacionalidade. Em linhas gerais, poderá reconhecido como “estrangeiro” ou “nacional efetivamente vinculado à ordem jurídica do outro Estado” aquele nacional que ingressa do país de nacionalidade com passaporte da outra nacionalidade. Ou seja, para fins de reconhecimento, estaria o indivíduo demonstrando ao seu Estado nacional que valer-se-á da qualidade de estrangeiro, e em caso de violação de seus direitos individuais e fundamentais, deverão, ambos Estados da nacionalidade, resolverem o conflito criado. Contudo, apesar desta ser uma das formas de identificação, sabe-se que o homem médio – aquele que não desfruta do conhecimento jurídico técnico – não preocupar-se-á com tal fato, mas terá interesse na maioria dos casos em uma entrada no país de forma fácil, ágil e sem fronteiras.

¹⁵² FARIAS, Eduardo Pimentel de. *Ob. Cit.*, p. 81.

seu Estado da nacionalidade. Porém, torna-se razoável a contestação do presente entendimento uma vez que o refugiado, por um próprio conceito internacionalmente aceito, é aquele indivíduo que:

“A refugee is someone who has been forced to flee his or her country because of persecution, war or violence. A refugee has a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group. Most likely, the cannot return home or are afraid to do so. War and ethnic, tribal and religious violence are leading causes of refugees fleeing their countries”¹⁵³.

Portanto, há que ressaltar a fragilidade sistemática ao apontar que o refugiado é, justamente, o indivíduo que por inúmeras razões encontra-se impossibilitado de recorrer ao seu Estado da nacionalidade a fim de que seja garantido seus direitos. Assim, demonstra-se que os instrumentos deste Estado encontram-se falhos e, em muitos casos, o próprio foi o causador de graves violações e prática de atos internacionalmente ilícitos.

Dessa forma, após vasta explanação, percebe-se haver grande disparidade do sistema tradicional de exercício da Proteção Diplomática e os conceitos implementados, modificados ou extintos no atual cenário jurídico-internacional. Portanto, sendo a Proteção Diplomática um instituto que visa garantir os direitos fundamentais, e mais, estando em causa a violação de normas imperativas de Direito Internacional, justifica-se a necessidade de novas perspectivas serem implementadas a nível doutrinário e jurisprudencial, a fim de evitar insegurança jurídica e sérias violações ao direito internacional humanitário.

3.2. A Nova Perspectiva do Instituto Através de Sistemas de Proteção Alargada: Direito exclusivo de cidadania da União e Organismos Internacionais?

As necessidades jurídicas de alargamento e garantia de mecanismos de proteção dos indivíduos tornou-se evidente com o passar dos anos e as constatações de inseguranças jurídicas a nível internacional. Mesmo com novos conceitos de direitos individuais implementados e desenvolvidos pelo direito internacional humanitário, a comunidade internacional

¹⁵³ UNHCR. *What Is a Refugee?*. United Nations High Commissioner for Refugees. Disponível em: <https://www.unrefugees.org/refugee-facts/what-is-a-refugee/>.

buscava contornar as falhas existentes na doutrina tradicional da Proteção Diplomática através de meios *suigêneres*, que possuem a mesma finalidade do instituto em questão.

Dessa maneira, destacam-se dois modelos de proteção alargada. Nomeadamente, a Proteção Diplomática e Consular exercida aos cidadãos da União Europeia que não possuem representatividade em um Estado terceiro, bem como a Proteção Funcional exercida por Organismos Internacionais a favor de seus membros que tenham sido vítimas de violações de direitos no exercício de suas funções.

Portanto, é necessário perceber que as estruturas sistemáticas assemelham-se às da Proteção Diplomática, garantindo por consequência maior proteção ao indivíduo lesado, e no caso da União Europeia, até aos seus familiares.

3.2.1. A Proteção Comunitária e a Diretiva (UE) 2015/637 do Conselho

Inicialmente concebida como um espaço económico e de livre comércio, a União Europeia – criada em 1957 com o Tratado de Roma – emerge gradativamente para um conceito de exercício mútuo de cidadania igualitária e enxerga-se como um sistema federativo *suigêneres*. Para além das conquistas financeiras, económicas e monetárias alcançadas por esta comunidade, há que se destacar o momento de afirmação de uma identidade comum dos cidadãos.

Em 1992, através do Tratado de Maastricht, institucionalizou-se a “cidadania da União”, onde foi criado um “estatuto de cidadania” sem poder autónomo e apenas complementar à nacionalidade dos Estados Membros da União. Contudo, apesar de ser desprovido de deveres específicos, garante aos respectivos cidadãos direitos igualitários, bem como traz-se um sentimento de pertença^{154 155}. Nesse sentido, afasta-se a singular visão de soberania nacional e, inclusive, doutrinas internacionais como a da Proteção dos Nacionais. Portanto, todos os cidadãos da União devem ser tratados igualitariamente quanto ao seu direito de livre circulação, permanência, oportunidades de trabalho e, também, na seara diplomática – Conforme atual Artigo 20º, nº. 2, alínea c) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e antigo Artigo 8º, c) do Tratado de Maastricht.

¹⁵⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 7 ed. 2014, Almedina, Coimbra, p. 67.

¹⁵⁵ Sobre a temática da cidadania da União, leia-se: RAMOS, Rui Manuel Moura. *Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2002. Coimbra.

O exercício da Proteção Diplomática e Consular dos Cidadãos da União Europeia nos Países Terceiros de forma alargada aos cidadãos comunitários tornou-se temática abordada pelo Livro Verde apresentado pela Comissão, datado de 10 de fevereiro de 2007 (2007/C 30/04). Neste instrumento, deixou-se clara a necessidade de maior proteção aos cidadãos da União uma vez que à época eram “apenas três os países em que todos os Estados Membros se encontram representados” e “em 167 países terceiros contam-se 107 nos quais estão representados 10 Estados Membros no máximo”. A exemplificação prática da necessidade de auxílio aos cidadãos ocorre principalmente em cenários caóticos de acidentes, catástrofes ou em ataques violentos a nacionais situados no estrangeiro, e nesse sentido, tornou-se visível a incapacidade de representados dos Estados no maremoto ocorrido na Ásia no ano de 2004 em que “a maioria dos Estados Membros não dispunha de uma representação nos diferentes países atingidos pela catástrofe”¹⁵⁶.

A partir desta perspectiva e através da necessidade de evolução gradativa do direito internacional e comunitário, a União Europeia passou a reforçar a cooperação entre seus Estados Membros a fim de garantir direitos alargados aos seus cidadãos, possibilitando que todo indivíduo que seja portador da nacionalidade de um dos Estados Membros da União poderá ser representado por qualquer Estado Membro da União onde não haja representação diplomática e/ou consular no território em que tenha seus direitos violados.

Através desta medida a União Europeia torna-se pioneira ao trazer uma nova perspectiva jurídica das condições de aplicabilidade da Proteção Diplomática, afastando a necessidade de a mesma ser exercida pelo Estado da Nacionalidade¹⁵⁷. Destaca-se que apesar dessa representação ser cabível apenas em caso de inexistência de relações entre o Estado da nacionalidade e o Estado de acolhimento, a alteração do modelo tradicional permite que indivíduos de mais variadas nacionalidades gozem da pluralidade de Estados membros da União.

Todavia, certo é que a União Europeia, no exercício de sua cooperação e impulsionada pelo Livro Verde sobre a Proteção Diplomática e Consular e em busca de objetivos

¹⁵⁶ Livro Verde sobre a Proteção Diplomática e Consular dos Cidadãos da União Europeia nos países terceiros, p. 30/9, para. 1.5.

¹⁵⁷ Contudo, cumpre esclarecer que ainda que seja dispensada a nacionalidade do indivíduo ao Estado protetor, estão os Estados Membros ainda revestidos da discricionariedade do exercício da Proteção Diplomática, mesmo nos casos de violações às normas de *Jus Cogens*. Por outro lado, é certo afirmar que apesar de pairar a discricionariedade nesta matéria, os Estados Membros da União tendem a efetivamente garantir a devida proteção aos cidadãos de modo a reforçar a cooperação mútua nesta matéria, tão importante no cenário caótico de combate ao terrorismo que assola a Europa.

comuns, percebeu a grande defasagem deste mecanismo de Proteção Diplomática na atualidade ainda quanto ao pressuposto da nacionalidade e cidadania da União. Estas conclusões foram possíveis após a Guerra do Líbano em 2006, em que sob representação do Chipre, em tentativas de evacuação e repatriamento foram identificados familiares de cidadãos de Estados Membros da União que também não tinham qualquer representação diplomática naquele país em meio ao conflito. Assim, no Livro Verde, destaca-se a necessidade de:

“pôr termo às dificuldades consideráveis com que se deparam os cidadãos e as suas famílias em situações deste tipo e definir, por conseguinte, as modalidades que permitirão assegurar uma protecção conjunta dos cidadãos em perigo e dos seus familiares que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro da UE”¹⁵⁸.

Em decorrência desses fatos, foi implementada a Diretiva (UE) 2015/637 do Conselho que não apenas reforçou o conceito de proteção aos cidadãos da União, mas positivou a necessidade de exercício da Proteção Diplomática aos nacionais de Estados terceiros que façam parte da família do cidadão da União.

Há necessidade de destacar que as políticas comuns de imigração estabelecidas no Artigo 79º, nº. 2, alínea a) do TFUE permitiram que fosse desenvolvida tal filosofia de emergência, bem como à existência de mecanismos comuns de proteção e acolhimento dos familiares de cidadãos – independentemente da nacionalidade. Ou seja, as medidas de reagrupamento familiar sem necessidade de visto de residência tornaram-se a extensão do direito a um indivíduo que seja familiar de um cidadão da União ou cidadão de um Estado terceiro (titular de Autorização de Residência Válida). Nesse sentido, e por uma interpretação lógica, a política de imigração da União Europeia caracteriza-se por permitir um regime jurídico favorável e diferenciado não apenas ao seu cidadão, mas a todos aqueles que encontram-se a cargo do mesmo sob parâmetros legais.

Portanto, a partir deste paradigma, viu-se imprescindível que a Proteção Diplomática deveria ser exercida também aos familiares – independente de residência em Estado Membro da União Europeia – positivando-se, por fim, o Artigo 5º da presente Diretiva. Por um lado, apesar das inovações carregadas por este instrumento normativo comunitário, não foram

¹⁵⁸ Livro Verde sobre a Proteção Diplomática e Consular dos Cidadãos da União Europeia nos países terceiros, p. 30/11, para. 3.2.

apresentadas grandes regras procedimentais efetivas de como o instituto deverá ser exercido pelos Estados. Apenas reforça-se o pressuposto de igualdade de tratamento entre o Estado da nacionalidade e o Estado protetor e possibilita a criação de acordo bilaterais entre os mesmos, de modo a facilitar os mecanismos de cooperação, respeitando-se as condições políticas, diplomáticas e soberanas de cada Estado. Por outro, demonstra-se que a União Europeia torna-se modelo de preocupação mundial acerca da garantia e efetividade dos direitos dos indivíduos de forma irrestrita, permitindo que o exercício da Proteção Diplomática altere os padrões clássicos do instituto, servindo, portanto, de base para demonstrarmos a necessidade de reformulação para um novo sistema de proteção.

3.2.2. A Proteção Funcional

Conforme a evolução da teoria da personalidade jurídica internacional, atualmente não restam dúvidas acerca desta capacidade exercida por Organizações Internacionais. É razoável perceber o papel fundamental de organismos como a ONU, por exemplo, na defesa e propagação do Direito Internacional, através de medidas políticas (mas não só) que auxiliam os Estados nas mais variadas missões.

O marco para este entendimento não é recente. Pelo contrário, só foi possível confirmar-se a competência de Organizações Internacionais a partir do mais famoso Parecer Consultivo nesta matéria, o “*Reparation for Injuries Suffered In The Service of The United Nations*”¹⁵⁹. Nesta situação, o Tribunal Internacional de Justiça apresenta parecer favorável à ONU ao afirmar que “*the Organization possessing as it does rights and obligations, has at the same time a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane, although it is certainly not a super-state*”.

A partir deste viés, torna-se absolutamente capaz a atribuição da competência de tutela dos interesses dos membros de uma Organização Internacional, em uma figura analógica ao endosso¹⁶⁰, para que esta exerça a respectiva Proteção Funcional – em analogia à Proteção Diplomática – de seus membros sob a condição de duas condições. Na primeira, é exigido que exista para este mecanismo o respeito ao princípio da especialidade, ou seja, estas devem atuar dentro das suas capacidades jurídicas uma vez atribuídas por cartas constitutivas sob

¹⁵⁹ *Reparation for Injuries Suffered In The Service of The United Nations*. Advisory Opinion of 11 April 1949. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/1837.pdf>.

¹⁶⁰ FARIAS, Eduardo Pimentel de. *Ob. Cit.*, p. 107.

risco de desvio de poder¹⁶¹. Em segundo lugar, é imprescindível que o indivíduo que sofreu a violação de seu direito estivesse no exercício de sua função organizacional, sob pena de ter sua qualificação funcional afastada e, por consequência, efeito vazio quando da Proteção Funcional.

Cabe ressaltar que a adequação da carta constitutiva com a invocação de tribunais internacionais é averiguada em conformidade com a *teoria das competências implícitas*, permitindo que não seja obrigatória a expressa atribuição de poderes específicos pelos respectivos estatutos, sendo cabível a reclamação internacional uma vez que estes atos se revelem necessários ao cumprimento da missão funcional¹⁶².

Nesse sentido, sendo as Organizações Internacionais sujeitos de direito internacional, preenchidos os requisitos do princípio da especialidade e estando o indivíduo no exercício de suas funções, aplica-se o presente instituto nos mesmos moldes àqueles em que seriam aplicados à titularidade do Estado da nacionalidade na defesa dos interesses do indivíduo, uma vez que podem as Organizações Internacionais:

“[...] através de uma reclamação internacional, obterem o ressarcimento de danos causados por Estados membros ou não membros ao seu património ou aos seus funcionários [...] pela via negocial, ou consistir antes num protesto, num pedido de inquérito, no desencadeamento de um processo arbitral ou judicial junto de tribunais internacionais[...]”¹⁶³

Não há, contudo, subtração deste exercício no caso de ser apresentada a Proteção Diplomática. O Parecer Consultivo elaborado pelo TIJ absteve-se desta temática, atribuindo poderes aos Estados da nacionalidade do indivíduo e a Organização de debruçarem-se de forma diplomática na temática.

A inovação e alteração do sistema tradicional da Proteção Diplomática, no caso de uma Proteção Funcional, permite-nos ir além e excluirmos as barreiras impostas ao primeiro no tocante à nacionalidade efetiva ou não efetiva. Em questões funcionais, não há qualquer

¹⁶¹ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Ob. Cit.*, p. 282-283.

¹⁶² *Ibidem*, p. 281.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 283.

relevância a nacionalidade do indivíduo violado, podendo ser a reclamação dirigida a qualquer Estado, mesmo o da nacionalidade, seja ele multinacional ou não¹⁶⁴. Logo, a previsibilidade já existente e reconhecida da Proteção Funcional, analogicamente à Proteção Diplomática, demonstra-se como um mecanismo fundamental na defesa dos direitos fundamentais e adequado ao contexto atual do cenário jurídico do direito internacional – especialmente no que toca o direito internacional humanitário.

3.3. A Necessidade de Alteração do Modelo Clássico de Proteção Diplomática para a Efetividade na Proteção dos Direitos Humanos

Apesar de todo exposto, a existência de um modelo clássico de Proteção Diplomática inviabiliza não apenas a aplicação prática do instituto, como também afasta a aproximação teórico-jurídica deste com a proteção dos direitos humanos. Alguns posicionamentos contrários a este estreitamento são criteriosos ao afirmam que os direitos tradicionalmente abrangidos pela Proteção Diplomática encontram-se fora da seara de preocupação da doutrina dos direitos humanos, bem como afirmam ser esta proteção voltada estritamente para os direitos patrimoniais, enquanto os direitos humanos vinculam-se às garantias e liberdades do indivíduo¹⁶⁵.

Cumprir esclarecer que apesar de algumas tentativas de elevação da Proteção Diplomática no rol dos direitos humanos, entendemos não ser possível pelo fato de ambos institutos possuírem particularidades e alcances distintos. Todavia, é impossível não ratificar a natureza inderrogável das normas imperativas de direito internacional, que possuem uma completa imersão na doutrina dos direitos humanos e importante tangibilidade no exercício da Proteção Diplomática. Portanto, por mais que a essência deste instituto não seja um direito fundamental, é facilmente detectável como um mecanismo de proteção dos direitos do homem. Nesse sentido, o Relator Especial em matéria de *Jus Cogens* aponta que as consequências destas normas devem ser estudadas por diferentes perspectivas do direito internacional, nomeadamente, no direito humanitário, nas imunidades, direito do ambiente, paz e segurança e etc e que seus efeitos aproximam-se de suas fontes, como o direito costumeiro, princípios gerais do direito e inclui, ainda, o direito dos tratados¹⁶⁶. Apesar da Proteção Diplomática

¹⁶⁴ FARIAS, Eduardo Pimentel de. *Ob. Cit.*, p. 110.

¹⁶⁵ Cfr. Relatório da CDI do ano de 1998, p. 46, para. 86.

¹⁶⁶ Vide o Terceiro Relatório do Relator Especial da CDI em sede de *Jus Cogens* (UM Document A/CN.4/714), p. 10/69-11/69, para. 25.

ter sua inserção no direito dos estrangeiros, em razão do objetivo inserido nesta matéria e principalmente por conta da ligação com as normas imperativas de direito internacional, demonstra-se que por mais que este seja uma garantia à tutela dos estrangeiros, aplica-se igualmente às violações dos direitos humanos em geral¹⁶⁷. Assim percebemos haver total dissonância e não efetividade da Proteção Diplomática na garantia dos direitos humanos essencialmente quando estiver em causa uma reclamação abrangida pela inderrogabilidade das normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*).

Acrescenta-se a este fato a percepção do direito internacional dos direitos humanos, em um contexto atual, como derivado do direito costumeiro. Especificamente, a essência da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) em sua totalidade deve ser considerada um direito costumeiro¹⁶⁸. Portanto, sua ligação como base para manifestação das normas de *Jus Cogens* encontra-se identificável, bem como seu grande reconhecimento e aceitação nas legislações da comunidade internacional possibilita que todos os Estados da comunidade internacional encontrem-se vinculados à sua garantia e diligência na busca de plena efetividade.

Ratificamos o presente entendimento fundamentando a restrição de acesso à justiça internacional. Conforme o Artigo 34, nº. 1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, permitir-se-á que nesta jurisdição seja apenas aceite como partes a figura dos Estados. Portanto, ao excluir os indivíduos – e também as Organizações Internacionais – a reparação do dano sofrido pela via litigiosa encontra-se restrita e totalmente fora do âmbito de acesso dos particulares mesmo quando uma norma de *Jus Cogens* tiver sido violada. Portanto, além da negligência do Estado da nacionalidade em não fazer cumprir uma norma imperativa – estritamente vinculada aos direitos humanos –, terá sido violado, por consequência, o direito fundamental de acesso à justiça do indivíduo ao TIJ, garantido, inclusivamente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ao afirmar que “*everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law*”, podendo esta competência ser a nível interno (do Estado de acolhimento), comunitário ou internacional. Neste mesmo entendimento, ressalta a própria CDI que se o dano ao es-

¹⁶⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Volume II (Sujeitos e Responsabilidade), Almedina, Coimbra, 2004, p. 200.

¹⁶⁸ Humphrey, John Peters. *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character*. In.: Ramcharan BG (ed), *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration* (1979), p. 21- 37. In.: SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*. Australasian Legal Scholarship Library. Australian Year Book of International Law, p. 84.

trangeiro (na forma de infração aos direitos humanos) fosse excluído da aplicação da proteção diplomática, não haveria nenhum recurso efetivo disponível nos casos em que um estrangeiro não tivesse acesso a procedimentos perante um tribunal internacional de direitos do homem¹⁶⁹. Nesse contexto, em *La Cantuta v. Perú*¹⁷⁰, ressalva a Corte Interamericana dos Direitos do Homem:

“Access to justice constitutes a peremptory norm of International Law and, as such, it gives rise to the States’ erga omnes obligation to adopt all such measures as are necessary to prevent such violations from going unpunished, whether exercising their judicial power to apply their domestic law and International Law to judge and eventually punish those responsible for such events, or collaborating with other States aiming in that direction”.

Mais, não há como afastar a urgência e necessidade de garantia do instituto frente às formas diárias e variadas de violação aos direitos individuais – seja a nível interno, comunitário ou internacional. Por ser “o direito um produto social”¹⁷¹, deverá o legislador internacional sempre buscar exaustivamente adequar o fato à norma. É destacado pelo Relator Especial da CDI que “*the espousal of claims by States for the violation of the rights of their nationals remains the most effective remedy for the promotion of human rights*” e qualificado, ainda, a Proteção Diplomática como “*an important weapon*” no arsenal de proteção dos direitos humanos. Portanto, sob o viés jurídico do Relator Especial, dentre as mais variadas possibilidades de reparação ao indivíduo lesado, a Proteção Diplomática continua sendo o meio mais eficaz uma vez que os Estados “*remains the dominant actor in international relations*”¹⁷².

Nesse contexto, é possível afirmar que o sistema clássico do instituto da Proteção Diplomática deve ser reformulado para um modelo contemporâneo em que, nos casos em que se esteja diante de uma violação das normas de *Jus Cogens*, sejam afastados conceitos

¹⁶⁹ Cfr. Relatório da CDI do ano de 1998, p. 47, para. 89.

¹⁷⁰ Case Of La Cantuta v. Perú, Judgment, Inter-american Court of Human Rights. 2006. Available in: <https://goo.gl/jZ5hZt>.

¹⁷¹ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Ob. Cit.*, p. 10.

¹⁷² Vide o Primeiro Relatório do Relator Especial da CDI em sede de Proteção Diplomática (UN Document A/CN.4/506 and Add. 1), p. 215, para. 32.

incabíveis como o da discricionariedade de exercício discricionário do Estado, a nacionalidade efetiva e a não apreciação do indivíduo como um sujeito de direito internacional, a fim de que possa este modelo ganhar uma qualificação superior ao seu tratamento atual de mero sistema de regulação das relações internacionais fundamentado na clássica doutrina da soberania do Estado, dos sujeitos de direito internacional e do direito da nacionalidade.

Primeiramente, a discricionariedade de exercício torna-se o principal “vilão-protagonista” da Proteção Diplomática na reformulação do sistema tradicional. Sua existência em meio a uma grave violação às normas imperativas de direito internacional se desqualifica pela natureza das respectivas normas. Se ficam obrigados todos os Estados – por serem normas de aplicabilidade *Erga Omnes* – a reagirem perante tais infrações visando a sua cessação, é obrigação do Estado, mesmo que sujeito lesado indiretamente, a utilizar de todos os meios necessários a fim de interromper que uma norma imperativa de direito internacional seja derogada ou suspensa e/ou não reconhecer os efeitos que dessa derrogação ou suspensão forem gerados. Portanto, uma vez que a Proteção Diplomática é um instituto jurídico de proteção internacional dos indivíduos, desde que esteja em causa uma violação às normas de *Jus Cogens*, ficará incompreensível argumentar-se que o Estado possui a discricionariedade de apresentá-la.

Em segundo lugar, o modelo clássico de proteção preconiza, conforme analisado, a obrigatoriedade da Proteção Diplomática ser perpetrada pelo Estado da nacionalidade do indivíduo. Nesse fundamento, cabe a reflexão se, nos casos de violações ao *Jus Cogens*, bem como na proteção de refugiados, estar-se-ia garantindo a efetividade do instituto limitando-se ao respectivo Estado a titularidade na reclamação. De fato, através da doutrina da Responsabilidade Internacional do Estado (aplicável também à discricionariedade de exercício) – cfr. nota de rodapé 144 supra –, “*not only the State of nationality, but all States, had the right and the duty to protect the individual*”, portanto, é passível de aplicabilidade a doutrina que considera viável o exercício da Proteção Diplomática àqueles não nacionais. Mais, destacamos que a existência da proteção comunitária praticada pela União Europeia aos seus cidadãos e também aos familiares destes carrega consigo o marco inicial de ruptura do sistema tradicional de proteção no que toca a nacionalidade, tornando tangível e passível de argumentos as doutrinas que sustentam a desconsideração do requisito da nacionalidade apenas nos casos analisados. Assim, apesar dos Projetos de Artigos elaborados pela CDI apresentarem um novo paradigma ao indivíduo que possui mais de uma nacionalidade, atribuir-

se-á maior usabilidade ao instituto da Proteção Diplomática efetivar um mecanismo de proteção alargada não apenas por parte do Estado da nacionalidade, mas irrestritamente aos demais Estados.

Tais mudanças teóricas permitem um alcance prático significativo, mesmo na atualidade das relações jurídico-internacionais. Não são raros os casos de graves violações aos direitos humanos e da não efetividades das relações diplomáticas. Situemo-nos no emblemático caso de Nazanin Zaghari-Ratcliffe.

Nazanin Zaghari-Ratcliffe, de dupla nacionalidade britânica e iraniana, jornalista por formação e de nacionalidade britânica adquirida pelo casamento, encontrava-se de férias no Irão acompanhada de sua pequena filha, Gabriella, e no aeroporto em retorno ao Reino Unido foi presa sob acusação de agir contra o regime local, sendo, por fim, condenada à pena privativa de liberdade de cinco anos. Após grande apelo de seu marido, o caso ganhou proporções internacionais, sendo requisitado ao Reino Unido o exercício da Proteção Diplomática a seu favor.

A atuação consular em favor de Nazanin, no início, ficou longe de ser efetiva. O antigo Ministro dos Negócios Estrangeiros, inclusive, chegou a emitir declarações de que a jornalista teria viajado para o país para dar formações a outros jornalista, afetando a realidade dos fatos, pois Nazanin apenas tinha feito o trajeto para sua filha conhecer os avós e o país de nacionalidade de sua mãe. Contudo, após significativos capítulos de atuações diplomáticas infrutíferas, pequenos passos foram dados com o novo Ministro dos Negócios Estrangeiros – Jeremy Hunt –, permitindo-se apenas três dias de liberdade e encontro da britânica com sua filha, Gabriella.

O caso em tela permite-nos frisar que não foram encontradas evidências de tal acusação, restando tal cerceamento de liberdade, tortura, entre outras práticas (alegadas por pessoas envolvidas no caso) no rol de normas abrangidas e reconhecidas como normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*). Nesse sentido, face ao modelo tradicional, ratificaríamos a impossibilidade de exercício da Proteção Diplomática por parte do Reino Unido em favor de Nazanin já que esta também é nacional do Irão. Contudo, ao visarmos garantir a efetividade deste instituto na proteção dos direitos humanos, afirmamos, após todo embasamento teórico, que estar-se-á diante do afastamento de dois requisitos impostos no sistema tradicional, nomeadamente, a nacionalidade e a discricionariedade. Portanto, independentemente da nacionalidade da vítima e da opção do Estado da nacionalidade, estamos diante de

uma grave violação das normas de direito internacional e das normas de *Jus Cogens*. Acrescenta-se, ainda, que segundo este embasamento, qualquer Estado estaria capacitado para exercer tal proteção, a fim de fazer cessar tamanha infração às respectivas normas, restando incabível qualquer forma de inércia.

A crise política e diplomática na Venezuela permite-nos, ainda, traçar comentários às graves violações aos direitos humanos enfrentados por portugueses situados naquele território. As restrições à liberdade individual de 34 pessoas (portugueses e luso-descendentes), todos gerentes de uma rede de supermercados venezuelanos, é justificada pelo governo de Nicolás Maduro como uma violação da lei em decorrência da prática de preços acima dos regulados pelo governo. Vale lembrar que a Venezuela de Maduro, em março de 2012, formalizou a denúncia à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹⁷³ – abandonando a competência jurisdicional da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH) –, bem como o respectivo governo passou a adotar medidas de intervenção do Estado em searas que envolvem a liberdade individual das pessoas, tornando tais atos questionáveis em âmbito internacional.

Nesse mesmo contexto, frente ao intenso intervencionismo económico venezuelano que criminalizou a prática de fixação dos preços acima daqueles limites impostos por lei – com pena privativa de liberdade de até 10 anos – vê-se que a tentativa de proteção consular dada aos indivíduos pelo governo português, por mais digna que seja, não será capaz de afastar garantias fundamentais previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁷⁴, como o direito ao não aprisionamento de forma arbitrária (Artigo 9º) e a presunção da inocência (Artigo 11º, nº. 1). Por estas razões (não entrando em questões de mérito) ao buscar a reparação e retorno ao *status quo ante* dos nacionais portugueses lesados pela prática arbitrária do governo venezuelano, deverá Portugal exercer a Proteção Diplomática aos seus cidadãos após graves violações às normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*).

Logo, em conformidade com todo exposto, torna-se imprescindível reforçar todos os mecanismos que viabilizem o exercício da Proteção Diplomática nos casos descritos. Tais medidas possibilitarão que este instituto não caia em tamanho desuso – maior do que encontra-se atualmente – e permitir-se-á que os Estados utilizem-no não apenas como um mero instrumento fictício de proteção, devendo, por outro lado, manter-se na salvaguarda como o

¹⁷³ American Convention on Human Rights. Disponível em: <https://goo.gl/5QUFGz>.

¹⁷⁴ Vide: <https://goo.gl/jDGLQZ>.

remédio mais eficaz de reparação aos indivíduos que tenham seus direitos fundamentais lesados em território estrangeiro e que recorram aos Estados como intervenientes.

É, por fim, importante salientar que os estudos depositados em matéria de Proteção Diplomática e *Jus Cogens* pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas realizaram-se em momentos distintos da evolução do direito internacional. A recente conclusão e importância devida às normas imperativas de direito internacional apenas foram concluídas pela CDI em 2018, através da elaboração do Projeto de Artigos, que possibilitou chegarmos não apenas ao conceito desta matéria, mas também a aplicabilidade e efeito jurídico. Portanto, como mesmo destacou a Comissão em sede de Proteção Diplomática, à época não avançou-se nesta temática pois, conforme dito supra, a pouca compreensão do conceito e finalidade das normas de *Jus Cogens*, optou-se por restringir ao conceito técnico da Proteção Diplomática¹⁷⁵. Contudo, em razão do atual cenário de desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e das normas de *Jus Cogens*, torna-se possível garantir um sistema de proteção alargada face às violações destas normas aos indivíduos que tenham sofrido graves danos no estrangeiro.

¹⁷⁵ Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-second session, Vol. II, Part Two. Document A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 2)/Rev.1, p. 78, para. 452 e 455.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após feitas as explanações temáticas, percebe-se que a Proteção Diplomática possui um conjunto de variantes necessárias para voltar a ter um protagonismo no cenário do Direito Internacional contemporâneo. Sua complexidade nitidamente existe em razão do atual cenário do Direito Internacional contemporâneo, em que normas como o *Jus Cogens*, que tocam diversos institutos de direito internacional, não devem ser derogadas. Por estes motivos, pontuamos as seguintes conclusões:

1. O primeiro registo da Proteção Diplomática não é recente, contudo, sua aplicabilidade recorrente ganhou cenário após a Segunda Guerra Mundial, onde podemos perceber a incidência de violações ao património dos indivíduos, principalmente quando estava-se em causa os bens de cidadãos alemães – como em *Nottehoim Case – Liechtenstein vs. Guatemala*. Nesse sentido, houve forte estigma a este instituto, tendo alguns membros da CDI, inclusive, declarado limitação ao exercício pois tratava-se estritamente para restituição por danos unicamente patrimoniais. Todavia, é compreensível que a Proteção Diplomática seja vista como um mecanismo que visa a compensação por um Estado de acolhimento a um indivíduo representado, via de regra por seu Estado da nacionalidade, em decorrência da prática de um ato internacionalmente ilícito – sem limitação da matéria.

2. Há existência de um Standard mínimo de tratamento mínimo internacional que reflete-se na conseqüente imputação da responsabilidade internacional do Estado que violar tais regras. A partir desta infração de caráter internacional, quando violados os direitos do indivíduo, estarão aptos os Estados da nacionalidade a exercer a Proteção Diplomática. Frisa-se que este instituto de direito internacional possui suas condições e aplicabilidade e estas devem ser mantidas como regra geral. Ou seja, em um contexto onde esteja em causa a responsabilidade internacional de um Estado por conta de uma violação de *Ius Dispositivum*, condicionar-se-á à nacionalidade do indivíduo e o esgotamento dos recursos internos do Estado de acolhimento, bem como sub-rogar-se-á ao critério de exclusiva discricionariedade do Estado da nacionalidade em exercer a proteção ao seu nacional. Contudo, tais requisitos não podem ser observados como cláusula pétreas ou regras imutáveis. Acrescenta-se, ainda, que por mais que seja tratada em algumas doutrinas como pressuposto de admissibilidade, a *Clean Hands Doctrine* deve ser vista não como condição ou requisito prévio, mas em nosso entendimento, apenas como dosimetria em questões que envolvem propriamente o mérito indenizatório ao bem jurídico violado.

3. As normas de *Jus Cogens* podem ser qualificadas como normas de direito internacional que possuem a imperatividade, universalidade e a inderrogabilidade (derrogável apenas por norma de mesma natureza) como elementos fundamentais. Possui sua base nos costumes internacionais e nos princípios gerais de direito, excluindo-se os tratados por se qualificarem apenas como um reflexo das normas de direito internacional geral. Para que tenham sua finalidade alcançada devem ser reconhecidas e aceites pela comunidade internacional de Estados, e a partir deste reconhecimento e aceitação, vincular-se-ão todos os Estados – mesmo aqueles que outrora apresentaram reservas ou sequer vinculavam-se à matéria. Este fenómeno ocorre pois tais normas imperativas tutelam interesses da comunidade internacional como um todo, e por esta razão, o critério utilizado para considerar uma norma *Ius dispositivum* em *Jus Cogens* não há que seguir optativamente a teoria objetiva e subjetiva de reconhecimento e aceitação, mas sim uma teoria mista, em que será analisado o conteúdo da norma e sua aplicabilidade pelos Estados.

4. A existência de uma norma inderrogável que é violada para fins de cumprimento forçado e/ou estado de necessidade não é pacífica quanto ao efeito jurídico que acarreta. Por um lado, relativizar as normas de *Jus Cogens* como ato coberto por uma excludente de ilicitude seria, fatalmente, admitir sua redução de grau de importância e retirá-la do grau de supra legalidade internacional que atualmente se encontra, bem como atribuir aos Estados o descumprimento em estado de necessidade poderia acarretar acordos ilícitos entre estes, e fazer pairar o *Jus Cogens* em uma seara meramente teórica. Por outro, garantir aos Estados – respeitando os limites de não ingerência – o exercício de políticas de cumprimento forçado poderá permitir atuação eficaz destes em circunstâncias necessárias e urgentes. Portanto, para que um Estado não seja responsabilizado internacionalmente pela adoção de medidas contrárias a estas normas, em um caso concreto, deverão ser observados os subprincípios da adequação e indispensabilidade das medidas de suspensão, que fazem a composição do princípio da necessidade.

5. Constatamos haver dissonância na manutenção de um sistema tradicional do instituto da Proteção Diplomática no contexto do direito internacional contemporâneo, uma vez que pontos de ruptura são observáveis frente à mutabilidade dos conceitos.

6. Há íntima vinculação da possibilidade de exercício da Proteção Diplomática aquando da violação das normas de *Jus Cogens* ao embasarmos nos efeitos legais destas quanto a Responsabilidade dos Estados. De fato, quando não está-se em causa o debate

acerca da obrigatoriedade do Estado para exercer o presente instituto em favor de seu nacional, a doutrina e a jurisprudência seguem o mesmo entendimento, no sentido de que as normas de efeito *Juris Cogentis* e de efeito *Erga Omnes* devem ser respeitadas, e em caso de violação, *devem* os Estados adotar medidas para encerrar o descumprimento e ainda não reconhecer quaisquer efeitos gerados por tal violação. Nesse sentido, aquando da violação das normas de *Jus Cogens* deverão os Estados adotar todas as medidas a ele cabíveis a fim de fazer cessar a ilegalidade do ato, e neste contexto jurídico, por ser a Proteção Diplomática o instrumento Estatal de restituição ao *status quo ante* do indivíduo, que fará cessar e/ou reparar o respectivo dano sofrido pelo indivíduo, torna-se plausível fundamentar nesta teoria o afastamento da discricionariedade do Estado da nacionalidade quanto ao exercício da Proteção Diplomática de seu nacional e ainda submeter a um Estado de nacionalidade diversa – em caso de negligência daquele primeiro – a capacidade de exercício da Proteção Diplomática a um estrangeiro que tenha sido vítima de uma grave violação às normas de *Jus Cogens*. Quanto à discricionariedade, além da supra referida teoria, a relativização do “Estado Príncipe”, permitiu que o conceito de soberania fosse visto não mais como “os cidadãos a serviço do Estado”, mas uma aproximação desta polarização.

6. No mais, permitiu-se o desenvolvimento de uma teoria contrária à nacionalidade efetiva prevista em *Canevaro Case*, bem como em *Nottehojm Case*. Portanto, a “nacionalidade não efetiva” desenvolvida pela CDI permitiu-nos garantir ao duplo nacional maior defesa aos seus direitos por violações sofridas em um Estado de acolhimento em que também seja nacional. Destaca-se que modelos de proteção alternativa já são registados no âmbito da União Europeia e em Organizações Internacionais, nomeadamente pela Proteção Comunitária e Proteção Funcional, o que permite-nos ratificar que o pressuposto da nacionalidade e o ato de discricionariedade não são fundamentais na defesa dos interesses dos indivíduos, podendo ser relativizados em caráter excepcional aquando das violações às normas imperativas de direito internacional.

7. A efetividade do instituto da Proteção Diplomática passa, necessariamente, pela reformulação do sistema tradicional, de modo a aproximar este das normas de proteção aos direitos do homem – ligadas estreitamente ao *Jus Cogens*. Nos dois casos concretos apresentados, designadamente, de Nazanin Zaghari-Ratcliffe e dos nacionais portugueses detidos na Venezuela, o esforço Consular deve ser acompanhado do exercício da Proteção Diplomática, a fim de que possa ser avaliado o mérito das questões e, conforme entendimento do Tribunal competente, restituídos – na medida do possível – os indivíduos após comprovadas

violações aos seus direitos fundamentais reconhecidos e aceites como normas imperativas de direito internacional (*Jus Cogens*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2ª. Ed. Coimbra, 2003.

ANNAN, Kofi. *The Concept Of Sovereignty*. The Economist, revista online, 16 de setembro de 1999.

BAKER, Roozbeh (Rudy) B. *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates*. European Journal of International Law, Volume 21, Issue 1, 2010.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Volume II (Sujeitos e Responsabilidade), Almedina, Coimbra, 2004.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. LEX Editora, Lisboa, 1997.

BLANCO, Dámaso Javier Vicente. *La Proteccion de Las Inversiones Extranjeras Y La Codificacion Internacional de Arbitraje*. Revista Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales. Vol. 1 Nº. 3, 1995.

BORCHARD, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. Kraus Reprint Co., 1970.

BOUTROS-GHALI, Boutros. *Empowering the United Nations*. Foreign Affairs. Vol. 71, nº. 5, 1992/1993. In.: BRITO, Wladimir. *Responsabilidade de Proteger no Direito Internacional*. Almedina, Coimbra, 2017.

BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. 4 ed., M.R. Crucho de Almeida (tradução), Fundação Calouste Gulbekian, 1979.

BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, Coimbra, 2014.

CAHIN, Gérard. *La Coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*. In.: *Revue générale de droit international public*, No. 52 (Pédone, 2001).

CAMPOS, J. D. González; RODRIGUEZ, L. Sanchez; SANTA MARIA, M. Pazu, *Curso de Derecho Internacional Publico*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983.

CAMPOS, J. D. González; RODRIGUEZ, L. Sanchez; SANTA MARIA, M. Pazu, *Curso de Derecho Internacional Publico*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2004.

CARREAU, Dominique. *Droit International*. 2ª Ed., Paris, 1988.

DE WET, Erika. *Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2013. In.: Dinah Shelton, *The Oxford Handbook on Human Rights* (OUP 2013) Forthcoming.

ELIAS, Taslim Olawale. *New Horizons in International Law*. Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992.

ELLES, Diana. *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*. United Nations, New York, para. 21, 1980, p. 3.

FARIAS, Eduardo Pimentel de. *A Protecção Diplomática e Consular Enquanto Vértice Internacional da Cidadania da União Europeia – Um Estudo Sobre a Origem, Identidade e os Desafios de uma Capacidade Vertida Sob a Ótica Discricionária*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

FERRÃO, Marisa Caetano. *A Protecção Diplomática – Contributo para a Compreensão do seu Regime Jurídico*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora.

FERREIRA, Renata Menezes de Jesus. *Relevância da Nacionalidade das Sociedades Comerciais: Protecção Diplomática*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2000.

Forcese, Craig. *The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the 'War on Terror'*. The European Journal of International Law Vol. 17 n. 2, EJIL.

FRIGO, Manlio. *Notas sobre a Evolução Histórica do Instituto da Protecção Diplomática no Sistema da Organização das Nações Unidas*. Università Degli Studi di Milano. Rivista Sequência. Vol. 31, nº. 61 (2010).

GANGL, Walter T. *The Jus Cogens Dimensions of Nuclear Technology*. Cornell International Law Journal, vol. 13, Article 3, 1980.

GIL, Ana Rita. *Imigração e Direitos Humanos*. Petrony Editora, 2017.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 7 ed. 2014, Almedina, Coimbra.

GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. Vol II, Librairie de l'Université, Genève, 1953.

HILLIER, Tim. *Principles of Public International Law*. 2 Ed, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999.

HOSSAIN, Kamrul. *The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter*. Santa Clara Journal of International Law, vol. 3, Issue 1, 2005.

HUMPHREY, John Peters. *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character*. In.: Ramcharan BG (ed), Human Rights: Thirty Years After the

Universal Declaration (1979), p. 21- 37. In.: SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*. Australasian Legal Scholarship Library. Australian Year Book of International Law.

JIMENEZ ARÉCHAGA, Eduardo. *International Responsibility*. In. *Manual of Public International Law*. Max Sorensen (edit), St. Martin's Press, New York (1968).

KNUCHEL, Sévrine. *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*. Schulthess, Zurich, 2015.

LAYS, David. *Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach*. Harvard International Law Journal, Vol. 57, 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3ª Edição. Coimbra Editora: 2006. In.: ANACHE, Patrícia Costa. *CONTRA-MEDIDAS. Da Análise Geral à Atual Posição da C.D.I.* Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª Ed., Principia, Cascais, 2016.

MUSSI, Adriana Sánchez. *International Minimum Standard of Treatment*. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 19.

QUADROS, Fausto de. *O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 50, Vol. I, abril, 1990.

QUIRÓS, Luis Alberto Varela. *La Protección Diplomática y la Nacionalidad de las Personas*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Costarricense de Derecho Internacional, 1ª Ed., (2014).

QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Droit International Public*. 7^e Édition., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris (2002).

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*. 1^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2002. Coimbra.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13^a Ed. rev., aumen. e atual. Saraiva, São Paulo, 2011.

ROBLEDO, António Gómez. *Ius Cogens y Ius Naturale*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (BMDC), ano XVII, n. 50, 1984.

RODAS, João Grandino. *Ius Cogens e m Direito Internacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 69, n. 2, 1974.

ROTH, Andreas Hans. *Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*. A.W. Sijthoff, 1949.

SANCHEZ, Victor M. *Derecho Internacional Público*. Huygens Editorial, 2011.

SHAPOVALOV, ALEKSANDR. *Should a Requirement of “Clean Hands” be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate*. American University International Law Review 20, no. 4 (2005).

SIMMA, Bruno. *Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a Different Balance*, EJIL, Vol. 5, n. 1, 1994.

SUDRE, Frédéric. *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*. 12ème Édition, Puf, 2015, p. 27.

TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006.

TUNKIN, Grigory. *Is General International Law Customary Law Only?*. *European Journal of International Law*, Volume 4, Issue 4, 1993, pp. 534–541

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 5 ed., Antonio Truyol y Serra (tradução), Tolle Lege Aguilar, 1973, p. 289.

VIDMAR, Jure. *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?*, 2011. In.: DE WET, Erika; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford University Press, 2012.

WEISBURD, Mark. *The Emptiness of the Concept of Jus Cogens as Illustrated by the War in Bosnia -Herzegovina*. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, No. 1, 1995.

Relatórios e Documentos

Document A/CN.4/523 and Add.1. *Third report on diplomatic protection*, by Mr. John Dugard, Special Rapporteur (2002).

Document A/CN.4/546.

Document A/CN.4/484.

Document A/CN.4/L.682.

Document A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook Of The International Law Commission*, 2001, Vol II, Part II.

Document A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 2), Vol II, Part Two (2003).

Document A/C.6/71/SR.27.

Document A/CN.4/706. Sixty-ninth session Geneva, 1 May-2 June and 3 July-4 August 2017
Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur.

First report on diplomatic protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur (DOCUMENT A/CN.4/506 and Add. 1).

International Law Commission Yearbook (1962), Vol. II.

International Law Commission Yearbook (1953), vol. II.

International Law Commission Yearbook, 1966, part II. Document A/CN.4/SER.A/1966/Add.1. *Draft articles on the law of treaties with commentaries.*

International Law Commission. Seventieth session. *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens).* Document A/CN.4/714.

Livro Verde sobre a Proteção Diplomática e Consular dos Cidadãos da União Europeia nos países terceiros.

Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

Relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas do ano de 1998.

Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-second session, Vol. II, Part Two. Document A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 2)/Rev.1.

Report of the International Law Commission, Document A/71/10.

Terceiro Relatório do Relator Especial da CDI em sede de *Jus Cogens* (UM Document A/CN.4/714).

UNHCR. *What Is a Refugee?*. United Nations High Commissioner for Refugees. Disponível em: <https://www.unrefugees.org/refugee-facts/what-is-a-refugee/>.

United Nations Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees. Disponível em <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10>.

Jurisprudências, Opiniões e Pareceres

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro). Further Requests for the Indication of Provisional Measures. Order of 13 September, 1993.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970

Bottazzi v. Italy, Judgment, ECHR, Application no. 34884/97, 1999.

Canevaro Case, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 3 May 1912.

Case Buell v. Mitchell, 274 F.3d 337 (6th Cir. 1988) (United States of America).

Case Concerning The *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium Vs. Spain). P. 78 e 79, Judgment of 5 February 1970.

Case Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran [2014] Supreme Court of Canada 62, 3 SCR 176.

Case of Goiburú et al. v. Paraguay, Judgment, 22 September 2006, Inter-American Court of Human Rights.

Case of La Cantuta v Perú (Merits, Reparations and Costs), Judgment, 29 November 2006, Inter-American Court of Human Rights.

Case of La Cantuta v. Perú, Judgment, Inter-american Court of Human Rights. 2006.

Case Siderman de Blake v. Argentina.

Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988).

Electronica Sicala S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, para. 51.

EXP. No. 0024-2010-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 21 March 2011.

Flegenheimer Case—Decision No. 182 20 September 1958 U.N.R.A., vol. II, p. 1184.

French-Mexican Claims Commission, *Case 30-A Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, decision of 19 October 1928, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXIX, 466-508.

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001.

Mergé Case, Decision n. 55 Of 10 June 1955..

Nottebohm Case (Second Phase) – Liechtenstein vs. Guatemala, 1955.

Permanent Court of International Justice, case *Oscar Chin (United Kingdom vs. Belgium)*, judgment of 12 December 1934, 1934 PCIJ (series A/B), n. 63 (December 1934).

Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, Case No. IT-96-21-T, T.Ch., 16 November 1998.

Prosecutor v. Jelisić, Judgement, Case No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 December 1999.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

Reparation for Injuries Suffered In The Service of The United Nations. Advisory Opinion of 11 April 1949.

Sejdovic v. Italy, Judgment, ECHR, Information Note on the Court's case-law 84, 2006.
Separate Opinion of Judge Moreno Quintana, Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (*Netherlands vs. Sweden*).

South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966.

The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, SERIES A – Nº. 2 August 30th, 1924.

Tratados Internacionais e Diretivas (UE)

American Convention on Human Rights.

Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Diretiva (UE) 2015/637 do Conselho.

Tratado de Utrecht de Navegação e Comércio Grã-Bretanha e Braça, Tratado de San Petersburgo (1782).

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)