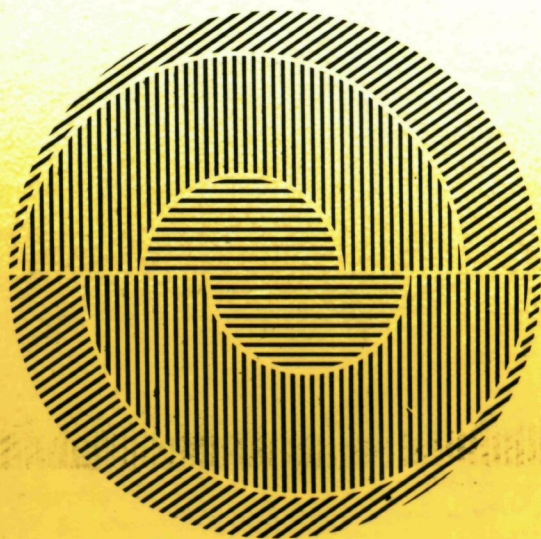


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1980

ANO 17 • NÚMERO 66

O contencioso diplomático e os recursos de direito interno

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati), Ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra, Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

SUMÁRIO

- I — Introdução: a evolução histórica do tema
- II — O contencioso diplomático nos séculos XIX e XX
 - 1 — A prática dos Estados europeus
 - a) Reino Unido
 - b) França
 - c) Itália
 - d) Suíça
 - 2 — A prática dos Estados americanos
 - a) Estados Unidos
 - b) Canadá
 - c) Estados latino-americanos
 - 3 — A prática do Brasil
- III — Conclusões.

I — Introdução: a evolução histórica do tema

É um princípio clássico do direito internacional que a responsabilidade internacional de um Estado por danos causados a estrangeiros só pode ser implementada a nível internacional depois de esgotados os recursos de direito interno pelos indivíduos em questão, isto é, depois que o Estado reclamado tenha se valido da oportunidade de reparar os supostos danos por seus próprios meios e no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. As raízes históricas da longa evolução dessa regra, como comumente entendida hoje, remontam à antiga prática de represálias.

Conforme demonstramos em recente pesquisa editada pela Sociedade Belga de Direito Internacional (1), desde os tempos medievais até o final do século XVII o requisito do prévio esgotamento dos meios internos de reparação aplicava-se normalmente antes da tomada de represálias, e subsequentemente, nos tempos modernos, antes da intervenção. Outrora, príncipes e soberanos emitiam cartas de represália não a estrangeiros mas somente a seus cidadãos ou súditos no exterior, e depois de terem estes esgotado todos os meios de solucionar a controvérsia no país de residência. Nos tempos modernos, a regra passou a aplicar-se no contexto do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros. Em todos os casos havia um reclamante queixando-se de um dano sofrido em outro país ou Estado e supostamente engajando a responsabilidade desse último.

São inúmeros os antecedentes dos séculos IX a XVI, envolvendo mercadores e países diversos (em cartas de represália), e por vezes tratados consagrando o princípio do esgotamento; nos séculos XVII e XVIII surgem novos tratados a respeito, além de pareceres e relatórios de consultores de negócios estrangeiros igualmente aplicando o princípio (2). Todos esses dados (cartas de represália, tratados, pareceres) contribuíram decisivamente para a evolução do princípio do esgotamento no contexto das relações entre comunidades ou Estados e estrangeiros (particularmente em relações comerciais e controvérsias políticas daí advindas), e para a gradual cristalização da regra hoje conhecida como do esgotamento dos recursos de direito interno, definitivamente consolidada como regra do direito internacional consuetudinário já em fins do século XIX (cf. *infra*).

O princípio do prévio esgotamento dos meios internos de reparação encontrou apoio não apenas na prática internacional, mas também na doutrina. Abstração feita dos autores modernos (3), podemos fazer referência a diversas passagens dos escritos de autores clássicos como

(1) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law", 12 *Revue Belge de Droit International/Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1976), pp. 499-527.

(2) Cf. inúmeros dados a respeito, nesse período (séculos IX a XVIII), *ibid.*, pp. 499-514.

(3) Cf. bibliografia atualizada e exaustiva in A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), volume II, Universidade de Cambridge, 1977, pp. 1700-1722 (circul. interna).

FRANCISCO DE VITORIA ⁽⁴⁾, ALBERICO GENTILI ⁽⁵⁾, HUGO GROTIUS ⁽⁶⁾, BYNKERSHOEK ⁽⁷⁾, WOLFF ⁽⁸⁾ e VATTEL ⁽⁹⁾, que consagram o princípio em questão com formulações distintas.

Os casos envolvendo a regra dos recursos internos eram sempre de origem **privada**, ainda que subseqüentemente viesse a causa a ser patrocinada pelo soberano ou Estado do indivíduo lesado; muito embora "internacionalizado" pelo patrocínio da reclamação, o caso subsistia originalmente como uma controvérsia entre um estrangeiro lesado e o Estado de residência. Este o campo clássico de aplicação da regra dos recursos internos, com um estrangeiro requerendo proteção e assistência de seu soberano ou Estado para obter a reparação de um dano sofrido em outro país.

Dá o caráter **preventivo** da regra: como **conditio sine qua non** do exercício de represálias (no passado mais distante) e da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro a regra impediu a intervenção, em épocas em que os soberanos e Estados mostravam-se menos relutantes para recorrer à força física do que parecem ser hoje. A regra exerceu assim uma função proeminente ao assegurar uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados, minimizando tensões e favorecendo as condições de intercâmbio pacífico e relações comerciais ⁽¹⁰⁾ entre soberanos e Estados, e levando ao estabelecimento de tribunais (para julgar reclamações) e recursos. Excetuavam-se da aplicação da regra os casos de denegação de justiça, atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves ⁽¹¹⁾.

Nos parágrafos que se seguem, examinaremos a incidência da regra do esgotamento dos recursos de direito interno na prática diplomática dos Estados nos séculos XIX e XX. As numerosas sentenças arbitrais e decisões da Corte Internacional de Justiça (e sua precursora Corte Permanente de Justiça Internacional), abordando a regra dos recursos internos no período considerado, são deliberadamente excluídas do âmbito e pro-

(4) FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio De Jure Belli* (1532), appendix B in J. B. Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1934, p. LXIV; FRANCISCO DE VITORIA, *De Indis Relectio Posterior, sive de Jure Belli* (1538-1539), in *Obras de Francisco de Vitoria* (ed. T. Urdanoz), Madrid, B.A.C., 1960, pp. 845-848.

(5) ALBERICO GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres* (1598), in *The Classics of International Law* (ed. J. B. Scott), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1933, livro I, cap. XXI, pp. 100 e 103.

(6) HUGO GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis — Liber Tertius* (1625), vol. III (trad. W. WHEWELL), Cambridge, University Press, 1853, *caput*, II-IV, p. 48; II-II, pp. 42-43; II-III, pp. 44-45; II-V, pp. 48-49; II-VI, p. 50; II-VII, pp. 51-52.

(7) C. VAN BYNKERSHOEK, *Questionum Juris Publici Libri Duo* (1737), Oxford, University Press, 1930, vol. II (trad. T. FRANCK), livro I, cap. XXIV, pp. 133-136.

(8) C. WOLFF, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), vol. II (trad. J. H. DRAKE), Oxford, Clarendon Press, 1934, p. 303, § 590, e cf. pp. 302-309, §§ 591-602.

(9) E. de VATTEL, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle* (1758), vol. II, Paris, Guillaumin & Cie., 1863, livro II, cap. XVIII, p. 316, § 338, e cf. pp. 320-330, §§ 342-350; cf. também cap. VII, p. 82, § 84; cap. VIII, pp. 83-84, § 103.

(10) Sobre a influência da regra na criação e desenvolvimento de "standards mínimos", cf. G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1969, p. 23.

(11) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", 16 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1979) n.º 62, pp. 23-40.

pósitos do presente estudo: enquanto tal jurisprudência tem sido objeto de amplo debate por parte de especialistas no tema ⁽¹²⁾, a prática dos Estados, talvez surpreendentemente, parece ter sido até certo ponto negligenciada. Parece, pois, ser esta uma razão convincente para devotarmos o exame que se segue àquela prática, em particular, à exclusão das áreas mais exploradas sobre o tema. Como a prática dos Estados sobre a regra dos recursos internos nos séculos XIX e XX é particularmente rica, especialmente na passagem do século, será ela sistematicamente examinada, de forma tão condensada quanto possível ⁽¹³⁾, a partir de desenvolvimentos por parte de alguns Estados individualmente ou grupos de Estados, primeiramente na prática de alguns dos Estados europeus, a seguir na dos Estados americanos, para enfim concentrarmos na prática do Brasil em especial.

II — O contencioso diplomático nos séculos XIX e XX

1 — A prática dos Estados europeus

a) Reino Unido

A prática do Reino Unido no decorrer do século XIX é ilustrativa da observância do requisito do esgotamento dos recursos de direito interno anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os 97 volumes de fac-símiles da série **Law Officers' Opinions to the Foreign Office (1793-1860)** ⁽¹⁴⁾ contêm nada menos de trinta casos relativos à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos. Vários dos casos de estrita observância da regra dos recursos internos referiam-se ao dever de súditos britânicos no exterior (e.g., na Bavária ⁽¹⁵⁾, no Brasil ⁽¹⁶⁾, na França ⁽¹⁷⁾, em Cuba ⁽¹⁸⁾, na Espanha ⁽¹⁹⁾) de esgotar todos os recursos internos

(12) Para citar apenas os trabalhos mais amplos, derivados de teses doutorais sobre o tema específico, cf.: C. P. PANAYOTACOS, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Marseille, Mouillot, 1952; C. H. P. LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, Droz, 1961; A. SARHAN, *L'épuisement des recours internes en matière de responsabilité internationale*, Université de Paris, 1962 (mimeografado); G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967; J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pédone, 1972; U. GIEBELER, *Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde zugleich ein vergleich mit der entsprechenden Regel des allgemeinen Völkerrechts und des Verfassungsbeschwerderechts*, Universidade de Marburg, 1972 (Foto-Druck); A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 (no prelo). Cf. também T. HAESLER, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Leyden, Sijthoff, 1968. E para inúmeras outras referências, cf. bibliografia in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 3, pp. 1700-1722.

(13) Para um relato bem mais extenso sobre a matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 3, pp. 54-107.

(14) Doravante citada como *Law Officers' Opinions*, série editada por Clive Parry, Gregg International Publ. Ltd., 1970; vols. 96 e 97, ed. 1973.

(15) *Law Officers' Opinions*, vol. 12, p. 55, cf. pp. 53-55.

(16) *Law Officers' Opinions*, vol. 17, p. 9, cf. pp. 5-15.

(17) *Law Officers' Opinions*, vol. 32, pp. 225-226 e 593-594, e *ibid.*, vol. 34, pp. 174-181.

(18) *Law Officers' Opinions*, vol. 83, p. 123, cf. pp. 122-124.

(19) *Ibid.*, vol. 83, p. 209, cf. pp. 203-209.

antes que pudessem beneficiar-se da proteção diplomática ⁽²⁰⁾. De modo semelhante, considerava-se aplicável a regra dos recursos internos aos estrangeiros na Grã-Bretanha, que ficavam igualmente obrigados a esgotar tais recursos antes de solicitar proteção aos respectivos governos ⁽²¹⁾. Em ocasiões bem mais raras considerou-se cumprida pelos reclamantes a condição do prévio esgotamento dos recursos internos. Tal ocorreu em casos de ações de indenização em que os recursos internos eram considerados insuficientes ou ineficazes ⁽²²⁾ ou em que atrasos indevidos e irregularidades processuais tornavam infrutíferos os recursos internos ⁽²³⁾.

Em princípios do século XX reafirmou o governo britânico a sua adesão à regra do esgotamento dos recursos adequados e eficazes em um caso de reclamação pelo aprisionamento de alguns navios norte-americanos pela Grã-Bretanha ⁽²⁴⁾. A prática britânica subsequente continuaria, no século corrente, a emprestar apoio ao princípio do esgotamento dos recursos internos, conforme exemplificado pelo conflito com a Islândia (em 1962) acerca dos limites marítimos para a pesca: em seguida ao aprisionamento e condenação de um barco pesqueiro inglês por atividade de pesca supostamente ilegal, a despeito dos protestos de que este se encontrava fora das águas territoriais islandesas, interpuseram os proprietários do barco recurso contra a decisão das autoridades islandesas. Interrogado sobre o caso na Câmara dos Comuns, e particularmente sobre a conveniência de qualquer iniciativa a ser tomada pelo governo britânico naquele estágio, o subsecretário de Estado respondeu que seria "premature" um comentário acerca da questão antes que se decidisse o recurso interposto nos tribunais islandeses e que tão logo fosse conhecida a decisão seriam apresentados argumentos ao governo da Islândia, se necessário fosse ⁽²⁵⁾. Também se observou a regra dos recursos internos em uma controvérsia entre cidadãos ingleses e o governo dos Estados Unidos com respeito a um contrato para a construção da nova embaixada norte-americana em Londres ⁽²⁶⁾; no caso de um julgamento na Etiópia de

(20) Para outras decisões consistentemente endossando a regra dos recursos internos em casos relativos a cidadãos britânicos no exterior, cf. *Law Officers' Opinions*, vol. 22, pp. 414-416, 486-488 e 506-507; vol. 43, pp. 208-218; vol. 53, pp. 114-116, 188-193 e 200-209; vol. 59, pp. 505-507; vol. 72, pp. 240-243; vol. 79, pp. 20-23; vol. 80, pp. 252-253 e 298-300, e pp. 5-8 e 73-76; vol. 81, pp. 293-295; vol. 82, pp. 162-165; vol. 83, pp. 9-11; vol. 94, pp. 199-201; vol. 95, pp. 40-43; e cf. também LORD McNAIR, *International Law Opinions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, vol. II, pp. 312-313.

(21) E.g., o caso do navio russo "Alexander Newski" (1806), relatado in *Law Officers' Opinions*, vol. 62, pp. 17-19. E cf. também: *Law Officers' Opinions*, vol. 54, pp. 225-227; *A British Digest of International Law* (compilado principalmente dos arquivos do Foreign Office britânico), editado por Clive Parry e Sir Gerald Fitzmaurice, parte VI, vol. 6, London, Stevens, 1965, p. 278.

(22) *Law Officers' Opinions*, vol. 81, p. 114, cf. pp. 113-114.

(23) *Law Officers' Opinions*, vol. 79, pp. 380-381. — Para outros exemplos da prática britânica sobre a regra dos recursos internos no século XIX, cf. LORD McNAIR, *op. cit.* supra n.º 20, vol. II, pp. 314-319; *Fontes Juris Gentium Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States — 1856-1871*, ed. Viktor Bruns, I.a.o.R.V., Berlin, C. Heymans, 1932, Series B, sect. I, vol. I, parte I, pp. 929-930; *Fontes Juris Gentium (Diplomatic Correspondence — 1871-1878)*, *ibid.*, 1937, Series B, sect. I, vol. II, parte II, pp. 377-379.

(24) *Cit.* in *American Journal of International Law* (1916), Supplement, p. 139.

(25) *House of Commons Debates*, vol. 658, cols. 1003-1004, *cit.* in *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law* (de E. Lauterpacht), London, B.I.I.C.L., 1962, pp. 55-56.

(26) *House of Commons Debates*, vol. 652, col. 47, *cit. ibid.*, p. 56, cf. também, no mesmo sentido, em outro caso, relatório de 21 de dezembro de 1964 do Ministro de Estado de Negócios Estrangeiros, *House of Commons Debates*, vol. 704, col. 184, *cit.* in *British Practice in International Law* (1964), pp. 206-207.

um cidadão britânico-somali (27); em um caso de ações interpostas nos tribunais holandeses relativas à transmissão de propriedade reivindicada por um professor inglês (28).

As regras concernentes às reclamações internacionais divulgadas pelo **Foreign Office** britânico em 1971 dispunham *inter alia*: — "O Governo de Sua Majestade normalmente não patrocinará uma reclamação de um súdito do Reino Unido contra outro Estado até que todos os recursos judiciais disponíveis no Estado em questão (i.e., recursos internos) tenham sido esgotados" (29) (Regra VII). Se, ao esgotar tais recursos internos, deparar-se o reclamante com uma "denegação de justiça, poderá o Governo de Sua Majestade intervir em seu favor a fim de assegurar a reparação da injustiça" (30) (Regra VIII).

b) França

O apoio conferido pelo governo francês à regra do esgotamento dos recursos internos durante o período em exame atesta-se pelos materiais compilados no **Répertoire de la pratique française en matière de droit international public**. Além dos exemplos tomados à prática francesa dos tratados (31), poder-se-ia fazer referência ao caso da prisão de um cidadão francês em Port-au-Prince levado à **Chambre des Députés** francesa. Dirigindo-se à Câmara (aos 26 de novembro de 1904), o Ministro das Relações Exteriores francês apressou-se em afirmar que como o cidadão francês em questão não esgotara todos os recursos internos no Haiti e como não se configurara uma patente denegação de justiça, não se justificaria a intervenção diplomática em seu benefício (32). Uma decisão similar endossando a exigência do esgotamento dos recursos internos foi tomada em 1934 pelo **Service Juridique** do **Ministère des Affaires Etrangères** em um litígio entre um governo estrangeiro e um consórcio de companhias francesas (33). Em outro caso examinado durante os debates parlamentares

(27) *House of Commons Debates*, vol. 552, col. 1633, cit. in "The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law — Survey and Comment" (de E. LAUTERPACHT), in *International and Comparative Law Quarterly* (1956), p. 426.

(28) *House of Commons Debates*, vol. 741, cols. 57-58 e 173-174, cit. in *British Practice in International Law* (1967) (ed. E. Lauterpacht e G. White), London, B.I.I.C.L., pp. 109-110.

(29) Cit. in D. J. HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, London, Sweet & Maxwell, 1973, p. 478. Um comentário anexo à Regra VII dispõe que "o não-esgotamento dos recursos internos não impedirá uma reclamação se se comprovar claramente que nas circunstâncias do caso um recurso a uma instância nacional superior não teria efeito algum" (*Ibid.*, p. 478).

(30) *Ibid.*, p. 478.

(31) A regra dos recursos internos foi incorporada in: artigo 5 da convenção franco-venezuelana de 1885 para o restabelecimento de relações amistosas; artigo 11 (2) de um tratado de amizade, comércio e navegação de 1886 entre França e México; artigo 5.º de um tratado de 1928 entre a França e a Holanda sobre solução pacífica de disputas; cf. também artigo 3.º da convenção sobre arbitragem de 1926 entre a França e a Romênia; artigo 3.º do tratado franco-iugoslavo de conciliação e solução judicial de 1927; e artigo 3.º da convenção germano-francesa de arbitragem de 1925; cit. in A. C. KISS, *Répertoire de la Pratique Française en Matière de Droit International Public* (doravante citado como *Répertoire Pratique Française*), vol. III, Paris, éd. Centre National de la Recherche Scientifique, 1965, pp. 499 e 491.

(32) In J. O., *Débat Parlementaire, Chambre*, 1904, pp. 2706-2708, cit. in A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, pp. 499-500.

(33) A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, pp. 455-456; ainda em apoio à regra dos recursos internos, cf. caso relatado *Ibid.*, p. 491.

de 1921 o Ministro francês das Relações Exteriores declarou que uma iniciativa diplomática somente poderia ser tomada em caso de denegação de justiça, mediante o prévio esgotamento dos recursos internos (34). O representante da França (Sr. MATTER) na Conferência de Haia para a Codificação do Direito Internacional de 1930 foi bastante categórico ao afirmar, dirigindo-se à Terceira Comissão (aos 21 de março de 1930), que "não pode haver qualquer iniciativa com relação à responsabilidade do Estado até que se tenha inteiramente esgotado a série de recursos disponíveis" (35).

A prática francesa vem apoiando a regra do esgotamento dos recursos internos não apenas em relação aos cidadãos franceses no exterior como também com respeito aos estrangeiros na França (36). Em certa ocasião julgou o governo francês oportuno indicar que a regra dos recursos internos não constitui um princípio absoluto e está subordinada a certas condições, tais como o desenrolar normal ou regular do processo (o caso dizia respeito à detenção de cidadãos franceses na Polônia por haverem cometido delito contra as autoridades fiscais polonesas). O governo francês não questionou o princípio de que seus cidadãos deveriam recorrer aos tribunais locais, não objetando tampouco aos procedimentos criminais contra eles instaurados pelo suposto delito em território polonês; a objeção do **Ministère des Affaires Etrangères** referia-se à detenção injustificadamente prolongada de seus nacionais, acarretando virtualmente uma denegação de justiça (mesmo porque aos cidadãos franceses não fora permitido consultar seus advogados), o que abriu caminho a um pedido de indenização do governo francês. Eventualmente foi o litígio solucionado diplomaticamente (37) em dezembro de 1934.

Os governos da França e da Itália bateram-se conjuntamente pelas limitações à regra dos recursos internos em um caso relacionado a uma companhia franco-italiana que operava na Grécia. Esta prontamente objetou a possibilidade de uma intervenção conjunta por parte da França e Itália que beneficiasse a companhia, invocando os recursos internos e os princípios do direito internacional, e alegando que ao invés de dissuadir a companhia reclamante a recorrer aos tribunais locais, preferiam os dois países interessados levar o caso a discussão a nível diplomático (38). Falando em nome dos governos francês e italiano, afirmou o Sr. J. FERRY (aos 25 de setembro de 1872) ao Ministro das Relações Exteriores da Grécia que no caso os recursos internos não eram suficientes e adequados, e que a legislação interna (promulgada aos 27 de maio de 1871) não deixava à companhia qualquer recurso a ser esgotado (39).

(34) In J. O., *Débats Parlementaires, Chambre*, 1921, p. 16, cit. in A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, p. 604.

(35) *Minutes of the Third Committee, Acts of the Conference for the Codification of International Law*, vol. IV, Liga das Nações, documento C. 351 (c).M.145(c).1930.V, pp. 65-68.

(36) Como ilustração, cf. o caso dos incidentes envolvendo turistas alemães em Nancy em (1913), in A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, pp. 604-606.

(37) *Ibid.*, pp. 500-501. E cf. também os casos *Lorando e Tubini* (1901), *ibid.*, pp. 453-455.

(38) A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, p. 495.

(39) Cf. *Archives Diplomatiques*, 1874, vol. III, pp. 328-335, cit. in A. C. KISS, *ibid.*, pp. 495-497.

c) Itália

A regra dos recursos internos foi mantida como condição básica prévia ao exercício da proteção diplomática em um **communiqué** de 1875 do Secretário-Geral do **Ministero degli Esteri** ao **chargé d'affaires** italiano em Assunção, o qual afirmava que antes de recorrer à proteção diplomática dever-se-ia primeiramente assegurar-se de que "la legislazione del paese non offre la via a regulari ricorsi giudiziari o che le autorità, con assoluto diniego di giustizia, hanno preclusa la via di tali ricorsi al reclamante straniero" (40). O levantamento realizado em **La Prassi Italiana di Diritto Internazionale** contém exemplos de observância da regra dos recursos internos pelo governo italiano em sua prática sobre a matéria durante o século XIX (41). Poder-se-ia fazer referência, **inter alia**, ao litígio com o governo brasileiro (em 1864-1865) com respeito a um contrato de uma companhia italiana responsável pela iluminação da cidade de Niterói (42) (cf. *infra*).

Em outro caso, afirmou o Ministro italiano das Relações Exteriores que, como houvessem sido devidamente esgotados os recursos internos, ficava, portanto, autorizada a intervenção diplomática (43). Mas, além de tais casos de observância da regra dos recursos internos pelo governo italiano, ocasiões também houve no período em exame em que julgou o governo em questão desnecessário o esgotamento dos recursos internos: primeiramente, quando circunstâncias especiais (de dois casos distintos) desobrigavam os reclamantes do dever do esgotamento (44), e em segundo lugar, quando os recursos internos eram considerados ineficazes ou inexistentes (45) e ainda em caso de promulgação de legislação **ad hoc** no civa aos direitos adquiridos (46).

d) Suíça

Aos 4 de setembro de 1849, o Conselho Federal suíço afirmou que, nas relações da Suíça com outros países, "depuis très longtemps la règle de l'épuisement des recours internes fut connue et respectée par le gouvernement suisse" (47). Mais de um século depois, em nota de 29 de setembro de 1972, declarou a Divisão de Assuntos Jurídicos do Département Politique Fédéral do governo suíço, em resposta a pedido de informação sobre como poderiam as autoridades suíças ajudar um cidadão

(40) Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale — Consiglio Nazionale delle Ricerche, **La Prassi Italiana di Diritto Internazionale** (doravante citada como **Prassi Italiana**), Prima Serie (1881-1887), vol. II, N.Y., Oceana, 1970, p. 663.

(41) Cf. casos relatados in **Prassi Italiana**, vol. II, pp. 666-668.

(42) **Prassi Italiana**, II, pp. 660-662.

(43) *Ibid.*, p. 665.

(44) Cf. *ibid.*, pp. 662-665.

(45) Cf. caso *ibid.*, p. 667, cf. pp. 666-667.

(46) Declaração de 4 de dezembro de 1871 do Ministro Italiano das Relações Exteriores, in **Prassi Italiana**, II, p. 663.

(47) In **Fauille Fédérale Suisse** (1850) — III; cf. *ibid.* (1851) — II, p. 464; (1859) — I, p. 286; (1864) — I, p. 258; cit. in A. SARHAN, *op. cit.* supra n.º 12, p. 33.

suíço no exterior condenado à prisão pelos tribunais de um país estrangeiro a obter revisão de seu processo, que “quando praticável e onde pareça provável um recurso eficaz, todas as modalidades de recurso de revisão devem ser esgotadas antes que se torne apropriada a interposição diplomática”; a nota de 1972 prosseguia afirmando que “il est également impossible d'exercer la protection diplomatique tant qu'une procédure judiciaire est en cours ou lorsque cette procédure est reprise, comme c'est le cas ici. Pour ce seul motif déjà, la Suisse ne pourrait pas intervenir par la voie diplomatique auprès des autorités” (48) do país em questão.

2 — A prática dos Estados americanos

a) Estados Unidos

Há ampla evidência, historicamente comprovável, da observância da regra do esgotamento dos recursos internos pelo governo dos Estados Unidos em sua prática no século XIX. Poder-se-iam mencionar nada menos de quinze casos pertinentes compilados por J. B. MOORE (49), os quais consistentemente endossaram a regra dos recursos internos, tornando proeminente seu caráter **preventivo** com relação à interposição diplomática. Considerava-se que apenas em circunstâncias excepcionais tornar-se-ia desnecessário o esgotamento dos recursos internos: e.g., onde fosse a justiça local deficiente ou inexistente, conforme exemplificado pelo muito citado pronunciamento do Secretário de Estado **Fish** (de 29 de maio de 1873) segundo o qual “a claimant in a foreign State is not required to exhaust justice in such State when there is no justice to exhaust” (50); ou onde os recursos internos não mais tivessem sido utilizados (51), ou ainda onde fossem considerados insuficientes (52). Tais casos, entretanto, compartilhavam a natureza de situações excepcionais, permanecendo inequívoca a regra geral segundo a qual deverá o estrangeiro ter esgotado todos os recursos internos disponíveis anteriormente à intervenção diplomática por parte de seu Estado; se não houver sido cumprido tal requisito, não estará o cidadão em questão habilitado a beneficiar-se da proteção diplomática (53).

(48) In “La pratique suisse en matière de Droit international public, 1972” (de Lucius Caflisch), in *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht/Annuaire Suisse de Droit International* (1973), pp. 359-360. Sobre a recente prática dos Estados europeus, cf.: A. A. CANÇADO TRINDADE, “L'épuisement des recours internes dans des affaires Inter-étatiques”, 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978), pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices: the European Experience”, 18 *Malaya Law Review* (1976), pp. 257-280; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the European Practice”, 29 *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Rech* (1978), pp. 211-231.

(49) J. B. MOORE, *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, pp. 652-671.

(50) J. B. MOORE, *op. cit. supra*, n.º 49, vol. VI, p. 677.

(51) Cf. *ibid.*, p. 682.

(52) *ibid.*, p. 691. A única “exceção” ao princípio da reparação interna era em caso de denegação de justiça, ponto corroborado pela prática dos Estados Unidos no período em exame; cf. *ibid.*, pp. 661 e 666-669.

(53) Cf. vários casos ilustrando pontos diversos, *ibid.*, pp. 651-693.

A prática norte-americana do século presente aparentemente não sofreu quaisquer transformações substanciais com relação ao tema ⁽⁵⁴⁾. Em certa ocasião, por exemplo, uma companhia manufatureira norte-americana solicitou informação ao Departamento de Estado quanto à possibilidade de apresentação de reclamação junto ao governo russo concernente ao valor de bens supostamente destruídos por manifestantes, ao serem transportados por ferrovia na Rússia. Respondeu o Departamento de Estado (aos 22 de janeiro de 1908) que aparentemente não fora impetrada nos tribunais russos qualquer ação de indenização por perdas e danos; "na ausência de qualquer tentativa de assegurar reparação por meio de medidas judiciais, não haveria base suficiente que possibilitasse ou autorizasse o Departamento a patrocinar a causa diplomaticamente" ⁽⁵⁵⁾. Novamente em 1915 ressaltou o Departamento de Estado "a regra de direito internacional geralmente aceita" de que "a parte interessada deverá esgotar os seus recursos judiciais internos antes que se torne apropriada a intervenção diplomática" ⁽⁵⁶⁾. Em diversas ocasiões subsequentes foi tal princípio expressamente reiterado pelo Departamento de Estado ⁽⁵⁷⁾.

A estrita adesão da **policy** do governo norte-americano em matéria de reclamações ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos refletiu-se ainda na inclusão expressa da regra nas **Instruções Gerais aos Reclamantes** divulgadas em diferentes ocasiões pelo Departamento de Estado norte-americano ⁽⁵⁸⁾. Assim, em um memorando de 1º de março de 1961, reafirmava o Departamento de Estado norte-americano: "O requisito do esgotamento dos recursos judiciais baseia-se na regra de direito

(54) Cf. o caso **Ferrara**, *ibid.*, pp. 672-675.

(55) MS. Department of State, file 10877, cit. in G.H. HACKWORTH, *Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943, p. 501.

(56) Cit. in M. M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. B, Washington Department of State Publ., 1970, p. 770.

(57) In M. M. WHITEMAN, *op. cit.* supra n.º 56, vol. 8, pp. 771-772; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n.º 55, vol. V, p. 506. Para outros exemplos, cf. G. H. HACKWORTH, *op. cit.*, pp. 505-507 e 510-511; M. M. WHITEMAN, *op. cit.*, pp. 769-771; e cf. ainda outros exemplos de aplicação da regra dos recursos internos in E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 817-832. Em um caso pendente perante os tribunais do Líbano em 1957, relativo a uma propriedade com interesses de herdeiros americanos, muito embora se alegasse denegação de justiça, o Departamento de Estado norte-americano tomou a posição de que, como o caso estava ainda pendente perante tribunais nacionais, não era permissível uma interposição diplomática pelo governo norte-americano. Em suas Instruções à Embaixada americana em Beirute, o Secretário de Estado DULLES declarou que uma alegação de denegação de justiça deveria ser corroborada de modo convincente e que o esgotamento de recursos judiciais disponíveis era um requisito prévio de uma "reclamação válida de denegação de justiça". In M. M. WHITEMAN, *op. cit.* supra n.º 56, vol. 8, p. 772. Sobre as controvérsias entre os Estados Unidos e alguns países latino-americanos, particularmente o México, cf., e.g., M. KOESSLER, "Government Espousal of Private Claims before International Tribunals", 13 *University of Chicago Law Review* (1946) p. 188.

(58) E.g., Seção 8 das Instruções Gerais de 30 de janeiro de 1920, cit. in CLYDE EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., New York University Press, 1928, p. 96, n. 4; Parágrafo 8 das Instruções Gerais de 1.º de outubro de 1934, cit. in A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, p. 411. Mas em parecer de 21 de julho de 1930, o assessor jurídico do Departamento de Estado indicou as circunstâncias excepcionais em que não era necessário esgotar os recursos internos, tais como, quando os tribunais internos simplesmente não administravam a justiça, ou quando os recursos internos não mais tivessem sido utilizados ou fossem insuficientes; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n.º 55, vol. V, p. 511, e cf. p. 519, e cf. também supra.

internacional geralmente aceita segundo a qual a responsabilidade internacional não poderá ser invocada em relação às perdas e danos sofridos por estrangeiros até que tenham estes esgotado os recursos disponíveis de acordo com o direito interno ⁽⁵⁹⁾. E, em parecer de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana (cf. também *infra*) descreveu a posição do direito e prática norte-americanos relativos à questão do esgotamento dos recursos internos nos seguintes termos: "A implementação da responsabilidade do Estado no direito internacional subordina-se normalmente ao esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos a eles proporcionados pela legislação interna do Estado cuja responsabilidade encontra-se em questão" ⁽⁶⁰⁾.

b) Canadá

A recente prática canadense sobre reclamações tem endossado, de forma consistente, a aplicação da regra dos recursos internos. Em resposta a um pedido de informações sobre uma ação de indenização contra o governo da Índia por lucro cessante relativo a interesses na Índia, afirmou o Subsecretário canadense das Relações Exteriores em 1964 que a intervenção diplomática não se poderia realizar até que fossem esgotados os recursos internos na Índia ⁽⁶¹⁾. Em resposta a outro pedido de assistência (relativo a um projeto imobiliário nos Estados Unidos), declarou o Subsecretário canadense naquele mesmo ano que, "de acordo com a prática internacional já cristalizada, não se justificaria uma intervenção por parte do governo canadense em casos em que existam recursos internos disponíveis, e não esgotados" ⁽⁶²⁾. Similarmente, em um caso de uma reclamação canadense contra um país do Leste europeu, o Subsecretário foi do parecer (aos 18 de outubro de 1967) de que de acordo com princípios já cristalizados do direito internacional o requisito do prévio esgotamento de todos os recursos de direito interno deverá ter sido cumprido para que se justifique o patrocínio de uma causa por parte de um Estado através da intervenção diplomática em prol de um de seus cidadãos, contra um outro Estado ⁽⁶³⁾.

Esse mesmo ponto de vista foi adotado pelo governo canadense em outras ocasiões ⁽⁶⁴⁾. Relativamente à prática canadense em geral em matéria de reclamações, o Departamento de Assuntos Exteriores canadense informava aos 19 de agosto de 1968 que "quando um cidadão canadense

(59) O memorando dizia respeito a um caso de esgotamento de recursos internos por nacionais americanos em Cuba; texto in *American Journal of International Law* (1962), p. 167.

(60) OEA, documento OEA/Ser.I/V1.2—CIJ—78, de setembro de 1965, pp. 10-11.

(61) In: "Canadian Practice in International Law During 1964 as Reflected in Correspondence and Statements of the Department of External Affairs" (doravante citada como *Canadian Practice*) (ed. A. E. Gottlieb), in *Canadian Yearbook of International Law* (1965), pp. 326-327.

(62) *Canadian Practice — 1964*, *ibid.*, p. 327.

(63) *Canadian Practice — 1967*, in *Canadian Yearbook of International Law* (1968), p. 263; cf. também *Canadian Practice — 1966*, in *Canadian Yearbook of International Law* (1967), p. 265.

(64) *Canadian Practice — 1967*, cit. supra n.º 63, pp. 264-265; cf. também *Canadian Practice — 1968* (ed. J. A. Beesley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1970), p. 359.

traz à nossa atenção uma reclamação **prima facie** válida contra um Estado estrangeiro, em relação à qual todos os recursos internos tenham em vão sido esgotados, poder-se-á decidir por uma intervenção informal através do exercício dos bons ofícios, ou formal através do patrocínio da causa de acordo com princípios do direito internacional bem estabelecidos" (65).

c) Estados latino-americanos

Um estudo da regra dos recursos internos na prática dos países latino-americanos durante o período em exame poderia ser desenvolvido no contexto mais amplo do princípio do dever de **não-intervenção** (66) consistentemente defendido por aqueles países. Estando tal tarefa além dos propósitos do presente estudo, limitaremos nosso exame à posição assumida pelos países latino-americanos com respeito à questão do esgotamento dos recursos internos em particular. Esse requisito foi invocado em diferentes casos de reclamações de estrangeiros na América Latina (67), assim como de reclamações de latino-americanos no exterior (68).

Em meados do século XIX tornara-se já prática corrente de alguns Estados latino-americanos promulgar legislação fortalecendo o princípio do esgotamento dos recursos internos (69). Em alguns casos (e.g., a lei colombiana nº 145, de 1888, artigo 15) dispunha-se que em um contrato celebrado entre o governo e um estrangeiro dever-se-ia inserir uma cláusula segundo a qual deveria esse último "renunciar a qualquer pedido de proteção diplomática de seu país em tudo aquilo que dissesse respeito à execução do contrato, exceto em caso de uma denegação de justiça" (70). Este foi apenas um dos muitos casos de aplicação da chamada Cláusula CALVO, pela qual uma pessoa, ao concluir um contrato com um governo estrangeiro, concorda em não invocar a proteção diplomática de seu Estado para solucionar eventuais questões decorrentes da execução do contrato, e em submeter tais questões aos tribunais locais competentes em conformidade com o direito interno do Estado de residência (71).

(65) *Canadian Practice — 1968* (ed. A. E. Gottlieb e J. A. Beasley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1969), pp. 314-315.

(66) Inter-American Juridical Committee, *Opinion on Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State*, Majority Opinion, OEA, documento OEA/Ser.I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, pp. 3-27.

(67) *Ibid.*, p. 38; *Mémoire des Relations Extérieures de la République Argentine* (1892), p. 500, cit. in J. M. YEPES, "Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1934) — I, pp. 107-108; n.º 1; *Fontes Juris Gentium*, cit. supra n.º 23, Séries B, sect. I, vol. II, parte I, pp. 507-509; e parte II, pp. 370-372. Sobre a adesão do Peru à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. documento transcrito in *Relatório...*, op. cit. infra n.º 88, pp. 19-20.

(68) Ministério das Relações Exteriores, *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores* (1946-1951), M.R.E., ed. 1967, pp. 539-542 (cf. infra).

(69) OEA, documento OEA/Ser.I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 39; A. V. FREEMAN, op. cit. supra n.º 58, p. 458.

(70) Cit. in J. M. YEPES, op. cit. supra n.º 67, p. 106.

(71) C. CALVO, *Le Droit International Théorique et Pratique*, 5.ª ed., Paris, A. Rousseau ed., 1896, vol. I, §§ 185-205, pp. 322-351; vol. III, §§ 1280-1297, pp. 142-156; vol. IV, § 256, p. 231; e cf. também *ibid.*, vol. I, § 110, p. 267; vol. III, § 1278, p. 140.

A relação precisa entre a Cláusula CALVO e a regra dos recursos internos tem gerado grande controvérsia. Em suma, tem-se de início afirmado que a Cláusula CALVO, sendo uma estipulação sobre o esgotamento dos recursos internos, tornar-se-ia assim uma reafirmação supérflua da regra ⁽⁷²⁾. Tem-se também asseverado que a Cláusula CALVO codifica a regra do esgotamento dos recursos internos ⁽⁷³⁾. De modo um tanto mais elaborado, tem-se mantido que, embora haja uma identificação da Cláusula CALVO com a regra dos recursos internos, esta última opera como regra do direito internacional costumeiro, ao passo que a primeira gera para o estrangeiro uma obrigação, qual seja, a de obrigar-se sob a jurisdição territorial ⁽⁷⁴⁾ (do Estado com o qual concluíra o contrato contendo a Cláusula). Na verdade, ao excluir os pedidos de proteção diplomática, a Cláusula CALVO torna a competência dos tribunais internos **exclusiva**, e não apenas **preliminar** como ocorre com a regra dos recursos internos ⁽⁷⁵⁾; admite-se, portanto — deixando de lado a proteção diplomática —, que a cláusula seja empregada em matéria contratual (subordinada ao direito interno e aos tribunais nacionais) ⁽⁷⁶⁾.

Os anos derradeiros do século XIX testemunharam uma vasta prática de tratados requerendo o esgotamento dos recursos internos, em uma tentativa de se estabelecer limites ao exercício da proteção diplomática e de se reservar aos tribunais locais a competência para examinar todas as reivindicações legais. Dispositivos nesse sentido foram inseridos em vários tratados celebrados entre países latino-americanos e europeus ⁽⁷⁷⁾ assim como países latino-americanos entre si ⁽⁷⁸⁾. Reconhecendo a configuração da responsabilidade do Estado por denegação de justiça, tais dispositivos no entanto enfatizavam “a necessidade de fazer uso dos recursos de direito interno em todos os casos em que danos houvessem sido causados a estrangeiros” ⁽⁷⁹⁾.

(72) P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Genève, Georg & Cie., 1954, pp. 25-26; K. LIPSTEIN, “The Place of the Calvo Clause in International Law”, *British Year Book of International Law* (1945), pp. 130-145; Ph.C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, N.Y., MacMillan, 1948, p. 111.

A contrario sensu, E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “International Responsibility”, *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 590-593; e cf. C. SEPÚLVEDA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., México, Ed. Porrúa, 1973, pp. 233-234. — Para um estudo detalhado do tema, cf. D. R. SHEA, *The Calvo Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, pp. lss.

(73) A. SARHAN, *op. cit.* supra n.º 12, p. 77.

(74) C. H. P. Law, *op. cit.* supra n.º 12, pp. 127-130.

(75) J. CHAPPEZ, *op. cit.* supra n.º 12, p. 76; sugere o autor que a cláusula parece assim bem mais próxima a uma objeção de domínio reservado do que a uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Para um estudo comparativo entre estas duas objeções, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis”, *16 Indian Journal of International Law* (1976), pp. 187-218.

(76) J. CHAPPEZ, *op. cit.* supra n.º 12, pp. 81-83; cf. também D. R. Shea, *op. cit.* supra n.º 72, pp. 258-268.

(77) Cf. sete desses tratados enumerados in J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 104-105 n.º 1; cf. também C. P. PANAYOTACOS, *op. cit.* supra n.º 12, p. 56, n.º 39.

(78) Cf. onze desses tratados in J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 103-104, n. 1.

(79) A. V. FREEMAN, *op. cit.* supra n.º 58, pp. 495 e 490-491. Cf. também J. IRIZARRY Y PUENTE, “The Concept of “Denial of Justice” in Latin America”, *43 Michigan Law Review* (1944), pp. 386, ns. 9 12, 387, n. 13, 388, n. 18, e 392-393. Mas cf., para renúncia da regra dos recursos internos, e.g., A. H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions (1923-1934)*, N. Y., MacMillan, 1935, p. 34; F. K. NIELSEN, *International Law Applied to Reclamations*, Washington, J. Byrne & Co., 1933, p. 70.

Outro experimento (utilizado pelo México) consistia em estabelecer comissões de reclamações internas (em 1911) com a finalidade de julgar ações interpostas por estrangeiros⁽⁸⁰⁾. Relativamente à solução de controvérsias, o artigo VII do Tratado Interamericano de Solução Pacífica de Conflitos (o chamado Pacto de Bogotá de 1948) condiciona as representações diplomáticas (na proteção de cidadãos no exterior) ao prévio esgotamento dos recursos internos⁽⁸¹⁾. A prática dos Estados latino-americanos sobre o esgotamento dos recursos de direito interno deixou também os seus traços nas tentativas de codificação do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros⁽⁸²⁾.

Mas uma atração maior que oferece o estudo da posição dos países latino-americanos em relação à regra dos recursos internos encontra-se em sua vasta prática de conferências internacionais, que deu origem a diversos instrumentos relevantes contendo asserções do princípio do esgotamento dos recursos internos⁽⁸³⁾. Aos 25 de agosto de 1961, a Comissão Jurídica Interamericana divulgou parecer sobre a **Contribuição do Continente Americano para os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado**; o estudo limitava-se à prática dos países latino-americanos, considerada pela Comissão em muitos aspectos distinta da prática norte-americana (esta última baseada em princípios defendidos pelos países europeus no século XIX, e não representando uma

(80) Com efeito, tais comissões nacionais — aplicando o direito internacional — têm sido utilizadas nos dois últimos séculos também fora da América Latina, havendo exemplos em que elas excluíram e deixaram de aplicar a regra do esgotamento dos recursos internos. E. M. BORCHARD, *op. cit.* supra n.º 57, p. 818 n. 3; G. C. Thorpe, *Preparation of International Claims*, Kansas, Vernon — West Publ. Co., 1924, pp. 33 e 26; R. B. LILLICH, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, Syracuse University Press, 1962, pp. 71-75, 100, e também pp. 5-40 para a prática de tratados.

(81) Texto in OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de 1962, p. 40. E cf. reservas da Argentina e dos Estados Unidos, in *Inter-American Juridical Yearbook* (1952-1954) p. 61, cf. pp. 60-63, e demais comentários in: *Inter-American Juridical Yearbook* (1955-1957) pp. 96-97; A. MIAJA DE LA MUELA, "El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1963), pp. 51-52; JORGE CASTAÑEDA, "The Underdeveloped Nations and the Development of International Law", *International Organization* (1961), p. 43.

(82) Cf. principalmente: *Rapporteur* G. GUERRERO (Subcomissão, 1926), "Report to the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", *League of Nations doc. C.46.M.23.1926.V*, in *League of Nations, Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*, vol. II — Documents (ed. S. Rosenne), N.Y., Oceana, 1972, pp. 116-117 e 27-128, cf. pp. 118-131; F. V. GARCIA AMADOR, "First Report on State Responsibility", *Yearbook of the International Law Commission* (1956) — II, p. 205, § 169.

(83) Cf. principalmente: Primeira Conferência (1889-1890): declaração de uma comissão de estudo; Segunda Conferência (1901-1902): artigo 3.º de uma convenção sobre direitos de estrangeiros; Sexta Conferência (1928): artigo 2.º de uma convenção sobre o status de estrangeiros; Conferência de 1933: artigo 11 da Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, e resolução adotada; Oitava Conferência (1938): propostas mexicanas ecoando a cláusula Calvo e a doutrina Drago de proibição do uso da força para a cobrança de dívidas contratuais. Cf.: *The International Conferences of American States* (1889-1928), ed. J. B. Scott, London, Oxford University Press, 1931, pp. 45-415; J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 93-111; I. FABELA, *Intervention*, Paris, Pédone, 1961, pp. 156-168 e 178; OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ — 61, de janeiro de 1962, p. 39. E sobre a formulação da doutrina Drago, cf. *The Hague Conventions and Declarations of 1893 and 1907* (ed. J. B. Scott), 2.ª ed., London, Oxford University Press, 1915, pp. 89-91; J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 61-62.

nova corrente). O parecer da maioria, de 1961, representava os pontos de vista de **dezesseis** países latino-americanos sobre a matéria, enquanto que os dos Estados Unidos foram consignados em um parecer subsequente, emitido pela Comissão em 1965 ⁽⁸⁴⁾. O parecer majoritário de 1961 subordinava enfaticamente todas as reclamações diplomáticas ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, princípio este que, no continente americano, segundo o parecer, "é não meramente processual mas substantivo" ⁽⁸⁵⁾.

3 — A prática do Brasil

Dentre os inúmeros casos de reclamações envolvendo o Brasil ⁽⁸⁶⁾, alguns podem ser selecionados como particularmente pertinentes ao estudo da regra dos recursos internos. Aos 17 de março de 1856, por exemplo, em nota do governo imperial à legação britânica, o Ministro JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS recusou-lhe indenização por supostos constrangimentos que teria sofrido um cidadão britânico, preso no Pará. Argumentou o Ministro de Estado que cabia ao indivíduo em questão fazer uso, de acordo com o direito nacional, dos recursos aos "juizes superiores, inclusive o de **habeas corpus**, que em poucas horas o livraria da prisão arbitrária ou ilegal. O cônsul britânico, interessado como naturalmente era pela imediata soltura ou absolvição do acusado, devia protegê-lo de conformidade com a legislação do país. Recorrer ao presidente da província para esse fim era pretender que o poder administrativo se ingerisse nas funções do poder judiciário, sustentando um processo criminal, ou nele impondo o seu arbítrio. (...) Os inconvenientes a que em geral alude não provêm das leis nem das autoridades brasileiras, mas sim do erro em que muitas vezes caem alguns agentes consulares, querendo desviar os negócios do seu curso e jurisdição legal para convertê-los em questões internacionais (...) A indenização não seria devida pelo governo imperial (...) os ofendidos podem por esses trâmites legais e ordinários promover a punição dos ofensores, e haver deles a reparação a que tenham direito. (...) É esta mesma prática, conforme os princípios mais

(84) Parecer da maioria, de 1961, in OEA, documento cit., ref. CIJ-61, pp. 37-41; cf. também *Yearbook of the International Law Commission* (1969) — II, p. 129, § 19. Para a oposição do governo dos Estados Unidos aos pontos de vista latino-americanos (na época em que o parecer da maioria estava sendo redigido), cf. *Department of State Bulletin* (1959) pp. 666-669. Parecer suplementar de 1965 (contendo os pontos de vista norte-americanos) in OEA, documento cit., ref. CIJ-78, pp. 1-12.

(85) OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de 1962, p. 37, cf. pp. 37-41. Em seu primeiro relatório (em 1956) sobre a responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, García Amador (op. cit. supra n.º 82, p. 205, § 169) endossou a tese mantida pela prática dos Estados latino-americanos de que não seria incompatível com o propósito essencial da regra do esgotamento dos recursos internos exigir que o estrangeiro faça uso de **todos** os recursos de direito interno — ressalvados casos de denegação de justiça — ou exigir que o Estado não exerça proteção diplomática de forma alguma se seus nacionais (no exterior) tiverem livre acesso aos tribunais locais; a aplicação da regra do esgotamento, de qualquer modo, estaria sujeita à condição de ser adequada a reparação. Sobre a jurisprudência da Corte Centro-americana de Justiça (1907-1917) acerca do esgotamento dos recursos de direito interno, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977), pp. 376-377.

(86) Cf., e.g., as citadas in F. SABOIA DE MEDEIROS, *Precedentes Diplomáticos (1889-1832)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1940, pp. 285-286 e 278-279.

adiantados em matéria de direito público, que não permite ao governo imperial ingerir-se nos atos do poder judiciário, perturbar o seu curso e fazer-se dele responsável, porque o paciente é um súdito estrangeiro a quem os agentes de sua nação entendam dever proteger por meios excepcionais" (87).

Posição semelhante foi tomada pelo governo brasileiro em outro caso que o opôs em 1895 à legação britânica, com base no argumento de que enquanto não forem "esgotados os meios administrativos ou judiciários que a legislação estabelece no intuito de proteger os direitos individuais ou de reparar alguma lesão de direito, a ação oficiosa diplomática não pode converter-se em ação oficial, que a denegação formal de justiça legítima e autoriza; uma é toda amistosa, a outra reveste-se de certa tensão nas relações diplomáticas. Dar à primeira os característicos da segunda seria provocar, em vez da cordialidade, o retraimento, despertando justas suscetibilidades do sentimento nacional. Não podem ser tais os intuítos da representação diplomática" (88).

Já em outro caso ocorrido em meados do século passado, em que um cidadão britânico encaminhara às autoridades competentes de seu país uma reclamação alegando rescisão de seu contrato com o governo brasileiro (relativo a uma ferrovia), foi o próprio **Queen's Advocate** (J. D. HARDING) quem se encarregou de observar o preceito do prévio esgotamento dos recursos internos. Em parecer de 1858, em que admitia que o contrato a ser executado no Brasil deveria ser legalmente considerado como um contrato brasileiro (e não britânico) e interpretado de acordo com o direito brasileiro, estranhou o consultor britânico que não tivesse o reclamante recorrido aos tribunais brasileiros, ainda mais que o direito brasileiro era reconhecidamente "favorável a seu caso" (89). Concluiu HARDING que, como não houvera o reclamante recorrido aos tribunais brasileiros, e como não se estabelecera e nem sequer se alegara que estivesse ele legalmente incapacitado de assim proceder, ou que não dispusesse de nenhum recurso legal no Brasil, não havia no caso fundamento algum que facultasse ao governo britânico intervir formalmente em seu benefício (90). Em outra reclamação relativa ao Brasil, da firma britânica

(87) **Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros** (apresentado à Assembléa-Geral Legislativa na 4.ª sessão da 9.ª Legislatura pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS), Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1856, Anexo H, pp. 47-48, e cf. pp. 45-46; cf. também JOSÉ MANOEL CARDOSO DE OLIVEIRA, **Actos Diplomáticos do Brasil** (1493-1870), vol. I, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, p. 208.

(88) JOSÉ MANOEL CARDOSO DE OLIVEIRA, **Actos Diplomáticos do Brasil** (1871-1912), vol. II, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, pp. 217-218; cf. também, sobre o mesmo caso, **Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores** (CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1896, pp. 12-13, e Anexo 1, n.º 6, pp. 14-15. Em outro caso opondo a legação britânica ao governo brasileiro, o da Companhia de Seguros **English Queen** (1875), o Visconde de Caravellas rejeitou uma alegação de denegação de justiça, afirmando ao *chargé d'affaires* britânico que não poderia o governo imperial "ser compelido a indenizar a quem quer que se considere lesado por decisões injustas de tribunais, seja o reclamante nacional ou estrangeiro"; OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 38; e cf. também J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, vol. II, pp. 55-56.

(89) **Law Officers' Opinions**, vol. 17, p. 9, cf. pp. 5-9.

(90) *Ibid.*, pp. 9-15.

Samuel Phillips & Co., novamente invocou o consultor HARDING o princípio do esgotamento dos recursos internos ⁽⁹¹⁾.

O mesmo princípio voltou a ser objeto de atenção em elucidativo caso envolvendo os governos brasileiro e italiano. Há pouco mais de um século, uma companhia italiana responsável pela iluminação da cidade de Niterói alegou rescisão de contrato pelas autoridades locais e solicitou a intervenção do Ministro italiano no Rio de Janeiro. O governo brasileiro declarou que a intervenção diplomática não seria permissível, uma vez que a companhia em questão deveria inicialmente esgotar os recursos de direito interno ⁽⁹²⁾. O Ministro italiano de Relações Exteriores, relatando a esse respeito (em 1864) que a companhia (SIGNOR BOSISIO) tivera aparentemente encontrado dificuldades, examinou mais detalhadamente a perspectiva de uma solução judicial do caso de acordo com o direito brasileiro, enquanto o governo brasileiro mantinha seu ponto de vista de que a companhia deveria ter recorrido preventivamente aos tribunais internos ⁽⁹³⁾. O governo italiano encaminhou o assunto ao **Consiglio del Contenzioso Diplomatico**, que, em parecer de 1865, reconheceu a necessidade de se recorrer previamente aos tribunais internos (**la necessità del previo ricorso ai tribunali locali**) ⁽⁹⁴⁾. Por conseguinte, o Ministro italiano de Relações Exteriores instruiu o Ministro italiano no Rio de Janeiro a "osservare che la vertenza abbia regolare corso nanti il Tribunale a cui fosse stata deferita dalle Parti" ⁽⁹⁵⁾.

Diversos outros casos relativos ao Brasil ilustram a aplicação da regra dos recursos internos: nota de 1882 do governo brasileiro à legação britânica estipulando que o reclamante estava "obrigado a sujeitar-se como qualquer brasileiro às condições da organização interna do País" ⁽⁹⁶⁾; nota de 1897 do governo brasileiro à legação dos Estados Unidos declarando procedente taxa imposta a produtos americanos pelo inspetor da alfândega do Pará e indicando terem os reclamantes recorrido à intervenção diplomática "prescindindo dos meios ordinários que as leis facultam a

(91) A firma solicitara proteção diplomática alegando "injustiça" sofrida perante tribunais brasileiros (julgamentos de tribunais civis ordinários relativos a custas e danos em ações). Em parecer de 1855, observou HARDING que os reclamantes não indicaram se haviam recorrido contra o julgamento de que se queixavam; se porventura tivessem recorrido, qualquer interferência diplomática do governo britânico seria prematura (antes do esgotamento dos recursos internos); se não tivessem recorrido, o governo brasileiro certamente invocaria tal argumento em contencioso internacional. Por conseguinte, o caso não permitia interferência do governo britânico. Ademais — acrescentou HARDING —, as alegações dos reclamantes diziam respeito a questões que dependiam do direito interno brasileiro. Excluída a possibilidade de proteção diplomática no caso, HARDING só admitiu cogitar da possibilidade de uma aproximação "amigável e não oficial, ou indireta" junto ao governo brasileiro, para dar assistência aos reclamantes — no processo de esgotamento dos recursos internos — em caso de eventuais dificuldades materiais individuais. *Law Officers' Opinions*, vol. 16, pp. 93-97.

(92) *Prassi Italiana*, vol. II (Prima Serie, 1861-1887), p. 660.

(93) *Cf. Ibid.*, p. 661.

(94) *Parere del Consiglio del Contenzioso Diplomatico* (de 2 de abril de 1865), *ibid.*, p. 661. Acrescentou o parecer que "avendo il governo del Brasile rimesso le parti al giudizio dei tribunali ordinarii, resterebbe sempre libero a quelle di opporre la incompetenza ed ai tribunali di dichiararla"; *cit. in Ibid.*, p. 661.

(95) *Ibid.*, p. 662, *cf.* pp. 661-662. Instruiu, ademais, que, se o tribunal se declarasse incompetente para decidir sobre o caso, *dever-se-ia solicitar que as reclamações da companhia "siano conosciute e giudicate a termini di ragione dalla superiore autorità governativa"* (*ibid.*, p. 662).

(96) J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, p. 114.

nacionais e estrangeiros" (97); nota de 1896 do Ministro brasileiro das Relações Exteriores ao Ministro britânico invocando a regra do prévio esgotamento de recursos internos (98), dentre outros exemplos em diferentes épocas (99).

Muito embora tivesse o Ministro brasileiro das Relações Exteriores reafirmado em termos inequívocos o princípio do esgotamento dos recursos internos ao expor em 1895 as diretrizes de seu governo no tratamento de reclamações estrangeiras (100), há também exemplos e casos sobre a matéria que não são tão claros como os já citados. O tribunal arbitral brasileiro-boliviano, instituído pelo Tratado de Petrópolis, de 1903, para ouvir reclamações provenientes de atos administrativos e fatos ocorridos em territórios permutados, previa (no artigo 5º do Regimento Interno) que as petições deviam conter *inter alia* "a declaração de não ter sido apresentada a reclamação a outro juízo ou tribunal, mencionando-se se foi paga alguma soma em dinheiro ou feita qualquer outra compensação, por conta do pedido" (101). Na explicação de HÉLIO LOBO, tal dispositivo sobre a apresentação do pedido em outra instância destinava-se, além de melhor esclarecer as circunstâncias de fato e de direito do caso concreto, "a impedir um ressarcimento duplo de danos" (102). No entanto, o artigo 5º do Regimento Interno do Tribunal, ao estipular a condição da prévia apresentação da reclamação "a outro juízo ou tribunal", deixou de indicar expressamente se se tratava ou não necessariamente de instância interna ou nacional.

Nem todos os pedidos (prematuros) de proteção diplomática, relativos ao Brasil, resultaram na aplicação da regra do esgotamento dos re-

(97) *Ibid.*, p. 251.

(98) Cf. J. IRIZARRY Y PUENTE, *op. cit.* supra n.º 79, pp. 386-388.

(99) Como, *inter alia*, o do caso *H. Lowndes v. Banco do Brasil* (1897); cf. *Ibid.*, pp. 392-393. Cf., ademais, parecer de 1951 de LEVI CARNEIRO, consultor jurídico do Itamarati, acerca de caso de reclamação de cidadão brasileiro por danos causados durante a guerra à sua propriedade em Roma; Ministério das Relações Exteriores, *op. cit.* supra n.º 68, pp. 539-542. O relatório de 1896 do Ministro brasileiro das Relações Exteriores contém uma passagem em que se externaliza a preocupação em impedir os "excessos da intervenção diplomática" e se reafirma a regra de que os agentes diplomáticos ou consulares deverão abster-se de intervir, excetuados os casos de denegação de justiça após "esgotados os meios legais por parte dos interessados"; cf. *Relatório...*, *op. cit.* supra n.º 88, pp. 16-17, e cf. também p. 14 e Anexo 1, n.º 7, p. 18. Sobre a livre apreciação das provas avançadas a respeito pelas partes, no processo arbitral internacional, cf. as declarações do Conselho Federal Sulgo no caso da *Fronteira da Guiana Francesa e do Brasil* (1900), cit. in ROGER PINTO, "L'organisation judiciaire internationale", *Juris-Classeur de Droit International*, fascicule 248, 1961, p. 8.

(100) Ressalta a exposição *inter alia* que "o que (...) não pode ser proclamado como princípio dominante nas reclamações em favor de estrangeiros é que o Poder Judiciário seja posto de lado e que o Executivo, substituindo-o, imponha ou aceite doutrinas de ocasião; o que (...) não pode ser aplaudido é a insistência para que se confundam as atribuições dos dois poderes, revelada assim mais ou menos discretamente certa desconfiança na eficácia dos poderes constitucionais". *Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores (CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1895, p. 92, e cf. pp. 90-94 para outras ponderações a respeito; enquanto em muitos casos foi reconhecida a procedência das reclamações, em muitos outros foram as reclamações recusadas com indicação dos meios judiciais a serem utilizados pelos interessados.

(101) Cit. in: HÉLIO LOBO, *O Tribunal Arbitral Brasileiro-Boliviano*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910, p. 43; para o texto completo do regimento interno do tribunal, cf. pp. 159-160.

(102) Cf. *Ibid.*, pp. 46 e 44; e cf. p. 137 (para um exemplo de alegação de denegação de justiça).

curiosos internos. Casos houve cujo desfecho foi surpreendente (para fazermos uso de linguagem branda)... Assim, relata CARDOSO DE OLIVEIRA uma reclamação atendida pelo governo brasileiro em 15 de maio de 1860 "por mera deferência à intervenção do governo americano!" (103). Caso ainda mais estranho foi o da indenização do navio **Carolina** (Estados Unidos v. Brasil, 1866-1867), retido em Santa Catarina; o governo norte-americano, conforme relata CLÓVIS BEVILAQUA, "não aceitou a proposta do governo brasileiro para submeter a questão a um juízo arbitral de uma potência amiga. Atentas as condições, em que se achava o Brasil, em luta com o Paraguai, e a intransigência do Sr. WEBB (104), teve o governo que pagar a indenização reclamada, mas protestou que de nenhum modo reconhecia a responsabilidade que lhe era atribuída. Alegava-se, para justificar a indenização, que houvera fraude, que, aliás, não foi provada, do juiz de Santa Catarina, e intervenção ilegal e malévola do mesmo juiz, para embaraçar a execução da sentença do juiz de Santos. A honestidade do governo dos Estados Unidos não permitiu, porém, que a extorsão vingasse, definitivamente, e, submetendo o caso a novo exame, convenceu-se da falta de fundamento para a reclamação, que, mal informado, apoiara, e restituiu ao Brasil a quantia recebida acrescida dos juros de 6% ao ano! (105). Trata-se, pois, de caso em que o governo brasileiro, "considerando somente a alta conveniência de conservar as amigáveis relações com os Estados Unidos, resolvera sem prejuízo dos seus direitos satisfazer à indenização que fosse ajustada" (106).

O segundo meado do século XIX testemunhou, ademais, alguns casos de reclamações internacionais consideradas **improcedentes** pelo governo brasileiro, com fundamentos vários, outros que o do não-esgotamento dos recursos de direito interno. Assim ocorreu com reclamações dirigidas ao governo imperial pelos representantes diplomáticos da Grã-Bretanha (107), França (108), Prússia e Alemanha do Norte (109), Estados Unidos (110). Tal fato se repetiu em despacho de 22 de junho de 1900, do Ministério das Relações Exteriores, ao governador do Estado da Bahia, acerca de correspondência oficial com agentes diplomáticos estrangeiros referente a reclamações de nacionais de várias potências européias (111).

Já em nota de 8 de abril de 1831, o Ministro dos Negócios Estrangeiros assegurava a proteção, por parte do governo imperial, de estran-

(103) J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, p. 280.

(104) JAMES WATSON WEBB, Ministro norte-americano na época.

(105) C. BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1910, pp. 217-218.

(106) J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, p. 394, e cf. p. 393.

(107) Nota do governo imperial de 8 de março de 1856, *ibid.*, vol. I, p. 207.

(108) Nota do governo imperial de 7 de dezembro de 1859, *ibid.*, vol. I, p. 275.

(109) Nota do governo imperial de 28 de janeiro de 1870, *ibid.*, vol. I, pp. 429-430.

(110) Nota do governo imperial de 9 de dezembro de 1861, *ibid.*, vol. I, p. 302; nota do governo imperial de 26 de setembro de 1870, *ibid.*, vol. I, pp. 441-442.

(111) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, pp. 279-280.

geiros residentes na capital do Império, por ocasião da abdicação de Dom PEDRO I ⁽¹¹²⁾. Algumas das reclamações que se seguiram (Itália ⁽¹¹³⁾, Espanha ⁽¹¹⁴⁾) foram solucionadas por **lump sum agreements** ⁽¹¹⁵⁾.

III — Conclusões

O estudo da prática dos Estados, muitas vezes negligenciado no presente contexto, é de fundamental importância para um entendimento adequado da regra dos recursos internos. Se na prática dos órgãos judiciais e arbitrais sobre a matéria aplicaram-se princípios jurídicos a fim de estabelecer a responsabilidade e determinar a medida de reparação pelos supostos danos, na prática diplomática, de modo distinto, têm-se defrontado os Estados litigantes com o mesmo objetivo. Embora possa haver um paralelismo imperfeito entre as duas práticas como fontes de direito na matéria, parece no entanto existir entre elas um certo equilíbrio na formação de regras costumeiras do direito internacional, para a qual ambas são igualmente importantes ⁽¹¹⁶⁾. Mas se a jurisprudência dos tribunais internacionais sobre o tema pode vez por outra ter-se mostrado inconclusiva ⁽¹¹⁷⁾ (sem falar nas correntes doutrinárias) a prática dos Estados parece fornecer indicações razoavelmente claras para uma compreensão do sentido, conteúdo e objetivos da regra do esgotamento dos recursos internos. Por muito que houvessem as decisões arbitrais e judiciais contribuído para clarificar alguns dos pontos mais obscuros relativos à incidência da regra dos recursos internos, é sempre recomendável que se proceda a tal estudo com uma visão clara do contexto histórico em que evoluiu a regra no decorrer de muitos séculos ⁽¹¹⁸⁾. O exame da prática dos Estados pode em muito auxiliar nesse propósito.

O relato acima de vários casos relevantes demonstra o quanto a aplicação criteriosa da regra do esgotamento dos recursos internos por parte das Chancelarias de diversos países contribuiu para reduzir, ou evitar na medida do possível, as alternativas de recurso a medidas coercitivas e intervenção na solução de reclamações internacionais; pela aplicação da regra, insistiu-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema ju-

(112) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, pp. 115-116.

(113) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, acordo Brasil-Itália, de 19 de novembro de 1896, p. 239.

(114) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, acordo Brasil-Espanha de 14 de maio de 1861, p. 292.

(115) Mesmo assim, algumas reclamações foram excluídas de tais acordos; cf., e.g., declaração nesse sentido de 19 de novembro de 1896, relativa ao acordo Brasil-Itália supracitado (da mesma data), in J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, p. 239.

(116) L. REITZER, *La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International*, Paris, Sirey, 1938, pp. 131-133.

(117) J. H. W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. VI, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 634-636, cf. também pp. 637-639 e 731-735.

(118) Particularmente em vista da influência aparentemente crescente de regras do direito internacional geralmente reconhecidas ou aceitas sobre a formulação da política exterior; cf. C. TH. EUSTATHIADES, "Évolution des rapports entre le droit international et la politique étrangère", *Mélanges Offerts à Henri Rolin*, Paris, Pédone, 1964, pp. 80-92. Sobre o papel dos Ministérios das Relações Exteriores na observância ou não da regra dos recursos internos, cf. F. G. DAWSON e I. L. HEAD, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse University Press, 1971, pp. 23-24 e cf. p. 50.

rídico interno do Estado em questão. Favoreceu a regra, assim, uma certa harmonia na conduta das relações internacionais. Com a freqüente insistência dos Ministérios das Relações Exteriores dos Estados em soluções a nível de seu ordenamento jurídico interno, já em fins do século XIX e na passagem do século dificilmente se poderia negar que a regra gradualmente se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, o que hoje é inquestionável.

Na prática dos Estados acima examinada, particularmente dos Estados latino-americanos, há alguma evidência de que a regra dos recursos internos, **no contexto da proteção diplomática**, se revestiu de um caráter substantivo ⁽¹¹⁹⁾, pelo qual a própria configuração da responsabilidade internacional de um Estado — para o exercício subsequente da proteção diplomática — subordinava-se ao prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis. Os casos clássicos de incidência da regra devem, porém, ser distinguidos de dois outros tipos de situação.

Primeiramente, pode surgir uma disputa **diretamente** entre dois Estados (e.g., por uma suposta violação direta do direito internacional causando dano imediato a um deles), em que dificilmente se poderia esperar que um Estado, em virtude de sua própria soberania — **par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem** —, tivesse que esgotar os recursos disponíveis no território do outro Estado. A advertência já fora formulada em 1737 por Bynkershoek ⁽¹²⁰⁾. E, conforme já indicado (*supra*), os casos clássicos de aplicação da regra dos recursos internos sempre tiveram uma origem **privada**, envolvendo uma reclamação de um particular, subsequente patrocina por seu Estado, contra um Estado estrangeiro.

Outro tipo de situação, bem mais recente, ocorre quando um indivíduo que se considera lesado em seus direitos recorre a um órgão internacional contra o seu próprio país. Como o estudo do problema ⁽¹²¹⁾ ultrapassa os propósitos do presente exame, limitar-nos-emos a observar que, através de seu desenvolvimento histórico, o âmbito da regra dos recursos internos invariavelmente limitou-se a situações relativas a estrangeiros (freqüentemente mercadores, comerciantes ou companhias com vastos recursos materiais) residindo ou comerciando em outro Estado. Historicamente, os nacionais estiveram fora do âmbito de aplicação da regra dos recursos internos. A proposição de que a regra deveria **ipso facto** aplicar-se na nova situação, como tem-se aplicado no contexto da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, requer uma reavaliação cuidadosa.

(119) Para um exame recente da natureza jurídica da regra, tema este que escapa aos propósitos do presente estudo, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados", 2 **Relações Internacionais** (1979) n.º 4, Brasília, Ed. Universidade de Brasília / Câmara dos Deputados, pp. 15-31.

(120) C. VAN BYNKERSHOEK, *op. cit.* supra n.º 7, pp. 134-135, e cf. pp. 133-137; e cf. observações subsequentes de VATTEL (*em* 1758), in E. DE VATTEL, *op. cit.* supra n.º 9, vol. II, p. 313.

(121) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 3, vol. I, pp. 457-818, e vol. II, pp. 819-1498 e 1560-1680.

Há aqui, no mínimo, uma presunção a favor da proteção dos direitos individuais fundamentais a ser exercida por órgãos **internacionais**, em contexto fundamental distinto do da proteção ou intervenção diplomática discricionária nas relações puramente interestatais. A adoção da regra dos recursos internos pelas convenções e instrumentos internacionais contemporâneos relativos à proteção dos direitos individuais fundamentais ⁽¹²²⁾ requer **não** seja ela aplicada com o mesmo rigor que no plano da intervenção diplomática; nesse novo tipo de situação, em que se torna irrelevante a nacionalidade como **vinculum juris** para o exercício da proteção, a regra tem claramente operado como uma objeção de efeito dilatório ou temporal de natureza nitidamente **processual**.

Enfim, foi após uma longa evolução histórica que a regra do esgotamento dos recursos internos adquiriu a forma e as feições que nos são familiares nos dias de hoje, inclusive sua atual denominação. A esse respeito, tudo indica terem a prática e a doutrina anglo-americanas atribuído originalmente à regra um âmbito mais amplo do que o fizeram os países e autores da Europa continental e América Latina. A própria terminologia utilizada na definição da regra é uma indicação nesse sentido ⁽¹²³⁾. As expressões inglesas ⁽¹²⁴⁾ mostraram-se mais abrangentes do que os termos continentais correspondentes ⁽¹²⁵⁾. É provável que, pelo menos originalmente, enquanto as expressões continentais abrangiam somente o **recours** jurisdicional (judicial e administrativo), os "meios de reparação" anglo-americanos compreendiam tanto os meios jurisdicionais quanto os não-jurisdicionais ⁽¹²⁶⁾. Hoje, no entanto, após vasta prática internacional e numerosas decisões sobre a matéria, as expressões parecem ser empregadas como se fossem sinônimas ⁽¹²⁷⁾.

(122) Cf., em nível global: resolução 1 (XXIV) de 13 de agosto de 1971, da Subcomissão (da ONU) de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, artigo 4 (b), conforme a resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, de 27 de maio de 1970, artigo 6 (b) (1); Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, artigo 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigos 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigos 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, em nível regional: Convenção Européia dos Direitos Humanos, artigos 26 e 27 (3); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, artigo 9.º (bis) (d); Regulamento da Comissão Interamericana, artigo 54; Convenção Americana dos Direitos Humanos, artigo 46 (1) (a) e (2) (b).

(123) A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.* supra n.º 81, pp. 33 e 9; C. P. PANAYOTÁCOS, *op. cit.* supra n.º 12, p. 52; C. G. TÉNÉKIDÉS, "L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1933), p. 520.

(124) *Local redress rule* e *rule of exhaustion of local remedies*.

(125) *Die Erschöpfung der Innerstaatlichen Rechtsbehelfe* (ou *Rechtsweges*); *la règle de l'épuisement des voies de recours internes*; *la regola del esaurimento del ricorso interno*; *la regla del agotamiento de los recursos internos*; a regra do esgotamento dos recursos internos.

(126) A. SARHAN, *op. cit.* supra n.º 12, p. 11.

(127) Assim, o termo **recours** tomado no sentido de **remedy** como elemento componente da regra dos recursos internos compreende não apenas os procedimentos jurisdicionais, i.e. os meios legais de se obter uma decisão judicial reparando a situação de que se queixa, mas também todos os outros procedimentos consistindo em submeter um ato ilícito "à une instance qualifiée à cet effet en vue d'obtenir selon les cas la cessation matérielle de l'acte, sa non-application, l'effacement de ses conséquences, des réparations civiles, des sanctions pénales ou disciplinaires (...)". J. VELU, *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions de droit européen*, relatório apresentado ao Colóquio de Bruxelas de 1975 sobre o tema central "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen", p. 26 (mimeografado).