
APONTAMENTO SOBRE A RELEVÂNCIA DE UM DIREITO INTERNO DE PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA PARA O DIREITO INTERNACIONAL

NOTE ON THE RELEVANCE OF A DOMESTIC LAW OF DIPLOMATIC PROTECTION FOR INTERNATIONAL LAW

Eduardo Pimentel de Farias¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/craq-hm98>

Resumo: A proteção diplomática é recebida pelo ordenamento internacional como um direito do Estado sem dever correlato. Isso significa que o Estado de nacionalidade não está obrigado a intervir em favor do cidadão lesado no estrangeiro. Uma parcela da doutrina considera, contudo, que a proteção diplomática poderia ser, ao mesmo tempo, um direito e uma obrigação do Estado. É certo, porém, que o legislador nacional pode impor ao Estado a obrigação de proteger seu cidadão no estrangeiro. Nesse caso, nasce para o Estado um verdadeiro dever de proteção diplomática e para o particular um direito de exigir que tal obrigação seja respeitada. Utilizando-se do método hipotético dedutivo, esse trabalho pretende analisar brevemente o conteúdo da previsão doméstica do direito à proteção diplomática. Nós acreditamos que o reconhecimento interno de um direito individual à proteção do cidadão no estrangeiro, ainda que imperfeito, deve ser considerado como relevante para a criação de normas internacionais.

Palavras-chave: Proteção diplomática; Direito; Dever; Previsão doméstica; Relevante.

Abstract: Diplomatic protection is received by the international order as a right of the State without a related duty. This means that the State of nationality is not obliged to intervene on behalf of the injured citizen abroad. A part of the doctrine considers, however, that diplomatic protection could be, at the same time, a right

¹ Doutor em Direito.

and an obligation of the State. It is true, however, that the national legislator can impose on the State the obligation to protect its citizens abroad. In this case, a true duty of diplomatic protection arises for the State and for the individual a right to demand that this obligation be respected. Using the hypothetical deductive method, this work intends to briefly analyze the content of the domestic provision of the right to diplomatic protection. We believe that the internal recognition of an individual's right to protection abroad, however imperfect, must be treated as relevant to the creation of international norms.

Keywords: Diplomatic protection; Law; Duty; Domestic provision; Relevant.

Sumário: 1. Introdução; 2. Discricionariedade e Proteção Diplomática; 3. Previsão Doméstica à Proteção Diplomática; 4. Considerações Finais; 5. Bibliografia.

1. Introdução

Esse trabalho utiliza-se do método hipotético dedutivo para investigar a relevância da previsão doméstica para a criação de uma obrigação internacional de exercício da proteção diplomática.

Como sabemos, o princípio voluntarista é confirmado pela prática e pela jurisprudência internacional no sentido de acolher a abstenção do dever do Estado para agir através da proteção diplomática. Entretanto, o direito interno pode conter disposições que conferem ao nacional o direito de ser protegido pelo seu Estado de nacionalidade. Isso significa que o legislador nacional pode impor ao Estado a obrigação de proteger seu cidadão no estrangeiro, fazendo nascer para o Estado um verdadeiro dever de proteção diplomática e para o particular um direito de exigir que tal obrigação seja respeitada.

Assim, passando pelos países do antigo bloco comunista, analisaremos brevemente o teor do direito de proteção do nacional no estrangeiro na Itália, na Espanha, na França, na Suíça, no Reino Unido, em Israel, nos Estados Unidos, na Alemanha e em Portugal. Podemos adiantar, todavia, que um estudo generalizado das previsões constitucionais e de sua interpretação revela que o reconhecimento do direito individual à proteção diplomática pela ordem interna permanece imperfeita até os dias de hoje, apesar de ser um acontecimento jurídico registrado há bastante tempo.

O maior impacto do direito interno no Direito Internacional no tema da proteção diplomática parece derivar, contudo, da prática recente dos Estados que sinaliza para a possibilidade de revisão judicial da recusa ou inação do executivo em prestar assistência do nacional no exterior.

2. Discricionariedade e Proteção Diplomática

Para o Direito Internacional clássico, a ação do Estado através da proteção diplomática é absolutamente discricionária. Isso significa que o Estado de nacionalidade não está obrigado a intervir em favor do cidadão lesado no estrangeiro. O tipo do dano sofrido pelo cidadão é, a propósito, indiferente para a decisão do Estado. Na verdade, o Estado pode utilizar de critérios suplementares autônomos para acordar ou para rejeitar a sua proteção diplomática, não havendo controle internacional para julgamento da sua responsabilidade. Assim, a proteção diplomática é recebida pelo ordenamento Internacional como um direito do Estado sem dever correlato ².

Uma parcela da doutrina considera, contudo, que a proteção diplomática poderia ser, ao mesmo tempo, um direito e uma obrigação do Estado. Segundo Vattel, por exemplo, quem maltrata um cidadão ofende indiretamente o Estado, que deve proteger esse cidadão. Ele explica, que o Estado deve vingar a injúria, obrigar, se ele pode o agressor a uma inteira reparação do dano ou o punir. Para Vattel, além de um direito também haveria uma obrigação inerente ao Estado de proteger o seu nacional em decorrência de um ilícito internacional³.

Em termos gerais, a doutrina clássica do Direito Internacional só utiliza a primeira parte desse raciocínio, omitindo a frase que estabelece para o Estado o dever de proteger seu nacional. Deve-se mencionar, entretanto, que a tese de Vattel não cria qualquer direito para o estrangeiro em face do seu Estado de nacionalidade. Pelo contrário, uma injúria cometida contra o nacional de um determinado Estado é tida como uma violação contra o Estado de nacionalidade daquele cidadão. Recordamos, que a tese de Vattel foi formulada numa época em que o indivíduo não tinha direito reconhecido pelo Direito Internacional. Naquele tempo, somente os Estados detinham personalidade jurídica internacional ⁴.

A tese de Vattel foi, sem dúvida, um marco decisivo na história das relações internacionais, apesar de ter deixado sem resposta uma importante

² D. ANZILOTTI, "La Responsabilité Internationale des Etats à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers", *Revue générale de droit international public*, XVIII, 1906, pp.5-7; P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public- Avec la mention de la pratique internationale e suisse*, Genebra, Librairie de l'Université. George e C. S.A, I, 1967, pp. 310-31; L. CAFLISCH, "La Pratique Suisse de la Protection Diplomatique", in J. F. FLAUSS (dir.), *La Protection Diplomatique- Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.76-77.

³ E. Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Neuchatel, De L'Imprimerie de la Société Typographique, 2, 1774, p.72.

⁴ L. DUBOIS, "La Distinction entre le Droit de l'Etat Réclamant et le Droit du Ressortissant dans la Protection Diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)", *Revue Critique de Droit International Privé*, 67, 1978, p. 621; C.F.AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp.79-80.

questão formal: para quem, afinal, o dever de proteção seria devido? Isto é, se não poderia haver litígio internacional entre o particular e o Estado, como explicar um dever de proteção do Estado? Talvez pela consciência de que estava à frente do seu tempo, Vattel não arriscou responder a essa pergunta. Enquanto isso, discussões doutrinárias posteriores dividiram opiniões sobre a existência e o sentido de uma obrigação de proteção restrita aos Estados.

Segundo BERLIA, a proteção diplomática tende a ser um direito próprio do indivíduo. SCELLE entende, contudo, que o governo que desobedece ao exercício de sua competência de proteção coloca em jogo a responsabilidade objetiva do Estado ou, eventualmente, a sua própria responsabilidade subjetiva. BLUNTSCHLI, de forma mais enfática, sustenta que o Estado tem o direito e o dever de proteger seus nacionais no estrangeiro desde que utilize dos meios permitidos pelo direito internacional. Já FAUCHILLE defende que o Estado goza de um certo poder de apreciação no exercício da proteção de nacionais no estrangeiro. Para ele, o Estado deve colocar na balança o interesse individual e o interesse coletivo da nação. O interesse geral deve prevalecer sob o interesse particular, principalmente se a demanda de reparação pode provocar resistência a tal ponto, que a paz dos Estados seja posta em risco ⁵.

Na opinião de BROCHARD, um dever de proteção diplomática só poderia ser assimilado a um dever moral, pois não existem meios, no plano internacional, para assegurar o seu cumprimento. Além disso, é o Estado quem determina se o prejuízo sofrido por um dos seus nacionais foi suficientemente grave ou se o interesse político envolvido na questão é, de fato, urgente para justificar o exercício dos poderes de proteção. Assim, para BORCHARD, o direito de proteção diplomática poderia ser resumido a um simples privilégio de pedir proteção ou, ainda, como um direito imperfeito. O direito será sempre imperfeito quando a sua obrigação correspondente depende do julgamento de outrem. A proteção diplomática teria, portanto, uma natureza política e não jurídica. Por outro lado, a responsabilidade pela sua execução diria respeito a toda nação e não só ao cidadão individualmente ⁶.

Este mesmo princípio voluntarista foi confirmado pela prática e pela jurisprudência internacional, que invariavelmente acolheram a abstenção do dever e a autonomia do poder de decisão do Estado para agir através da proteção

⁵ G. BERLIA, "Contribution a L'Etude de la Nature de la Protection Diplomatique", *Annuaire Francais de Droit International*, 3, 1957, p.72; G. SCELLE, "Règles Générales du Droit de la Paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 46, 4, 1933, p.660; M. BLUNTSCHLI, *Le Droit International Codifié*, Paris, Librairie Guillaumin et C^o, 1881, p. 230; P. FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public*, Paris, Rousseau e cia Editeurs, I, Primeira Parte, 1922, pp.884-886. Ver também: L.L.D. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, Londres, NovaYork, Bombaim, Longman, Green and Co.,1, 1905, pp. 374-375.

⁶ E.M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing, 1915, pp.29-30 e 356.

diplomática. Nessa matéria, o notório caso Barcelona Traction faz a ilustração mais precisa sobre o caráter discricionário da proteção diplomática. Para a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Estado dispõe de um poder discricionário cujo exercício pode depender de considerações de ordem política, estranhas ao caso em espécie. A Corte relembra, assim, que um Estado pode exercer a sua proteção diplomática pelos meios e medidas que julgar apropriado. As pessoas físicas e jurídicas permanecem, contudo, sem recurso no Direito Internacional se estimam que seus direitos não foram suficientemente protegidos pelos respectivos Estados. Para defender sua causa e obter justiça, só restaria aos sujeitos lesados *de facto* apelar ao direito interno, caso este lhes ofereça meios ⁷.

3. Previsão Doméstica à Proteção Diplomática

O direito interno pode, de fato, conter disposições que conferem ao nacional o direito de ser protegido pelo seu Estado de nacionalidade. Isto é, o legislador nacional pode impor ao Estado a obrigação de proteger seu cidadão no estrangeiro. Neste caso específico, nasce para o Estado um verdadeiro dever de proteção diplomática e para o particular um direito de exigir que tal obrigação seja respeitada. Os juízes do caso Barcelona Traction alertaram, contudo, que tais questões permanecem na alçada do direito nacional e não modificam a situação do plano internacional. Ou seja, o dever de proteção só poderá ser questionado através das instâncias judiciais dos respectivos Estados⁸.

Nesse tocante, o primeiro relatório de DUGARD sobre a proteção diplomática menciona um certo número de Estados, notadamente países do antigo bloco comunista, que reconhecem nas suas disposições constitucionais o direito de proteção do particular no estrangeiro. Esse é o caso da Albânia, da Bielorrússia, da Bósnia, da Bulgária, do Camboja, da China, da Croácia, da Estônia, da Macedônia, da Rússia, da Geórgia, da Hungria, do Cazaquistão, da Letônia, da Lituânia, da Polónia, da Romênia, do Laos, da Ucrânia e do Vietnã, entre outros. DUGARD alerta, porém, que as disposições constitucionais desses países são compostas por fórmulas muito vagas. Isto é, que estabelecem pouco mais do que “o Estado protege direitos legítimos do cidadão no estrangeiro” ou que “os cidadãos do Estado dispõem de proteção quando residam no estrangeiro”⁹.

⁷ Acórdão da CIJ de 5.02.1970. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain*, p. 44, pesquisável em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, (acedido em 27 de junho de 2022).

⁸ Acórdão da CIJ de 5.02.1970. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain*, p. 44, pesquisável em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, (acedido em 27 de junho de 2022).

⁹ J. R. DUGARD, “Premier rapport sur la protection diplomatique. Doc. A/CN.4/506”, 2000, p. 24, pesquisável em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/330/76/PDF/>

Para MALENOVSKY, as disposições constitucionais dos países da Europa central e oriental (PECO) foram propositalmente formuladas para não garantir direitos judiciais. Nenhuma dessas constituições se refere à proteção diplomática, mas somente à defesa e à assistência do nacional no estrangeiro. Além disso, salvo exceções, não existem casos de aplicação prática dessas disposições na história mais recente dos países do antigo bloco comunista. Nos arquivos do Ministério dos Negócios Estrangeiros da República Tcheca, por exemplo, não se encontra qualquer processo que atesta o exercício da proteção diplomática ¹⁰.

Já na Itália, um particular poderá se servir do direito interno com objetivo de estimular a ação diplomática ou mesmo censurar a falta dela. A constituição italiana não é, todavia, expressa quanto aos mecanismos jurídicos da ação através da proteção diplomática, mantendo-se a prerrogativa geral da discricionariedade do poder do Estado para julgar se deve intervir ou não. FERRARI BRAVO, a propósito, cita um caso em que a possibilidade de proteção diplomática foi posta em segundo plano por interesses do Estado italiano de manter concessões petrolíferas na Líbia. Nesse caso, contudo, os cidadãos italianos expropriados na Líbia foram indenizados pela própria Itália ¹¹.

A Constituição da Espanha de 1978 estabelece, propriamente, que o Estado velará pela salvaguarda dos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores espanhóis no estrangeiro. Pesa, assim, sob a administração pública espanhola a obrigação de indenizar danos cometidos contra o particular no estrangeiro em caso de não exercício ou de exercício inadequado da proteção diplomática. PASTOR RIDRUEJO cita, como exemplo, o caso do Supremo Tribunal de 1974. Nesse caso, o governo espanhol não considerou politicamente oportuno o exercício da proteção diplomática de um cidadão, que se encontrava na Guiné Equatorial. Conseqüentemente, o Supremo Tribunal espanhol concedeu uma indenização ao cidadão com base no argumento de que a lesão ocorreu em detrimento do

N0033076.pdf?OpenElement, (acedido em 27 de junho de 2022).

¹⁰ Para melhor entender situação atual da proteção diplomática nos PECO, deve-se recordar que até a década de 90 todos os Estados socialistas e democracias populares da época mantinham seu monopólio sobre o comércio exterior. Qualquer atividade econômica ou comercial de um nacional no exterior estava repleta de interdições e restrições impostas pela norma interna. De outra maneira, o fenômeno de emigração era considerado um problema ideológico e político. A relação do Estado socialista com os emigrantes e exilados era, portanto, hostil. Logo, a proteção dos seus interesses no estrangeiro era impensável. Cf. J. MALENOVSKY, “La Pratique de la Protection Diplomatique dans les P.E.C.O., en République Thèque en Particulier”, in J.F. FLAUS (dir.) *La Protection Diplomatique-Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp 98-100.

¹¹ Cf. L. FERRARI BRAVO, “La Pratique Italienne de la Protection Diplomatique”, in J.F. FLAUS (dir.), *La Protection Diplomatique-Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.88-91. Sobre o tema da proteção diplomática, ver: P. PUSTORINO, “Recenti Sviluppi in tema di Protezione Diplomatica”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 89, Fasc 1, 2006, pp.69-104.

mau funcionamento dos serviços públicos ¹².

Na França, o direito de proteção diplomática é reconhecido como um ato de governo. Ou seja, o cidadão francês não tem acesso ao controle de legalidade da decisão, que ofereceu ou recusou a sua proteção diplomática. Em contrapartida, existe um controle jurisdicional sobre os atos de reparação que envolvem indenizações globais. A lei francesa também prevê hipóteses de concessão direta de indenização às vítimas de perdas materiais no estrangeiro. Esse é, aliás, o caso do Fundo de Garantia das Vítimas de Atos de Terrorismo e de outras Infrações (FGTI), organismo francês que tem por missão indenizar vítimas na França ou em países terceiros ¹³.

A prática constitucional suíça, segundo CAFLISCH, não obriga o exercício da proteção diplomática. Contudo, o nacional suíço vítima de ato contrário ao direito internacional tem o direito à restituição ou à indenização pelo dano sofrido. Além disso, disposições do Regulamento do Serviço Diplomático e Consular de 1967 reconhecem que, em princípio, as missões consulares suíças têm o dever de prestar assistência aos seus nacionais. Nesse caso, porém, o nacional deverá reembolsar à repartição consular de todos os custos despendidos em seu favor e caso não tenha meios de pagamento, a sua comunidade de origem deverá garantir as suas despesas. Por outro lado, a partir do momento em que a Confederação aceita intervir através da proteção diplomática fica impedida para agir de maneira nociva aos interesses nacionais ¹⁴.

No Reino Unido, estima-se que reunidas as principais condições de exercício do endosso, quais sejam: a nacionalidade e o esgotamento dos recursos, o cidadão terá a esperança legítima de se beneficiar da proteção diplomática da Coroa. Em Israel, a jurisprudência obriga o Governo a proteger nacionais no país inimigo, apesar de não haver uma disposição legislativa formal que

¹² J. PASTOR RIDRUEJO, “La Pratique Espagnole de la Protection Diplomatique”, in J.F. FLAUSS (dir.), *La Protection Diplomatique-Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.110-113; Artigo 42º e artigo 106 da *Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978*, pesquisável em <https://iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978> (acedido em 03 27 de junho de 2022). Sobre a prática espanhola em matéria de proteção diplomática, ver: A.G. CHUECA SANCHO, *El Derecho Internacional Público en la Prática*, Egado Universidad, Zaragoza, 1996, pp.154-157.

¹³ O Fundo de garantia das vítimas de atos de terrorismo e de outras infrações foi criado em 6 julho de 1990 e já indenizou diversas vítimas de atos terroristas cometidas no estrangeiro. Ver: J.P. PUISSOCHET, “La Pratique Française de la Protection Diplomatique”. in J.F. FLAUSS (dir.) *La Protection Diplomatique- Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.116-118.

¹⁴ L. CAFLISCH, “La Pratique Suisse de la Protection Diplomatique”, in J. F. FLAUSS (dir.), *La Protection Diplomatique- Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.75-79 e 656-657; “Switzerland”, in E. LAUTERPACHT e J.G. COLLIER (ed.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium*, Nova York, Praeger, 1977, pp.504-508. Ver também o artigo 184º da *Constituição Federal da Confederação Suíça, de 18 de abril de 1999*, pesquisável em https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf, (acedido em 27 de junho de 2022).

imponha ao Estado o dever de proteção diplomática. Nos Estados Unidos, o *Hostage Act* de 1868 concede autoridade ao Presidente para intervir todas as vezes que um cidadão americano for injustamente privado da sua liberdade no estrangeiro. Cabe ao Presidente norte-americano, porém, empregar os meios que julgar conveniente para obter ou assegurar a libertação do nacional¹⁵.

A Lei Fundamental de Bona reconhece a proteção dos direitos fundamentais do seu nacional no exterior, a que os tribunais chamam de *Auslandsschutz*. Essa proteção pode ser exercida por qualquer órgão do Estado e não somente pelos serviços do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Isso significa, a princípio, que o cidadão alemão deslocado no estrangeiro pode solicitar tanto a proteção diplomática, como a proteção consular do seu Estado. Recorde-se que na proteção consular o Estado age preventivamente, enquanto na proteção diplomática é necessário que um fato ilícito tenha ocorrido¹⁶.

Uma parte da doutrina germânica e a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã admite, contudo, que o direito subjetivo do nacional alemão seria apenas o de obrigar o Estado a tomar uma decisão sobre o exercício legal e adequado do seu poder discricionário. Ou seja, a proteção diplomática nem seria um direito absoluto do indivíduo, nem um dever vinculado do Estado. Ela seria, na verdade, um dever de exercício discricionário do Estado. Isso quer dizer que o Estado alemão é livre para decidir sobre o exercício do seu dever de proteção diplomática, levando-se em conta os interesses políticos e a conveniência das suas relações externas. A violação do dever de proteção diplomática só poderia ser contestada, portanto, se a decisão de agir ou de não agir tivesse tido fundamento em razões arbitrárias¹⁷.

¹⁵ C. WARBRICK, "Protection of Nationals Abroad", *International and Comparative Law Quarterly*, 37, Parte 4, 1988, pp.1006-1010; "Diplomatic Representations and Diplomatic Protection", *International and Comparative Law Quarterly*, 51, Parte 3, 2002, pp.724-727; Y. BLUM, "Israel", in E. LAUTERPACHT E J.G. COLLIER (ed.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p.314. Sobre o princípio da aplicação do *Hostage Act* de 27 de julho de 1868, ver: H. G. PIPER, "Executive Power under the Hostage Act: New Life for an Old Law", *Cornell International Law Journal*, 14, 2, 1981, pp. 369-403; J. M. YOUNG, "Torture and Inhumane Punishment of United States Citizens in Saudi Arabia and the United States Government's Failure to Act", *Hastings International Comparative Law Review*, 16, 1993, p.663 ss; K. HUGHES, "Hostages' Rights: The Unhappy Legal Predicament of an American Held in Foreign Captivity", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 26, 4, 1993, p.555 ss.

¹⁶ Em alemão, *Auslandsschutz* significa proteção internacional. Ver: G. RESS, "La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique", in J. FLAUSS (dir.) *La Protection Diplomatique-Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.132. Para uma descrição da tradição constitucional alemã a respeito da proteção diplomática, ver: W. K. GECK, "Diplomatic Protection", in R. BERNHARDT (ed), *Encyclopaedia of Public International Law*, 1, Amsterdam, North Holland, 1992, p.1052.

¹⁷ Cf. RESS, "La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique", in J. FLAUSS (dir.) *La Protection Diplomatique-Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.134-138; F.

Por essa razão, GEORG RESS compara o direito constitucional de proteção diplomática alemão a um *nudum iuris*. E acrescenta que devido à grande escala do poder discricionário das autoridades alemãs quase não se veem ações jurisdicionais com resultado positivo para forçar a atuação concreta e específica da proteção diplomática ou mesmo para pedir a reparação do Estado em face da sua omissão¹⁸.

Em termos mais concretos, a Constituição portuguesa de 1976 assegura a proteção do Estado para o exercício dos direitos do nacional que se encontre ou resida no estrangeiro. O cidadão português dispõe, assim, de um direito fundamental à proteção diplomática. FAUSTO DE QUADROS revela, porém, que o legislador constituinte não tinha a consciência de que se referia ao instituto da proteção diplomática quando tratou da proteção de portugueses no estrangeiro. Na verdade, segundo o autor, a expressão “proteção diplomática” não foi sequer utilizada nos trabalhos preparatórios do preceito, cuja discussão na Comissão Eventual de Revisão Constitucional foi considerada estéril e politizada¹⁹.

Com efeito, a redação daquele preceito constitucional é bastante ampla e conduz o Estado a um compromisso acrescido em face do seu nacional. Isto é, tomando-se unicamente por base a letra do preceito, pode-se afirmar que Portugal tem um dever de proteção diplomática *latu sensu*. Segundo CONDORELLI, o conceito de proteção diplomática *latu sensu* inclui tanto a noção de proteção diplomática tradicional ou *stricto sensu*, quanto o que ele chama de proteção diplomática preventiva²⁰.

Também caberia ao nacional português a possibilidade de recorrer aos tribunais internos para responsabilizar o Estado pela renúncia à indenização

QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 411. Ver também, E. KLEIN, “Anspruch auf diplomatischen Schutz?”, in G. RESS e T. STEIN (Org.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1996, p.134 ss;

¹⁸ RESS, “La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique”, in J. FLAUSS (dir.) *La Protection Diplomatique-Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.150-151. Para uma breve explanação sobre história da Constituição alemã desde o seu lançamento em Bona, ver: V. MOREIRA, “50 Anos da Lei Fundamental Alemã”, *Revista Jurídica da Presidência*. I, 2, junho de 1999, pesquisável em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1024>, (acedido em 27 de junho de 2022).

¹⁹ A Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976 estabelece no seu artigo 14 que: “Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”. *Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976*, pesquisável em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (acedido em 27 de junho de 2022); QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 411.

²⁰ Cf. L. CONDORELLI, “La Protection Diplomatique et l’Evolution de son Domaine d’Application Actuelle”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 86, 1, 2003, pp.7-8.

que tinha direito, pela negociação de uma indenização inferior à devida, como pode acontecer num acordo *lump sum*, ou por não se ter observado a diligência necessária medida pelo critério do homem prudente. Dessa forma, o nacional português poderia interpor uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado para reclamar sobre a indenização, sobre a falta de diligência ou mesmo sobre a omissão no dever constitucional da proteção diplomática. A Constituição portuguesa assegura, por certo, que os particulares lesados nos seus direitos e interesses por ato da Administração sempre poderão interpor um recurso contencioso. O Provedor de Justiça também poderá apreciar queixas de cidadãos em razão de atos e omissões do poder público e encaminhará aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenção e reparação de injustiças²¹.

Na verdade, a maioria dos países oferece recursos aos tribunais nacionais para garantir a transferência de indenizações recebidas pelo Estado através da proteção diplomática e para controlar as reparações. São mais raras, porém, as ações judiciais sobre o direito do indivíduo de se beneficiar da proteção diplomática ou sobre a obrigação do Estado de conceder tal proteção.²²

Segundo TOUZÉ, o reconhecimento do direito individual à proteção diplomática pela ordem interna não é um acontecimento jurídico recente, apesar da sua qualificação subjetiva permanecer imperfeita até os dias de hoje. Se comparamos as diferentes disposições constitucionais em vigor podemos confirmar a relatividade da previsão doméstica da proteção diplomática, que se manifesta principalmente nas regras constitucionais que têm por princípio recordar a prerrogativa do Estado para proteger o seu nacional. Essas disposições constitucionais estimam reafirmar a competência do Estado sem anunciar qualquer direito ou obrigação de ação através da proteção diplomática. Isso se verifica com mais frequência, aliás, quando a inscrição da regra de proteção é feita nas disposições gerais, que tratam da competência e dos meios de ação do Estado em matéria de relações exteriores²³.

²¹ QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 409-414; R.M.G. MOURA RAMOS, "La Protection des Droits Fondamentaux au Portugal", *Das Comunidades à União Européia- Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2º ed., 1999, p.203.

²² M. BENNOUNA, "Rapport préliminaire sur la protection diplomatique. Doc. A/CN.4/484", 1998, p. 8, pesquisável em <https://legal.un.org/ilc//sessions/50/docs.shtml> (acedido em 27 de junho de 2022). Sobre o tema, ver: G. Perrin, "Réflexions sur la Protection Diplomatique", *Mélanges Marciel Bridel*, Lausanne, Imprimeires Réunies, 1968, pp.395-396; R. L. Bindschedler. "La protection de la propriété privée en droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 90, 1956, pp. 228-244.

²³ S. TOUZÉ, *La Protection des Droits des Nationaux a l'Etranger-Recherches sur la Protection Diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp.271-274.

Nesses casos, a proteção diplomática é reconhecida como um instrumento, entre tantos, ao alcance do Estado para conduzir a sua política externa e não como uma obrigação de proteção do nacional deslocado. A Constituição taiwanesa de 1947 é um exemplo particular desse modelo. No seu artigo 141^o, ela estabelece o dever de proteger os direitos e interesses de cidadãos chineses residentes no exterior em meio às prioridades da política estrangeira da República da China (Taiwan)²⁴.

Em outros casos, porém, o texto constitucional que estabelece a proteção do nacional no estrangeiro se insere na parte consagrada aos direitos da nacionalidade. O direito de proteção do nacional no estrangeiro é, assim, posto em paralelo com o direito de não ser extraditado, de poder entrar no seu Estado de origem ou de não perder a sua nacionalidade. A inclusão do direito de proteção entre os predicados reconhecidos aos indivíduos em razão da sua nacionalidade não revela, contudo, um direito específico de ação diplomática. Aliás, a afirmação da proteção enquanto benefício da nacionalidade é um artifício redundante, pois a nacionalidade é uma das condições que habilita o Estado a agir em favor de uma pessoa privada no estrangeiro. A regra constitucional que emprega a proteção do cidadão no estrangeiro como prolongamento dos direitos da nacionalidade serve, efetivamente, para distinguir o direito dos nacionais do direito dos estrangeiros que vivem em seu território²⁵.

4. Considerações Finais

Como se denota, um estudo generalizado das previsões constitucionais e de sua interpretação revela que os Estados não conferem direitos subjetivos à proteção do nacional no exterior, mas apenas prerrogativas que dependem de considerações políticas e de oportunidades das relações diplomáticas em

²⁴ O artigo 141^o da Constituição de 1947: “A política externa da República Popular da China deve ser concebida num espírito de independência e autossuficiência e com base nos princípios da igualdade e reciprocidade para promover relações amistosas com outras nações e respeitar os tratados e da Carta das Nações Unidas, de modo a proteger os direitos e interesses dos cidadãos chineses residentes no estrangeiro, promover a cooperação internacional, promover a justiça internacional, e garantir a paz mundial”. *Constituição da República da China, de 25 de dezembro de 1947 (Taiwan)*, pesquisável em <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001> (acedido em 27 de junho de 2022 de 2021).

²⁵ Para uma análise minuciosa da regra da nacionalidade na proteção diplomática, ver: P. M. BLASER. *La Nationalité et la Protection Juridique Internationale de L'Individu*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, 1962, p.13 ss. Cumpre esclarecer, que apesar da proteção diplomática ter sido introduzida no acervo do Direito Europeu pelo Tratado de Maastricht, em 1992, optaremos por manter esse estudo restrito à relação específica entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

causa. Isto quer dizer que o indivíduo pode requerer a sua proteção, mas nada indica que se trate de um direito capaz de obrigar o Estado nacional a protegê-lo. Por essa razão, talvez, uma parte da doutrina ainda destaca a irrelevância da previsão doméstica para a criação de uma obrigação internacional de exercício da proteção diplomática. Aliás, os juízes do caso *Barcelona Traction* mencionaram expressamente que as questões remanescentes do direito interno não afetam a situação do plano internacional.

Cumprе mencionar, todavia, que doutrina que defende a irrelevância da previsão doméstica na criação de normas internacionais se apoia numa tese superada. Nós partilhamos da opinião contrária, cuja distinção entre as ordens interna e internacional não consegue ser justificada. Consideramos que haveria conclusões autônomas e passíveis de aplicação em ambos os níveis do direito. Por isso, a previsão doméstica do direito individual à proteção do cidadão no estrangeiro, ainda que imperfeita, deve ser considerada como muito relevante para o estabelecimento de um direito/dever internacional de proteção diplomática.

Recordamos que o processo de humanização do Direito Internacional passa pelo fortalecimento e ascensão da consciência jurídica universal como fundamento do Direito Internacional. Nesse aspecto, o direito interno de proteção diplomática presta-se como um vigoroso instrumento de revelação da consciência jurídica universal, do qual deriva todo o Direito, especialmente o Direito Humano Internacional.

O maior impacto do direito interno no tema da proteção diplomática deriva, porém, da prática recente dos Estados que sinaliza para a possibilidade de revisão judicial da recusa ou inação do executivo em prestar assistência do nacional no exterior. Assim, sem esquecer as implicações políticas de cada caso e as possibilidades de que dispõe o governo, a jurisprudência nacional vem exigindo um padrão mínimo, ainda que indefinido, de ação do Estado para proteção do nacional no exterior. Ou seja, independentemente de uma previsão legal expressa e clara, vários tribunais nacionais têm entendido que o governo pode ser responsabilizado em matéria de proteção diplomática.

Entre os casos mais relevantes em que tribunais de diferentes sistemas legais foram chamados a decidir sobre um direito/dever de exercício da proteção diplomática, interessa citar: o caso *Rudolf Hess*, na Alemanha; *Abbasi*, no Reino Unido; *Kaunda*, na África do Sul e, mais recentemente, *Couso*, na Espanha. Nesse último caso, a propósito, a Audiência Nacional espanhola concedeu uma indenização em favor dos sucessores do Sr. Couso, considerando que o princípio da igualdade perante os encargos públicos assegura que os particulares não tem a obrigação de suportar individualmente a política exterior empreendida pelo Estado em favor do conjunto ou da generalidade dos cidadãos. E que na ausência de previsões legais específicas da obrigação

do Estado de exercer a proteção diplomática esta obrigação poderá nascer da necessidade de tronar efetivos os valores e princípios constitucionais ²⁶.

5. Bibliografia

A.G. CHUECA SANCHO, *El Derecho Internacional Público en la Práctica*, Egido Universidad, Zaragoza, 1996.

Acórdão da CIJ de 5.02.1970. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain*, pesquisável em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, (acedido em 27 de julho de 2022).

Acórdão do BVerfGE de 16.12.1980, *Rudolf Hess*, proferido no processo 2 BvR 419/80 pesquisável em <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=16.12.1980&Aktenzeichen=2%20BvR%20419/80>, (acedido em 27 de julho de 2022).

Acórdão do The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative and Divisional Court de 6.11.2002, *Abbasi*, proferido no processo n.º C/2002/0617A; 0617B, pesquisável em [https://www.lawteacher.net/cases.R\(Abbasi\)vForeignSecretary\[2002\]-LawTeacher/](https://www.lawteacher.net/cases/R(Abbasi)vForeignSecretary[2002]-LawTeacher/), (acedido em 27 de julho de 2022).

Acórdão do The Constitutional Court of South Africa de 4.08.2004, *Kaunda*, proferido no processo n.º CCT 23/04, pesquisável em <https://www.globalhealthrights.org/samuel-kaunda-ors-v-president-of-the-republic-of-south-africa-ors/>, (acedido em 27 de julho de 2022).

Acórdão da Audiencia Nacional de 11.12.2019. *Couso*, proferido no processo de n.º 494/2005, pesquisável em <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d3da9aa06788aeec>, (acedido em 27 de julho de 2022).

C. F. AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

C. WARBRICK, "Diplomatic Representations and Diplomatic Protection", *International and Comparative Law Quarterly*, 51, Parte 3, 2002.

C. WARBRICK, "Protection of Nationals Abroad", *International and Comparative Law Quarterly*, 37, Parte 4, 1988.

Constituição da República da China, de 25 de dezembro de 1947 (Taiwan), pesquisável em <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>,

²⁶ Acórdão do BVerfGE de 16.12.1980, *Rudolf Hess*, proferido no processo 2 BvR 419/80 pesquisável em <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=16.12.1980&Aktenzeichen=2%20BvR%20419/80>, (acedido em 27 de junho de 2022); Acórdão do The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative and Divisional Court de 6.11.2002, *Abbasi*, proferido no processo n.º C/2002/0617A; 0617B, pesquisável em [https://www.lawteacher.net/cases.R\(Abbasi\)vForeignSecretary\[2002\]-LawTeacher/](https://www.lawteacher.net/cases.R(Abbasi)vForeignSecretary[2002]-LawTeacher/), (acedido em 27 de junho de 2022); Acórdão do The Constitutional Court of South Africa de 4.08.2004, *Kaunda*, proferido no processo n.º CCT 23/04, pesquisável em <https://www.globalhealthrights.org/samuel-kaunda-ors-v-president-of-the-republic-of-south-africa-ors/>, (acedido em 27 de junho de 2022); Acórdão da Audiencia Nacional de 11.12.2019. *Couso*, proferido no processo de n.º 494/2005, pesquisável em <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d3da9aa06788aeec>, (acedido em 27 de junho de 2022).

(acedido em 27 de julho de 2022).

Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, pesquisável em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, (acedido em 27 de julho de 2022).

Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978, pesquisável em <https://iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>, (acedido em 27 de julho de 2022).

Constituição Federal da Confederação Suíça, de 18 de abril de 1999, pesquisável em https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf, (acedido em 27 de julho de 2022).

D. ANZILOTTI, “La Responsabilité Internationale des Etats à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers”, *Revue générale de droit international public*, XVIII, 1906.

E. KLEIN, “Anspruch auf diplomatischen Schutz?”, in G. RESS e T. STEIN (Org.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1996.

E. VATTEL, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Neuchatel, De L’Imprimerie de la Société Typographique, 2, 1774.

E.M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing, 1915.

F. QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1998.

G. BERLIA, “Contribution a L’Etude de la Nature de la Protection Diplomatique”, *Annuaire Francais de Droit International*, 3, 1957.

G. FERRIN, “Réflexions sur la Protection Diplomatique”, *Mélanges Marciel Bridel*, Lausanne, Imprimeires Réunies, 1968.

G. RESS, “La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique”, in J. FLAUSS (dir.) *La Protection Diplomatique-Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

G. SCELLE, “Règles Générales du Droit de la Paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 46, 4, 1933.

H. G. PIPER, “Executive Power under the Hostage Act: New Life for an Old Law”, *Cornell International Law Journal*, 14, 2, 1981.

J. M. YOUNG, “Toture and Inhumane Punishment of United States Citizens in Saudi Arabia and the United States Government’s Failure to Act”, *Hastings International Comparative Law Review*, 663, 1993.

J. MALENOVSKY, “La Pratique de la Protection Diplomatique dans les P.E.C.O., en République Thèque en Particulier”, in J.F. FLAUSS (dir.), *La Protection Diplomatique-Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

J. PASTOR RIDRUEJO, “La Pratique Espagnole de la Protection Diplomatique”, in J.F. FLAUSS (dir.), *La Protection Diplomatique-Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

J. R. DUGARD, “Premier rapport sur la protection diplomatique. Doc. A/CN.4/506”, 2000, pesquisável em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/330/76/PDF/N0033076.pdf?OpenElement>, (acedido em 27 de junho de 2022).

J.P. PUISSOCHET, “La Pratique Française de la Protection Diplomatique”. in

J.F. Flauss, (dir.) *La Protection Diplomatique- Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

K. HUGHES, "Hostages' Rights: The Unhappy Legal Predicament of an American Held in Foreign Captivity", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 26, 4, 1993.

L. CAFLISCH, "La Pratique Suisse de la Protection Diplomatique", in J. F. Flauss (dir.), *La Protection Diplomatique- Mutations Contemporaines et Pratiques Nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

L. CAFLISCH, "Switzerland", in E. Lauterpacht e J.G. Collier (ed.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium*, Nova York, Praeger, 1977.

L. CONDORELLI, "La Protection Diplomatique et l'Evolution de son Domaine d'Application Actuelle", *Rivista di Diritto Internazionale*, 86, 1, 2003.

L. DUBOIS, "La Distinction entre le Droit de l'Etat Réclamant et le Droit du Ressortissant dans la Protection Diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)", *Revue Critique de Droit International Privé*, 67, 1978.

L. FERRARI BRAVO, "La Pratique Italienne de la Protection Diplomatique", in J.F. Flauss (dir.), *La Protection Diplomatique-Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

L.L.D. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, Londres, Nova York, Bombaim, Longman, Green and Co., 1, 1905.

M. BENNOUNA, "Rapport préliminaire sur la protection diplomatique. Doc. A/CN.4/484", 1998, pesquisável em <https://legal.un.org/ilc/sessions/50/docs.shtml>, (acedido em 27 de junho de 2022).

M. BLUNTSCHLI, *Le Droit International Codifié*, Paris, Librairie Guillaumin et C^o, 1881.

P. FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public*, Paris, Rousseau e cia Editeurs, I, Primeira Parte, 1922.

P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public- Avec la mention de la pratique internationale e suisse*, Genebra, Librairie de l'Université. George e C. S.A, I, 1967.

P. M. BLASER, *La Nationalité et la Protection Juridique Internationale de L'Individu*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, 1962.

P. PUSTORINO, "Recenti Sviluppi in tema di Protezione Diplomatica", *Rivista di Diritto Internazionale*, 89, Fasc 1, 2006.

R. L. BINDSCHEDLER, "La protection de la propriété privée en droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 90, 1956.

R.M.G. MOURA RAMOS, "La Protection des Droits Fondamentaux au Portugal", *Das Comunidades à União Européia- Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2^o ed., 1999.

S. TOUZÉ, *La Protection des Droits des Nationaux a l'Etranger-Recherches sur la Protection Diplomatique*, Paris, Pedone, 2007.

V. MOREIRA, "50 Anos da Lei Fundamental Alemã", *Revista Jurídica da Presidência*, I, 2, junho de 1999, pesquisável em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1024>, (acedido em 27 de julho de 2022).

W. K. GECK, "Diplomatic Protection", in R. Bernhardt (ed), *Encyclopaedia of Public International Law*, 1, Amsterdam, North Holland, 1992.

Y. BLUM, "Israel", in E. Lauterpacht e J.G. Collier (ed.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium*, New York, Praeger, 1977.