

A determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D., Universidade de Cambridge

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. O Impasse da Conferência de Codificação de Haia de 1930 — 3. Teoria Geral da Regra do Esgotamento dos Recursos do Direito Interno no Direito Internacional; 3.1. Regra substantiva; 3.2. Regra processual; 3.3. Regra substantiva e processual; 3.4. Teorias explanatórias da regra do esgotamento dos recursos internos; 3.4.1. Delito Internacional Completo; 3.4.2. «Dédoublement fonctionnel»; 3.4.3. Regra de conflito; 3.4.4. Regra de conveniência — 4. Avaliação final e conclusões.

1. INTRODUÇÃO

As origens e o desenvolvimento histórico da regra do esgotamento dos recursos internos no direito internacional remontam a passado distante, precedendo em muito a teoria da responsabilidade dos Estados.¹ Foi somente a partir da

1. Cf. 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* (1976), pp. 499/527, e cf. Corte Permanente de Justiça Internacional, caso da "Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis", série A/B, nº 76, 1939, voto dissidente do juiz Van Eysinga, p. 36.

segunda metade do século XIX que a regra evoluiu, particularmente no contexto da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, onde veio a adquirir feições mais nítidas com que tornou-se comumente conhecida em nossos dias. Um estudo do relacionamento entre a regra e o direito da responsabilidade dos Estados torna-se, portanto, de interesse não puramente histórico. A “relação íntima” entre ambos existente foi enfatizada pelo relator Verzijl na sessão de 1954 do “Institut de Droit International”, onde observou que “não era possível isolar” a regra do esgotamento dos recursos internos dos princípios de responsabilidade e proteção.² Diversos participantes da sessão compartilharam de tal parecer;³ mas, se houve acordo geral quanto à existência daquela relação íntima, verificou-se diversidade de pontos de vista acerca do modo de abordá-la, desafiando a tentativa de sistematização jurídica desse tema do direito internacional.

O estudo do nascimento da responsabilidade internacional dos Estados pressupõe o exame da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos do direito interno. As diversas teorias a esse propósito têm geralmente seguido duas correntes de pensamento: sustenta a primeira, que a responsabilidade internacional se configura uma vez esgotados os recursos internos,⁴ enquanto a segunda defende seu início imediato a partir do momento da violação do direito internacional (sem

2. Declarações de J. H. W. Verzijl in 45 “Annuaire de l’Institut de Droit International” (1954)-I, pp. 9/10 e 105.

3. Cf. declarações semelhantes de: Ago, “*ibid.*”, p. 44; Bourquin, “*ibid.*”, p. 51; Guerrero, “*ibid.*”, p. 68; Hackworth, “*ibid.*”, p. 72; Muûls, “*ibid.*”, p. 73; Perassi, “*ibid.*”, p. 76; Trias de Bes, “*ibid.*”, p. 82; Udina, “*ibid.*”, p. 83; Castberg foi o único a advogar ponto de vista diferente: cf. “*ibid.*”, p. 66. Dois anos depois, ao se reiniciarem os debates do Instituto, a questão foi novamente enfatizada por: Verzijl, 46 A.I.D.I. (1956), pp. 2/3; Ago, “*ibid.*”, p. 26; Bourquin, “*ibid.*”, pp. 29 e 280; Guggenheim, “*ibid.*”, p. 32; e Ch. de Visscher, “*ibid.*”, p. 309.

4. A causa de ação (a violação do direito internacional) coincidindo com o direito de ação (uma vez esgotados os recursos).

o esgotamento dos recursos internos).⁵ Tal violação constitui naturalmente pressuposto do nascimento da responsabilidade, mas enquanto para alguns ela acarreta a responsabilidade de imediato, para outros tal não ocorre até se tenham esgotado devidamente os recursos do direito interno.

Em casos de incidência da regra do esgotamento de recursos, a suposta violação do direito internacional deve envolver danos causados a indivíduos; somente disputas privadas *ab initio*, mas subsequente "internacionalizadas" pelo Estado ao patrocinar a causa de seu nacional supostamente lesado no exterior, recaem no âmbito de aplicação da regra.⁶ As duas correntes teóricas principais acerca da relação entre a regra do esgotamento e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado derivam, como indicado, da consideração da natureza jurídica da regra como sendo de direito substantivo ou processual. Se se admite ser ela uma regra substantiva, tanto a responsabilidade do Estado quanto sua possível implementação por meio do exercício da proteção diplomática se configuram no mesmo instante, uma vez esgotados os recursos internos. Se se admite ser ela uma regra processual, embora coincida o nascimento da responsabilidade do Estado com o ato internacionalmente ilícito (e sua imputação ao Estado), não se permite a implementação da responsabilidade por meio da proteção diplomática até que se esgotem os recursos internos.

Ponto de partida apropriado para o estudo do problema reside nas tentativas iniciais de codificação da matéria, em particular a posição dos Estados e as correntes de opinião manifestadas no decorrer dos trabalhos da Conferência de

5. A causa de ação não coincidindo com o direito de ação; muito embora a responsabilidade já exista, só se pode dar prosseguimento à reclamação internacional depois do esgotamento dos recursos (regra de processo).

6. Cf. a esse propósito as observações pertinentes de: R. Ago, "La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale", 3 "Archivio di Diritto Pubblico (1938) pp. 233/235, esp. p. 234; Ch. de Visscher, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 46 "Annuaire de l'Institut de Droit International (1956) p. 50.

Codificação de Haia de 1930, ponto marcante no desenvolvimento do tema. Examinaremos, a seguir, mais detalhadamente, as teses substantiva e processual da regra do esgotamento de recursos, o inter-relacionamento entre ambas, e as demais teorias explanatórias da regra, à luz da jurisprudência internacional e das versadas fontes doutrinárias.

2. O IMPASSE NA CONFERÊNCIA DE CODIFICAÇÃO DE HAIA DE 1930

No período do entre-guerras, considerável foi a preocupação com a natureza jurídica da regra do esgotamento de recursos por parte das associações científicas e dos juristas, que examinaram ou tentaram codificar as regras do direito internacional regendo a responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros.⁷ Datam dessa época — fim da

7. Em seu relatório sobre a responsabilidade dos Estados apresentado ao Institut de Droit International na sessão Lausanne de 1927, o relator L. Strisower defendeu a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos em relação ao nascimento da responsabilidade internacional; 33 *Annuaire I.D.I.*, (1927)-I, pp. 472, 492, 494 e 498, e cf. pp. 552/553 e 561/562 (artigo 15 do projeto de Convenção que propôs); cf. debates "in *ibid.*", III, p. 111; e cf. o artigo 12 do projeto de resoluções do Instituto, "in *ibid.*", III, p. 334. O tópico da proteção diplomática foi re-examinado pelo Instituto na sessão de Cambridge de 1931 (relator Borchard, 36 "A.I.D.I." (1931)-I, pp. 256ss.), mas nessa ocasião o Instituto não adotou resolução sobre o tema (cf. debates "in *ibid.*", p. 479/529, e cf. observações in H.W. Briggs, *The Law of Nations*, 2ª ed., N.Y., Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 735). Quanto às demais tentativas concomitantes de codificação da matéria, cf. : artigo 2 do projeto de código de direito internacional contendo regras sobre a responsabilidade dos Estados adotado pela "Kokusaiho Gakkwai" (ramo japonês da International Law Association), "in" "I. L. A.", "Report of the Thirty-Fourth Conference (1926)", pp. 382/383; artigo 1 (1) do projeto de tratado sobre a responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais (1927) de autoria do Professor Strupp, "in" Harvard Law School, "Research in International Law" (1929), parte II, apêndice 8, pp. 235/236; artigo 13 do projeto de convenção sobre responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, preparado em 1930 pelo "Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht" (seção alemã da

década de vinte e início dos anos trinta — um interesse especial no tema e a maior parte dos estudos mais significativos elaborados a seu respeito até hoje (cf. *infra*). Talvez tenha aquela época presenciado o apogeu da regra do esgotamento de recursos *em relação à responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros*; no período que se seguiu parece ter havido certo declínio no interesse do assunto.⁸ Mais recentemente, entretanto, no fim da década de sessenta e na década atual, o interesse no tema parece novamente renascer, mas em contexto distinto: a ênfase do trabalho atualmente desenvolvido sobre a matéria pela Comissão de Direito Internacional da ONU não mais recai sobre a responsabilidade dos Estados por danos a estrangeiros, mas antes e mais amplamente sobre a responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos.⁹ A lite-

“International Law Association”), “in” “Yearbook of the International Law Commission” (1969)-II, anexo VIII, pp. 150/151 (cf. também a reserva ao artigo 13, assim como o artigo 3 (3) sobre a denegação de justiça); artigo 9 do projeto de convenção sobre a responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais, preparado em 1932 pelo Professor Roth, “in *ibid.*”, anexo X, p. 152; artigo 34 do projeto de A. Alvarez sobre os princípios do direito internacional, adotado — com emendas — em junho de 1935 pela “Académie Diplomatique Internationale”, “in” 16 “Revue de droit international” (1935) p. 538, e cf. também “Yearbook of the International Law Commission” (1956)-II, anexo 10, p. 230; artigos 9 a 12 do projeto de convenção sobre a responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros de Harvard (1929), “in” “Harvard Law School, “Research in International Law (Nationality-Responsibility of States-Territorial Waters), “Cambridge/Mass., 1929, p. 134; artigos 1 e 3 do projeto (nº 16) sobre proteção diplomática do “American Institute of International Law” (1925), “in” Yearbook of the International Law Commission (1956)-II, anexo 7, p. 227 (cf. também o artigo 4 sobre denegação de justiça).

8. Muito embora tenha o tema sido re-examinado pelo Institut de Droit International em 1954/1956 e, mais recentemente, pela Comissão de Direito Internacional da ONU, em duas ocasiões, em 1956/1961 e a partir de 1969 (cf. “*infra*”).

9. Sobre a mudança de ênfase da Comissão para aspectos novos e mais relevantes do “corpus” da responsabilidade do Estado como um todo, cf. R. Ago, “First Report on State Responsibility”, “Yearbook of the International Law Commission” (1969)-II, p. 137 § 79: — “no passado, o tratamento de estrangeiros tornou-se central à teoria da res-

ratura jurídica especializada sobre a regra do esgotamento de recursos¹⁰ que hoje floresce, distintamente da dos anos vinte e trinta, tem voltado grande parte de sua atenção para a incidência da regra no contexto distinto da proteção internacional dos direitos individuais.

No período anterior, pode-se considerar o trabalho da Conferência de Codificação de Haia ponto crucial ou decisivo para o estudo da matéria. Ainda que os resultados da Conferência tenham dado margem a críticas, seus trabalhos refletiram, no entanto, vasto corpo da prática dos Estados sobre a matéria, na tentativa de sistematizá-la e codificá-la, podendo igualmente ter influenciado alguns autores da época. O exame necessário dos trabalhos da Conferência sobre o tema compreende não apenas os debates de 1930 mas também os trabalhos preparatórios (1925-1929) a cargo da Comissão de Especialistas para a Codificação Progressiva do Direito Internacional.

Três documentos básicos, remetidos pela Comissão Preparatória aos governos, são particularmente relevantes para o estudo da natureza da regra do esgotamento de recursos: o "Relatório da Sub-Comissão" (1926) sobre a responsabilidade dos Estados, a "Lista de Pontos" e as "Bases de Discussão". O primeiro desses documentos, mais comumente conhecido como o "Relatório de Guerrero", endossou implicitamente a tese substantiva da regra do esgotamento de recursos.¹¹ Quanto

responsabilidade dos Estados, mas no direito moderno incorre-se em responsabilidade menos pelo tratamento de estrangeiros do que por atos que possam trazer perigo à paz internacional".

10. Para bibliografia atualizada, cf. 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).

11. Liga das Nações, doc. C.46.M.23.1926.V, anexo ao questionário nº 4, parte VI. Mas cf. os pareceres subseqüentes de J.G. Guerrero sobre a regra do esgotamento, transcritos "in" 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954)-I, pp. 67/68. E cf. os comentários sobre o relatório de Guerrero de 1926, de E.M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", 1 "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht" (1929) pp. 223/250,

à “Lista de Pontos” e às “Bases de Discussão”, deve-se observar preliminarmente que todo o trabalho da Conferência de Codificação de Haia acerca da regra do esgotamento se desenvolveu sob o título principal, e no sentido e contexto geral, do chamado direito da responsabilidade dos Estados por danos causados em seu território à pessoa ou propriedade de estrangeiros. Um dos problemas mais amplamente debatidos foi o da aplicação da regra do esgotamento em relação ao nascimento e à implementação¹² da responsabilidade internacional dos Estados¹³ (com implicação direta para o problema da natureza da regra, se substantiva ou processual). A questão tornou-se objeto de muita atenção tanto por parte dos trabalhos preparatórios da Conferência (1928-1929) quanto pelos debates no decorrer da Conferência propriamente dita. (1930).¹⁴

Em questionário enviado aos governos, a Comissão Preparatória indagou (Ponto XII da Lista) se a implementação da responsabilidade dos Estados sob o direito internacional subordinava-se ao esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos disponíveis no direito interno do Estado cuja responsabilidade se questionava.¹⁵ As respostas dos governos favo-

esp. pp. 237/238, 241/246 e 250; e cf. E.M. Borchard, “The Diplomatic Protection of Citizens Abroad”, N.Y., Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 350 e 354.

12. Nem sempre os Estados compreenderam com clareza a distinção (nascimento e implementação da responsabilidade internacional), no contexto da incidência da regra do esgotamento dos recursos do direito interno; cf., e.g., C.P. Panayotacos, “La règle de l'épuisement des voies de recours internes — en théorie et en pratique”, Marseille, Moullot, 1952, p. 37.

13. No presente contexto, dois outros tópicos muito debatidos foram o dos recursos internos a ser esgotados, e o das chamadas “exceções” à regra do esgotamento.

14. Quanto aos preparativos da Conferência em geral, cf. os materiais coletados “in” “League of Nations — Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (1925-1928)”, volumes I e II (atas e documentos), N.Y., Oceana, 1972.

15. Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V., “Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee”, volume III, 1929, p. 136.

receram de modo geral o parecer de que a responsabilidade estatal tinha início e se implementava somente após o esgotamento dos recursos internos.¹⁶ Alguns governos preferiram não identificar sua posição quanto ao problema em questão.¹⁷ Apenas uma resposta governamental negativa,¹⁸ até certo ponto compartilhada por outro governo,¹⁹ sustentou não proceder a asserção de que a responsabilidade do Estado subordinava-se em princípio ao esgotamento dos recursos internos.

16. Cf., nesse sentido, as respostas dos governos da Alemanha, carta de 13 de dezembro de 1928, "in *ibid.*", pp. 136 e 171/172; Bélgica, carta de 12 de março de 1929, "ibid.", pp. 136 e 182; Bulgária, carta de 27 de janeiro de 1929, "ibid.", pp. 136 e 183; Japão, carta de 29 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 138 e 213; Polônia, carta de 3 de janeiro de 1929, "ibid.", pp. 139 e 234; Finlândia, carta de 31 de outubro de 1928, "ibid.", pp. 137 e 195; Tcheco-Eslováquia, carta de 21 de janeiro de 1929, "ibid.", pp. 139 e 250; Suíça, carta de 25 janeiro de 1929, "ibid.", pp. 139 e 244; Grã-Bretanha, carta de 14 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 137 e 206 (posição compartilhada pela Índia, carta de 4 de dezembro de 1928, "ibid.", pp. 137 e 209/210, e Nova Zelândia, telegrama de 3 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 138 e 217); Canadá, resposta "in" L.d.N. doc. C.75 a.M.69 a.1929.V, p. 4; e, de certo modo hesitante ou menos categórico, os Estados Unidos, resposta "in *ibid.*", p. 23; Hungria, carta de 29 de outubro de 1928, "in" "L.d.N." doc. C.75.M.69.1929.V, pp. 137 e 209. Quatro países (Itália, carta de 19 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 137 e 211; Suécia, carta de 19 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 139 e 237; Austrália, carta de 9 de janeiro de 1929, "ibid.", pp. 136 e 175; África do Sul, carta de 11 de dezembro de 1928, "ibid.", pp. 136 e 165) preferiram tão só responder afirmativamente à pergunta da Comissão, sem comentários ou qualificativos. Outros países (Dinamarca, carta de 5 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 136/137 e 190; Holanda, carta de 10 de dezembro de 1928, "ibid.", pp. 138 e 224) submeteram respostas um tanto quanto complexas, parecendo desafiar qualquer tentativa de classificação; cf. também: Egito, carta de 28 de julho de 1928, "ibid.", pp. 137 e 192/193.

17. Cf. Chile, carta de 23 de agosto de 1928, "ibid.", pp. 183/184; França, carta de 7 de dezembro de 1928, "ibid.", pp. 197/200; Irlanda, carta de 3 de novembro de 1928, "ibid.", p. 210; România, carta de 26 de novembro de 1928, "ibid.", pp. 235/236.

18. Áustria, carta de 30 de outubro de 1928, "ibid.", pp. 136 e 180.

19. Noruega, carta de 8 de dezembro de 1928, "ibid.", pp. 138 e 216.

Desse modo, verificou a Comissão que existia, naquele estágio inicial, certo consenso geral entre os governos consultados sobre o problema em estudo. Prevaleceram as respostas afirmativas ao Ponto XII que, na observação da Comissão, confirmavam-se na prática por tratados celebrados para arbitragem compulsória.²⁰ Com base nas respostas dos governos, a Comissão Preparatória parece não ter encontrado muita dificuldade para chegar à formulação da Base de Discussão nº 27 para a Conferência nos seguintes termos: “Dispondo o estrangeiro de recurso legal diante dos tribunais do Estado (termo que inclui tribunais administrativos), pode o Estado requerer que qualquer questão de responsabilidade internacional permaneça em suspensão até que seus tribunais tenham proferido sua decisão final”.²¹

Dificuldades reais vieram a surgir no transcorrer dos debates da Conferência propriamente dita em 1930.²² Percebeu-se logo a importância da relação entre a regra do esgotamento de recursos e a responsabilidade internacional dos Estados quando, e.g., o delegado de Portugal, assim que iniciados os debates, referiu-se ao problema da determinação do momento em que se tornava o Estado internacionalmente responsável como o *punctum pruriens* da questão em discussão.²³ De fato,

20. Cf. “*ibid.*”, p. 139, excetuados algumas dificuldades e desacordos ou diferenças de menor importância indicados pelos governos para certos casos particulares.

21. E mais: — “Esta regra não exclui a aplicação dos dispositivos das Bases de Discussão ns. 5 e 6”. “*Ibid.*”, p. 139; cf. texto das Bases de Discussão ns. 5 e 6 “*in ibid.*”, pp. 48 e 51, respectivamente.

22. Para os propósitos de nosso estudo, os debates cruciais foram os que tiveram lugar na Terceira Comissão, em sua quinta reunião de 21 de março de 1930, sexta reunião de 22 de março de 1930, décima-quarta reunião de 3 de abril de 1930 — quando a regra do esgotamento dos recursos internos tornou-se o problema central em discussão. Cf. Liga das Nações, doc. C.351 c.M.145 c.1930.V, “*Acts of the Conference for the Codification of International Law*” (doravante citado como “*Acts*”), volume IV, “*Minutes of the Third Committee*”, 1930, pp. 59/81 e 162/170.

23. “*Acts - Minutes of the Third Committee*”, “*op. cit.*”, p. 61, e *vd.* p. 62; *vd.* também as observações dos delegados grego e francês, “*ibid.*”, p. 66.

no início imediato dos debates de 21 de março de 1930 da Terceira Comissão, verificou-se certa insatisfação com relação ao texto da Base de Discussão nº 27, ao qual efetivamente se introduziram emendas (como uma importante emenda proposta pela delegação belga),²⁴ com o propósito de *especificar* que só se poderia *invocar* a responsabilidade do Estado uma vez esgotados todos os recursos internos.²⁵ Esse ponto específico foi também enfatizado pelo relator De Visscher.²⁶

A partir daí desenvolveu-se entre as delegações presentes grande divergência de opiniões acerca do problema, a ponto de alguns representantes confessarem abertamente sua "confusão" a respeito daquela questão complexa, que talvez "ainda não estivesse suficientemente amadurecida para uma tomada de decisão".²⁷ Mas mesmo das incertezas que se seguiram foi possível extrair ou discernir algumas correntes de pensamento; a controvérsia básica durante os debates da Terceira Comissão pôde com efeito ser mais claramente ilustrada pelas teses divergentes das delegações grega e holandesa.

Em suma, o representante grego, Sr. Politis, defendeu a tese de que somente após o esgotamento completo de todos os recursos internos poder-se-ia na prática invocar a responsabilidade do Estado, e esse requisito prévio constituía não somente uma garantia para o Estado como também um modo de se evitar disputas desnecessárias (parecer compartilhado por outras delegações).²⁸ Objetando que tal teoria impossibilitaria a ação diplomática, o delegado holandês, sr. Limburg, sustentou

24. Quanto às emendas das delegações belga e mexicana, cf. "ibid.", pp. 203 e 223, respectivamente.

25. Cf. os comentários versados de J. G. Guerrero, "La codification du Droit international", Paris, Pédone, 1930, pp. 130/135.

26. "Acts - Minutes of the Third Committee", "op. cit.", pp. 63/64.

27. Declarações dos delegados da Itália e da França, "ibid.", pp. 74 e 71, respectivamente.

28. "In ibid.", pp. 66/67; foi semelhante a posição dos delegados da Espanha, "ibid.", pp. 64/65; Egito, "ibid.", p. 64; México (opondo-se vigorosamente à tese holandesa), "ibid.", p. 72; Colômbia, "ibid.", p. 78; România, "ibid.", p. 77 (apoio expresso à tese grega endossada pela Espanha e pelo Egito); França, "ibid.", pp. 65/66.

a tese oposta de que, enquanto que a iniciação do processo — uma questão adjetiva — poderia permanecer dependente do esgotamento dos recursos internos, a ação propriamente dita surgia — *actio nata est* — “no próprio momento da ocorrência do fato envolvendo a responsabilidade do Estado” (ponto de vista igualmente apoiado por outras delegações).²⁹

Tornou-se claro desde o início que o âmago da questão residia no problema clássico, não resolvido pela doutrina jurídica, do momento do surgimento da responsabilidade (para o propósito de sua invocação), — se após esgotados os recursos do direito interno (a regra do esgotamento sendo assim de natureza substantiva), ou se no momento do cometimento do ilícito internacional (a regra assim se revestindo de natureza processual), anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os Estados participantes nem sempre compreenderam claramente a própria distinção básica entre o nascimento e a implementação da responsabilidade dos Estados (em relação à regra do esgotamento dos recursos internos), muito embora jamais se tenha pretendido — conforme indicam os trabalhos preparatórios da Conferência — discutir a questão do nascimento da responsabilidade dos Estados *in abstracto*, mas sim debatê-la para os propósitos de sua implementação nas relações internacionais. Donde a grande importância da regra do esgotamento dos recursos internos nesse contexto.

Os desacordos e controvérsias reinantes a tal ponto se acentuaram que, ao término dos debates de 21 de março de 1930, o relator De Visscher (Bélgica) julgou necessário ou indicado declarar em linguagem conciliadora: — “Penso podermos estar todos de acordo em que nenhuma reclamação pode ser apresentada, e nenhuma responsabilidade invocada, até que se

29. “In *ibid.*”, pp. 68/69; e, de maneira semelhante: El Salvador, “*ibid.*”, pp. 80/81; Japão, “*ibid.*”, p. 79 (apoio expresso à tese holandesa); Itália, “*ibid.*”, p. 75; Alemanha, “*ibid.*”, pp. 79/80; (a regra do esgotamento como regra de processo). — As intervenções anglo-americanas tentaram “acomodar as duas correntes de pensamento”; cf. Reino Unido, “*ibid.*”, pp. 69/70, e Estados Unidos “*ibid.*”, pp. 73/74, e *vd.* p. 166.

tenham esgotado os recursos. (...) Do ponto de vista prático, necessitamos considerar tão somente as condições sob as quais se pode invocar a responsabilidade, e podemos abster-nos de continuar um debate acerca das circunstâncias em que a responsabilidade surge ou existe. A relevância dessa questão é em grande parte teórica”.³⁰ Desse modo, o relator recomendou se fixasse a atenção no ponto em que parecia ter-se chegado a um acordo.

Mas como, no entanto, diferenças fundamentais persistiram, submeteu-se o assunto a uma Sub-Comissão,³¹ que redigiu o texto (revisto por uma Comissão de Redação) da Base de Discussão nº 27, estipulando *inter alia* que “*não se pode invocar a responsabilidade do Estado relativa à reparação de dano causado a estrangeiro até que se tenham esgotado os recursos do direito interno do Estado de que dispõe a pessoa lesada*”.³² Aos 3 de abril de 1930, explicou o relator De Visscher que o princípio do esgotamento dos recursos internos era considerado “uma regra absolutamente fundamental da responsabilidade internacional” e que o único objetivo da Sub-Comissão, ao elaborar o presente texto, era o de “determinar o momento em que a ação poderia se iniciar, e a reclamação internacional tornar-se operante. Nenhum parecer definitivo se expressou quanto ao momento do surgimento da responsabilidade internacional. Essa questão permanece ainda inteiramente reservada”.³³

O texto da Base nº 27 (acima), malgrado algumas objeções,³⁴ foi finalmente adotado naquele dia;³⁵ não se deveria, entretanto, exagerar o significado desse fato, pois os registros

30. “In *ibid.*”, p. 69.

31. Conforme proposição nesse sentido do sr. Guerrero (El Salvador); vd. “*ibid.*”, p. 72.

32. Texto “in *ibid.*”, p. 162; esse texto corresponde ao artigo 4 dos artigos do projeto de convenção adotados pela Terceira Comissão da Conferência.

33. “In *ibid.*”, p. 162.

34. Vd. “*ibid.*”, pp. 162/169, esp. pp. 163/164 e 135 para os comentários do sr. Guerrero.

35. Cf. “*ibid.*”, p. 169.

demonstram que, mesmo pouco antes da votação, persistiam incertezas entre algumas delegações.³⁶ Os trabalhos da Conferência de Codificação relativos ao problema específico sob exame estavam, pois, longe de ser conclusivos. Chegou-se mesmo a sugerir que, dos três temas gerais principais da Conferência,³⁷ o da responsabilidade dos Estados foi possivelmente o que menos sucesso logrou obter.³⁸

Quanto à razão das dificuldades encontradas pela Terceira Comissão da Conferência de 1930, talvez procedesse a observação do delegado francês de que o assunto poderia não estar ainda suficientemente "maduro" para codificação.³⁹ Todavia, a responsabilidade dos Estados constava dos tópicos escolhidos para o trabalho de codificação, constituindo-se em tema que, juntamente com o dos direitos e deveres dos Estados, supunha-se dominar, "de muito alto, toda a edificação do direito internacional".⁴⁰ Apesar do aparente idealismo inspirador de alguns internacionalistas da época, os debates da Conferência sobre o tema em questão, já em si controverso, não raro revelaram seus pronunciados fatores políticos subjacentes.⁴¹ Dificilmente se poderia esperar outra coisa de uma

36. Vd., por exemplo, as intervenções dos delegados da Espanha, "ibid.", p. 165; El Salvador, "ibid.", p. 164; Suíça, "ibid.", p. 164.

37. "Nacionalidade" (Primeira Comissão), "águas territoriais" (Segunda Comissão), e "responsabilidade dos Estados" (Terceira Comissão).

38. R. P. Dhokalia, "The Codification of Public International Law", Manchester, University Press/Oceana, 1970, p. 125.

39. "Acts - Minutes of the Third Committee", "op. cit.", p. 71.

40. J. G. Guerrero, "op. cit.", pp. 87/88. Para um relato histórico da escolha de temas prioritários para codificação, cf. S. Rosenne (ed.), "op. cit", vol. I (Introduction), pp. XXIX a CIV, esp. pp. XLI a XCV.

41. Vd., e.g., os pronunciamentos e as situações hipotéticas levantadas pelo representante holandês (defendendo o nascimento da responsabilidade estatal no momento da ocorrência do fato envolvendo a responsabilidade) e pelo delegado mexicano (advogando a tese oposta de subordinação do nascimento da responsabilidade internacional ao prévio esgotamento dos recursos legais internos); "Acts - Minutes of the Third Committee", "op. cit.", pp. 68/69 e 73/75.

discussão da regra do esgotamento de recursos para o propósito da determinação do momento em que a interposição diplomática seria "permitida" sob o direito internacional... E a prática dos Estados sobre a matéria prontamente eliminou qualquer pretensão de sacrossantidade ou absolutismo do princípio do esgotamento dos recursos internos... Aos 4 de abril de 1930, dezessete países chegaram à conclusão de que os artigos (do projeto de convenção) propostos pela Terceira Comissão lhes eram insatisfatórios (contrastando com 21 votos de aprovação); a Terceira Comissão não logrou completar seu estudo e não submeteu conclusões à Conferência".⁴²

No entanto, àquela altura tinha o assunto se tornado alvo de muita reflexão, provavelmente destinada a influenciar desenvolvimentos subseqüentes. Talvez ainda mais importante fosse o fato de que os aspectos do tópico do esgotamento de recursos internos discutidos na Conferência já tivessem anteriormente evoluído de modo mais ou menos uniforme na prática dos Estados sobre a matéria.⁴³ Reside aqui talvez o aspecto mais importante dos debates da Terceira Comissão sobre o assunto, refletindo não apenas os diversos matizes das correntes doutrinárias como também a prática estatal antecedente sobre a regra do esgotamento dos recursos internos.

Um exame cuidadoso do trabalho da Conferência como um todo revela que a tese substantiva da regra parece ter angariado mais apoio do que a tese processual. Com efeito, em síntese, a maior parte das delegações presentes à Conferência prestou apoio à tese substantiva. Nos preparativos das "Bases de Discussão" para a Conferência (1928-1929), Alemanha,⁴⁴

42. "Ibid.", p. 190; e R.P. Dhokalia, "op. cit.", p. 125 e nº 2. Quanto às razões a que se atribuiu tal fracasso, cf. "ibid.", p. 125; J. G. Guerrero, "op. cit.", pp. 91/92 e 149/152; E. M. Borchard, " 'Responsibility of States', at the Hague Codification Conference", 24 "American Journal of International Law" (1930) pp. 538/540.

43. Cf., nesse sentido, C.P. Panayotacos, "op. cit.", p. 90.

44. Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V, pp. 136 e 171/172.

Bélgica,⁴⁵ Bulgária,⁴⁶ Tcheco-Eslováquia,⁴⁷ Japão,⁴⁸ Polônia,⁴⁹ Canadá,⁵⁰ Finlândia,⁵¹ e Grã-Bretanha,⁵² afirmaram claramente que, em princípio, a responsabilidade dos Estados sob o direito internacional subordinava-se ao prévio esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos do direito interno; as quatro últimas delegações acrescentaram que tais recursos deveriam ser eficazes. Somente à Áustria⁵³ e a Noruega⁵⁴ esposaram a tese processual da regra do esgotamento de recursos internos.

Pouco depois, já no transcorrer dos debates da Terceira Comissão da Conferência em 1930, o parecer de que a regra do esgotamento era substantiva, condicionando o próprio nascimento da responsabilidade internacional, recebeu o apoio dos delegados da Grécia (Politis),⁵⁵ Espanha (Vidal),⁵⁶ Egito (Badaoui Pacha),⁵⁷ México (Suarez),⁵⁸ Colômbia (Urrutia),⁵⁹ România (Sipsom),⁶⁰ e França (Matter).⁶¹ Por outro lado, sustentaram a tese processual da regra os delegados da Holanda (Limburg),⁶² Itália (Giannini),⁶³ e — diferindo das respostas anteriores de seus governos respectivos para formar as *Bases*

45. "Ibid.", pp. 136 e 182.

46. "Ibid.", pp. 136 e 183.

47. "Ibid.", pp. 139 e 250.

48. "Ibid.", pp. 138 e 213.

49. "Ibid.", pp. 139 e 234.

50. Liga das Nações, doc. C.75 a.M.69 a.1929.V, p. 4.

51. Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V, pp. 137 e 195.

52. "Ibid.", pp. 137 e 206.

53. "Ibid.", pp. 136 e 180.

54. "Ibid.", pp. 138 e 216.

55. "Acts - Minutes of the Third Committee", "op. cit.", p. 66.

56. "Ibid.", pp. 64/65.

57. "Ibid.", p. 64.

58. "Ibid.", p. 72.

59. "Ibid.", p. 78.

60. "Ibid.", p. 77.

61. "Ibid.", pp. 65/66. Parecem ter também compartilhado desse ponto de vista, com certos qualificativos, os delegados da Grã-Bretanha (Beckett) e dos Estados Unidos (Hackworth); cf. "ibid.", pp. 70, e 73/74 e 166, respectivamente.

62. "Ibid.", pp. 67/68.

63. "Ibid.", p. 75.

de Discussão da Conferência (cf. *supra*), — os representantes da Alemanha (Richter)⁶⁴ e do Japão (Nagaoka).⁶⁵

Esse impasse foi fatal aos trabalhos da Conferência sobre a responsabilidade dos Estados. Como posteriormente confessou um de seus ativos participantes, as incertezas em que incorreram muitas delegações entre as questões distintas do nascimento e da implementação da responsabilidade dos Estados, e a polarização das delegações nos dois campos opostos da regra do esgotamento dos recursos internos, — um mantendo que a responsabilidade internacional dos Estados surgia somente após o esgotamento de tais recursos, outro sustentando que a responsabilidade tinha início no momento da concretização do ato ilícito, — constituíram “indubitavelmente” as principais razões do “fracasso” da Conferência de Codificação de Haia de 1930.⁶⁶ Examinado esse episódio, podemos passar agora a uma análise mais detalhada das duas teses principais acerca da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos internos, com atenção voltada mais particularmente para a jurisprudência internacional e os pareceres de especialistas.

3. TEORIA GERAL DA REGRA DO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS DO DIREITO INTERNO NO DIREITO INTERNACIONAL

3.1. *Regra substantiva*

Já a jurisprudência internacional da segunda metade do século XIX⁶⁷ e primeira metade do século XX⁶⁸ consagrava

64. “Ibid.”, pp. 79/80.

65. “Ibid.”, p. 79.

66. Declarações de J. G. Guerrero transcritas “in” 45 “Annuaire de l’Institut de Droit International” (1954)-I, p. 67.

67. Caso “Cotesworth and Powell” (Comissão Arbitral Anglo-Colombiana, 1875), “in” J.B. Moore, “History and Digest of International Arbitrations”, volume II, Washington, Govt. Printing Office, 1898, p. 2057; caso “Benjamin Burn v. México” (1876), “in *ibid.*”, volume III, p. 3140.

68. Caso “Costa Rica v. Nicarágua” (Corte Centro-americana de Justiça, 1916), “in” M.O. Hudson, “International Tribunals — Past and

a tese substantiva da regra do esgotamento dos recursos internos, em que, e.g., se baseou a Polônia no caso da *Administração do Príncipe Von Pless* (1933) diante da Corte Permanente de Justiça Internacional;⁶⁹ expressão clássica da tese substantiva encontra-se no voto dissidente do juiz Hudson no caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis* (1939): — “Nenhuma responsabilidade internacional pode surgir até que se esgotem os recursos internos disponíveis”.⁷⁰ Posteriormente, o governo suíço procurou basear-se nessa teoria no caso *Interhandel* (1959) diante da Corte Internacional de Justiça,⁷¹ em que o juiz Córdova declarou que “não se pode considerar um Estado internacionalmente responsável antes que seus tribunais tenham proferido sua decisão final, pela simples e pura razão que o dano ainda não se consumou”.⁷² Outra asserção judicial do caráter substantivo da regra do esgotamento dos recursos internos encontra-se no voto dissidente do juiz Morelli no caso da *Barcelona Traction* (exceções preliminares, 1964).⁷³

Future”, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 85; caso da “Mexican Union Railway” (Comissão de Reclamações Anglo-Mexicana, 1930), “in” “5” “U. N. Reports of International Arbitral Awards”, p. 122.

69. Corte Permanente de Justiça Internacional, série C, nº 70 (Audiências, Argumentos Orais, Documentos), 1933, p. 135, e vd. também pp. 239/240.

70. Corte Permanente de Justiça Internacional, série A/B, nº 76, 1939, voto dissidente de Hudson, p. 47, e cf. pp. 43, 45 e 48.

71. Caso “Interhandel”, “ICJ Reports” (1959); Audiências, Argumentos Orais, Documentos (“observações da Suíça”), p. 403, e vd. pp. 402/406. Cf. também os argumentos da França no caso dos “Empréstimos Noruegueses”, “ICJ Reports” (1957); Audiências, Argumentos Orais, Documentos (“observações do governo francês”), volume I, pp. 182 e 185/186.

72. Caso “Interhandel” (exceções preliminares), “ICJ Reports” (1959), explicação de voto de Córdova, pp. 45/46.

73. Caso da “Barcelona Traction” (exceções preliminares), “ICJ Reports” (1964), voto dissidente de Morelli, p. 114: — “(...) A regra do esgotamento dos recursos internos, como princípio do direito internacional geral, é na minha opinião substantiva e não processual”; vd. também pp. 115 e 110/111.

A tese substantiva foi em diversas ocasiões advogada por Borchard,⁷⁴ e conseqüentemente também endossada pelo Programa de Pesquisas de Harvard de 1929 sobre a Responsabilidade dos Estados (relator Borchard),⁷⁵ assim como pelo Projeto de Pesquisas do *Instituto de Droit International* sobre a Proteção Diplomática de Nacionais no Exterior (sessão de Cambridge de 1931, relator Borchard).⁷⁶ Influente corrente doutrinária que floresceu na Itália prestou igualmente apoio à teoria substantiva da regra do esgotamento; para o seu maior expoente, Anzilotti, a responsabilidade do Estado surgia, em princípio, somente quando o estrangeiro não pudesse obter reparação no Estado onde sofrera o dano, isto é, em caso de denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos.⁷⁷ Por seu turno, ao desenvolver sua teoria do *fato ilícito internacional complexo*, Ago sustentou de modo semelhante que somente quando os órgãos do Estado tivessem deixado de cum-

74. E. M. Borchard, "Theoretical Aspects...", "op. cit." "supra" nº 10, pp. 237/240: — "... a utilização do recurso interno não constitui simplesmente condição de interposição como questão processual, mas sim condição de responsabilidade internacional substantiva"; E. M. Borchard, "La responsabilité internationale des États à la Conférence de la Codification de la Haye", 12 "Revue de droit international et de législation comparée" (1931) p. 51; E. M. Borchard "op. cit." "supra" nº 41, pp. 522/526 e 537/539; e, de ponto de vista semelhante, G. H. Hackworth, "Responsibility of States for Damages Caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners", 24 "American Journal of International Law" (1930) pp. 511 e 506.

75. Harvard Law School, "Research in International Law (Nationality — Responsibility of States — Territorial Waters)", Cambridge/Mass., 1929, pp. 149 (artigo 6 do projeto de convenção de Harvard sobre a responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros) e 150/151 (comentário ao artigo 6).

76. Relatório de Borchard "in" 36 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1931)-I, pp. 424/435.

77. D. Anzilotti, "Cours de Droit International" (trad. G. Gidel), Paris, Rec. Sirey, 1929, p. 520, e vd. pp. 482, 491 e 518/519; cf. também D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", 13 "Revue générale de droit international/public" (1906) pp. 5/29 e 285/309, esp. pp. 5/10, 28, 291/299 e 308/309.

prir uma obrigação internacional poderia se afirmar que existia um fato ilícito internacional bem caracterizado".⁷⁸

Dentre os autores latino-americanos, Accioly⁷⁹ e Jiménez de Aréchaga⁸⁰ defenderam a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos e, mais recentemente, em Parecer de 1961, a Comissão Jurídica Inter-americana declarou que, no modo de entender de dezesseis países latino-americanos, no continente americano a regra do prévio esgotamento dos recursos internos antecedendo as reclamações diplomáticas era "não meramente processual mas substantiva".⁸¹ De fato, considerável número de publicistas de diversos países tem compartilhado dessa concepção teórica da regra de esgotamento.⁸²

78. R. Ago, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954)-I, pp. 42/43, e vd. pp. 35/36 e 39/41.

79. H. Accioly, "Tratado de Direito Internacional Público", volume I, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1933, p. 352.

80. E. Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility, "in" "Manual of Public International Law" (ed. M. Sorensen), London, Mac Millan, 1968, pp. 583/584.

81. Organização dos Estados Americanos, doc. OEA/Ser.I/VI.2-CIJ-61, capítulo XI, p. 37.

82. Cf. nesse sentido: Ch. Durand, "La responsabilité internationale des États pour déni de justice", 38 "Revue générale de droit international public" (1931) p. 721; H. Lauterpacht, "The Development of International Law by the International Court", London, Stevens, 1958, p. 350 (mas "vd." infra); I.L. Head, "A Fresh Look at the Local Remedies Rule", 5 "Canadian Yearbook of International Law" (1967) p. 150; G. H. Hackworth, "Observations (on the Rule of Exhaustion of Local Remedies)", 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954)-I, p. 69; declarações de L. Cavaré "in" 46 "Annuaire I.D.I." (1956) p. 276, e L. Cavaré, "Le Droit international public positif", 2ª ed., vol. II, Paris, Pédone, 1962, p. 363 (mas vd. também p. 364, aparentemente em contradição); D.P. O'Connell, "International Law", 2ª ed., vol. II, London, Stevens, 1970, pp. 1053, 945/946 e 951; R. Mônaco, "Manuale di Diritto Internazionale Pubblico", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960, p. 374; Ch. G. Fenwick, "The Progress of International Law During the Past Forty Years", 79 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1951) p. 44, e Ch.G. Fenwick, "International Law", 4ª ed., N.Y., Appleton-Century-Crofts,

2. REGRA PROCESSUAL

A jurisprudência internacional tem igualmente prestado certo apoio à tese processual da regra do esgotamento dos recursos internos. No caso dos *Navios Finlandeses* (1934), por exemplo, muito embora não se tivesse feito referência explícita ao caráter (supostamente) substantivo da regra, todo o raciocínio do árbitro Bagge, do início ao fim da sentença arbitral, conformou-se com a construção teórica processual da regra.⁸³ A jurisprudência da Corte Internacional fornece exemplos ainda mais claros. No caso *Interhandel* (1959), e.g., a Corte, ao sustentar a (terceira) exceção preliminar de não-esgotamento dos recursos internos interposta pelos Estados Unidos, tratou-a como se fora verdadeira exceção preliminar — e não defesa quanto ao mérito — dirigida contra a admissibilidade da petição suíça.⁸⁴ Pode-se também mencionar o voto dissidente do juiz Read⁸⁵ e a explicação de voto do juiz Lauterpacht⁸⁶ no caso dos *Empréstimos Noruegueses* (1957),⁸⁷ assim como o apoio expressamente atribuído à teoria processual pela explicação de voto

1965, pp. 330 e 334; K. Doehring, "Does General International Law Require Domestic Judicial Protection against the Executive?", "in" "Gerichtsschutz gegen die Exekutive", Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, volume III, Köln, Heymanns/Oceana, 1971, p. 242, e vd. pp. 243/244.

83. Cf. 3 "U.N. Reports of International Arbitral Awards", pp. 1501/1503 particularmente.

84. Caso "Interhandel" (exceções preliminares), "ICJ Reports" (1959) pp. 26/27 e 30.

85. Caso dos "Empréstimos Noruegueses", "ICJ Reports" (1957), voto dissidente de Read, pp. 97 e 99.

86. "Ibid.", explicação de voto de Lauterpacht, pp. 38/39 e 41 (aparentemente em divergência com o ponto de vista que defendeu em seu livro, "cit." nº 81 "supra").

87. No caso, entretanto, a Corte não se pronunciou especificamente sobre a exceção do não-esgotamento, por ter rejeitado a demanda no estágio preliminar com outro fundamento; cf. "ibid.", "ICJ Reports" (1957) p. 27.

do juiz Tanaka no caso da *Barcelona Traction* (segunda fase, 1970).⁸⁸

Mas, indubitavelmente, são os escritos dos internacionalistas que têm patrocinado a tese processual de modo mais marcante. A sistematização da matéria efetuada por Charles de Visscher foi suficientemente clara: a teoria substantiva se lhe parecia "por demais absoluta", e, no seu modo de ver, a regra do esgotamento dos recursos internos afetava "menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação" (regra de processo).⁸⁹ Aproximadamente na época em que a *Harvard Law School* (Borchard) advogava a teoria substantiva da regra (cf. *supra*), Eagleton defendia na Universidade de Columbia sua tese sobre a Responsabilidade dos Estados no Direito Internacional (1928), em que endossava a teoria processual da regra; para ele, a responsabilidade surgia de um ato internacionalmente ilícito, não sendo necessariamente contingente da reparação dos danos (*local redress*).⁹⁰ A distinção no tempo entre o nascimento da responsabilidade do Estado e a implementação da responsabilidade através da proteção diplomática era fundamental no pensamento de Eagleton. Justamente a intervenção diplomática é que não se permitia até o esgotamento em vão dos recursos do direito interno⁹¹ (um requi-

88. Caso da "Barcelona Traction" (segunda fase), "ICJ Reports" (1970), explicação de voto de Tanaka, p. 149; vd. também observações "in ibid.", explicação de voto de Ammoun, p. 329 (para ponto de vista distinto).

89. Ch. de Visscher, "Le déni de justice en droit international", 52 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1935) pp. 421/431; Ch. de Visscher, "De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public", Paris, Pédone, 1972, p. 91 (e nº 1); e vd. Ch. de Visscher, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 46 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1956) p. 49.

90. C. Eagleton, "The Responsibility of States in International Law", N.Y., University Press, 1928, pp. 95 e 97/99.

91. C. Eagleton, "Denial of Justice in International Law", 22 "American Journal of International Law" (1928) pp. 549/559; C. Eagleton, "Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'État",

sito processual prévio da interposição diplomática, i.e., da implementação da responsabilidade do Estado).

A terceira importante construção teórica da matéria no presente contexto, a de Freeman (1938), sustentava que a responsabilidade do Estado aparecia imediatamente com o cometimento de um ato internacionalmente ilícito, enquanto que a regra do esgotamento dos recursos internos, um requisito processual prévio da admissibilidade de uma reclamação internacional, constituía uma oportunidade de reparação concedida ao Estado antes que a reclamação se tornasse justificável.⁹² Também o trabalho do "Instituto de Droit International" endossou em diversas ocasiões a teoria processual da regra: exemplos encontram-se nos debates de 1927 sobre a Responsabilidade dos Estados⁹³ (sessão de Lausanne), nos relatórios *preliminar*⁹⁴ e *definitivo*⁹⁵ de Verzijl sobre a Regra do Esgotamento dos Recursos Internos (sessão de Aix-Provence de 1954), no relatório *suplementar* de Verzijl sobre a Regra⁹⁶ (sessão de Granada de 1956), e nos debates do Instituto acerca do tema.⁹⁷

11 "Revue de droit international et de législation comparée" (1930) pp. 643/659.

92. A. V. Freeman, "The International Responsibility of States for Denial of Justice", London, Longmans, 1938, pp. 407, 410, 432, 443 e 452.

93. Intervenções orais de Séfériadès, Valloton d'Erlach e Rolin Jaequemyns, "in" 33 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1927)-III, pp. 158/160; essas intervenções foram em reação ao relatório de Strisower, cujas opiniões sobre o tema em questão não foram endossadas pela resolução do Instituto, que não fez referência expressa alguma ao nascimento da responsabilidade do Estado; cf. "ibid.", pp. 330/335.

94. "In" 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954)-I, pp. 14/16, 21/22 e 24/32.

95. "In" "ibid.", pp. 84, 88/89, 91/92, 95/96 e 104.

96. "In" 46 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1956) p. 3; e vd. J.H.W. Verzijl, "International Law in Historical Perspective", vol. VI, Leiden, Sijthoff, 1973, p. 635.

97. Intervenções orais de: A. Verdross, 46 "Annuaire I. D. I." (1956) p. 47, e vd. A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", 37 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1931) pp. 384/386; P. Guggenheim, 46 "Annuaire

Cinco anos depois, a *Harvard Law School* (Sohn e Baxter), em novo projeto de convenção sobre a Responsabilidade dos Estados, inverteu seu ponto de vista anterior (de 1929, Borchard, *supra*), dessa vez esposando a teoria processual da regra do esgotamento dos recursos internos.⁹⁸ E em Parecer de 1965, a Comissão Jurídica Inter-americana, ao expor a posição dos Estados Unidos sobre os princípios regendo a responsabilidade dos Estados (distinta da posição latino-americana, *supra*), observou que era a implementação — e não o nascimento — da responsabilidade do Estado que ordinariamente se subordinava à regra do esgotamento.⁹⁹

A teoria processual tem angariado apoio notável, explícito ou implícito, de diversos autores nas últimas décadas.¹⁰⁰

I.D.I." (1956) pp. 31/37, e cf. P. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, volume II, Genève, Libr. Univ. Georg et Cie., 1954, pp. 24/25 e 21; H. Rolin, 46 "Annuaire I.D.I." (1956) pp. 42/44; F. Muûls, 45 A.I.D.I." (1954)-I, p. 73; G. Scelle, "ibid.", pp. 79/81; M. Bourquin, "ibid.", pp. 45/46, 49/55 e 61; G. Salvioi, "ibid.", p. 78; M. Huber, 46 "A.I.D.I." (1956) p. 39. A fórmula finalmente adotada pelo Instituto em 1956 não se referiu expressamente ao nascimento da responsabilidade internacional, limitando-se a subordinar a admissibilidade de reclamações internacionais (por danos a estrangeiros) ao prévio esgotamento dos recursos internos; cf. texto "in" 46 "A.I.D.I." (1956) pp. 314/315 e 364.

98. Cf. texto (artigo 1) "in" 55 "American Journal of International Law" (1961) p. 548; e vd. L.B. Sohn e R.R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", 55 "A.J.I.L." (1961) p. 546; L.B. Sohn e R.R. Baxter, "(Draft)" Convention on the International Responsibility of States for Injuries to "Aliens", "in" "Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens" (by F.V. Garcia Amador, L.B. Sohn, R. R. Baxter), N.Y., Oceana, 1974, pp. 261/263.

99. Organização dos Estados Americanos, doc. OEA/Ser.I/VI.2-CIJ-78, artigos I e IX, pp. 7 e 10/11.

100. Vd., nesse sentido, desde os anos trinta até mais recentemente: E. Kaufmann, "Règles générales du droit de la paix", 54 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1935) pp. 413/415 e 423/424; J. Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", 58 "R.C.A.D.I." (1936) pp. 662/675; M.G. Cohn, "La théorie de la responsabilité internationale", 68 "R.C.A.D.I." (1939) pp. 250, 301 e 313/314; H. Friedmann, "Épuisement des voies de recours internes", 14 "Revue de droit interna-

O parecer de que o surgimento da responsabilidade internacional (distinto de sua implementação) *não* depende do esgotamento dos recursos internos — a teoria processual — foi em diversas ocasiões *expressamente* endossado por um número considerável de publicistas influentes.¹⁰¹

3.3. Regra substantiva e processual

Vê-se, do exposto acima, que a teoria geral do direito internacional encontra-se profundamente dividida entre as duas correntes gerais de pensamento que atribuem à regra do esgotamento dos recursos internos um caráter substantivo ou processual. Pode ocorrer que as diferentes conclusões a que che-

tional et de législation comparée" (1933) pp. 318/321, 323/324 e 326/327; C. Amerasingne, "The Formal Character of the Rule of Local Remedies", 25 "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht" (1965) pp. 458/460, 462, 476/477, e vd. também pp. 445/458; J. Chappez, "La règle l'épuisement des voies de recours internes", Paris, Pédone, 1972, pp. 18/19 e 21; e cf. também C.H.P. Law, "The Local Remedies Rule in International Law", Geneva, Droz, 1961, p. 141.

101. Nesse sentido: H. Kelsen, "Principles of International Law", 2ª ed. rev., N.Y., Holt/Rinehart/Winston, 1966, pp. 370/371; Ch. C. Hyde, "International Law", vol. II, 2ª ed. rev., Boston, Little/Brown & Co., 1945, p. 911; Bin Cheng, "General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals", London, Stevens, 1953, p. 180 (vd. também "infra"); Alf Ross, "A Textbook of International Law", London, Longmans, 1947, pp. 242 e 265; Ch. Rousseau, "Droit international public", Paris, Rec. Sirey, 1953, p. 366; J.L. Brierly, "The Law of Nations", 6ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 282; H. Lauterpacht, "International Law — Collected Papers" (ed. E. Lauterpacht), volumes I, Cambridge, University Press, 1970, p. 398 (depois de sua preferência inicial pela teoria substantiva da regra, "supra"); P. Reuter, "Principes de droit international public", 103 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1961) pp. 590 e 613; C.P. Panayotacos, "op. cit.", p. 113; L. Delbez, "Les principes généraux du droit international public", Paris, LGDJ, 1964, p. 381; e cf. também: L. Oppenheim, "International Law — A Treatise", 8ª ed. (ed. H. Lauterpacht), London, Longmans, 1955, pp. 361/362; F. Vallat, "International Law and the Practitioner", Manchester, University Press, 1966, pp. 33/37; H. Waldock, "General Course on Public International Law", 106 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1962) p. 208.

garam constituam o resultado lógico de construções teóricas partindo de premissas ou hipóteses *a priori* distintas.¹⁰² Houve ocasiões em que, diante da confrontação irreconciliável entre as duas teorias, procedeu-se à tentativa de se encontrar uma fórmula “neutra”.¹⁰³ Em outras ocasiões optou-se por posição de certo modo eclética no sentido de se atribuir à regra do esgotamento de recursos caráter a uma vez substantivo e processual, ou então natureza processual *ou* substantiva.

De fato, para muitos autores, a regra em questão pode operar como sendo de processo (em caso de violação original do direito internacional) e/ou de substância (em caso de denegação de justiça).¹⁰⁴ Talvez seja a regra “a linha divisória entre os aspectos substantivo e processual da responsabilidade”, uma “condição suspensiva (da implementação da responsabilidade) que pode ser processual ou substantiva, mas a que se subordina o direito de se interpor reclamações

102. C.P. Panayotacos, “op. cit., p. 29. O desacordo teórico é de interesse para o debate da questão se os indivíduos têm status no direito internacional; D.P. O’Connel, “op. cit.”, vol. II, p. 1053. Sobre a relação desse tópico à regra do esgotamento dos recursos internos, vd. 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 *Nederlands Tijdschrift voor international Recht/Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373/392.

103. Cf., e.g., as intervenções nessa linha de R. Ago e Ch. de Visscher, “in” 46 “*Annuaire de l’Institut de Droit International*” (1956) pp. 284/285, vd. também: A. Miaja de la Muela, “El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales”, 2 “*Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*” (1963) pp. 19/20.

104. Bin Cheng, “General Principles...”, “op. cit.”, pp. 178 e 180 (vd. também “supra”), e cf. Bin Cheng. “Note”, “in” 3 “*Journal of the Society of Public Teachers of Law*” (1955/1956) p. 187; de modo semelhante, A.V. Freeman, “op. cit., p. 407 (a regra desfrutando de status processual e quase + substantivo nas duas hipóteses acima — cf. também “supra”), e vd. p. 410; H.W. Briggs, “The Local Remedies Rule: a Drafting Suggestion”, 50 “*American Journal of International Law*” (1956) pp. 925/926 (distinguidas três situações); J.E.S. Fawcett, “The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?”, 31 “*British Yearbook of International Law*” (1954) pp. 452/458 (três tipos de situação envol-

internacionais".¹⁰⁵ Esse o parecer de, e.g., Garcia Amador; a responsabilidade pode existir ou não, pode como tal até mesmo ser imputável ao Estado, mas "não se pode exigir", por meio de uma reclamação internacional, o dever de reparação dos danos causados aos indivíduos (estrangeiros) até que os recursos internos tenham sido esgotados; "desse modo, exceto os casos em que o dano resulte de ação ou omissão que implique o esgotamento dos recursos internos, (...) este princípio constituirá sempre um obstáculo completo ao exercício da proteção diplomática".¹⁰⁶

vendo violações dos direitos internacional e/ou interno); F. Castberg, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954)-I, pp. 64/65 (quatro tipos de situação distinguidos). Para o parecer de que a regra representa uma combinação do direito substantivo e processual, relacionando toda a questão ao conceito de imputabilidade (de delinqüências internacionais ao Estado), vd.: J.G. Starke, "Imputability in International Delinquencies", 19 "British Yearbook of International Law" (1938) pp. 108 e 150/106; e cf. J.G. Starke, "Monism and Dualism in the Theory of International Law", 17 "British Yearbook of International Law" (1936) pp. 66/81; J.G. Starke, "Studies in International Law", London, Butterworths, 1965, pp. 54/55 e 52. Vd. também: G. Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht — the Scholar as Judge: I", 37 "British Yearbook of International Law" (1961) p. 53, e cf. pp. 53/64 (aspectos substantivo e processual na regra do esgotamento de recursos internos), e cf. G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term 'Denial of Justice'", 13 "British Yearbook of International Law" (1932) pp. 93/114; Th. Haesler, "The exhaustion of Local Remedies, in the Case Law of International Courts and Tribunals", Leiden, Sijthoff, 1968, pp. 131/149 (a regra sendo do direito substantivo da responsabilidade dos Estados *assim como* um requisito processual).

105. F.V. García Amador, "State Responsibility — Some New Problems", 94 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1958) pp. 448/449; F.V. García Amador, "First Report on International Responsibility", "Yearbook of the International Law Commission" (1956) — II, p. 206; F.V. García Amador, "Principios de Derecho Internacional que Rigen la Responsabilidad — Analisis Critico de la Concepción Tradicional", Madrid, Escuela de Funcionários Internacionales, 1963, pp. 350/351.

106. F.V. García Amador, "State Responsibility...", "op. cit.", p. 449; F.V. García Amador, "First Report...", "op. cit.", p. 206; F.V. García Amador, "Principios...", "op. cit.", pp. 350/351.

3.4. *Teorias explanatórias da regra do esgotamento dos recursos internos*

Talvez nenhuma das teorias acima examinadas reflita fiel e integralmente a realidade do tema sob estudo.¹⁰⁷ A própria elaboração de tantas construções teóricas sobre o assunto talvez já testemunhe o fato de não ter nenhuma delas logrado fornecer uma solução satisfatória e convincente ao problema da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos internos. Desenvolveram-se, assim, outras teorias, talvez menos ambiciosas, com o propósito de *explicar* a regra (em relação ao nascimento da responsabilidade internacional dos Estados).

3.4.1. *Delito internacional complexo* — Há quem sugira a existência de dois abordamentos básicos e distintos do tema da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, seguidos até hoje por autores diversos: o abordamento *subjetivo*, voltado principalmente para a questão do que é permitido ou facultado a um governo fazer sob o direito internacional para proteger seus nacionais no exterior, e o abordamento *objetivo*, preocupado especialmente com a responsabilidade dos Estados propriamente dita.¹⁰⁸ Os autores anglo-americanos tendem seguir o primeiro, ao passo que os escritores continentais manifestam sua preferência pelo segundo.¹⁰⁹ Anzilotti, por exemplo, desenvolveu a noção do *fato ilícito internacional*.¹¹⁰ Na mesma linha de pensamento, Ago

107. R.Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", 121 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1967) p. 481.

108. F.S. Dunn, "The Protection of Nationals", Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932, p. 60; C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1956) p. 659.

109. C. Parry, "op. cit.", p. 659.

110. Cf. D. Anzilotti, "Cours...", "op. cit.", pp. 466/534 (e vd. também "supra"). Strupp igualmente advogou a noção de "ato ilícito internacional" ou "delito internacional"; vd. Karl Strupp, *Éléments du droit international public*, 2ª ed. rev., volume I, Paris, Les Éditions Internationales, 1930, pp. 325/347.

distinguiu dois tipos de fato ilícito internacional: os delitos internacionais *simples* e *complexo*.¹¹¹

Muito embora tivesse o Estado obrigações internacionais relativas ao tratamento adequado de estrangeiros, observou Ago, o direito internacional facultava ao Estado escolher e determinar os meios pelos quais pretendesse cumprir aquelas obrigações,¹¹² as quais diziam respeito à obtenção de determinado resultado.¹¹³ As obrigações visando a realização de certo objetivo “desejado” pelo direito internacional poderiam estar diretamente voltadas para o desempenho de um órgão único do Estado, ou então de toda a estrutura da organização interna do Estado.¹¹⁴ Distinguiam-se, aqui, dois casos: quando um órgão único do Estado não cumpria uma obrigação internacional, deixando desse modo de realizar o objetivo “desejado” pelo direito internacional, tal situação *objetiva* constituía um ato ilícito internacional denominado *delito internacional simples*, imputado (pelo direito internacional) ao Estado como sujeito do direito internacional.¹¹⁵

Ilustrava o segundo caso situação em que a realização do objetivo “desejado” pelo direito internacional requeria a intervenção conjunta de mais de um simples órgão estatal, ou seja, de toda a estrutura da organização interna do Estado. Nesse caso, à conduta ilícita original de determinado órgão deveria se acrescentar a possibilidade de reparação subsequente por outros órgãos estatais para que se produzisse o resultado “desejado” pelo direito internacional. Somente quando os demais órgãos *também* deixassem de produzir tal resultado é

111. R. Ago, “Le délit international”, 68 “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International” (1939) pp. 506/521; R. Ago, “La regola del previo esaurimento...”, “op. cit.”, pp. 223/243.

112. R. Ago, “Le délit...”, “op. cit.”, p. 509.

113. “Ibid.”, p. 509; R. Ago, “La regola...”, “op. cit.”, pp. 232 e 235/236.

114. R. Ago, “Le délit...”, “op. cit.”, p. 510; R. Ago, “La regola...”, “op. cit.”, pp. 233/234; R. Ago, “Observations...”, “op. cit.”, pp. 38/43.

115. R. Ago, “Le délit...”, “op. cit.”, pp. 511/512.

que se configuraria o *delito internacional complexo*.¹¹⁶ A violação da obrigação internacional tornar-se-ia desse modo definitiva.¹¹⁷

A relevância do *delito internacional complexo*, distinto do primeiro tipo, residia, no dizer de Ago, no fato de fornecer ele uma *explicação* da natureza e do âmbito da regra do esgotamento dos recursos internos.¹¹⁸ Pode-se, nesse sentido, mencionar o artigo 22 do projeto de artigos sobre a Responsabilidade dos Estados (relator R. Ago), adotado provisoriamente pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 1977.¹¹⁹ Para Ago, com efeito, decorriam do fato ilícito internacional complexo dois corolários: primeiro, não existia responsabilidade internacional quando a violação era do direito interno, e não do direito internacional, perpetrada por um indivíduo ou órgão do Estado (no tratamento de estrangeiros); segundo, o *delito internacional complexo* era importante para ilustrar a obrigação internacional do Estado de obter, pelos meios que escolhesse ou julgasse os mais apropriados, determinado resultado final relativo ao tratamento de estrangeiros.¹²⁰ *Aqui* residia o sentido próprio da regra do esgotamento dos recursos internos.

Ago descreveu o sentido e âmbito da regra nos seguintes termos: — “Se um órgão do Estado sob obrigação internacional pratica um ato que não esteja em conformidade com a obtenção do resultado devido, e daí vem a causar dano a um particular estrangeiro, tal ato não constitui fundamento suficiente para o Estado nacional da vítima invocar a responsabilidade internacional do Estado a que pertence o órgão; torna-se ainda necessário estabelecer-se que seu nacional não mais podia

116. “Ibid.”, pp. 513/514.

117. R. Ago, “Observations...”, “op. cit.”, p. 43, vd. pp. 42/43.

118. R. Ago, “Le délit...”, “op. cit.”, p. 514; cf. também R. Ago, “La regola...”, “op. cit.”, pp. 242/243.

119. Texto reproduzido “in” 16 “International Legal Materials” (1977) p. 1255.

120. R. Ago, “Le délit...”, “op. cit.”, p. 516.

obter a realização daquele resultado por meio de outras vias da ordem jurídica interna; em outras palavras, *é necessário que o fato ilícito internacional complexo seja realizado em todos os seus elementos*. Este o sentido verdadeiro e o alcance extremamente importante da *local redress rule*".¹²¹ Ago manifestou então sua preferência pela teoria substantiva da regra (cf. "supra"). Partindo-se da "noção indispensável" do *delito internacional complexo*, afirmou ele, tornava-se "evidente" que a regra dizia respeito à "substância da responsabilidade internacional, não sendo uma regra de direito processual".¹²²

3.4.2. "*Dédoublement fonctionnel*" — A teoria do *dédoublement fonctionnel* foi proposta por Georges Scelle para explicar a relação entre o Estado e o direito internacional, ou, mais precisamente, o desempenho de certas atividades pelos Estados de modo a atingir resultados visados pelo direito internacional. Sua construção teórica foi aceita como *explicação* da regra do esgotamento dos recursos internos

121. "Ibid.", p. 516 (ênfase nossa).

122. "Ibid.", pp. 516/517. — Cf. suas observações quanto ao *tempus commissi delicti* "in ibid.", pp. 517/524. — Na sessão de 1954 de "Institut de Droit International", Perassi declarou que só se poderia clarificar o problema do esgotamento dos recursos internos depois de formulada definição precisa com todos os seus aspectos da noção de *fato ilícito gerador* da responsabilidade internacional do Estado, particularmente quando a responsabilidade derivava de atos ou fatos que tivessem lugar dentro do ordenamento jurídico interno do Estado. Cf. T. Perassi, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954) — I, p. 76. — O segundo, terceiro e quarto relatórios de Roberto Ago sobre a Responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, embora não tocando especificamente na regra do esgotamento, devotaram muita atenção ao problema em questão (i.é., o do ato internacionalmente ilícito como fonte da responsabilidade internacional); cf. R. Ago, "Second Report on State Responsibility", "Yearbook of the International Law Commission" (1970) — II, pp. 177/197; R. Ago, "Third Report on State Responsibility", "Yearbook I.L.C." (1971) — II, parte I, pp. 199/274; R. Ago, "Fourth Report on State Responsibility", "Yearbook I.L.C." (1972) — II, pp. 71/152.

por Freeman,¹²³ Henri Rolin,¹²⁴ Verzijl,¹²⁵ Guggenheim,¹²⁶ Bourquin,¹²⁷ para não citar o próprio Scelle.¹²⁸

Se Anzilotti e Ago, por exemplo, partiram de uma concepção essencialmente dualista do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional (cf. *supra*), Scelle, por outro lado, advogou a posição monista. Pela chamada *lei do desdobramento funcional*,¹²⁹ escreveu Scelle, os governos atuam juridicamente como agentes internacionais em virtude da competência a eles atribuída pelo direito internacional.¹³⁰ Desse modo, os Estados (como *sujeitos de direito*) exercem uma

123. A.V. Freeman, "op. cit.", pp. 408/409.

124. Henri Rolin, "Les principes de droit international public", 77 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" (1950) p. 452; Henri Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 "Revue hellénique de Droit international" (1956) p. 9.

125. J.H.W. Verzijl, "Rapport définitif (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 45 "Annuaire de l'Institut de Droit International" (1954) — I, p. 88.

126. P. Guggenheim, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 46 "Annuaire I.D.I." (1956) p. 33; P. Guggenheim, argumento oral de 10 de novembro de 1958 diante da Corte Internacional de Justiça como co-agente (consultor) do governo suíço, caso *Interhandel*, "ICJ Reports" (1959), Audiências/Argumentos Oraís/Documentos, pp. 548/549.

127. M. Bourquin, "Observations...", "op. cit.", in 45 "Annuaire I.D.I." (1954) — I, pp. 52/53. — Mais recentemente, tem-se dado mais apoio à teoria do *dédoublement fonctionnel* como *explanatória* da regra do esgotamento dos recursos internos; cf. P. Mertens, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, p. 89, e G. Berlia, "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", 3 "Annuaire français de droit international" (1957) p. 69.

128. Georges Scelle, "Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes)", 45 "Annuaire I.D.I." (1954) — I, pp. 79/81.

129. Cf. Georges Scelle, "Précis de Droit des Gens — principes et systématique", Paris, Rec. Sirey, 1934, volume I, pp. 43, 54, 56 e 217; e volume II, pp. 10, 319 ss., e 450.

130. Georges Scelle, "Essai sur les sources formelles du droit international", "in" "Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény", volume III, Paris, Rec. Sirey, 1934, p. 410.

competência nacional ou internacional ao desempenhar atos jurídicos no ordenamento jurídico interno ou internacional, respectivamente.¹³¹

Scelle definiu o fenômeno do *dédoublement fonctionnel* nos seguintes termos: — “Os agentes dotados de uma competência institucional ou investidos por uma ordem jurídica utilizam sua capacidade ‘funcional’ tal qual se encontra ela organizada no ordenamento jurídico que os instituiu, mas para assegurar a eficácia *de uma outra ordem jurídica*, privada dos órgãos necessários àquela realização, ou não os possuindo suficientemente”.¹³² Forma-se, assim, o direito internacional, em grande parte por intermédio do direito interno; a atividade dos órgãos do Estado, agindo dentro de suas competências respectivas, contribuiu para realizar os resultados almejados pelo direito internacional. Pelo fenômeno do *desdobramento ou divisão funcional* (expressão utilizada pelo próprio Scelle) “cada governo encontra-se investido da competência necessária para assegurar a criação e a realização do direito da sociedade internacional a que pertence”.¹³³

131. “Ibid.”, p. 410.

132. G. Scelle, “Le phénomène juridique du *dédoublement fonctionnel*”, “in” “Rechtsfragen der internationalen Organisation — Festschrift für Hans Wenberg”, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1956, p. 331. — Scelle admitiu ser este um fenômeno de um “federalismo normativo parcial”, uma tendência da sociedade internacional em direção à “integração do Direito”; “ibid.”, pp. 335 e 342, respectivamente, e vd. também pp. 324/342.

133. G. Scelle, “Some Reflections on Juridical Personality in International Law”, “in” “Law and Politics in the World Community” (Essays on Hans Kelsen’s Pure Theory and Related Problems in International Law, ed. G. A. Lipsky), Berkeley/L. A., University of California Press, 1953, p. 57. — Longe de endossar a convicção positivista de que os Estados, em virtude de sua soberania, sujeitavam-se somente às regras em que tivessem consentido, o ideal de Scelle, ao contrário, aproximava-se mais do ideal dos precursores teólogos espanhóis segundo o qual o príncipe soberano era “ao mesmo tempo governante do Estado e governante internacional encarregado da realização das duas ordens jurídicas”; “ibid.”, p. 57.

De acordo com a teoria de Scelle, os tribunais internos desempenham, assim, uma função internacional ao efetivar o estágio inicial de algumas das medidas fornecidas pelo direito internacional para a realização de seus princípios. A regra do esgotamento dos recursos internos, no dizer de Scelle, sustenta a teoria do desdobramento funcional.¹³⁴ Relacionando uma à outra, Scelle desenvolveu a idéia do *direito de prioridade* (do Estado cuja responsabilidade é questionada). Em virtude do *dédoublement fonctionnel* cada Estado soberano é dotado de competência para assegurar a realização de ordem jurídica internacional. Embora seja tal competência comum a todos os governos, cada um deles confia nos demais para reparar, pelas vias internas, no curso de suas relações jurídicas, os danos porventura sofridos “pelos sujeitos de direito da comunidade internacional cuja proteção assume”.¹³⁵

Quanto ao Estado supostamente responsável, continuava Scelle, os demais governos lhe reconhecem um *direito de prioridade* para assegurar a reparação dos danos, mas retêm eles, em vista de sua igual soberania, o direito de controlar a regularidade do funcionamento das vias internas (“*local redress*”) “e de apelar, se necessário, à jurisdição internacional”.¹³⁶ Em tal sistema, era lógico que a regra do esgotamento dos recursos internos operasse como um incidente do processo. Uma vez tivesse o caso percorrido os procedimentos internos, poderia sempre ser conduzido ao plano internacional para a solução do litígio. Georges Scelle defendeu, desse modo, o parecer de que o princípio do esgotamento dos recursos internos constituía regra de direito processual.¹³⁷ Sua teoria não situou os tribunais internos no mesmo plano que os tribunais internacionais, tampouco tentou modificar a regra do esgotamento; tão somente *explicitou* a necessidade da utilização dos recursos de direito interno.

134. Cf. G. Scelle, “Observations (sur la règle de l'épuisement. . .)”, “op. cit.”, p. 80.

135. “Ibid.”, p. 80.

136. “Ibid.”, pp. 80/81.

137. “Ibid.”, pp. 79 e 81.

3.4.3. *Regra de conflito* — Fawcett advogou constituir-se o princípio do esgotamento em regra de conflito, i.e., “uma regra para solucionar conflitos de jurisdição entre o direito internacional e os tribunais ou autoridades internos; a regra determina quando e em que circunstâncias os tribunais internos, de um lado, e os tribunais internacionais, de outro, devem ou podem assumir jurisdição sobre a questão”.¹³⁸ Esse abordagem da regra evitou deliberadamente fixar em detalhes técnicos, transferindo o objeto principal de investigação para a relação própria — no que diz respeito ao esgotamento dos recursos internos — entre o direito interno e o direito internacional; tentou, ademais, demonstrar que a regra seria de interesse não apenas ao direito internacional, uma vez que poderia ela acarretar também certos problemas de direito constitucional.¹³⁹

Ténékidès alertou igualmente para a possibilidade de conflito de jurisdição (na aplicação da regra).¹⁴⁰ No entanto, diferentemente de Fawcett e Castberg, suas observações foram motivadas por outras razões, a saber, o propósito de ilustrar suas próprias críticas à regra do esgotamento dos recursos internos (cf. *infra*). Assim, partindo do pressuposto da primazia do direito internacional sobre o direito interno, sustentou ele que a regra “feria o princípio da primazia do direito internacional, pois tornava este último dependente do direito interno, ainda que sob forma atenuada, por um desvio das regras de competência”.¹⁴¹

138. J.E.S. Fawcett, “op. cit.”, p. 454 (também para seus dois exemplos de possível conflito de jurisdição nesse sentido); para um abordagem semelhante do problema, cf. F. Castberg, “op. cit.”, pp. 64/65.

139. Dizendo respeito particularmente ao esgotamento dos recursos internos e a função reservada aos tribunais nacionais. Sobre esse ponto, cf. n° 157 “*infra*”.

140. Cf. C.G. Ténékidès, “L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale”, 14 “Revue de droit international et de législation comparée” (1933) pp. 527/528.

141. C.G. Ténékidès, “op. cit.”, p. 534; e vd. discussão “in” A.A. Cançado Trindade, “Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis”, 16 “Indian Journal of International Law”,

3.4.4. *Regra de conveniência* — Chegamos assim à última das teorias explanatórias da regra do esgotamento dos recursos internos. Escrevendo em 1933, Ténékidès recusou-se expressamente a reconhecer à regra o valor de um postulado do direito internacional. Para ele, constituía-se a regra em “respeitosa formalidade” e tributo à soberania do Estado territorial, ao atribuir a este último função semelhante à de fase preliminar de conciliação.¹⁴²

Relembrando casos de não-aplicação da regra, Ténékidès identificou nestas supostas “exceções” sua fraqueza básica: ressentia-se a regra da “fragilidade própria do método indutivo, uma vez que ela procede de fontes a que faltam coerência e uniformidade”.¹⁴³ Verificava-se, além disso, ausência de princípio normativo do direito internacional que servisse de fundamento para a regra.¹⁴⁴ Esta, em suma, escreveu Ténékidès, “não se baseava no direito”, mas antes em uma “concepção arbitrária” que distinguia entre litígios inter-estatais (em que a regra não se aplicava) e litígios entre Estados e indivíduos “internacionalizados” *a posteriori* pelo Estado ao patrocinar a causa de seu nacional no exterior (o campo próprio de aplicação da regra).¹⁴⁵

Em seu *relatório preliminar* sobre a Regra do Esgotamento dos Recursos Internos ao *Institut de Droit International* em 1954, o relator Verzijl considerou a regra uma objeção, baseada em oportunismo político, à interposição (diplomática) imediata no plano internacional.¹⁴⁶ Admitiu Verzijl que a regra justificava-se teoricamente nos casos em que ainda não se tivesse configurado um ato ilícito internacional; entretanto, nos casos

Nova Délhi (1976) pp. 187/218; A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 “International and Comparative Law Quarterly” (1976) pp. 715/765.

142. C.G. Ténékidès, “op. cit.”, pp. 515, 517 e 526.

143. “Ibid.”, p. 528, vd. também pp. 521/526 e 528/530.

144. “Ibid.”, pp. 530 e 533.

145. “Ibid.”, p. 534, vd. também pp. 517/518 e 534/535.

146. J.H.W. Verzijl, “Exposé préliminaire...”, “in” 45 “Annuaire I.D.I.” (1954) — I, “op. cit.”, p. 15.

em que o delito internacional já tivesse engendrado de imediato a responsabilidade internacional do Estado, a regra não se justificava teoricamente (ou pelo menos encontrava justificação muito menor).¹⁴⁷

Verzijl explicou: — “Se, malgrado o fato de que um Estado já tivesse incorrido em responsabilidade internacional em decorrência de dano infligido a um estrangeiro em seu território, pudesse o Estado esquivar-se provisoriamente às conseqüências normais de sua responsabilidade pelo *renvoi* do estrangeiro a seus tribunais internos, só se poderia explicar isto por uma prática internacional que tivesse introduzido uma derrogação aos princípios normais da responsabilidade pelos delitos internacionais, apenas por motivos oportunistas que não apresentam relação alguma com considerações de princípio”.¹⁴⁸

Tal parecer confrontou-se com oposição acirrada no Instituto (cf. *supra*). Em seu *relatório definitivo* de 1954, Verzijl referiu-se à regra do esgotamento como sendo de direito processual, uma condição prévia à admissibilidade de uma reclamação internacional, introduzida pela prática diplomática e jurisprudencial como questão de “cortesia internacional”.¹⁴⁹ Em seu *relatório suplementar* de 1956, Verzijl argumentou que a regra operava uma *suspensão* da ação diplomática ou judicial até que os recursos internos tivessem sido esgotados; com efeito, veio ele a propor um dispositivo nesse sentido (tratando a regra como condição *suspensiva* de ação ulterior nos casos em que já se tivesse comprometido a responsabilidade do Estado).¹⁵⁰ O Instituto, no entanto, considerando a regra como princípio de direito internacional, adotou uma resolução em 1956 enfatizando que uma reclamação internacional seria *inadmissível* se os recursos do direito interno não tivessem sido esgotados.¹⁵¹

147. “Ibid.”, p. 22.

148. “Ibid.”, pp. 22/23.

149. J.H.W. Verzijl, “Rapport définitif...”, “in” 45 “Annuaire I.D.I.” (1954) — I, “op. cit.”, pp. 84 e 88.

150. J.H.W. Verzijl, “Rapport supplémentaire...”, “in” 46 “Annuaire I.D.I.” (1956), “op. cit.”, pp. 3, 13 e 266.

151. Cf. texto “in” 46 “Annuaire de l’Institut de Droit International” (1956) pp. 314/315 e 364.

Mais recentemente, ponderou Verzijl que a controvérsia diz respeito não ao princípio incorporado na regra do esgotamento dos recursos internos, mas sim à construção teórica daquele princípio e aos limites de sua aplicabilidade.¹⁵² Como observou o autor em ocasião anterior, a regra do esgotamento era “*inimiga de todo dogma*”, como princípio cristalizado do direito internacional geral ou costumeiro, por ter derivado de uma prática que apresentava “um caráter antes oportunista do que fundamental”.¹⁵³

Em 1964, observava Jenks que a regra do esgotamento, hoje geralmente considerada um princípio do direito internacional, “teve, entretanto, sua origem, em considerações de *public policy* (...). Não se baseia em nenhum dogma pertinente à natureza ou origem de uma reclamação internacional, mas sim na conveniência prática de se canalizar a solução de queixas particulares sempre que possível através do mecanismo estabelecido do direito interno, com vistas a reduzir as tensões causadas por tais queixas às relações e procedimentos internacionais”.¹⁵⁴

Sugeriu Jenks que, justamente porque aquelas considerações de *ordre public* (*public policy*) sempre se faziam presentes é que se verificou tanto desacordo judicial acerca da natureza e do âmbito de aplicação da regra, assim como de suas chamadas exceções”. A regra era, pois, flexível. Para Jenks, constituía ela, “antes de tudo, expressão de *public policy*, e não uma consequência lógica da natureza e fonte do direito que se

152. J.H.W. Verzijl, “International Law in Historical...”, “op. cit.”, volume VI, p. 634.

153. Declaração de Verzijl, transcrita “in” 46 “Annuaire I.D.I.” (1956) p. 268; daí, podia se adaptar às “hipóteses as mais variadas” (“*ibid.*”, p. 268). Para um ponto de vista semelhante, vd. A. Makarov, “Consideraciones sobre el Derecho de Protección Diplomática”, 8 “Revista Española de Derecho Internacional” (1955) pp. 541/552.

154. C. Wilfred Jenks, “The Prospects of International Adjudication”, London, Stevens/Oceana, 1964, p. 536.

procura implementar".¹⁵⁵ Outros autores advogam pontos de vista semelhantes".¹⁵⁶

4. AVALIAÇÃO FINAL E CONCLUSÕES

Problema fundamental com que se deparou a teoria geral do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional foi o da relação própria entre a regra do esgotamento e o *nascimento* da responsabilidade internacional dos Estados. As tentativas de codificação da matéria, a jurisprudência das cortes e tribunais internacionais, a literatura especializada e a prática dos Estados testemunharam uma divisão abrupta entre as duas teses principais (claramente ilustrada pelo impasse que se tornou fatal ao trabalho da Conferência de Codificação de Haia de 1930 sobre o tema da Responsabilidade dos Estados).

155. "Ibid.", pp. 423/424, e cf. também pp. 527, 530, 534 e 536/537. Como exemplo de decisão politicamente motivada sobre o esgotamento dos recursos do direito interno, vd. o caso "Retimag S.A. v. República Federal da Alemanha" (C.E.D.H., 1961) e comentários, in A.A. Cançado Trindade, "The Burden of Proof with regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 9 "Droit international et droit comparé" — RDH/HRJ, Paris (1976) pp. 94/96 e 115/116; e, para recente estudo de jurisprudência internacional sobre o tema, vd. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court: An Appraisal", 10 "Droit international et droit comparé" — RDH/HRJ, Paris (1977) pp. 141/185.

156. I. Brownlie, "Principles of Public International Law", 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 483 e 487 (a regra derivando de *policy* e considerações práticas, e não de qualquer necessidade lógica); A. Bagge, "Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders", 34 "British Yearbook of International Law" (1958) p. 169 (o "caráter prático e político" da regra transparecendo de seu propósito); declarações de L. Cavaré "in" 46 "Annuaire I.D.I." (1956) p. 276 (regra de "alta oportunidade política"); J.H. Ralston, "International Arbitration from Athens to Locarno", Stanford, University Press, 1929, pp. 60/61 (regra de "conveniência dos Ministérios de Relações Exteriores" e não regra imperativa "controlando a jurisdição dos tribunais internacionais"). O próprio Borchard, partidário da tese substantiva (vd. "supra"), escreveu certa vez que a regra do esgotamento "não era uma condição absoluta ou doutrinária, mas uma regra da razão prática"; E.M. Borchard, "Theoretical Aspects...", "op. cit.", p. 241.

Para os adeptos da teoria processual da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos o aspecto ou momento crucial é o da violação inicial do direito internacional ou o ato internacionalmente ilícito, ao passo que para os partidários da tese substantiva o momento crucial para o nascimento da responsabilidade internacional é o da denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos. Na primeira hipótese, pode o Estado eximir-se da responsabilidade ao reparar os danos (*local redress*), enquanto que na segunda, o Estado somente incorrerá em responsabilidade se deixar de reparar os danos (*falta de local redress*).

A hesitação entre as duas teses foi tão considerável que às vezes juristas e representantes de governos mudaram abertamente de opinião, passando de uma à outra. As duas teorias encaram o fenômeno do esgotamento de ângulos diferentes e enfatizam momentos distintos da responsabilidade. Como certa vez sugeriu Charles de Visscher, talvez fosse preferível manter o nascimento da responsabilidade internacional como questão reservada, de modo a possibilitar que se concentrasse a atenção no momento mais relevante, na prática, da operação de uma reclamação internacional. Entretanto, tal restrição da investigação da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos à incidência da proteção diplomática restaria intelectualmente insatisfatória.

Para a teoria substantiva, a responsabilidade internacional é dependente da existência ou não de reparação (*local redress*), o que não se passa com a teoria processual. Se se acrescentar essa dicotomia básica à diversidade de áreas em que opera a regra do esgotamento dos recursos internos, a busca de uma fórmula "neutra" ou eclética torna-se pouco ou nada surpreendente: por esta fórmula, pretende-se indicar que as teses substantiva e processual se erigiram em hipóteses distintas *a priori* e que a regra do esgotamento bem poderia desfrutar de caráter substantivo e/ou processual. Mas, ao tomar tal posição, esta escola de pensamento novamente enfatiza aspectos do fenômeno do esgotamento, com sua construção teórica se baseando em grande parte em ênfase na operação da imputabilidade de

um ilícito internacional (original) a um Estado, ou em denegação de justiça ou na identificação de diferentes situações de possíveis violações das “duas ordens jurídicas” (direito interno e direito internacional), recaindo então a ênfase na questão do relacionamento próprio entre ambas.

Verifica-se certo grau de incerteza nas chamadas teorias *explanatórias* da regra do esgotamento de recursos internos. Uma limitação da teoria de Ago do *delito internacional complexo* é a suposição de que a uma violação original engajando responsabilidade indefinida sempre se segue o processo de esgotamento de recursos e reparação de danos (*local redress*) antes que possa surgir definitivamente a responsabilidade internacional. Ao tornar a materialização do ato ilícito internacional complexo (envolvendo todo o sistema interno de recursos do Estado, diferentemente do ato ilícito internacional simples, envolvendo apenas um órgão estatal) desse modo contingente da reparação pelos tribunais internos, a teoria aparentemente se descuida dos casos de não-aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos (em virtude das chamadas “exceções” à regra, ou de sua renúncia expressa) ..

A teoria de Scelle do *dédoublement fonctionnel* considera a regra do esgotamento tão somente *incidenter tantum*. Em contexto mais amplo, a teoria encontra-se diretamente ligada à questão global da realização dos objetivos visados pelo direito internacional por meio das atividades dos órgãos do Estado (i.e., a relação entre o direito interno — ou melhor, os órgãos estatais — e o direito internacional, a partir de uma perspectiva essencialmente monista, contrastando com a de Ago). A regra do esgotamento incorpora, desse modo, reconhecimento do “direito de prioridade” do Estado, cuja responsabilidade se questiona, de assegurar a reparação dos danos (*local redress*). A teoria não é, como não poderia ser, estendida ao extremo de sugerir que os tribunais internacionais pudessem operar como “cortes de apelação” para revisar decisões internas (nacionais), ou que as decisões dos tribunais internos formassem *res judicata* no plano internacional. Ainda assim, ao se examinar a construção de Scelle, é difícil evitar a impressão de que a regra do esgotamento dos recursos internos foi invocada e utilizada

como um exemplo em apoio à teoria do *dédoublement fonctionnel*, e não vice-versa, como bem se poderia esperar de um tratamento mais completo e rigoroso da natureza da regra do esgotamento.

A caracterização desta última como uma regra de conflito é também vulnerável e mesmo defeituosa, pois dificilmente se poderia estender o objeto da regra do esgotamento a determinador daquele dos dois sistemas jurídicos em conflito — o internacional e o interno — que prevalece, como geralmente ocorre no caso das regras genuínas de conflito. O último grupo de teorias, classificando a regra do esgotamento de recursos internos como uma regra de conveniência, parece pouco ou nada mais fazer do que enfatizar o elemento de oportunismo ou as considerações de *policy* subjacentes à regra; parece, assim, minimizar a qualidade da regra como princípio do direito internacional costumeiro, endossado pela prática dos Estados, pela doutrina e por grande número de decisões judiciais e arbitrais.

Todas estas teorias explanatórias tendem em última análise a convergir para a dicotomia básica das teses substantiva e processual. A teoria do *delito internacional complexo* inevitavelmente desemboca na tese substantiva, ao passo que a do *desdobramento funcional* acaba por encontrar-se com a tese processual. Esta última encontrou apoio entre os partidários da hipótese da regra de conveniência (*policy*), enquanto que os adeptos da teoria da regra de conflito sustentaram que em situações distintas pode a regra operar como sendo dotada de caráter substantivo e/ou processual.

Retorna-se, desse modo, à *summa divisio* da teoria geral da regra do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional. A polêmica parece perpetuar-se em torno das premissas básicas das teses substantiva e processual, sem fornecer resposta inteiramente satisfatória à questão da natureza da regra, que continua assim a resistir e desafiar as tentativas teóricas de sistematização.

Constitui esse antagonismo irreconciliável algo mais que mero exercício acadêmico? Um estudo sério da regra do esgo-

tamento não pode certamente se descuidar do problema de sua natureza jurídica; no entanto, tal estudo tampouco pode ignorar ou ocultar o fato de que, na prática, e especialmente em nossos dias, a regra tem sido invocada e aplicada em contextos fundamentalmente distintos. No contexto da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, muitas vezes os Estados atribuíram expressamente à regra um caráter substantivo, talvez desejosos de enfatizar seu caráter *preventivo vis-à-vis* o exercício da proteção diplomática de base interestatal discricionária. Todavia, persiste a impressão de que, ao levantar exceções de não-esgotamento de recursos como um “obstáculo substantivo” à intervenção diplomática, na prática os Estados se preocuparam e se preocupam menos com o nascimento da responsabilidade internacional do que com sua *implementação* pelo exercício da intervenção diplomática.

Em contexto distinto, o da proteção internacional convencional contemporânea dos direitos individuais, a formulação expressa da regra em tratados internacionais toma a forma de uma condição de admissibilidade de reclamações internacionais. Pouco se pode duvidar de que nesse contexto a regra do esgotamento se aplique como regra de processo, como uma objeção dilatória ou exceção temporal de caráter processual. Contudo, tendo em vista a atual função e prática dos tribunais nacionais na aplicação da regra do esgotamento dos recursos do direito interno de acordo com dispositivos de tratados sobre proteção de direitos individuais, e projetando sobre futuro próximo a atual natureza “processual” da regra nesse contexto, é bem possível se possa chegar a uma caracterização diferente da regra dentro de uma ou duas décadas.¹⁵⁷

157. Vd. discussão “in” A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 “Archiv des Völkerrechts” (1976-77) n. 3, pp. 1/38; e cf. A.A. Cançado Trindade, “Le méthode comparative en droit international: une perspective européenne”, 55 “Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques”, Genève (1977) pp. 273/287, esp. pp. 280/282 e 286, para a conceituação de “droits et obligations de caractère civil / civil rights and obligations” no plano do direito internacional convencional contemporâneo.