

A proteção diplomática no direito internacional contemporâneo: qual o papel da nacionalidade?

Diplomatic protection in contemporary international law: what is the role of nationality?

*Lucas Carlos Lima*¹

Resumo: O presente artigo pretende analisar o papel da nacionalidade na efetivação do instituto da proteção diplomática. Para tanto, a linha interrogativa neste trabalho desenvolver-se-á em três partes. As duas primeiras partes deste artigo são descritivas. Visam uma análise do regime jurídico atual no direito internacional relativo a proteção diplomática e o papel da nacionalidade na proteção diplomática, sobretudo pela maneira como a matéria veio codificada nos Artigos sobre Proteção Diplomática (APD) de 2006. Na terceira parte, serão explorados os problemas da proteção diplomática nos quais a nacionalidade não desempenha papel predominante no exercício do instituto por parte dos Estados. Cuida-se, em específico, da situação dos refugiados e apátridas, bem como a situação da espécie de proteção diplomática oferecida pelo direito do mar em relação a embarcações. Algumas reflexões com base no exame da prática recente são tecidas nas considerações finais, sobretudo perquirindo-se à indagação de potenciais tendências futuras do instituto.

Palavras-chave: Nacionalidade, Proteção Diplomática, Refugiados, Apátridas, Direito do Mar.

Abstract: This article aims to analyze the role of nationality in the establishment of the institute of diplomatic protection. To this end, this paper will be developed in three parts. The first two parts of this article are descriptive. They aim to analyze the current legal regime in international law regarding diplomatic protection and the role of nationality in diplomatic protection, especially by the way the matter was codified in the 2006 Articles on Diplomatic Protection (ADP). In the third part, the problems of diplomatic protection in which nationality does not play a predominant role in the exercise of the institute by states will be explored. In particular, the situation of refugees and stateless persons is examined, as well as the situation of the kind of diplomatic protection offered by the law of the seas in relation to vessels. Some reflections based

¹ Professor Adjunto de Direito Internacional na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Macerata (Itália), com períodos de pesquisas doutorais como Visiting Fellow na University of Cambridge (UK) e Scientific Guest no Max Planck Institute for International Procedural Law (Luxemburgo). Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC na área de Direito e Relações Internacionais, é graduado pela mesma instituição (2012) com período de estudos na Università degli Studi di Firenze (Itália).

on an analysis of recent practice are uttered in the concluding remarks, especially with regard to potential future trends of the institute.

Keywords: Nationality, Diplomatic Protection, Refugees, Stateless Persons, Law of the Sea.

1. Introdução

Embora uma ficção jurídica, o instituto da proteção diplomática permanece atual e relevante no direito internacional. Prova desta afirmação pode ser encontrada em breve compulsar das listas de casos perante órgãos jurisdicionais internacionais. Poder-se-ia esperar que o crescente acesso de indivíduos a tribunais internacionais alteraria este quadro substancialmente à medida que dispensaria a intermediação do Estado na defesa dos interesses dos nacionais: o instituto seria uma pele de onagro, para lançar mão da feliz expressão do professor Condorelli (2003, p. 250). Todavia, não parece ser o caso. Estados continuam diuturnamente pleiteando os interesses de indivíduos e empresas em relações a outros Estados e em relação a organizações internacionais.

Classicamente, um dos requisitos essenciais para o exercício da proteção diplomática é o vínculo de nacionalidade. A célebre definição de Vattel já o registrara: *“Quiconque maltraite un Citoyen, offense indirectement l’Etat, qui doit protéger ce Citoyen”*. Embora o quadro-geral possa parecer bastante óbvio, alguns problemas específicos emergem em certas situações. Apenas para oferecer alguns exemplos, a clara regra de que um Estado pode exercer a proteção internacional de seu cidadão internacionalmente torna-se menos precisa quando duas ou mais nacionalidades são verificadas ou quando ocorre a perda da nacionalidade. A prática internacional desenvolveu regras específicas em relação a este requisito. Desde 1995 a Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) trabalhou no processo de codificação e desenvolvimento progressivo dessas regras. Fruto do trabalho da

Comissão, os Artigos sobre Proteção Diplomática (APD) adotados em 2006 servem de guia para o entendimento da questão.

O presente artigo pretende analisar o papel da nacionalidade na efetivação do instituto da proteção diplomática. Para tanto, a linha interrogativa neste trabalho desenvolver-se-á em três partes. As duas primeiras partes deste artigo são descritivas. Visam uma análise do regime jurídico atual no direito internacional relativo a proteção diplomática e o papel da nacionalidade na proteção diplomática, sobretudo pela maneira como a matéria veio codificada nos APD de 2006. Na terceira parte, serão analisados explorados os problemas da proteção diplomática nos quais a nacionalidade não desempenha papel predominante no exercício do instituto por parte dos Estados. Cuida-se, em específico, da situação dos refugiados e apátridas, bem como a situação da espécie de proteção diplomática oferecida pelo direito do mar em relação a embarcações. Algumas reflexões com base no exame da prática recente relativa são tecidas nas considerações finais, sobretudo perquirindo-se à indagação de potenciais tendências futuras do instituto.

Uma delimitação metodológica faz-se necessária. É bem verdade que o vínculo cidadania e a proteção estatal possui um amplo feixe de implicações na atualidade no direito internacional público. Contudo, o enfoque da análise deste artigo é a proteção diplomática de indivíduos. Ainda que extremamente relevante, o presente estudo não focará a análise na questão da nacionalidade de empresas para fins de proteção diplomática (D'AGNONE, 2013, p. 153-169). Tal escolha se dá porque a análise das regras relativas a proteção diplomática de indivíduos melhor expressa as significativas mudanças no ordenamento internacional em relação ao papel da cidadania em relações interestatais.

2. O regime jurídico da proteção diplomática no direito internacional.

Diversos mecanismos e regimes jurídicos no ordenamento internacional permitem que indivíduos apresentem reclamações diretamente contra Estados. Notórios exemplos são os sistemas de proteção a direitos humanos e os diferentes tratados e acordos bilaterais que permitem que investidores acionem Estados. O surgimento destes regimes particulares poderia sugerir o declínio do recurso da proteção diplomática por conta dos Estados. Se no final do século XIX e primeira metade do século XX a proteção diplomática foi um instituto de grande recurso por parte dos Estados na proteção de direitos de nacionais em relação a outros Estados, poder-se-ia pensar que à medida que indivíduos tivessem uma proteção individual garantida Estados parariam de lançar mão do instituto.

Como já se observou, tal situação não se verificou. As regras regendo o instituto continuaram a ser aprimoradas através da prática internacional. Reafirmaram-se solenemente os três requisitos essenciais para a realização da proteção diplomática: a existência de um ato ilícito cometido por um Estado, a observância da regra sobre o exaurimento dos recursos internos, e o vínculo de nacionalidade. Cada um desses requisitos, obviamente, possui ramificações e regras específicas que, dado o objeto deste ensaio, não poderão ser analisados singularmente. Alguns pontos merecem destaque, contudo.

A primeira observação relevante é que o direito costumeiro regulamenta boa parte das regras relativas ao exercício da proteção diplomática. Sendo órgãos jurisdicionais internacionais o proeminente meio onde o instituto da proteção diplomática se verifica, grande parte das regras em matéria foram desenvolvidos em via jurisprudencial (PARLETT, 2013, p. 87-105; AMERASINGHE, 2008). Nesse sentido, cumpre-se destacar que foi

perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) que muitos dos mais influentes casos foram discutidos.

Pode-se referenciar aqui, justamente para ilustrar parte da relevante prática, não somente os célebres *Nottebohm* e *Reparação por danos*, ambos casos que estabeleceram critérios fundamentais e posteriormente influentes na prática e doutrinariamente. Pode-se também fazer referência aos casos envolvendo a proteção consular, como *La Grand* e *Avena*, assim como aos recentes e relevantíssimos *Arrest Warrant* e *Diallo*.

Adiciona-se que, ainda que casos significativos de proteção diplomática tenham sido protagonizadas na barra da Corte da Haia, a Corte Internacional de Justiça, não se pode afirmar que na Corte possui um monopólio de casos dessa natureza. Como bem se verifica também na jurisprudência do Tribunal Internacional do Mar, no Tribunal para Reclamações entre Irã e Estados Unidos e através de arbitragens internacionais e de comissões mistas, a prática dos Estados recorrendo ao instituto da proteção diplomática é ampla e contribui à consolidação de um corpo de normas.

Na ausência de uma regulamentação pactícia geral, o ponto de partida para o exame do direito relativo à proteção diplomática são os Artigos sobre Proteção Diplomática (APD ou Artigos), adotados pela Comissão de Direito Internacional em segunda leitura juntamente com Comentários em 2006. Ato contínuo, também em 2006 a Assembleia Geral da ONU tomou nota dos Artigos através de uma resolução (Res. 61/35). Os trabalhos da comissão sobre proteção diplomática costumam ser considerados como correspondentes ao costume internacional e os comentários são bastante claros sobre quais são os artigos que são entendidos como *de lege ferenda*. Existem discussões para a transformação destes artigos numa convenção sobre proteção diplomática – o que recomendado pela própria CDI – bem como sobre o caráter costumeiro de algumas de suas disposições.

Os Artigos da CDI certamente possuem alguns pontos indiscutíveis que, de certa forma, privilegiam a abordagem tradicional da matéria. A proteção diplomática é um direito do Estado (ADP, 2006, art. 2). O exercício deste direito é um ato discricionário. O Estado que pode exercer a proteção diplomática é o Estado da nacionalidade (ADP, 2006, art. 3). Contudo, como foi observado por alguns autores, o projeto da comissão possui uma série de méritos, sobretudo na clarificação do escopo de algumas regras específicas. Entre elas, algumas regras relativas ao critério da nacionalidade como requisito para o exercício da proteção diplomática.

3. O vínculo de nacionalidade como requisito da proteção diplomática.

De maneira geral, as regras de direito internacional em relação à nacionalidade possuem escopo bem específico, perseverando-se, pois, a noção estabelecida pela Corte Permanente de Justiça Internacional de que questões relativas à nacionalidade estariam compreendidas no interior do assim chamado “domínio reservado dos Estados” (CPJI, 1923, p. 24). Se é faculdade do Estado determinar quem são seus nacionais através dos critérios específicos, o interrogativo subsequente seria o de verificar se existiriam limites a essa determinação para a finalidade de realização da proteção diplomática.

O desenvolvimento recente do direito da proteção diplomática também ocorreu em concomitância com a expansão do papel dos direitos humanos nas lógicas do ordenamento internacional. A necessidade de proteção dos indivíduos por parte da ordem internacional desenvolveu-se em diversos campos e lógicas de proteção passaram a ocupar a centralidade de alguns debates. O entendimento de que a nacionalidade é um direito humano reforça esta lógica e contribui para o debate sobre a proteção diplomática (FORLATI, 2013, p. 18-36; EDWARDS, 2014, p. 11-43).

Foi a Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1938, no célebre caso *Panevezys-Saldutiskis Railway* (Estonia. v. Lithuania) que sedimentou algumas das regras gerais relativas a proteção diplomática perante uma Corte Internacional:

Na opinião da Corte, a regra de direito internacional na qual a primeira objeção Lituana é baseada é que, em assumindo o caso de um de seus nacionais, através do uso da ação diplomática ou de procedimentos judiciais internacionais em seu lugar, um Estado está em verdade afirmando o seu próprio direito, o direito de garantir na pessoa de seus nacionais respeito pelas regras de direito internacional. Este direito é necessariamente limitado à intervenção em nome de seus próprios nacionais porque, na ausência de um acordo especial, é o vínculo da nacionalidade entre o Estado e o indivíduo que, por si só, confere ao Estado o direito de proteção diplomática, e é uma parte da função da proteção diplomática que o direito de realizar uma reclamação e assegurar o respeito às regras do direito internacional deva ser previsto (CPJI, 1938, para. 65).²

Não por acaso, parte do *dictum* da antiga Corte foi espelhado no artigo 4 do APD de 2006:

Para os propósitos da proteção diplomática de uma pessoa natural, o Estado de nacionalidade significa o Estado cuja nacionalidade a pessoa tenha adquirido, de acordo com o direito daquele Estado, por nascimento, descendência, naturalização, sucessão de Estados, ou em qualquer outra maneira, não inconsistente com o direito internacional.³

Algumas considerações podem ser tecidas sobre essa importante regra geral dos APD. A primeira é a observância da lógica do domínio reservado: é

² No original: “*In the opinion of the Court, the rule of international law on which the first Lithuanian objection is based is that in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged.*”

³ No original: “*For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States, or in any other manner, not inconsistent with international law.*”

o direito interno de cada Estado que irá determinar o critério de atribuição de nacionalidade. O fato de ter privilegiado os métodos tradicionais de atribuição de nacionalidade (*jus soli*, *jus sanguinis*, naturalização e em situações de sucessão de Estados) é importante, mas soma-se ao dado que tais métodos não são exclusivos, permitindo que outras atribuições de nacionalidade (como o casamento, *e.g.*) também possam ser observadas desde que não inconsistentes com o direito internacional.

Se referido dispositivo é interessante por aquilo que estabelece, ele é igualmente interessante por aquilo que não estabelece: a Comissão parece ter recusado o entendimento de que o critério de “link efetivo” estabelecido no caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. Na ocasião, a Corte recusou o pedido de proteção diplomática de Liechtenstein relativa ao Sr. Friedrich Nottebohm contra a Guatemala sob o argumento de que os vínculos com Liechtenstein não eram efetivos. Nas palavras da Corte:

De acordo com a prática dos Estados, para as decisões arbitrais e judiciais e para a opinião dos escritores, nacionalidade é o vínculo jurídico possuindo como sua base um fato social de ligação, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, em conjunto com a existência de direitos e deveres recíprocos. Pode ser dito para constituir a jurídica expressão do fato que o indivíduo ao qual ela é conferida, seja diretamente pelo direito ou como resultado de um ato de autoridade, é em verdade proximamente conectado com a população do Estado conferindo-lhe nacionalidade com o de qualquer outro Estado. Conferida por um Estado, ela apenas permite aquele Estado a exercer proteção vis-à-vis outro Estado, se ela constitui a tradução em meios jurídicos da conexão do indivíduo que o fez seu nacional (CIJ, 1955, p. 4).⁴

Além de, no caso concreto, não permitir que um Estado de sua nacionalidade rendesse sua proteção, a decisão no caso *Nottebohm* gerou

⁴ No original: “According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of writers, nationality is the legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual’s connection which has made him its national”.

repercussões variáveis em virtude da introdução do critério de efetividade como potencial limite à regra geral de liberdade total dos Estados de determinarem quem são seus nacionais⁵. Nesse sentido é interessante notar que a Comissão preferiu não privilegiar esta abordagem. Segundo os comentários da Comissão, a regra do link efetivo serviria unicamente para decidir as particularidades do caso específico do Sr. Nottebohm, devido à particular situação de ter constituído vínculos estreitos com a Guatemala durante grande parte de sua vida. Poder-se-ia interpretar a ação da Corte, em termos práticos, quase como a proibição de proteção diplomática contra o Estado de nacionalidade.

Efetivamente, um dos argumentos esposados pela Comissão é extremamente eloquente: o fato de que um requisito alto de link efetivo possa, em circunstâncias não similares ao caso *Nottebohm*, gerar situações em que indivíduos se vejam desprovidos de proteção internacional. Nas palavras da própria Comissão:

Ademais, é necessário estar ciente do fato de que se o requerimento de link genuíno proposto no caso *Nottebohm* fosse estritamente aplicado ele excluiria milhões de pessoas dos benefícios da proteção diplomática vez que atual mundo da globalização econômica e migração existem milhões de pessoas que deixaram seus Estados de nacionalidade e fizeram suas vidas em Estados cuja nacionalidade eles jamais adquiriram ou adquiriram por nascimento ou descendência de Estados que eles nunca tiveram uma conexão tênue (CDI, 2006, p. 33)⁶.

⁵ Nesse sentido, comenta Watts (1996, p. 430) que “*The Court can be seen to have given weight at the international level to a nationality of substance ('real and effective', 'genuine connection') rather than to a municipally valid nationality of merely formal or nominal content. The three dissenting judges (Judges Klaestad and Read, and Judge ad hoc Guggenheim) favoured the stricter and more formal alternative. For them lex lata did not require a validly conferred nationality to reflect some 'genuine link' before it could be allowed its customary role as a necessary and sufficient condition for the exercise of diplomatic protection (particularly since, as they noted, the point had not been argued by the parties)*”.

⁶ No original: “*Moreover, it is necessary to be mindful of the fact that if the genuine link requirement proposed by Nottebohm was strictly applied it would exclude millions of persons from the benefit of diplomatic protection as in today's world of economic globalization and migration there are millions of persons who have moved away from their State of nationality and made their lives in States whose nationality they never acquire or have acquired nationality by birth or descent from States with which they have a tenuous connection*”.

Sob esta linha de pensar, outra interessante inovação é representada pela situação de proteção diplomática no caso de múltiplas nacionalidades contra um dos Estados de nacionalidade, representada pelo artigo 7 dos APD. Nos termos da regra, “um Estado de nacionalidade não pode exercer proteção diplomática em relação a uma pessoa contra um Estado que tal pessoal é também um nacional a não ser que a nacionalidade do primeiro Estado seja predominante, tanto na data do dano quanto na data oficial de apresentação da reclamação”⁷.

O vínculo da nacionalidade pode, ainda, em determinados casos, gerar o direito à proteção diplomática. Isto porque, como bem observam os comentários aos APD (2006, para. 1 e 2), o direito interno de um Estado pode impor esta obrigação ao Estado. Nessa ocasião, a nacionalidade, ao submeter o indivíduo aquele determinado ordenamento jurídico, imporá a obrigação de proteção diplomática. Esta regra não é uma regra geral de direito internacional.

Não é possível verificar uma regra amplamente difundida no sentido de que as autoridades governamentais devem agir quando assim solicitadas por um Estado. Muitas vezes, a depender das proporções do caso, o incidente diplomático entre dois Estados pode afetar significativamente as relações diplomáticas entre dois países. Nesse sentir, o artigo 19 dos APD constituem uma inovação porque recomendam a prática de dar a devida consideração à possibilidade do exercício da proteção diplomática, especialmente quando um dano significativo tiver ocorrido, assim como levar em consideração as opiniões do ofendido no processo de reparação (ADP, 2006, art. 19)⁸.

⁷ No original: “A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim”.

⁸ “Article 19: Recommended practice: A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should: (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred; (b) take into account, wherever feasible, the views of injured” (ADP, 2006).

A efetivação desta prática recomendada no âmbito interno poderia ocorrer através de mecanismos específicos para pedidos de proteção diplomática, em vez de procedimentos *ad hoc* envolvendo cada uma das lesões ocorridas. Obviamente, este é mais um exemplo de situação em que a necessidade de proteção de indivíduos é balanceada com as imposições de equilíbrio na questão de abertura desmedida de litígios internacionais envolvendo indivíduos.

Apesar de uma aparente rejeição do critério do vínculo efetivo, uma análise geral dos artigos sobre proteção diplomática permitem verificar que a abordagem geral da CDI foi a de manter o critério longamente estabelecido na prática de que a nacionalidade é e continua sendo o principal vínculo para a realização da proteção diplomática de indivíduos. De certa maneira, reforça-se o célebre *dictum* das *Claim Commission* entre Estados Unidos e México no qual foi observado que “um Estado (...) não delinque ao infligir um dano em um indivíduo sem nacionalidade, e, conseqüentemente, nenhum Estado tem o poder de intervir ou de reclamar em seu lugar tanto antes quanto depois do dano”⁹. Embora se possa afirmar que o vínculo da nacionalidade continua sendo um forte pré-requisito para a realização da proteção diplomática, o direito internacional da atualidade não abandona completamente indivíduos em que o vínculo de nacionalidade não se prova completamente efetivo.

4. A proteção sem nacionalidade.

Se a regra geral é a predominância da nacionalidade como requisito da proteção diplomática, existem algumas situações que parecem escapar a esta tendência. Assim como organizações internacionais podem realizar a proteção funcional de indivíduos a ela vinculados (BENLOLO CARABOT, 2010, p.1073-1084), em algumas circunstâncias as regras do direito

⁹ No original: “A State (...) does not commit an international delinquency in inflicting an injury upon an individual lacking nationality, and consequently, no State is empowered to intervene or complain on his behalf either before or after the injury” (UNRIIAA, 1931, p. 678).

internacional permitem que Estados possam reclamar em nome de pessoas que não possuem o inerente vínculo da nacionalidade.

Embora outras situações possam ocorrer, três situações merecem análise para ilustrar estes casos: o caso da proteção de refugiados e apátridas, previstas no artigo 8 dos APD, e a proteção diplomática de tripulação de embarcações, sob a égide do artigo 18 dos APD. Tais inserções e reconhecimentos no campo da proteção diplomática reforça o caráter protetivo do instituto: determinados indivíduos podem ser protegidos por Estados internacionalmente independentemente do vínculo de nacionalidade.

Um dos problemas recentes relativo ao instituto da proteção diplomática refere-se ao caso de apátridas e refugiados, indivíduos que estariam desprovidos da proteção internacional conferida pela proteção diplomática em virtude da ausência de nacionalidade e da impossibilidade concreta de sua realização, respectivamente. Foi interessantemente notado, sob este aspecto, que as maiores objeções em relação à proteção diplomática ocorreram pelos membros da comissão em vez de por parte dos Estados em seus comentários ao projeto da CDI (PELLET, 2007, p. 1378).

Trata-se claramente de um artigo de desenvolvimento progressivo em vez de artigo de codificação do direito internacional, contudo, como foi bem observado por Pellet, tal dispositivo “constitui sem sombra de uma inovação dos projetos, que deve ser aprovada” (PELLET, 2007, P. 1378). O artigo 8 dos APD dispõe que:

1. Um Estado pode exercer proteção diplomática a respeito de um apátrida que, na data da lesão e na data da apresentação oficial da reclamação, estiver legalmente e habitualmente residindo naquele Estado.
2. Um Estado pode exercer proteção diplomática a respeito de uma pessoa que é reconhecida como um refugiado por aquele Estado, de acordo com standards internacionalmente aceitos, quando aquela pessoa, na data da lesão e na data da apresentação oficial da reclamação, estiver legalmente e habitualmente residindo naquele Estado.

3. O parágrafo 2 não se aplica em relação a uma lesão causada por um ato ilícito internacional do Estado da nacionalidade do refugiado.¹⁰

Tal disposição possui diversos elementos dignos de nota. A primeira delas é a sutil diferenciação entre os apátridas e refugiados. Ambas as definições são necessariamente dadas por documentos e convenções internacionais exteriores ao projeto de artigos, que não se preocupa em definir quem são apátridas e refugiados. Contudo, enquanto a definição de apátrida é dada por sua convenção e, segundo o comentário, já equivale ao direito costumeiro, o texto do inciso 2 do artigo 8 estabelece que a concessão de refúgio por um Estado não é critério suficiente. É também necessário que essa concessão tenha ocorrido “de acordo com standards internacionalmente aceitos”.

Em outras palavras, o Artigo 8 estabelece que o vínculo de refúgio, somado ao vínculo da residência habitual, deve ocorrer de acordo com as normas de direito internacional, e não somente de acordo com a discricionariedade do Estado. Tal situação viria a excluir situações de refúgio ainda não plenamente reconhecidas dentro do ordenamento internacional.

Em relação ao segundo critério exigido pelo Artigo 8 tanto em relação a apátridas quanto a refugiados, como observam os comentários, a residência habitual no contexto dos artigos deve ser entendida como a residência contínua. É bem verdade que este é um standard alto a ser observado. Os comentários deixam claro que, em se tratando de uma disposição *de lege ferenda*, tal limiar é justificável. Pode-se obviamente questionar se este standard seria o mais adequado na proteção de situações

¹⁰ No original: “1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State. 2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State. 3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee.”

extremamente sensíveis. A *ratio* por detrás do dispositivo é que apenas após o estabelecimento de um determinado vínculo de proximidade (a situação legal ou a moradia contínua) e, por consequência, após o decorrer de um determinado tempo, estaria o Estado em posição de exercer a proteção.

Contudo, parece que a proteção só poderá ocorrer verdadeiramente após a pacificação de uma determinada situação que nem sempre ocorre desprovida de percalços. Se é necessário que o indivíduo esteja residindo no Estado tanto no momento do ilícito quanto no momento de apresentação da reclamação, tais critérios tornam extremamente reduzidas as possibilidades de proteção. Em verdade, em virtude de seu alto standard para efetivação, o artigo 8 parece ser um dispositivo interessante que visa a possibilidade de proteção futura no caso do estabelecimento de vínculos com o Estado, mas dificilmente poderá ser entendido como dispositivo que permite uma proteção emergencial ou imediata.

Em relação ao artigo 8, inciso 3, que impede a proteção diplomática por Estados contra os Estados de origem/nacionalidade dos refugiados, os comentários esclarecem que “permitir a proteção diplomática em casos como esse abririam as comportas para litígios internacionais” (CDI, 2006, CDI, p. 51) o que, em última análise, poderia não ser benéfico às políticas de acolhimentos de refugiados.

Apesar de constituir importante elemento de inovação no caso em que a nacionalidade não é um elemento presente nos casos de proteção diplomática, o artigo 8 ainda não encontrou oportunidade de ser verdadeiramente aplicado de maneira significativa no contencioso internacional. Será interessante verificar se, na eventual situação de adoção de convenção em matéria, os Estados incorporarão tal dispositivo ao texto final do tratado e se limiares para sua configuração continuarão a permanecer os que estabelecidos pela CDI.

Outro exemplo recente de situações em que o requisito do vínculo de nacionalidade tende a ser flexibilizado diz respeito a controvérsias

envolvendo navios. Nesse sentir, a construção do artigo 18 dos APD é elucidativa na medida em que estabelece que direitos não são afetados em vez da prescrição de quem possui o direito:

O direito de um Estado de nacionalidade dos membros de uma tripulação de um navio de exercer proteção diplomática não é afetado pelo direito do Estado de nacionalidade do navio de buscar reparação no lugar de tal tripulação, independentemente de sua nacionalidade, quando estes tiverem sido lesionados em conexão com uma lesão à embarcação resultante de um ato ilícito internacional.¹¹

Decisão recente do Tribunal Internacional do Direito do Mar confirmou tal construção. Na ordem de objeções preliminares de 4 de novembro de 2016 relativa ao caso *M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy)*, a questão foi solevada. Uma das objeções da Itália era que de o *M/V Norstar* não era nem possuído, arrendado, alugado por uma pessoa física ou jurídica de nacionalidade Panamenha, nem os acusados por autoridades italianas panamenhos. Segundo a Itália, vez que se tratava de um caso de proteção diplomática, o requisito de nacionalidade das reclamações deveria ser observado. O Tribunal do Mar rejeitou tal objeção baseando-se em sua anterior jurisprudência, que estabelece que

[...] de acordo com o direito internacional, o exercício da proteção diplomática por m Estado em relação a seu nacional deve ser distinguido de reclamações feitas por um Estado de bandeira por dano relativo a pessoas naturais e jurídicas envolvidas na operação de um navio que não são nacionais daquele Estado (ITLOS, 2014, p. 48 – para. 128).

Em relação ao caso *M/V Norstar*, o entendimento do Tribunal foi em idêntico direção quando observou que

O Tribunal entende que o *M/V "Norstar"*, navegando sob a bandeira do Panamá, deve ser considerado como uma unidade e, portanto, o *M/V "Norstar"*, sua tripulação e carregamento a bordo

¹¹ No original: *"The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act"*.

assim como seus donos e todas as pessoas envolvidas ou interessadas em suas operações devem ser tratadas como uma entidade conectada ao Estado de bandeira, independentemente de suas nacionalidades (ITLOS, 2016, para 231).¹²

O caso recente demonstra a importância do instituto no direito internacional. Demonstra, inclusive, que existem ainda tentativas de desqualificação da “espécie” de proteção diplomática oferecida no caso de embarcações. Os três exemplos analisados nesta seção demonstram de maneira interessante de que maneira o requisito da cidadania pode flexibilizar-se ao defrontar-se com específicas circunstâncias. Seriam eles os indicativos que a regra absoluta caminha para uma absoluta relativização?

5. Para onde vai a proteção diplomática? Algumas observações finais.

Entre as ficções jurídicas que compõem ordenamento internacional, o regime da proteção diplomática talvez seja aquele que, historicamente, mais serviu a uma lógica de imperialismo (PELLET, 2007, p. 1362 *et seq.*). Poder-se-ia pensar que, ao se reafirmar o direito do Estado, restringe-se os direitos dos indivíduos no plano internacional. A análise *supra* realizada demonstra que, apesar de certas barreiras inerentes ao sistema, uma primeira tentativa de ataque à discricionariedade total do Estado foi realizada pela Comissão de Direito Internacional. Caso o projeto de artigo tome a forma de uma convenção convocada por Estados, talvez seja tal sugestão um dos primeiros dispositivos a ser eliminado.

Embora o tópico não pudesse ter sido explorado neste trabalho, a proteção pela nacionalidade possui alguns instigantes pontos em aberto, sobretudo no que se refere a proteção internacional de direitos individuais, quando tal proteção envolve direitos humanos e, conseqüentemente, a

¹² No original: “*The Tribunal finds that the M/V “Norstar”, flying the flag of Panama, is to be considered a unit and therefore the M/V “Norstar”, its crew and cargo on board as well as its owner and every person involved or interested in its operations are to be treated as an entity linked to the flag State, irrespective of their nationalities*”.

categoria de obrigações *erga omnes*. Cortes resolvendo controvérsias interestestatais ainda possuem um papel a desempenhar nesse contexto.

Um último questionamento que a análise pode levar é sobre o elemento de nacionalidade enquanto requisito da proteção diplomática. Estará este requisito fadado à obsolescência ou subsistirá ele como perene recordação de que o direito internacional é composto de entidades nacionais? A flexibilização da regra pode indicar situações diversas.

Assim como o vínculo de efetividade deu lugar a uma lógica de preponderância, poder-se-ia questionar se os constantes fluxos migratórios e as diferentes conexões criadas pelo processo de globalização não permitiriam que Estados pudessem exercer um direito de proteção não apenas com base no vínculo de nacionalidade, mas igualmente em relação a critérios mais flexíveis – maiores superfícies de contato entre indivíduos e Estados. Uma análise da *lex lata* não permite, no momento, uma resposta positiva.

Referências

- AMERASINGHE, Chittharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena. **The Changing Role of Nationality in International Law**. New York: Routledge, 2013.
- BENLOLO CARABOT, Myriam; UBÉDA-SAILLARD, Muriel. Functional Protection. *In*: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The Law of International Responsibility**. Oxford: OUP, 2010, pp.1073-1084
- BOLL, Alfred M. **Multiple Nationality and International Law**. Leiden: Nijhoff, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional. **Revista de Informação Legislativa**, V. 17, N. 67, 1980, pp. 61-76.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law**. Cambridge: CUP, 1983.
- CLERICI, Roberta. Freedom of States to regulate Nationality: European Versus International Court of Justice? *In*: BOSCHIERO, Nerina (et al.) **International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves**. The Hague: Asser Press, 2013, pp.839-862.
- CONDORELLI, Luigi. La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application. **Rivista di Diritto Internazionale**, pp. 5 et seq., 2003.
- CRAWFORD, James. The International Law Commission's Articles on Diplomatic Protection Revisited. *In*: MALUWA, Tiyanjana; PLESSIS, Max du; TLADI, Dire. (orgs) **The**

- Pursuit of a Brave New World in International Law: Essays in Honour of John Dugard.** Leiden: Brill, 2017, pp. 135-172.
- D'AGNONE, Giulia. Determining the nationality of companies in ICSID arbitration. *In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena. **The Changing Role of Nationality in International Law.*** New York: Routledge, 2013, pp. 153-169.
- DEEN-RACKMANY, Z. Diplomatic Protection and the LaGrand Case. **Leiden Journal of International Law**, pp. 87 et seq., 2002.
- EDWARDS, Alice. The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects. *In: EDWARDS, Alice; VAN WAAS, Laura. **Nationality and Statelessness under International Law.*** Cambridge: CUP, 2014, pp. 11-43.
- FRIGO, Manlio. Notas sobre a Evolução História do Instituto da Proteção Diplomática no Sistema da Organização das Nações Unidas. **Sequência**, n. 51, pp. 11-30, 2010.
- FORLATI, Serena. Nationality as a human right. *In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena. **The Changing Role of Nationality in International Law.*** New York: Routledge, 2013, pp. 18-36.
- GAJA, Giorgio. **L'usarimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale.** Milano, Giuffrè, 1967.
- GAJA, Giorgio. The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective. **The European Journal of International Law**, v. 21, pp. 11-14, 2010.
- MILANO, Enrico. Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition? **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 35, pp. 85-142, 2004.
- MILLER, David. **On Nationality.** Oxford: Clarendon Press, 1995.
- ORREGO VICUÑA, F. Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement. **Foreign Investment Law Journal**, pp. 340 et seq., 2000.
- PALCHETTI, Paolo. La Corte internazionale di giustizia alle prese con i propri "errori": il problema dell'estensione della res judicata nella sentenza Diallo. **Rivista di Diritto Internazionale**, pp. 131 – 135, 94.
- PAPA, Maria Irene. Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 3, pp. 669-737, 2008.
- PARLETT, Kate. The ICJ and Diplomatic Protection. *In: TAMS, Christian; SLOAN, James. **The Development of International Law by the International Court of Justice.*** Oxford: OUP, 2013, pp. 87-105.
- PELLET, Alain. La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? Notes sur le projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique. *In: **Droit du pouvoir, pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon.*** Bruxelles: Bruylant, 2007, pp. 1359-1382
- SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, pp. 169-294, 2004.
- VERMEER-KUNZLI, Annemarieke. Nationality and Diplomatic Protection: a reappraisal. *In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena. **The Changing Role of Nationality in International Law.*** New York: Routledge, 2013, pp. 76-96.

WATTS, Arthur. 'Nationality of Claims: Some Relevant Concepts'. *In*: LOWE, V. (ed). **Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings**. Cambridge: CUP, 1996, pp. 424–39.

REZEK, José Francisco. Le droit international de la nationalité. **Recueil des Cours**, v. 198, 1986.

VAN PANHUYS, Haro Frederik. **The Role of Nationality in International Law**. Leiden: Sijthoff, 1959.

Artigo recebido em: 02/06/2019.

Aceito para publicação em: 30/07/2019.