

Direito Internacional Público

Professor Joyce Lira



Master Juris

www.masterjuris.com.br

Relações diplomáticas e consulares (1)

1) Proteção diplomática

- O tema da proteção diplomática é essencial e está ligado ao estudo da responsabilidade internacional.
- “No domínio da responsabilidade internacional, o estudo da proteção diplomática tem merecido destaque desde quando, em função do interesse das antigas potências coloniais, a análise estatística revelou que nas mais das vezes o Estado reclamante – ou, se assim se pode dizer sem especial incômodo, o Estado vítima do ilícito internacional imputável a outra soberania – não pretendia ver-se ressarcido por dano causado diretamente à sua dignidade ou ao seu patrimônio, mas por alegada afronta ao patrimônio privado de um nacional seu – em geral um investidor do hemisfério norte, seduzido pela rentabilidade dos investimentos no hemisfério sul.” (Rezek)

- A proteção diplomática não se confunde com os privilégios do serviço diplomático.

- O objeto da proteção diplomática é “o particular – indivíduo ou empresa – que, no exterior, seja vítima de um procedimento estatal arbitrário, e que, em desigualdade de condições frente ao governo estrangeiro responsável pelo ilícito que lhe causou dano, pede ao seu Estado de origem que lhe tome as dores, fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades de direito internacional público.” (Rezek)

- Características clássicas da proteção diplomática:

- particular é vítima do ilícito;
- estado estrangeiro é acusado como causador do dano;
- o dano é verificado pelo Estado de origem do particular;
- o particular solicita que o Estado atue na seara internacional a fim de responsabilizar o Estado estrangeiro causador do dano.

- “Mas esse molde legal neutro bem cedo se deixaria preencher por uma argamassa de elevado teor político. O particular, objeto da proteção diplomática, vinha a ser cada vez mais a empresa e menos o indivíduo.” (Rezek)
- “O ente causador do dano e responsável por sua reparação era, via de regra, um Estado em desenvolvimento, plantado no hemisfério sul, quase sempre na América Latina.” (Rezek)
- “Por seu turno, o Estado patrial, outorgante da proteção, tendia a estar alinhado entre os exportadores de capital, de tecnologia, e de súditos, tanto mais entusiastas do lucro em ritmo de aventura quanto resguardados, pelo providencial mecanismo, dos riscos que com lógica e justiça se presumem inerentes a toda aventura.” (Rezek)
- “A doutrina tradicional, sempre solícita às sugestões do seu meio, cuidou de prestigiar o quanto possível esse emprego unidirecionado e tendencioso do instituto da proteção diplomática, ao qual, entretanto, a primeira reação de grande vulto produziu-se já em 1868, por meio das proposições de Carlos Calvo.” (Rezek)

2) Endosso

- É o nome dado à outorga de proteção diplomática de um Estado a um particular.
- “Esse ato significa que o Estado assume a reclamação, fazendo-a sua, e dispondo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito.” (Rezek)
- Isso não significa que a instância judiciária ou arbitral serão sempre acionadas.
- A composição política faz parte da dinâmica da responsabilização internacional.
- É possível, assim, que haja o entendimento direto, ou por algum meio diplomático ou político de solução de controvérsias de um Estado.
- “Ao particular – indivíduo ou empresa – é facultado pedir a proteção diplomática de seu Estado patrial, mas não tem o direito de obtê-la.” (Rezek)

- O endosso é ato livre de discricionariedade estatal. Pode ser concedida sem pedido e pode ser negada, mesmo que requerida.
- A experiência internacional não apresentou muitos casos à tese da discricionariedade do endosso, a qual foi reforçada no contexto da reação europeia à doutrina Calvo.
- A experiência relacionada aos conflitos de vulto econômico mostrou que o endosso geralmente é sempre o resultado do pedido de proteção diplomática.
- Já nos casos de proteção de indivíduos (direitos individuais elementares) é comum que não haja necessidade do pedido da vítima: “diplomatas e cônsules costumam ante a simples notícia de que compatriotas seus se encontram presos arbitrariamente no Estado territorial, sem esperar que este formalizem um pedido de proteção.” (Rezek(

Relações diplomáticas e consulares (2)

- O endosso possui duas condições ou dois pressupostos: nacionalidade do particular e esgotamento dos recursos internos.

a) Nacionalidade do particular

- Muitas são as nuances possíveis no que tange ao pressuposto de que o ato internacional tenha atingido um particular que tenha nacionalidade correspondente ao Estado para o qual se requer a proteção diplomática.
- Situações de dupla nacionalidade, nacionalidade contínua e nacionalidade efetiva, por exemplo, podem provocar alterações pontuais no tema.
- A nacionalidade “é a condição patrial da pessoa física ou jurídica que permite ao Estado o exercício da proteção diplomática.” (Rezek)

a.1) Pessoa jurídica: a nacionalidade é elemento carente de raízes sociais e do relevo jurídico do vínculo ostentado, da maneira como ocorre com a relação entre a pessoa humana e o Estado. “Determina-se a nacionalidade das pessoas jurídicas em função da ordem jurídica estatal a que se subordinam, e que resulta, via de regra, do foro de sua constituição.” (Rezek)

- “O aparato formal prevalece, assim, sobre a realidade econômica: no caso da Barcelona Traction, a Corte da Haia estimou que a Bélgica não estava qualificada para proteger uma empresa constituída e sediada no Canadá, embora belgas fossem seus acionistas majoritários.” (Rezek).

a.2) Indivíduos (pessoas naturais): o vínculo patrial é mais consistente, mas também apresenta problemas. Um deles é a situação dos apátridas.

a.3) Apátridas: indivíduos sem vínculo de nacionalidade. Apesar dos esforços do direito internacional para cessar esse problema, ainda existem apátridas, que são vistos como estrangeiros por todas as soberanias.

- Os apátridas, por isso, não possuem proteção diplomática, ficando na dependência apenas da proteção jurídica local do Estado em que estejam fixados.
- Em geral, pessoas em situação de apatria também são considerados refugiados, o que, de certo modo, concede alguma proteção internacional, mas não a proteção diplomática.
- Um Estado não poderia litigar em face de outro em favor de um apátrida, na visão de Rezek.

a.4) Dupla nacionalidade: “nas hipóteses de dupla ou múltipla nacionalidade, qualquer dos Estados patriais pode proteger o indivíduo contra o terceiro Estado. O endosso é, contudo, impossível de dar-se numa reclamação contra um dos Estados patriais – isso resulta, de resto, do princípio da igualdade soberana.” (Rezek)

- Exemplo: “uma sentença arbitral proferida em 1912, no caso Canevaro, ilustrou corretamente esse princípio. Rafael Canevaro era um binacional nato, italiano *jure sanguinis*, peruano *jure soli*. No Peru entregou-se aos negócios e teve participação na vida pública, a ponto de se haver candidatado a senador. Quando medidas fiscais e expropriatórias do governo peruano alcançaram parte de seu patrimônio, Canevaro pretendeu valer-se da proteção diplomática de uma de suas pátrias – a Itália – contra justamente outra, o Peru. A sentença arbitral, da lavra de Louis Renault, considerou irreceptível a demanda italiana, por ser o réu um Estado que também contava com Canevaro entre seus nacionais. Ficou claro que ambos os vínculos patriais desse homem eram legítimos à luz do direito das gentes: tanto a Itália quanto o Peru poderiam eventualmente endossar alguma reclamação sua contra a Espanha ou o Brasil; nenhum dele, contudo, poderia pretender proteger o nacional comum exatamente contra o outro.” (Rezek)

a.5) Nacionalidade contínua: “é preciso que o vínculo patrial entre o Estado reclamante e o particular protegido tenha sido contínuo.” (Rezek)

-Essa ideia decorre do fato de que com o decorrer do tempo os vínculos de nacionalidade podem ser alterados, tanto em relação aos indivíduos quanto às pessoas jurídicas.

- “É preciso que o particular tenha sido um nacional do Estado reclamante no momento em que sofreu o dano decorrente de ato ilícito de potência estrangeira, e que, sem qualquer quebra de continuidade, permaneça na condição de nacional deste mesmo Estado quando da reclamação”.(Rezek)

a.6) Nacionalidade efetiva: a nacionalidade deve ser efetiva no sentido de ter sido reconhecida internacionalmente.

-“Abusando de sua prerrogativa soberana, o Estado pode conferir sua nacionalidade a pessoa que com ele não tenha qualquer vínculo social. Neste caso, é lícito que os demais estados, e ainda os foros internacionais de qualquer natureza, recusem valor a semelhante vínculo patrial, por falta de efetividade.” (Rezek)

- “Com efeito, é entendimento geral que a nacionalidade originária – aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce – deve resultar do *jus soli*, ou do *jus sanguinis*, ou de uma combinação desses dois critérios, acaso associados ao serviço do Estado ou à manifestação de vontade. Já a nacionalidade derivada – aquela que se adquire mediante naturalização – reclama fatores de índole social que lhe dêem consistência.” (Rezek)

- “Se nenhum fator social embasa a nacionalidade derivada, o Estado que a concedeu pode perfeitamente prestigiá-la em seu próprio território. Mas não deve esperar que no plano internacional esse vínculo inconsistente seja reconhecido: tal foi a lição da Corte da Haia no julgamento do caso Nottebohm.” (Rezek)

- O caso mencionado versava sobre um alemão que se estabeleceu na república da Guatemala, desenvolvendo negócios com sucesso. Seu patrimônio foi colocado em risco pela Guatemala e não poderia se socorrer da proteção diplomática da Alemanha, diante do contexto da guerra. Então, o indivíduo adquiriu nacionalidade do exíguo principado de Liechtenstein, mediante um processo sumário e ao pagamento das taxas necessárias. O principado, então, outorgou endosso à sua proteção diplomática, ingressando com a reclamação em favor do particular na Corte da Haia. Considerou-se a demanda irreceptível, pois o direito internacional não admitia aquela situação de nacionalidade por meio de uma naturalização sem vínculos sociais.

Relações diplomáticas e consulares (3)

b) O esgotamento dos recursos internos

-“Antes de outorgar o endosso, irá o Estado verificar se o seu nacional esgotou previamente os recursos administrativos ou judiciários que lhe eram acessíveis no território do Estado reclamado.”
(Rezek)

- Essa exigência só pode ser feita quando o Estado reclamado, de fato, disponha de uma estrutura de justiça administrativa e judiciária, bem como que esta seja acessível, eficaz, imparcial, etc.

- A Comissão de Direito Internacional da ONU só exige o esgotamento de recursos internos quando o particular vitimado pelo ato danoso possua algum tipo de vínculo prévio com o Estado causador do dano (residência, propriedades, comércio, etc.). Do contrário, essa exigência não subsiste.

- Ex.: um brasileiro que possui uma plantação de algodão no Brasil, cuja lavoura é totalmente queimada em razão da queda de um satélite em órbita pelo Estado X. O brasileiro não terá necessidade de esgotar os recursos internos do Estado X, pois previamente ao dano não mantinha qualquer relação com o mesmo.

3) Efeito jurídico do endosso

- O endosso promove a transformação do que até então era uma reclamação particular em uma reclamação própria do Estado.
- O Estado assume o domínio da lide (*dominus litis*), o que tem consequências próprias, diferentes das consequências de uma demanda de interesse privado.
- O particular ofendido não se torna um co-autor da demanda. Apenas prestará assistência, acaso seja convocado para tanto, pois o Estado pode agir independentemente da vontade do particular lesado.
- Cabe ao Estado decidir sobre endossar; recorrer às vias diplomáticas, judiciais ou arbitrais; transigir; desistir.
- Sequer a indenização obrigatoriamente é repassada ao particular por força de alguma norma de direito internacional, mas pode ser em razão do direito interno ou de um dever ético.

4) Cláusula Calvo

- Refere-se à um tipo de cláusula aposta em contratos internacionais, envolvendo pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras e determinados Estados (que adotaram a doutrina Calvo), em que se impõe à renúncia à proteção diplomática (excluindo a possibilidade de responsabilização do Estado estrangeiro contratante).

- É considerada “cláusula contratual homônima”.

- A origem de tal cláusula se dá a partir da doutrina Calvo, que percebe as desigualdades existentes no cenário jurídico internacional, bem como o movimento tendencioso a exigir a responsabilização apenas em face de países em desenvolvimento, colocando-os em posição de sujeição (o mesmo lugar que historicamente ocupavam), desconsiderando que existem riscos próprios da negociação com esses Estados (normalmente situados na América Latina), os quais devem ser considerados no momento de limitar a responsabilidade decorrente do contrato.

-Carlos Calvo foi Ministro das Relações Exteriores da Argentina. Em 1968 “estatuiu que para os estrangeiros, assim como para os nacionais, as cortes locais haveriam de ser as únicas vias de recurso contra atos da administração. Dessa forma, o endosso deveria ser recusado pelas potências estrangeiras a seus nacionais inconformados. Quando não, a intervenção diplomática haveria de ser ignorada, como descabida e nula, pelos Estados reclamados.” (Rezek)

- “Desde o aparecimento dessa doutrina, uma cláusula se fez com frequência incorporar aos contratos de concessão e ajustes análogos, celebrados entre governos latino-americanos e pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, segundo cujos termos às últimas renunciam desde logo, e para todos os efeitos, à proteção diplomática de seus países de origem em caso de litígio relacionado ao contrato. Reconhecem, portanto, a jurisdição local como dotada de competência exclusiva para decidir sobre tal matéria.” (Rezek)

- Houve reação da doutrina e de governos do hemisfério norte contra tal cláusula.

- Considerou-se como cláusula nula de pleno direito por representar renúncia a uma faculdade jurídica alheia.
- Fundamento jurídico: a proteção diplomática, no direito das gentes, é direito pertencente ao Estado patrial, e não configura direito próprio de um particular, portanto, ele não possui legitimidade para dispor sobre tal direito.
- Assim, a decisão sobre o endosso cabe ao Estado patrial, ainda que o particular sequer realize um pedido formal.
- “Essas proposições um tanto cínicas pretendem ignorar a óbvia distinção que se faz em toda parte – mas notadamente nos países ocidentais investidores – entre o patrimônio estatal e o patrimônio privado. Escamoteiam ao mesmo tempo outra distinção elementar, aquela que separa os direitos individuais indisponíveis – a vida, a integridade física, a liberdade, a personalidade jurídica – e aqueles outros disponíveis, e portanto renunciáveis a qualquer tempo, dos quais a propriedade industrial ou comercial é o modelo por excelência.” (Rezek)
- A doutrina Calvo obteve êxitos, na prática.

5) Proteção funcional

- Refere-se à situação semelhante à proteção diplomática, mas no âmbito das Organizações Internacionais e a proteção dos seus agentes em serviço.

- “Não há entre o agente e a organização um vínculo de nacionalidade, mas um substitutivo deste para efeito de legitimar o endosso, qual seja o vínculo resultante da função exercida pelo indivíduo no quadro da pessoa jurídica em causa. A essa moderna variante da proteção diplomática dá-se o nome de proteção funcional.” (Rezek)