

# Notas sobre a Evolução Histórica do Instituto da Proteção Diplomática no Sistema da Organização das Nações Unidas<sup>1</sup>

Manlio Frigo<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo trata do instituto da proteção diplomática em uma perspectiva histórica, salientando principalmente as rupturas e as continuidades presentes entre as noções elaboradas nos trabalhos realizados no âmbito da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) e as interpretações da Corte Internacional de Justiça.

**Palavras-chave:** Proteção diplomática. Comissão de Direito Internacional da ONU. Corte Internacional de Justiça.

**Abstract:** This article deals on the institute of the diplomatic protection in a historical perspective, stressing mainly the ruptures and continuities among the notions elaborated in the works done in the sphere of the International Law Committee of the United Nations (UN) and the interpretations of the International Court of Justice.

**Keywords:** Diplomatic protection. UN's International Law Committee. International Court of Justice.

## 1. Noção

Encarregada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em dezembro de 1996, para proceder o trabalho de codificação e gradual desenvolvimento da proteção diplomática, a Comissão de Direito Internacional (CDI), servindo-se da contribuição de dois sucessivos Relatores Especiais, está concluindo a elaboração de um Projeto de artigos em matéria de proteção diplomática.

O artigo primeiro do Projeto, elaborado pelo relator especial Dugard, aprovado com alterações propostas pela Comissão e enviado em

---

<sup>1</sup> Tradução feita pelo Professor Arno Dal Ri Júnior. *E-mail:* arnodalri@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor da Università degli Studi, Milano. *E-mail:* manliofrigo@unimi.it.

2004 aos governos dos Estados-Membros para permitir a apresentação de suas observações até janeiro de 2006, contém uma definição do instituto que, devido à autoridade da fonte, hoje não pode ser ignorada. O conteúdo de tal definição é essencialmente descritivo: “Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State”.

Isso não obsta a capacidade de compreender o valor de síntese das características do próprio instituto, que emergem também historicamente da práxis internacional e da doutrina sem renunciar, assim, como nos artigos subseqüentes do Projeto, a introduzir elementos inovadores em respeito aos modelos tradicionais, no espírito do gradual desenvolvimento do direito internacional<sup>3</sup>.

Intimamente relacionada com a questão do tratamento dos estrangeiros (NASCIMBENE; FAVILLI, 2006) e da responsabilidade do Estado pela violação das suas regras (GIOIA, 2006), a proteção diplomática, na definição do artigo primeiro do Projeto, coloca em primeiro plano o Estado como titular do direito de fazer valer uma pretensão contra outro Estado que tenha violado as normas internacionais estabelecidas pelo direito consuetudinário ou pactício para a proteção dos estrangeiros, cidadãos do primeiro.

A vontade de fundamentar tal definição na práxis judicial internacional consolidada é evidente não apenas no conteúdo, mas na própria escolha da terminologia, em que se considera que o apelo à figura do Estado que tenha “adopted the cause of its national” é literalmente tomado por famosos precedentes jurisprudenciais da Corte Internacional de Justiça, como o caso *Interhandel*, conforme I.C.J. Reports (1959), ou antes ainda, com a Corte Permanente de Justiça Internacional, como o caso *Mavromatis*, em que a Corte declarou que:

---

<sup>3</sup> Ver relatório da Comissão de Direito Internacional (III.8), também J.R. DUGARD (III.2).

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

A discricionariedade de que goza o Estado na determinação da escolha quanto ao exercício da ação – além do caso no qual uma verdadeira obrigação para o Estado eventualmente decorre do ordenamento interno – deriva da configuração desse direito como um direito próprio do Estado, no qual, no entanto, podem ser encontrados alguns limites quanto à forma de tal exercício<sup>4</sup>.

Além da limitação de caráter geral colocado pela proibição do uso da força na solução de **controvérsias**, conforme Ronzitti (2005), o artigo 1 do Projeto inclui, seja a tradicional “ação diplomática” – em cuja essência é possível enquadrar todas as iniciativas empreendidas por um Estado para informar um outro Estado da sua própria insatisfação, incluindo a denúncia e o pedido de abertura de inquéritos ou de iniciar negociações – seja os “outros meios de solução pacífica”, dentre os quais, em particular, os tradicionais aspectos da mediação, da conciliação e da arbitragem.

A distinção, já feita no passado, entre a noção de “diplomatic action” e de “judicial proceeding”<sup>5</sup>, vem assim mantida, mas a figura da proteção diplomática vem reconduzida à unidade, recuperando a segunda noção no âmbito dos “outros meios de soluções pacíficas”. O Estado pode, portanto, utilizar os “canais diplomáticos”, assim como qualquer

---

<sup>4</sup> Ver BARIATTI, S. (I.13), p. 144 e DUGARD, J.R., (III.2), par. 80-87; si cfr. ainda W.K. GECK (I.9), p. 1058, segundo o qual o Estado detém “*the exclusive procedural right to implement the material rights*”.

<sup>5</sup> Conferir em C.P.I.J., de 28 de fevereiro de 1939, em *P.C.I.J. Reports, series A/B* n. 76, p. 16; Corte Internacional de Justiça, de 6 de abril de 1955, em *I.C.J. Reports, 1955*, p. 4 ss., p. 24; Tribunal Irã-Estados Unidos, 6 de abril de 1984, em *Iran-U.S. C.T.R.*, V, p. 201-206.

outro meio de solução pacífica à sua disposição, se relevante, mantendo-se, neste caso, sempre no âmbito da proteção diplomática.

Além disso, a Corte Internacional de Justiça, em seu parecer de 11 de abril de 1949, sobre danos sofridos pelas Nações Unidas, havia incluído entre os métodos usuais reconhecidos pelo direito internacional, aquele em que o Estado pode recorrer “la protestation, la demande d’enquête, la négociation et la demande de soumettre l’affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son statut le permet”<sup>6</sup>.

Quanto ao uso da força, já o primeiro relator especial tinha afirmado: “The State retains, in principle, the choice of means of action to defend its nationals, while respecting its international commitments and peremptory norms of international law. In particular, it may not resort to the threat or use of force in the exercise of diplomatic protection”<sup>7</sup>.

Também o relator seguinte afirmou, desde o seu primeiro parecer que: “The choice of means of diplomatic action to a State is limited by the restrictions imposed on countermeasures by international law, now reflected in the draft articles on State Responsibility”<sup>8</sup>. Deve-se acrescentar que a possibilidade prevista de modo expresso na primeira versão do artigo 2 do Projeto de, mesmo que excepcionalmente como meio de proteção diplomática, recorrer à ameaça ou ao uso da força em caso de “*rescue of nationals*”, foi na sequência definitivamente removido e não incluído no atual Projeto<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Corte Internacional de Justiça, parecer de 11 de abril de 1949, em C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 177. Ver L. CONDORELLI (I.19), p. 7 e o Relatório da Comissão de Direito Internacional (III.8), p. 26.

<sup>7</sup> M. BENNOUNA (III.1), par. 11.

<sup>8</sup> J.R. DUGARD (III.2), par. 45.

<sup>9</sup> Conferir o Relatório da Comissão de Direito Internacional (III.8), p. 17 ss.

## 2. As Condições para o Exercício da Proteção Diplomática: a “*nationality of claims*”

A legitimação do Estado ao exercício da proteção diplomática deriva essencialmente do tipo de ligação com o indivíduo, definido pela relação de nacionalidade. Embora se possa concordar com o Relator especial Dugard, segundo o qual “the notion that an injury to a national is injury to the State is a fiction”, se deve observar que o Artigo 3 do Projeto (*Protection of the State of Nationality*) repete em boa parte a concepção tradicional, colocando em primeiro plano a nacionalidade como condição de legitimação para o Estado, mas adicionando no parágrafo 2 a possibilidade de que o Estado exerça a proteção diplomática também em favor de um não-nacional, em conformidade com o próximo artigo 8, relativo ao caso de indivíduos apólidias e refugiados (*Stateless persons and refugees*).

Uma outra disposição em favor dos não-nacionais está contemplada no artigo 19 do Projeto, em matéria de proteção da tripulação (*ship’s crew*), que prevê uma espécie de legitimidade cumulativa ao exercício da proteção diplomática da parte do Estado de nacionalidade dos membros da tripulação e do Estado de bandeira do navio no qual tenha sido verificado danos à tripulação “in the course of an injury to the vessel resultig from an internationally wrongful act”.

A esse respeito se observa que, além dos casos mencionados no artigo 8 e artigo 19, na práxis internacional não são desconhecidas as hipóteses de proteção diplomática exercida para proteger os não-nacionais, por vezes, previstas em acordos multilaterais, como é o caso da legitimidade conferida pelo artigo 20 do Tratado da Comunidade Europeia ao Estado da União em favor do não-nacional (mas cidadão da União) no caso em que se encontre em um terceiro Estado no qual o seu Estado nacional não tenha representação, ou até mesmo em normas estabelecidas por fontes de terceiro grau, como no caso da decisão do Conselho de Segurança da ONU referente ao Comitê de indenizações para o Iraque (UNCC), que consente uma ação de proteção também da parte do Estado de residên-

cia do indivíduo<sup>10</sup>. Esta última decisão é obrigatória para os membros das Nações Unidas conforme o artigo 25 CNU<sup>11</sup>.

O debate sobre a falta de lógica da legitimidade exclusiva do Estado que age pelo prejuízo sofrido por um dos seus nacionais expressa – juntamente com os simpatizantes de um recurso somente em via de exceção de proteção para os não-nacionais de limitar-se principalmente aos casos nos quais os indivíduos seriam de outra forma desprovidos de soluções alternativas<sup>12</sup> – também ênfases diversas.

Assim, em especial, foi evidenciada a oportunidade de uma proteção para os não-nacionais pelo menos em relação aos casos de ruptura de relações diplomáticas entre os Estados e, portanto, o efeito de uma atribuição ou substituição<sup>13</sup>, ou foram evidenciadas as muitas razões em favor de uma exceção em respeito ao critério da *nationality of the claim*, atribuindo de vez em quando um papel a critérios como o domicílio ou a residência permanente, ao fim do exercício da proteção diplomática<sup>14</sup>.

A codificação do artigo 4 (*State of Nationality of a natural person*) representa, de certa forma, um momento de ruptura com a tradição, quando estabelece que “For the purposes of diplomatic protection of natural persons, a State of nationality means a State whose nationality the individual sought to be protected has acquired by birth, descent, succession of States, naturalization or in any other manner, not inconsistent with international law”.

A regra não exige ao Estado, portanto, alguma prova da existência da assim chamada “cidadania efetiva” (“*effective or genuine link*”), ao contrário do que foi sugerido pela Corte Internacional de Justiça no acórdão *Nottebohm*, que veio evocar a existência de uma noção autônoma de nacionalidade no âmbito do direito internacional fundada, precisamen-

---

<sup>10</sup> Ver artigo 5, Parágrafo 1, da decisão do Governing Council da UNCC, de 26 de junho de 1992, Doc. S/AC.26/1992/10.

<sup>11</sup> Ver L. CONDORELLI (I.19), p. 11.

<sup>12</sup> Ver F. ORREGO VICUÑA (I.16), p. 631 ss.

<sup>13</sup> Ver R. DOLZER (I. 10), p. 1067 ss.

<sup>14</sup> Ver S. BARIATTI (I.11), p. 9 ss.

te, em uma relação entre o Estado e o indivíduo, dominante em respeito àquela eventualmente presente com outros Estados.

Segundo a Corte que, embora se encontrava a decidir neste caso quanto à legitimidade no que diz respeito a um indivíduo na posse de duas cidadanias, “According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of writers, nationality is the 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. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as a result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State”<sup>15</sup>.

O limite de compatibilidade com o direito internacional, consagrado na última frase do artigo 4, que concerne ao direito do Estado sobre a atribuição da nacionalidade, mostra-se de acordo com o entendimento internacional aceito e adotado pela maioria das convenções multilaterais referentes ao tema da nacionalidade, assim como também com as convenções em matéria dos direitos da pessoa<sup>16</sup>.

O temor de mudanças deliberadas de nacionalidade com a finalidade de um exercício mais fecundo da proteção diplomática constitui a justificação da regra da continuidade da nacionalidade, mantida pelo artigo 5, apesar das fortes críticas levantadas no passado, em doutrina, segundo as quais a regra da continuidade de um lado não leva em conta as alterações não-voluntárias e/ou não-relacionadas com a proteção diplomática<sup>17</sup>, no entanto, por outro lado, uma rígida e generalizada aplicação tornaria impossível conseguir uma proteção efetiva dos interesses teoricamente dignos de proteção.

---

<sup>15</sup> Ver Corte Internacional de Justiça, 6 de abril de 1955, cit. p. 23.

<sup>16</sup> Conferir no artigo 1 da Convenção de Haia de 1930 sobre a nacionalidade; artigo 3 Convenção europeia sobre a cidadania, de 1997; artigo 9 da Convenção sobre a eliminação de cada forma de discriminação contra as mulheres. Conferir também o Relatório da Comissão de Direito Internacional (III.8), p. 33.

<sup>17</sup> Ver I. BROWNLEE (I.2), p. 290 ss.; W. WYLER (I.8), p. 11.

A formulação do artigo 5, segundo o qual a posse da nacionalidade deve ser contínua a partir da data do cometimento de ilícito até a apresentação da ação, reintroduz a regra tradicional, com algumas alterações; em particular o Parágrafo 2 permite ao Estado o exercício da atividade diplomática também em favor de um indivíduo que tenha a nacionalidade daquele Estado no momento da apresentação da ação, mesmo que ele não estivesse na sua posse no momento de cometimento de ilícito.

Tal direito é subordinado à condição de que o indivíduo tenha perdido a sua nacionalidade anterior e tenha adquirido aquela de um outro Estado, por razões não relacionadas com a apresentação da ação e que a nova nacionalidade tenha sido adquirida de forma coerente com o direito internacional.

Assim, ação não pode ser iniciada pelo “novo” Estado contra um “precedente” Estado da pessoa ofendida por fatos relativos a um ilícito cometido quando aquela pessoa era nacional do Estado de precedente nacionalidade e não do Estado de atual nacionalidade. Mesmo em relação aos casos de dupla ou múltipla nacionalidade, o Projeto confirma, no artigo 6, uma abordagem já considerada em não exigir a prova da existência de uma efetiva ou real ligação com o Estado que propõe a ação.

Tal abordagem não aparece em plena harmonia com o entendimento contrário emergente na práxis arbitral internacional, tanto no que diz respeito à Corte Internacional de Justiça, como se dirá, em relação à práxis prevalente do Tribunal Irã-Estados Unidos. Em princípio, cada um dos Estados dos quais o indivíduo tenha a nacionalidade pode julgar o processo contra um terceiro país.

Para o caso de posse de nacionalidade do Estado contra o qual a ação é proposta, o artigo 7 aceita, embora nos próprios restritos termos da norma de exceção, a regra da proibição do Estado exercer a proteção diplomática contra um outro Estado o qual o indivíduo tenha relação de nacionalidade.

A regra – que exige, como se pode notar, a prova de nacionalidade dominante – parece assim colocada em termos mais flexíveis do que no artigo 4 da Convenção de Haia de 1930 e, além disso, não parece ser uma

opinião definitiva e unânime sobre o critério da “dominant and effective nationality” cujo critério é definido de acordo com a doutrina do direito consuetudinário, seja na doutrina, seja na práxis da arbitragem internacional.

Além do já citado acórdão Nottebohm, um relevante caso anterior pode ser atribuído à decisão da Comissão de conciliação ítalo-estadunidense no caso Mergé<sup>18</sup>, do qual se seguiram algumas relevantes decisões do Tribunal Irã-Estados Unidos<sup>19</sup>.

Quanto à polêmica questão referente à qualificação da verificação da nationality of claim, concebida de modo diferente pela doutrina como condição preliminar da ação, questão prejudicial de mérito, etc., o Projeto não toma posição em se tratando da questão em tela, provavelmente, estranha ao trabalho de codificação<sup>20</sup>.

### 3. O Prévio Esgotamento dos Recursos Internos

Definida pela Corte Internacional de Justiça no caso *ELSI* “[...] an important principle of customary international law”<sup>21</sup>, também a regra em questão havia encontrado, previamente, frequentes exemplos na relativa práxis internacional, em síntese, a exigência para o indivíduo de esgotar todas as vias de recursos disponíveis no ordenamento interno do Estado considerado responsável antes que possa ser exercitada a proteção diplo-

---

<sup>18</sup> Em 10 de junho de 1955, Intern. Law Reports, 1955, p. 443 e ss.

<sup>19</sup> Conferir particularmente, na aplicação do critério da “*dominant and effective nationality*”, Tribunal Irã-Estados Unidos, de 29 de março de 1983, em Irã-EUA. C.T.R., vol. II, p. 157 ss., a p. 166 ss.; 10 de junho de 1983, em Irã-EUA. C.T.R., vol. III, p. 23 ss.; 6 de abril de 1984, cit., p. 261, em 30 de junho de 1999 (acórdão parcial); em 28 de novembro de 2000 (acórdão definitivo), ambas em *Yearbook Commercial Arbitration*, 2001, p. 606 ss. Na doutrina, ver I. BROWNLIE (I.2), p. 330 ss.; M.N. SHAW (I.26), p. 727 e, em sentido crítico sobre a indentificação entre as qualificações de *dominant e de effective*: M. AGHAHOSSEINI (I.12), p. 21 ss.; F. ORREGO VICUÑA (I.15), p. 340 ss.; N. AMOURY COMBS (I.14), p. 173 ss.

<sup>20</sup> Ver a síntese de S. BARIATTI (I.13), p. 146.

<sup>21</sup> Corte Internacional de Justiça, acórdão de 20 de junho de 1989, p. 15 ss.

mática<sup>22</sup> e está hoje consagrado no artigo 44 do Projeto da Comissão de Direito Internacional em matéria de responsabilidade internacional<sup>23</sup>.

A codificação afeta todas as principais características da regra em relação aos artigos 14 (*Exhaustion of Local Remedies*), 15 (*Category of Claims*) e 16 (*Exceptions to the Local Remedies Rule*) do Projeto. Em geral, é indiscutível que tal exigência se limita ao único recurso para soluções eficazes e isso no sentido de que a finalidade da decisão obtida deva ser avaliada em termos da sua capacidade de alterar a situação jurídica ou de fato, em favor do sujeito.

Consequentemente, deve ser considerada cumprida a obrigação em questão, mesmo nos casos em que não houvesse sido proposta uma impugnação pelo indivíduo, cujo resultado seria irrelevante para esta situação<sup>24</sup>. O mesmo artigo 14, parágrafo 2, do Projeto, ao fornecer a definição de local remedies juntamente com aqueles de natureza judiciária inclui também aqueles de natureza administrativa, enquanto o Relatório da Comissão de Direito Internacional especifica o ponto, afirmando que devem ser qualificadas como tais todas as vias de recurso interno que conduzem a uma decisão vinculante, com explícita exclusão daquelas que sejam exercício de poder discricionário assim como dos “*remedies as of grace*”<sup>25</sup>.

Do mesmo modo, deve-se considerar que a regra não se aplica aos casos em que a responsabilidade do Estado decorra de uma ilegalidade que não afeta apenas o indivíduo, como é o caso de atos ilícitos cometidos contra os agentes diplomáticos<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Conferir na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, de 9 de maio de 1953, na ICJ Reports, 1956, p. 10 e ss., p. 83.

<sup>23</sup> Ver GIOIA A., Responsabilità internazionale, in CASSESE S. op. cit. p. 5145.

<sup>24</sup> Conferir, nesse sentido, a pronúncia do Tribunal Permanente de Arbitragem de 9 de maio de 1934 na sentença *finnish ships*, em RIAA, II, p. 1479, e, para o caso de indeferimento da ação de não cumprimento da obrigação em questão, Corte Internacional de Justiça, de 21 de março de 1959, cit., p. 6.

<sup>25</sup> Ver Relatório do Comissão de Direito Internacional (III.8), p. 68-71.

<sup>26</sup> Ver ainda, Corte Internacional de Justiça, 21 de março de 1959, cit., p. 6 e ss. A p. 28. Na doutrina, M. N. SHAW (I.26), p. 731.

O mesmo artigo 15 do Projeto, ao enfatizar que “Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgment related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in article 8”, parece confirmar implicitamente tal abordagem.

A função da regra do prévio esgotamento tem um duplo objetivo, seja permitir ao Estado (reclamado) responsável sanar a ilegalidade mediante as ferramentas previstas no seu ordenamento e, em respeito a sua soberania; seja reduzir, sempre que possível, o volume de litígios internacionais.

Permanece controvertido na doutrina a determinação da sua natureza como regra substancial, processual ou híbrida. Mesmo assim, deve ser considerada predominante a tese que atribui a ela natureza substancial, tendo como resultado que, enquanto não forem esgotados os recursos internos, não se poderia afirmar nem mesmo consumada a violação das normas internacionais sobre o tratamento dos estrangeiros<sup>27</sup>.

Deve-se acrescentar que, tanto no Projeto quanto nos *Preliminary reports* de Bennouna e de Dugard, a regra das “*clean hands*”, muitas vezes mencionada como uma nova condição para o exercício da proteção diplomática, não encontra acolhimento; ela não poderia, de fato, ser exercida nos casos em que o indivíduo que sofreu o dano tenha ajudado a causá-lo com seu próprio comportamento<sup>28</sup>.

A esse respeito, além disso, o sexto Relatório do relator Dugard antes de concluir que “There is no clear authority to support the applicability of the doctrine to cases of diplomatic protection”, evidencia como os casos La Grand e Avena demonstram como “the doctrine of the clean hands may only be raised against the plaintiff State for its own conduct”. Nota-se, porém, que em ambos os casos os Estados Unidos não argumentaram a gravidade dos crimes cometidos pelos indivíduos como elemento preclusivo para o exercício da ação por parte da Alemanha e do México, enquanto “the United States contended that the plaintiff States themselves

---

<sup>27</sup> Ver o Relatório da Comissão de Direito Internacional (III.8), p. 131 ss.; S. BARIATTI (I.13), p. 147; B. CONFORTI (I.25), p. 236 ss; E. M.N. SHAW (I. 26), P. 730.

<sup>28</sup> V. GARCIAARIAS (I. 27), p. 14 ss.; M. ZIECK (III.9), p. 209 ss.: em sentido favorável ver D. CARREAU (I. 23), p. 467, J. SALMON (I.24), p. 677 ss.

had unclean hands by virtue of their failure to apply the Vienna Convention in the manner required of the United States”<sup>29</sup>.

#### **4. A Proteção Diplomática das Empresas e das Pessoas Jurídicas**

A proteção diplomática pode naturalmente ser exercida também em favor de sujeitos que não sejam pessoas físicas; a práxis tem demonstrado os problemas que podem surgir em individualizar o Estado legitimado a agir a favor das pessoas jurídicas, particularmente no que diz respeito às sociedades comerciais em todas as hipóteses diversas daquelas em que se trate de uma empresa constituída sob as leis do Estado que propõe a ação e da qual sejam sócios majoritários pessoas físicas ou jurídicas que tenham a mesma nacionalidade.

Os critérios propostos e teoricamente capazes de resolver a questão são muitos: do Estado da sede ou do local onde é exercido o controle efetivo, àquele da nacionalidade dos sócios majoritários ou que detenham o controle societário, àquele do lugar de constituição da sociedade.

A Corte Internacional de Justiça no famoso acórdão *Barcelona Traction* considerou realmente inaplicável a “doutrina *Nottebohm*” sobre a “*genuine connection*”, considerando-a não geralmente aceita, e optou a favor do critério formal do local de constituição (neste caso, o Canadá), mesmo se posteriormente feito referência a outras relações com o Estado em questão (“*close and permanent connection*”), como a localização do centro de gestão ou da nacionalidade dos acionistas.

O Estado de nacionalidade dos acionistas (neste caso a Bélgica) poderia ter agido, para a Corte, apenas no caso de ocorrência de extinção da empresa, ou nos casos nos quais eles tivessem sofrido um dano direto, independentemente daquele da empresa<sup>30</sup>. Na verdade, ao problema da legitimidade do Estado dos acionistas majoritários em tomar medidas contra

---

<sup>29</sup> J.R. DUGARD (III. 7), p. 5 ss.

<sup>30</sup> Corte Internacional de Justiça. 5 de fevereiro de 1970, em I.C.J. Reports, 1970, p. 3 ss., par. 70. Na doutrina, ver H.W. BRIGGS (II.1), p. 327 ss.; R.B. LILLICH (II.2), p. 522 ss.; F. FRANCONI (II.2), p. 95 ss.; A. GIANELLI (II.4), p. 762 ss.; F. ORREGO VICUÑA (I. 15), p. 355 ss.

o Estado segundo as leis das quais foi constituída a empresa (Estado da nacionalidade), a Corte deu uma resposta positiva no citado acórdão Elsi, mas trata-se de um precedente considerado pouco convincente, tratando-se a decisão não fundada no direito consuetudinário, mas sobre um tratado bilateral<sup>31</sup>.

O Projeto dedica a tais questões os artigos 9 a 13, demonstrando o quanto deseja dar-lhes uma sensível importância no âmbito mais geral do setor, objeto de estudo, seja, em essência, de ter em conta as decisões jurisprudenciais já referidas e também os problemas que surgiram durante o debate dos últimos anos, fornecendo algumas soluções não propriamente superáveis. O “State of nationality of a corporation” vem identificado no artigo 9, no Estado de incorporação e em cujo território é estabelecida a sede social ou aquela de sua direção “or some similar connection”.

A teoria da continuidade da nacionalidade, afirmada no artigo 10, parágrafo 1 (*continuous nationality of a corporation*) encontra uma característica pragmática no parágrafo 2, que permite ao Estado o exercício da proteção diplomática, também em favor da empresa já em posse da sua nacionalidade e que tenha deixado de existir a causa de irregularidade comprovada.

A norma também deve ser examinada juntamente ao artigo 11, relativa à proteção dos sócios (*protection of shareholders*), que nega ao Estado ao qual pertencem estes últimos o direito de agir em caso de ilícito praticado contra a empresa, a menos que a própria empresa tenha deixado de existir por uma razão sem qualquer relação com o ilícito em questão (letra a), ou seja, quando a empresa tivesse no momento do ilícito a nacionalidade do Estado considerado responsável e a incorporação sob as leis de tal Estado fosse considerada condição essencial pela legislação daquele Estado para o exercício da sua atividade (letra b)<sup>32</sup>.

Ainda na questão da proteção dos sócios, mas em relação à hipótese de delito, vem também dedicado o artigo 12 (*Direct injury to shareholders*).

---

<sup>31</sup> Conferir em Corte Internacional de Justiça, acórdão de 20 de julho de 1989, cit.

<sup>32</sup> Conferir em Corte Internacional de Justiça, em 5 de fevereiro de 1970, cit., p. 40 ss. Ver também em J.R. DUGARD (III.5).

ders), pelo qual o Estado nacional de qualquer sócio que tenha sofrido um dano direto, distinto daquele da sociedade, tem direito de exercitar a ação<sup>33</sup>. Trata-se de uma regra que já foi aplicada em várias disputas internacionais<sup>34</sup>.

Finalmente, o artigo 13 (*Other legal persons*) se estende “*as appropriate*”, à proteção diplomática das pessoas jurídicas que não sejam empresas, os princípios estabelecidos nos artigos 9 e 10. A falta de referência dos artigos 11 e 12 depende, naturalmente, da circunstância a que eles se referem, essencialmente da proteção dos sócios<sup>35</sup>.

Embora amplamente criticada na doutrina, principalmente por ser muito rígida e incompatível com a práxis, os critérios tomados em consideração pela Corte no acórdão Barcelona Traction parecem realmente ter profundamente influenciado o trabalho de codificação da Comissão de Direito Internacional da ONU<sup>36</sup>.

## 5. Proteção Diplomática e Direitos da Pessoa: as características evolutivas do instituto

Objeto de contestação em passado recente, principalmente pelos abusos na definição dos litígios relativos às relações econômicas entre os Estados e os estrangeiros, por vezes considerado o legado de uma comunidade internacional estruturalmente diferente daquela contemporânea, derivante da ausência de personalidade internacional dos indivíduos e substituído da consequente falta de acesso aos meios de solução de controvérsias da parte destes últimos, o instituto da proteção diplomática, embora

<sup>33</sup> Conferir em Corte Internacional de Justiça, 5 de fevereiro de 1970, cit., p. 36 ss.

<sup>34</sup> Ver, por exemplo, a decisão do Governing Council on Business Losses of Individuals no âmbito da UNCC, S/AC.26/1991/4, parágrafo “f”, de 23 de outubro de 1991 e, mais recentemente, a decisão do Tribunal ICSID (International center for settlement of investigation disputes) de 17 de julho de 2003, em Intern. Leg. Mat., 2003, p. 788, pontos 43-48.

<sup>35</sup> Conferir o Relatório da Comissão de Direito Internacional (III:8), p. 68.

<sup>36</sup> Ver ainda para todas as críticas de R.B. LILLICH (II.2), p. 522 ss. e, recentemente, de F. ORREGO VICUÑA (II.15), p. 359 ss.

não tenha passado algumas das inevitáveis contradições características do seu próprio fundamento teórico, mesmo sob a codificação em andamento, parece atualmente mais completo e equilibrado, pelo menos sobre o plano da regulamentação material.

A Comissão de Direito Internacional e o seu novo relator especial, Dugard, consideram o perfil evolutivo do instituto, destacando em particular a estreita relação entre as regras consuetudinárias na matéria e a afirmação dos mais recentes princípios dedicados à proteção dos direitos humanos<sup>37</sup>; identificam os aspectos complementares e reconhecem até mesmo uma comum finalidade, precisamente na proteção dos direitos da pessoa<sup>38</sup>.

Afastando-se da abordagem doutrinária, segundo a qual, em matéria de tratamento dos estrangeiros, tanto o padrão de “tratamento nacional” quanto aquele “padrão mínimo internacional” seriam hoje ultrapassados e substituídos por um “International human rights standard” que iguala cidadãos, os estrangeiros e os apátridas, relegando assim a proteção diplomática tão somente a casos “in which the real national interest is affected”, mas também da definição do primeiro Relator Especial Bennouna<sup>39</sup>, o advento do Relator Especial Dugard marca uma parcial, mas significativa mudança de curso destinado a reconhecer à proteção diplomática uma função autônoma e fundamental.

E, de fato, enquanto vem lembrando como os direitos dos indivíduos na práxis internacional também encontram proteção fora do campo dos direitos da pessoa, como enfatizado pela Corte Internacional de Justiça nos casos LaGrand e Avena, com referência aos direitos decorrentes do artigo 36 CRC de 1963<sup>40</sup>, destaca ainda o papel específico do instituto.

Em particular, embora os indivíduos disponham hoje de instrumentos de tutela certamente mais numerosos e incisivos do que no passado, é enfatizado como os Estados estão, com as devidas exceções, inclinados

---

<sup>37</sup> Ver DE SENA, P., *Diritti dell'uomo (tutela internazionale)*, In: CASSESE S. *op. cit.* p. 1868 ss.

<sup>38</sup> Conferir em J.R. DUGARD (III. 6), p. 19.

<sup>39</sup> Assim, GARCIA AMADOR (II. 7), p. 472; si cf. J.R. DUGARD (III. 2), par. 32 e 21.

<sup>40</sup> Ver *Consoli*, in CASSESE S. *op. cit.*

a levar mais a sério uma ação de proteção diplomática por parte de outro Estado do que um recurso interposto a uma instituição internacional para a proteção dos direitos da pessoa, e como, definitivamente, enquanto os Estados continuarem a ser os principais atores no cenário internacional, uma ação bem sucedida na proteção diplomática representa a solução mais eficaz para promoção dos direitos da pessoa<sup>41</sup>.

Em outros aspectos, o Projeto parece reconhecer os próprios limites do instituto observando que, as vezes, o direito dos Tratados consente meios mais eficazes à proteção das posições jurídicas subjetivas e/ou aos interesses de sujeitos que não sejam dos Estados.

É o caso dos investidores estrangeiros que certamente encontram os meios mais adequados para salvaguardar suas posições em acordos bilaterais de investimento<sup>42</sup> ou no sistema multilateral da Convenção de Washington de 1965<sup>43</sup>, e é essa uma das principais razões que determinam a inclusão do artigo 8 do Projeto (*Special Treaty Provisions*) em tema de expressa prevalência de tais normas convencionais do direito consuetudinário na matéria.

A regra prevê, de fato, que as regras do Projeto não se apliquem em caso de incompatibilidade com as disposições contidas na “special treaty provisions”, incluindo aquelas relativas à resolução de controvérsias entre empresas e acionistas de empresas e Estados<sup>44</sup>.

Permanecem, porém, alguns aspectos obscuros e outros de fundo contraditório já evidenciados pela doutrina no passado no que concerne, por exemplo, à determinação do momento de conclusão do ilícito e ao seu caráter “perfeito” – requisito considerado não conforme à praxis dos Estados, ainda mais se entendido como ilícito “accompli dans tous ses

---

<sup>41</sup> Ver principalmente, J.R. DUBARD (II.2), par. 32.

<sup>42</sup> Ver DELI, M. B., *Investimenti esteri, tutela degli (dir. int.)*, In: CASSESE S. *op. cit.* p. 2360 ss.

<sup>43</sup> Ver DELI, M. B., *ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes. op. cit.* p. 2846.

<sup>44</sup> Conferir o Relatório da Comissão de Direito Internacional (III. 8), p. 88 e J. KOKOTT (II. 6), p. 259 ss.

éléments<sup>745</sup> – sob à circunstância que não apenas o direito de que é titular o Estado continuará a depender do dano sofrido pelo indivíduo, mas que, ainda, a alegação do Estado em obter uma reparação seria quase sempre uma quantificação de tais danos. A Comissão não parece, até agora, ter levado em consideração tais aspectos problemáticos.

## Referências

### I. Sobre o instituto da proteção diplomática:

AGHAHOSSEINI, M. The Claims of Dual Nationals Before the Iran. United States Claims Tribunal: Some Reflections. *Leiden Journal of International Law*, 1997, p. 21 ss.

AMERASINGHE, C. F. *Local Remedies in International Law*, II ed., Cambridge, University Press, 2004.

AMOURY COMS, N. On Children and Dual Nationality: Sabet and the Islamic Republic of Iran. *Leiden Journal of International Law*, 2000, p. 173 ss.

BARIATTI, S. *L'azione internazionale dello Stato a tutela dei non cittadini*. Milano, Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. Protezione diplomatica. *D. disc. Pubblico*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 144 ss.

BORCHARD, E. M. *Diplomatic Protection of Citizens abroad*. New York, The Banks Law, 1915.

BROWNLIE, I. The Relations of Nationality in Public International Law. *British Yearbook of International Law*, 1963, p. 286 ss.

CONDORELLI, L. La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application. *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, p. 5 ss.

CONFORTI, B. *Diritto internazionale*. VI ed. Napoli, Editoriale scientifica, 2002.

---

<sup>45</sup> Ver L. CONDORELLI (I. 19), p. 8.

CARREAU, D. *Droit international*. VII ed., Paris, Pedone, 2001, p. 677 ss.

DEEN-RACKMANY, Z. Diplomatic Protection and the LaGrand Case. *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 87 ss.

DOLZER, R. Diplomatic Protection of Foreign Nationals. *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Tokyo, North Holland, 1992, p. 1066 ss.

GAJA, G. *L'usarimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*. Milano, Giuffrè, 1967.

GARCIA ARIÀS, V. La doctrine des clean hands en droit International. *Annuaire de l'A.A.A.*, 1960, p. 14 ss.

GARCIA-AMADOR, F. V. *The Changing Law of International Claims*. New York, Oceana, 1984.

GECK, W. K. Diplomatic Protection. *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Tokyo, North Holland, 1992, p. 1045 ss.

KÜNZLI, A. Case Concerning Mexican Nationals. *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 49 ss.

LILLICH, R. B. (a cura di). *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Charlottesville, University Press of Virginia, 1983.

NASCIMBENE, B. *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*. Milano, Giuffrè, 1984.

ORAKHELASVILI, A. Judicial Competence and Judicial Remedies in the Avena Case. *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 31 ss.

ORREGO VICUÑA, F. Changing Approaches to the Nationality of Chaims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement. *Foreign Investment Law Journal*, 2000, p. 340 ss.

\_\_\_\_\_. Interim Report on "The Changing Law of Nationality of Claims". *I.L.A. Report of the Sixty-Ninth Conference*, London, London, 2000, p. 631 ss.

SALMON, J. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles, Bruylant, 2001. p. 677 ss.

SHAW, M. N. *International Law*. V ed. Cambridge, University Press, 2003.

TAMBURINI, M. *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*. Padova, Cedam, 1984.

TAMS, C. J. Consular Assistance and Rights and Remedies; Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case. *European Journal of International Law*, 2002.

WYLER, E. *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*. Paris, Presses universitaires de France, 1990.

## **II. Sobre a proteção diplomática das empresas e pessoas jurídicas:**

ACCONCI, P. Determining the Internationally Relevant Link between a State and Corporate Investor. *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, p. 139 s.

BRIGGS, H. W. Barcelona Traction: the jus standi of Belgium. *American Journal of International Law*, 1971, p. 327 ss.

FRANCIONI, F. *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, Giuffrè, 1979.

GARCIA AMADOR, F. V. State Responsibility: Some New Problems. *Recueil des Cours*, 1958, II, p. 421 ss.

GIANELLI, A. La protezione diplomatica dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction. *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 762 ss.

KOKOTT, J. Interim Report on "The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment". In: *I.L.A. Report of the Seventieth Conference*, New Delhi, London, 2002, p. 259 ss.

LILLICH, R. B. *The Rigidity of Barcelona*, ivi, 1971, p. 522 ss.

STAKER, C. Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes. *British Yearbook of International Law*, 1990, p. 155 ss.

### **III. Sobre trabalhos da Comissão de Direito Internacional:**

BENNOUNA, M. *Preliminary Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/484.

DUGARD, J. R. *Fifth Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/538, de 4 de março de 2004.

\_\_\_\_\_. *First Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/506, de 7 de março de 2000.

\_\_\_\_\_. *Fourth Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/530, de 13 de março de 2003.

\_\_\_\_\_. *Second Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/514, de 28 de fevereiro de 2001.

\_\_\_\_\_. *Sixth Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/546, de 11 de agosto de 2004.

\_\_\_\_\_. *Third Report on Diplomatic Protection*. U.N. Doc. A/CN.4/523, 7 de março de 2002.

REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 56a sess. (3 de maio – 4 de junho e 5 de julho - 6 de agosto 2004), U.N. Doc. A/59/10.

ZIECK, M. Codification of the law on Diplomatic Protection: the First Eight Draft Articles. *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 209 ss.