

# A denegação de justiça no Direito Internacional: doutrina, jurisprudência, prática dos Estados

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati)

## I. *Sentido próprio e alcance da denegação de justiça*

O conceito de denegação de justiça, tão freqüentemente utilizado na prática arbitral e judiciária, assim como na doutrina, sempre apresentou grandes dificuldades à determinação precisa de seu sentido e alcance, por definição ou enumeração. No entanto, o conhecimento adequado da noção de denegação de justiça, em relação à aplicação da regra do esgotamento dos recursos de Direito interno no processo internacional, é relevante para a própria determinação da responsabilidade internacional dos Estados.

O termo *denegatio justitiae* incorporou-se ao vocabulário do Direito internacional no transcorrer de longa evolução histórica, cujas origens remontam à baixa Idade Média, estreitamente ligada à proteção outorgada pelo príncipe a seus súditos no exterior, cuja sanção por excelência era a concessão de represálias privadas<sup>(1)</sup>. É na instituição destas últimas, a partir dos séculos XIII e XIV, que se encontram as raízes históricas da denegação de justiça: com base na idéia da responsabilidade coletiva, as cartas de represália eram concedidas pelo príncipe ou rei para se assegurar a justiça onde houvera ela sido negada<sup>(2)</sup>. A origem da denegação de justiça está, assim, intimamente vinculada à da regra do esgotamento dos recursos internos<sup>(3)</sup>.

(1) Charles de Visscher, "Le déni de justice en droit international", 54 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1935] p. 370; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, N.Y., MacMillan, 1947, p. 34.

(2) Ch. de Visscher, *op. cit.*, pp. 371/372 and n. 4; Lord McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, pp. 297/304, and vol. III, pp. 414/415.

(3) 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; Vide também 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.

Nos séculos XVI e XVII, o sistema de represálias privadas apresentou os primeiros sinais de declínio em alguns dispositivos de tratados, em decorrência da ascensão do Estado moderno, centralizando poderes e politicamente organizado, e detentor do exercício da função de proteção dos nacionais no exterior. Relacionada àquela função protetora, a denegação de justiça tornou-se um conceito do Direito internacional *costumeiro* (4).

Ao fim do século XVIII os Estados, como sujeitos e órgãos do Direito internacional, haviam assumido exclusivamente a proteção dos interesses de seus nacionais no exterior, e a noção de denegação de justiça passou a ser utilizada em relação a alguma falha da justiça protetora (já desvinculada da antiga prática de represálias privadas). Condenou-se a justiça privada, e a nova teoria, com a predominância de uma concepção unitária do Estado, passou a favorecer uma sistematização dos deveres e responsabilidades internacionais dos Estados; por outro lado, entretanto, mostrou-se de certo modo restrita devido a um exagero da noção de soberania (5).

A cristalização mais recente do conceito de ilegalidade no Direito internacional tornou de certa maneira supérflua uma interpretação ampla do termo “denegação de justiça”; daí a necessidade de se examinar a falha da justiça protetora *em cada caso específico*. Spiegel adverte que “toda a teoria da responsabilidade internacional se baseia em um *standard* que varia de acordo com as diversas circunstâncias do ato em questão. O termo “denegação de justiça” não transmite as características inatas daquele *standard*, pois este último depende não só da pessoa responsável pelo ato em questão, como também de diversas outras circunstâncias, como a situação do país como um todo” (6). De fato, é quando se tenta determinar o *âmbito* da noção de denegação de justiça que surgem sérias divergências.

A jurisprudência dos tribunais internacionais fornece muitos exemplos de tal dificuldade. Assim, por exemplo, advogou-se ponto de vista particularmente amplo da denegação de justiça, tanto no caso *El Triunfo Company (EUA) v. El Salvador* (1902) (7), quanto no caso *Robert E. Brown (EUA) v. Grã-Bretanha* (1923) (8), em que se afirmou que não só os atos dos tribunais, mas também os dos governantes de um país — recaindo assim sob os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — poderiam acarretar e contribuir para a configuração da denegação de justiça. A sentença no caso *Interoceanic Railway of Mexico et al. (Grã-Bretanha) v. México* (1931) (9), igualmente, sustenta a teoria de que a responsabilidade por denegação de justiça pode não restar necessaria-

(4) A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, p. 63.

(5) Ch. de Visscher, *op. cit.*, p. 373.

(6) H. W. Spiegel, “Origin and Development of Denial of Justice”, 32 *American Journal of International Law* [1938] pp. 79/80.

(7) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 458/479.

(8) *Ibid.*, vol. VI, pp. 120/131.

(9) *Ibid.*, vol. V, pp. 178/190 and 133.

mente com as autoridades judiciais apenas, mas também com as não-judiciais, embora no caso se tivesse concluído que não ocorreria denegação de justiça.

Adotou-se noção mais estreita de denegação de justiça no caso *Antoine Fabiani* (França v. Venezuela, 1896) <sup>(10)</sup>, envolvendo falhas de execução de uma sentença arbitral estrangeira provida de *exequatur* interno; a denegação de justiça foi então considerada em relação a atos de autoridades judiciais (negação de acesso aos tribunais, atrasos indevidos, pressão do Executivo sobre os tribunais, suspensão do processo). No caso *Cotesworth e Powell* (Grã-Bretanha v. Colômbia, 1875) <sup>(11)</sup>, examinou-se a denegação de justiça no contexto de má conduta na administração da justiça e impossibilidade de execução de um julgamento (devido a um ato de anistia livrando o culpado das conseqüências de seus atos); traçou-se uma distinção entre a denegação de justiça e atos de injustiça notória (cf. *infra*), o primeiro conceito cobrindo, e.g., atrasos indevidos e recusas dos tribunais a proferir julgamentos de modo apropriado, e o segundo aplicando-se a sentenças pronunciadas e executadas em manifesta violação do Direito (estendendo-se, assim, além da recusa de acesso aos tribunais).

No caso *Janes (EUA) v. México* (1925) <sup>(12)</sup>, configurou-se a denegação de justiça em relação à falha das autoridades em apreender um homicida, ao passo que, no caso *Massey (EUA) v. México* (1927) <sup>(13)</sup>, disse ela respeito à falha das autoridades em punir um homicida, tendo-se afirmado que a responsabilidade pode existir por atos de má conduta de quaisquer funcionários, qualquer que seja seu *status* ou posição hierárquica. No caso *North American Dredging Company of Texas (EUA) v. México* (1926) <sup>(14)</sup>, manteve-se uma cláusula Calvo, impedindo o reclamante de apresentar o caso a seu governo (em relação à matéria contratual em questão), mas a cláusula não seria operante no evento de uma denegação de justiça em violação do Direito internacional.

No caso *Martini* (Itália v. Venezuela, 1930) <sup>(15)</sup>, considerou-se a denegação de justiça em relação a uma decisão de uma Corte de Cassação nacional, cobrindo as questões da conduta dos juízes e de julgamentos errôneos ou injustos (dos tribunais internos), contrários a sentenças internacionais. No caso *Neer (EUA) v. México* (1926) <sup>(16)</sup>, levantou-se a

(10) *Ibid.*, vol. X, pp. 83/139.

(11) In J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898, pp. 2050/2085. E cf. também o caso *Interocean Transportation Company of America (Great Britain) v. United States* (1937), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* [1935/1937] (ed. H. Lauterpacht), pp. 276/278 and pp. 272/274, para a regra do esgotamento dos recursos internos.

(12) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 82/98 and 138.

(13) *Ibid.*, pp. 155/164.

(14) *Ibid.*, pp. 26/35.

(15) *Annual Digest of Public International Law Cases* [1929-1930] (ed. H. Lauterpacht), pp. 153/158. Cf. também debate (sobre procedimentos em tribunais internos) no caso *Salem* (EUA v. Egito, 1932), in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 1188/1203.

(16) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 60/66 e 138.

questão da denegação de justiça em relação a *standards* internacionais, considerando-se desnecessária ou impertinente a distinção entre seu sentido lato (i.e., aplicando-se a atos das autoridades do Executivo e Legislativo, assim como a atos dos tribunais) e seu sentido restrito (aplicando-se a atos do Judiciário) (17). De modo semelhante, no caso *Eliza* (EUA v. Peru, 1863) (18), sustentou-se que o tratamento de estrangeiros deveria ser determinado em relação ao Direito internacional (a denegação de justiça, no caso, consistindo em falha em dar efeito a uma decisão judicial de proteção).

No caso *Chattin* (EUA) v. *México* (1927) (19), elaborou-se uma distinção entre responsabilidade indireta e direta, a primeira abrangendo, e.g., falta de proteção pelo Judiciário contra atos de indivíduos lesando um estrangeiro, e a segunda resultando de atos de funcionários do governo não relacionados com atos ilícitos prévios de indivíduos; a situação seria idêntica em relação ao dano, se causado pelo Judiciário ou pelo Executivo, e a denegação de justiça propriamente dita só ocorreria em relação a atos que implicassem ou acarretassem responsabilidade indireta.

Seria pertinente aqui observar que, por muito que tenham os casos acima clarificado a questão da denegação de justiça, desenrolaram-se eles no contexto mais amplo do tratamento de estrangeiros, em época em que o exercício da proteção diplomática era o mecanismo por excelência da implementação da responsabilidade internacional do Estado. Isto não é mais inteiramente verdadeiro hoje (20), tendo tal prática se tornado alvo de críticas com fundamentos distintos (*infra*), e tendo as condições e circunstâncias da vida internacional, e o comportamento e as atitudes dos Estados nas relações entre si, modificado sensivelmente.

Não obstante, a jurisprudência (acima) revela uma certa uniformidade de opinião em um ou dois pontos: a ação internacional não pode se efetuar até que se tenham esgotado em vão os recursos do Direito interno com o conseqüente estabelecimento de uma denegação de justiça, e não se pode presumir tal denegação até que se esgotem sem sucesso os recursos internos. Tal foi a posição tomada, e.g., nas Arbitragens Venezuelanas de 1903. O árbitro da Comissão Ítalo-Venezuelana sustentou no caso *De Caro* que, como o reclamante não se valera do direito — sob o Código de Processo Civil venezuelano — de interpor um recurso diante de um tribunal nacional, não poderia receber reparação pelos danos: “certamente antes que pudesse ele recorrer a um tribunal internacional, uma vez terminada sua ação diante do tribunal [interno],

(17) Cf. *ibid.*, p. 61.

(18) A. de La Pradelle/N. Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol. II, Paris, Éd. Internationales, 1957, pp. 271/280. Em sua *note doctrinale* muito citada sobre o caso, os autores se referem à “notion du déni de justice, dont le caractère fuyant et complexe semble défier toute définition” (*ibid.*, p. 280).

(19) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 282/312.

(20) Reconhece-se hoje que o apogeu dos temas da denegação de justiça e do esgotamento dos recursos internos, tal como tradicionalmente abordados no tratamento de estrangeiros particularmente, pertence ao passado; cf. Roberto Ago, “First Report on State Responsibility”, *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, p. 137.

deveria estar ele em condições de demonstrar a ocorrência de real denegação de justiça concernente ao assunto de sua apelação" (21). E no caso *Puerto Cabello etc., Railway*, o árbitro da Comissão Britânico-Venezuelana declarou que não se poderia presumir uma denegação de justiça uma vez que a companhia reclamante havia preferido utilizar-se da ação diplomática sem ter recorrido previamente aos tribunais internos venezuelanos para solucionar as questões em litígio (22).

O problema do alcance da denegação de justiça foi também discutido no processo diante da Corte Internacional. Assim, no caso *Losinger*, por exemplo, o agente do governo suíço (Sr. Sauser-Hall), em seu argumento oral de 5 de junho de 1936, traçou uma distinção entre denegação de justiça no Direito interno e no Direito internacional. No Direito interno a expressão abrangia casos de recusa de acesso aos tribunais, ao passo que no Direito internacional compreendia obstrução de acesso aos tribunais competentes, atrasos indevidos, obstáculos no processo de esgotamento dos recursos internos precedendo um pedido de proteção diplomática. A partir do momento em que o reclamante pudesse estabelecer com certeza a ineficácia dos canais legais, estaria ele apto, de acordo com o Direito internacional, a tentar obter reparação no plano internacional por intermédio de seu governo (23).

Na qualidade de consultor do governo belga no caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Henri Rolin declarou, muito pertinentemente, diante da [antiga] Corte Permanente de Justiça Internacional, em 19 de março de 1939, que era possível delinear duas correntes teóricas de pensamento sobre a questão da denegação de justiça: "há os que entendem a denegação de justiça em sentido lato, como compreendendo a violação do Direito internacional, e há os que, ao contrário, consideram-na como a falha no funcionamento formal do órgão judiciário nacional, mas que reconhecem, ao lado disso, como caso de responsabilidade internacional a violação de um compromisso internacional por uma jurisdição nacional" (24).

O tópico da denegação de justiça tem sido alvo de atenção de diversas tentativas de codificação do Direito sobre responsabilidade do Estado (principalmente por danos causados a estrangeiros) efetuadas por

(21) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 643/644.

(22) *Ibid.*, vol. IX, p. 527 (o caso também ilustra o efeito da falha em esgotar recursos internos face a uma *demand for interest*). Outros casos poderiam ser aqui citados, como, e.g., o caso das reclamações de *R. Gelbtrunk* e "*Salvador Commercial Co.*" et al. (El Salvador v. EUA, 1902), em que, levando em conta a regra do esgotamento dos recursos internos, os árbitros determinaram que uma reclamação internacional se justificaria em caso de denegação de justiça ou quando um recurso aos tribunais internos tivesse sido claramente inútil ou em vão; decidiu-se no caso que os reclamantes tinham direito a compensação. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 476/478. Mas no caso do *S.S. "Lisman"* (EUA v. Grã-Bretanha, 1937), embora o reclamante não tivesse ainda esgotado os recursos internos, sua reclamação foi examinada pelo árbitro em virtude de alegações de denegação de justiça; mas, enfim, como o árbitro não encontrasse mérito algum na reclamação, foi esta consequentemente rejeitada. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1789/1790 e 1793.

(23) CPJI, caso *Losinger*, Série C, n. 76; Pleadings, Oral Statements and Documents; p. 313.

(24) CPJI, caso da *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Série C, n. 88; Pleadings, Oral Statements and Documents; p. 418.

órgãos internacionais, entidades privadas ou indivíduos. Essas tentativas revelaram uma certa diversificação no abordamento do problema em questão. O projeto sobre proteção diplomática de 1925 do *American Institute of International Law* (25) e o *Restatement of Law* de 1965 do *American Law Institute* (26) parecem adotar um conceito amplo de denegação de justiça, imputável a um Estado por atos não especificamente de seus tribunais mas de suas autoridades em geral. Enquanto alguns textos deixam a questão aberta (27) ou nela não se detêm (28), a grande maioria dos trabalhos de codificação sobre o tema conceberam a denegação de justiça como pertinente a atos dos *tribunais* nacionais em particular: tais foram os casos, e.g., do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros, preparado em 1930 pelo *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht* (29), assim como do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos Internacionais, elaborado em 1932 pelo Professor Roth (30).

Mas mesmo aqueles que identificaram a denegação de justiça nos atos de órgãos *judiciais* apenas discordaram entre si quanto ao *âmbito* da denegação de justiça. Podem-se distinguir duas correntes principais de pensamento: primeiramente, a que sustenta que a denegação de justiça abrangeria também os “julgamentos manifestamente injustos” dos tribunais nacionais, tal como advogado pelo Projeto de 1929 da *Harvard Law School* (31), e pelo *Institut de Droit International* em sua sessão de 1927 (32). Mas é pertinente observar que, em seu Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Danos a Estrangeiros, de 1961, os professores Sohn e Baxter, de Harvard, preferiram simplesmente não empregar a expressão “denegação de justiça”, e utilizar ao invés dela os termos “denegação de acesso a um tribunal ou uma autoridade administrativa” e “denegação de um *fair hearing*” (33). De modo semelhante, as Bases de Discussão (especial-

(25) Artigo IV, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 227.

(26) *Foreign Relation Law of the United States*, ns. 178/182, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1971] — II, p. 195.

(27) Artigo 34 do “Projeto de Alejandro Alvarez sobre os Princípios Básicos do Direito Internacional” (como emendado e adotado pela *Académie Diplomatique Internationale*, 1935), cit. in 15 *Revue de Droit International* [1935] p. 538.

(28) Projeto de 1926 da *International Law Association* do Japão, in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, p. 141; resolução de 1956 do *Institut de Droit International* sobre a regra do esgotamento dos recursos internos, in 46 *Annuaire I.D.I.* [1956] — II, p. 358; resolução de 1965 do *Institut de Droit International* sobre o caráter nacional de uma reclamação internacional apresentada por um Estado por dano sofrido por um particular, in 51 *Annuaire I.D.I.* [1965] — II, pp. 260/262. E cf. o trabalho do *Institut* de suas sessões de 1900 sobre responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros, e de 1931/1932 sobre proteção diplomática de nacionais no exterior.

(29) Artigo 3(3), cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, p. 150.

(30) Artigo 7, cit. *ibid.*, p. 152.

(31) Artigo 8, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 229.

(32) *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1927] — III, pp. 330/335; cf. principalmente artigos 5 e 6 das resoluções, pp. 331/332.

(33) Artigos 6, 7 e 8, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, pp. 143/144.

mente nºs 5 e 6), elaboradas em 1929 pelo Comitê Preparatório da Conferência de Haia para a Codificação do Direito Internacional, procederam por meio de enumeração, sem empregar a expressão “denegação de justiça” (34). E, novamente, em 1930, o artigo 9 dos dispositivos adotados pela Terceira Comissão da Conferência de Codificação de Haia evitou utilizar o termo “denegação de justiça” (35).

A segunda corrente de pensamento representa possivelmente a mais restrita interpretação do conceito de denegação de justiça, igualando-o a denegação de *acesso* a tribunais internos. Tal foi a posição advogada em 1926 por G. Guerrero em seu relatório ao Comitê de *Experts* para a Codificação Progressiva do Direito Internacional da Liga das Nações: “a denegação de justiça consiste em recusar a permissão a estrangeiros de acesso fácil aos tribunais para defender os direitos que o ordenamento jurídico nacional lhes concede; a recusa por parte do juiz competente de exercer jurisdição também constitui uma denegação de justiça” (36). No ano seguinte, o Projeto de Tratado, de autoria do Professor Strupp, sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, também caracterizou a denegação de justiça como denegação a estrangeiros de *acesso* aos tribunais nacionais (37).

A noção de denegação de justiça foi também interpretada restritivamente em Parecer sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado, proferido em 1962 pela Comissão Jurídica Interamericana (Parecer da maioria), representando os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria; o Parecer dispôs que “o Estado não é internacionalmente responsável por uma decisão judicial que não seja satisfatória ao reclamante” (38).

Um exame da literatura jurídica especializada no tema revela a mesma variedade de abordagem do problema da denegação de justiça. Dentre os expoentes de uma interpretação mais ampla do termo situam-se, e. g., Hyde, para quem a expressão abrange as falhas por parte de qualquer departamento ou agência do Estado relativas a qualquer dever para com os estrangeiros imposto pelo Direito internacional ou por tratado com seu país (39), e Fitzmaurice, que defende a aplicação do ter-

(34) Cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 223, e cf. pp. 223/225 para outras Bases de Discussão pertinentes.

(35) Cf. *ibid.*, p. 226, e cf. pp. 225/226 para outros artigos pertinentes. De modo semelhante, a Arbitragem Geral Panamenho-Americana de Reclamações prescindiu do termo “denegação de justiça”; cf. H. W. Briggs, *The Law of Nations*, 2.ª ed., N. Y., Appleton-Century Crofts, 1952, p. 679.

(36) Cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 222.

(37) Artigo 6, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, pp. 151/152.

(38) Doc. OEA/Ser. I/VI.2, CLJ-61, p. 8. Para as posições conflitantes dos EUA sobre o assunto, cf. doc. (de setembro de 1965) OEA/Ser. I/VI.2, CLJ-78, pp. 7/9. E sobre o *background* da prática latino-americana, cf. materials in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 226.

(39) C.C. Hyde, *International Law*, 2.ª ed. rev., vol. II, Boston, Little-Brown & Co., 1945, pp. 909/917.

mo a todo dano envolvendo a responsabilidade do Estado, cometido por tribunais ou quaisquer órgãos do governo em sua capacidade oficial em relação à administração da justiça <sup>(40)</sup>.

Entretanto, a maioria esmagadora de especialistas favorece, com variações, uma definição mais restrita de denegação de justiça, adequadamente limitada à conduta errônea de tribunais ou juízes, i.e., do órgão judicial encarregado da administração apropriada da justiça: tal é a posição tomada por Borchard <sup>(41)</sup>, Durand <sup>(42)</sup>, Bevilaqua <sup>(43)</sup>, Anzilotti <sup>(44)</sup>, Strisower <sup>(45)</sup>, Accioly <sup>(46)</sup>, Ch. Rousseau <sup>(47)</sup>, Henri Rolin <sup>(48)</sup>,

- 
- (40) G. G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term *Denial of Justice*", 13 *British Yearbook of International Law* [1932] pp. 108/114. E cf. também D.W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworths, 1970, pp. 420/425. Similarmente, Moussa adota em princípio a concepção ampla de denegação de justiça, mas acrescenta que apenas em casos em que a denegação não resulta do prosseguimento dado ao processo já começado é que poderá a regra do esgotamento dos recursos internos ser suspensa em seus efeitos em virtude de denegação de justiça; A. Moussa, "L'étranger et la justice nationale", 41 *Revue Générale de Droit International Public* [1934] p. 455, e cf. pp. 441/459. Irizarry y Puente objeta à concepção restrita da denegação de justiça com base no argumento de que esta última pode ocorrer em caso de um departamento coordenado do governo deixar de agir, desse modo envolvendo tanto o Executivo quanto o Legislativo. Para ele, a definição ampla de denegação de justiça apresenta quatro elementos constitutivos, a saber: recusa de acesso aos tribunais; recusa de decisão, atraso na decisão, ou aplicação errônea da lei a um caso; falta de legislação ou legislação inadequada; e falha administrativa. Mas o pedido por parte do estrangeiro de proteção diplomática por denegação de justiça seria barrado se o direito de fazer valer seus direitos nos tribunais internos fosse proscrito por limitações estatuídas, ou no caso de uma cláusula Calvo, ou se o julgamento do tribunal tiver se tornado *res judicata*. Contudo, o termo denegação de justiça compreende em princípio atos ou omissões de todos os ramos do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário), afirma o autor. Admitindo a possibilidade de um julgamento interno definitivo ou final ser *impeachable* pelo estrangeiro com base em denegação de justiça, Irizarry y Puente acrescenta que do ponto de vista do Direito internacional a eficácia legal de uma sentença final deve depender "da obrigação internacional do Estado de não administrar a justiça de uma maneira notoriamente injusta". J. Irizarry y Puente, "The Concept of *Denial of Justice* in Latin America", 43 *Michigan Law Review* [1944] pp. 383/385, 395/401 e 405/406; o autor, assim, cautelosamente endossa a tese do *standard* internacional de tratamentos de estrangeiros.
- (41) E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 330/343; E. M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", 1 *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* [1929] — I, p. 246.
- (42) Ch. Durand, "La responsabilité internationale des États pour déni de justice", 38 *Revue Générale de Droit International Public* [1931], pp. 711/712.
- (43) C. Bevilaqua, *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1911, vol. I, p. 219; e cf. também S. Sefériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1935] — I, pp. 73/76.
- (44) D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", 13 *Revue Générale de Droit International Public* [1906] — pp. 20/25.
- (45) Observações do autor, in 33 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1927] — I, pp. 476/479, e cf. discussões in 33 *Annuaire I.D.I.* [1927] — III, pp. 120 e ss.
- (46) H. Accioly, "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1959] — I, pp. 378/385.
- (47) Charles Rousseau, *Droit International Public*, Paris, Rec. Sirey, 1953, pp. 374/376 (incluindo também "julgamentos manifestamente injustos").
- (48) Henri Rolin, "Le contrôle international des juridictions nationales", 3-4 *Revue Belge de Droit International* [1967/1968] pp. 10/18, e cf. pp. 181, 188 e 202.



Oppenheim-Lauterpacht <sup>(49)</sup>, Brownlie <sup>(50)</sup>, Kelsen <sup>(51)</sup>, Castberg <sup>(52)</sup>, Ago <sup>(53)</sup>, Brierly <sup>(54)</sup>.

As conotações distintas do termo “denegação de justiça” em adjudicações internacionais têm dado margem a um certo ceticismo acerca de sua utilidade. Deve-se o sentido impreciso do termo (interpretações restrita e lata), segundo Lissitzyn, ao fato de que “a determinação de certas controvérsias quase nunca dependeu do sentido atribuído ao termo. Em quase todos os casos a verdadeira questão sempre consistiu em [determinar-se] se um Estado era ou não responsável internacionalmente por determinado ato ou omissão, e se tal ato ou omissão poderia ou não ser denominado denegação de justiça. Donde o uso incidental do termo na maioria dos casos” <sup>(55)</sup>. Conclui o autor, desse modo, que dever-se-ia evitar o termo tanto quanto possível, mesmo porque “os atos ou omissões específicos supostamente abrangidos por ele podem ser enumerados e definidos expressamente” <sup>(56)</sup>.

Esse ponto de vista é contestado por Freeman, que vê na expressão vaga de “denegação de justiça” uma característica dos “ramos vivos e em crescimento da ciência jurídica” em períodos de formação, emanando não exatamente de desacordo terminológico, mas sim de teses conflitantes remontando às próprias raízes da responsabilidade do Estado propriamente dita <sup>(57)</sup>. No decorrer de sua elaborada análise do tema, Freeman utiliza a expressão “denegação de justiça” em relação a falhas do Estado em sua obrigação internacional de estender proteção *judicial* aos direitos dos estrangeiros.

O exame de Freeman da distinção entre a responsabilidade sob o Direito interno e sob o Direito internacional, ou da relação entre Direito interno e o Direito internacional no que tange à proteção judicial,

- (49) L. Oppenheim, *International Law — a Treatise* (ed. H. Lauterpacht), vol. I, 8th ed., London, Logmans, 1967, pp. 359/361.
- (50) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 514/516.
- (51) H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, Holt-Rinehart and Winston, 1966, pp. 370/371.
- (52) Observações do autor, in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, p. 64.
- (53) Observações do autor, *ibid.*, pp. 35/39.
- (54) J. L. Brierly, *The Law of Nations* (6a. ed., ed. H. Waldock), Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 286/291. E para uma avaliação do termo, cf. J. G. de Beus, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico*, Haia, M. Nijhoff, 1938, pp. 147/201, e pp. 130/132 para a regra do esgotamento dos recursos internos; e sobre a relação entre esta regra e a denegação de justiça (e. g., na prática das Comissões de Reclamações EUA-México), cf. também: F. S. Dunn, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, N.Y., Columbia University Press, 1933, pp. 199/273 e 24.
- (55) O. J. Lissitzyn, “The Meaning of Denial of Justice in International Law”, 30 *American Journal of International Law* [1936], p. 645, cf. pp. 638/645.
- (56) O. J. Lissitzyn, *op. cit.*, p. 646. Anos depois, na sessão de 1954 do *Institut de Droit International*, o *rapporteur* Verzijl levantou a questão se a denegação de justiça deveria ser abordada por meio de definição ou enumeração, verificando então que a grande maioria dos participantes preferia as fórmulas globais à enumeração de casos de denegação de justiça; Verzijl acrescentou que “si cela est recommandable pour le concept de *déni de justice*, il semble en être de même aussi pour la delimitation du domaine du *local redress* préalable et obligatoire”. Observações do autor, in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, p. 97.

constitui possivelmente uma de suas principais contribuições ao estudo da matéria. No Direito interno a noção de denegação de justiça era processual (i.e., deve haver acesso aos tribunais do país, e o juiz deve administrar a justiça apropriadamente), não se estendendo a violação de direitos sob o Direito substantivo. No Direito internacional o problema era diferente: "as obrigações do Estado em relação a seus nacionais, e seus direitos mútuos perante os tribunais são uma coisa; os deveres impostos pelo Direito internacional com respeito à proteção judicial dos nacionais de outros Estados são outra coisa bem diferente. A denegação de justiça na esfera internacional tem uma importância consideravelmente maior do que o conceito no Direito interno, destinando-se [...] a garantir e salvaguardar os direitos dos estrangeiros. Dever-se-ia, pois, tornar necessária a modificação da definição processual tradicional" (58).

A concepção restrita da denegação de justiça como uma recusa processual de acesso aos tribunais reduziu demasiadamente as regras que regem as obrigações do Estado concernentes ao tratamento judicial dos estrangeiros; por outro lado, a concepção lata da denegação de justiça, abrangendo todo ilícito internacional contra estrangeiros por parte de qualquer agência do Estado, gerou muita incerteza em torno dos princípios. Conseqüentemente, ambas as posições extremas foram rejeitadas por Freeman, que esposou um conceito moderadamente estreito de denegação de justiça, denotando "uma certa má conduta por parte do Judiciário ou órgãos funcionando na administração da justiça a estrangeiros"; dessa forma, o termo passaria a ter "valor definitivo ao indicar um tipo específico de ilícito internacional e ao colocar em nível compreensivo a análise da conveniência ou fundamento de determinada reclamação sob a regra do esgotamento dos recursos internos" (59). Para Freeman, assim, "as obrigações implícitas no conceito de denegação de justiça são duplas: primeiramente, elas cobrem a operação processual do mecanismo judiciário; e, em segundo lugar, elas compreendem o tratamento substantivo que se deve estender aos estrangeiros pelos tribunais ou quaisquer outros órgãos encarregados pelo Estado da função de administrar a justiça" (60).

(57) A.V. Freeman, *op. cit.*, pp. 182/183, e cf. p. 175.

(58) *Ibid.*, p. 178, e cf. pp. 13/27 e 72/115.

(59) *Ibid.*, p. 106, e cf. pp. 105/115 e 177. Observou Jaenicke que as várias definições propostas de denegação de justiça revelam que "a ênfase no direito do estrangeiro à proteção judicial é colocada no aspecto institucional e organizacional dos recursos" (e.g., independência e imparcialidade dos tribunais, concessão de audiência adequada, oportunidade de apresentar provas relativas a dispositivos contra atrasos do processo, e assim por diante); um fator fora de dúvida parece ser o de que "a proteção legal contra uma denegação de justiça pressupõe uma jurisdição civil e criminal em funcionamento, e o de que deve o estrangeiro ter acesso aos tribunais civis para processar e defender seus direitos civis contra outros nas mesmas condições que os cidadãos (nacionais)". G. Jaenicke, "Judicial Protection of the Individual within the System of International Law", in *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection against the Executive*, vol. 3, Max-Planck — Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln, Heymann/Oceana, 1971, pp. 303/304.

(60) A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 51, e cf. p. 67. E para o levantamento do autor das várias formas de denegação de justiça na prática internacional, cf. *ibid.*, capítulos VIII a XIV, pp. 196/390.

Também preocupado com um entendimento claro do termo, Jiménez de Aréchaga advertiu que “o sentido do termo *denegação de justiça* não deveria ser empregado como um método de se restringir ou ampliar o âmbito da responsabilidade do Estado; a objeção óbvia é a de que a denegação de justiça e a responsabilidade do Estado não são expressões co-extensivas, e a de que a responsabilidade do Estado por atos do Judiciário não se exaure no conceito de denegação de justiça” (61). Mas isto não equivale a afirmar que o sentido da denegação de justiça torna-se tão-somente uma questão de terminologia; é também uma questão de importância prática, uma vez que a maioria dos tratados de arbitragem que utilizam a noção de denegação de justiça não a definem (62). Por conseguinte, “os tratados concluídos com base no conceito tradicional de denegação de justiça, tal como desenvolvido no direito de represálias e ensinado por escritores como Vattel, Fauchille e Anzilotti, deveriam ser interpretados à luz daquele conceito, que se restringe à recusa de acesso aos tribunais e ao atraso indevido em proferir decisões. Um julgamento manifestamente injusto, ou qualquer outra violação de regras internacionais pelos tribunais, pode dar origem à responsabilidade do Estado, mas a reclamação de que um julgamento [no ordenamento interno] é injusto não se sujeita *per se* a arbitragem sob aqueles tratados. Tornar-se-ia necessário um acordo especial para arbitrar tal reclamação” (63).

Uma corrente de pensamento que propôs uma distinção entre os sentidos *formal* e *material* ou *substantivo* da denegação de justiça clarificou até certo ponto a significação e o alcance daquele conceito. Um de seus maiores expoentes, Charles de Visscher, observou que, enquanto no passado a denegação de justiça já tinha se transformado no fundamento de todas as reclamações internacionais, só em época relativamente recente é que foi sistematizada a teoria geral da responsabilidade internacional dos Estados, e a definição de denegação de justiça tornou-se o campo de batalha entre Estados expansionistas interessados em estender ou ampliar o seu sentido e outros Estados tentando restringir a aceção do termo tanto quanto possível. Só mais recentemente é que propriamente se reconheceu que a responsabilidade internacional do Estado não se reduzia à denegação de justiça, e nem tampouco era esta última o único fator a engajar tal responsabilidade (64).

As diferenças terminológicas tornaram-se supérfluas em face do problema básico das condições de existência da responsabilidade inter-

(61) E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, p. 555, e cf. pp. 553/555.

(62) E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pp. 555/556.

(63) *Ibid.*, p. 556, e cf. pp. 556/557. Para um debate sobre denegação de justiça, se abrangendo ou não julgamentos injustos, à luz do caso *Barcelona Traction*, cf. E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility of States for Acts of the Judiciary”, in *Transnational Law in a Changing Society—Essays in honor of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lisitzyn), N. Y., Columbia University Press, 1972, pp. 171/187.

(64) Charles de Visscher, *op. cit.*, pp. 385 e 419.

nacional. Tal como concebida *stricto sensu* pelos autores clássicos, a denegação de justiça consistia na recusa de acesso aos tribunais ou em atrasos indevidos e obstáculos injustificáveis contra estrangeiros; Vattel, por exemplo, distinguiu diversos modos pelos quais a denegação de justiça poderia ocorrer, a saber, denegação de acesso aos tribunais ou atrasos indevidos — o sentido *formal* da denegação de justiça — e julgamentos manifestamente injustos — o sentido *material* da denegação de justiça <sup>(65)</sup>.

Charles de Visscher adotou o sentido formal do termo, ao definir a denegação de justiça em seu curso de 1923 na Academia de Direito Internacional <sup>(66)</sup>; mas, em seu curso em Haia de 1935, propôs ele uma definição mais ampla do termo, abrangendo igualmente os julgamentos manifestamente injustos, e cobrindo assim todas as falhas na função do Estado e obrigação internacional de conceder proteção judicial aos estrangeiros <sup>(67)</sup>. Sustentou-se, assim, que o termo denegação de justiça possuía dois aspectos principais, a saber: denegação de justiça *formal ou processual*, caso os tribunais nacionais não operassem ou não fossem acessíveis aos estrangeiros ou quando irregularidades (tais como atrasos indevidos) ocorressem no curso ordinário do processo, e denegação de justiça *material ou substantiva*, em caso de julgamentos manifestamente injustos em violação de preceito legal claro ou em caso de falha do Estado em fornecer recursos internos como requerido pelo Direito internacional; esta distinção encontrou apoio expresso também nos escritos de Kaufmann <sup>(68)</sup>, Guggenheim <sup>(69)</sup> e O'Connell <sup>(70)</sup>. Scelle preferiu discorrer sobre tipos *orgânico* e *funcional* de denegação de justiça, o primeiro ocorrendo quando não se permitisse o funcionamento do mecanismo institucional nacional para reparação de danos, e o segundo ocorrendo quando o mecanismo para a reparação estivesse organizado, mas a decisão final tivesse sido manifestamente injusta <sup>(71)</sup>.

Agravou-se o problema da denegação de justiça pela antinomia clássica entre os *standards* nacional e internacional de tratamento de es-

(65) *Ibid.*, pp. 388/389; acrescentou ele que a denegação de justiça aparecia com muito mais clareza em seu aspecto formal do que em seu aspecto material (*ibid.*, p. 395).

(66) Cf. Charles de Visscher, "La responsabilité des États", 2 *Bibliotheca Visseriana* [1924] — II, pp. 99/100.

(67) Charles de Visscher, "Le déni de justice...", *op. cit.*, pp. 390 e 392, e cf. p. 389 n. 2. Desse modo, rejeitou o autor tanto o ponto de vista restrito, limitando a responsabilidade à recusa de acesso aos tribunais, quanto a tese mais ampla, estendendo o termo a toda e qualquer ofensa contra o estrangeiro (e assim esvaziando o termo de todo significado técnico e dando origem a incertezas); cf. *ibid.*, pp. 392/393 e 388, respectivamente. A respeito da definição de denegação de justiça proposta pelo autor (em seus aspectos formal e substantivo), cf. também: Charles de Visscher, *Théories et réalités en Droit International Public*, 4.<sup>a</sup> ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 307/317.

(68) Erich Kaufmann, "Règles générales du Droit de la paix", 54 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1935] — IV, pp. 431/432.

(69) Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Genève, Georg & Cie, 1954, pp. 13/14.

(70) D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed., vol. II, London, Stevens, 1970, pp. 945/950.

(71) Observações do autor, in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, p. 79, e cf. pp. 78/81.

trangeiros, antinomia subjacente ao tema. García Amador percebeu tal dificuldade quando, em seu Segundo Relatório sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros (1957) à Comissão de Direito Internacional da ONU, observou que "em matéria de responsabilidade pela conduta de órgãos judiciais o problema fundamental é o seguinte: o ato ou omissão causador do dano deve ser julgado em conformidade com um *standard* internacional ou com o próprio direito interno do país?" (72) García Amador tentou apresentar uma síntese da matéria ao associar a noção de denegação de justiça à questão da violação dos direitos individuais fundamentais: "o problema não pode e não deveria ser apresentado em termos de posições opostas irreconciliáveis, como ocorria na prática no passado. Os atos e omissões em questão aqui são, naturalmente, os que violam direitos humanos *fundamentais*" (73), declarou ele.

De fato, seu Projeto revisto de 1961 sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros sustentava que considerar-se-ia como ocorrida uma denegação de justiça se os tribunais nacionais privassem os estrangeiros de certos direitos humanos fundamentais (direito de acesso a salvaguardas, direito a audiência pública, outros direitos em matérias criminais), ou se fosse proferida uma decisão manifestamente injusta (excluído o erro judicial não gerando a responsabilidade do Estado), ou se uma decisão de um tribunal nacional ou internacional não fosse executada com o claro intuito de causar-lhes danos (74).

## II. *Interação entre denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos*

(72) *Yearbook of the International Law Commission* [1957] — II, p. 112, cf. pp. 110/112.

(73) *Ibid.* Para uma avaliação do *standard* de "tratamento nacional" e do *standard* "mínimo" no contexto do direito do tratamento de estrangeiros, cf. A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leyden, Sijthoff, 1940, pp. 62/123.

(74) Artigo 3, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1961] — II, pp. 46/47, e cf. pp. 46/48 para os artigos 4 a 6; no que diz respeito à denegação de justiça, comparar artigos 4 e 15 (3) do projeto original com os artigos 3 a 16 e 18 do projeto revisto. Abordando, de modo semelhante, a clássica antinomia entre o padrão interno e o padrão mínimo internacional no tratamento de estrangeiros, Jennings sugeriu que podem eles vir a passar por novos desenvolvimentos sob o recente impacto do direito relativo à proteção dos direitos humanos, que, juntamente com o direito da responsabilidade do Estado *vis-à-vis* estrangeiros pode ainda, eventualmente, atingir uma síntese. Cf. R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", 121 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1967] — II, p. 488, cf. pp. 486/494. Escritores soviéticos contemporâneos que abordaram o Direito internacional e a responsabilidade do Estado, ao invés de se deterem no tema da denegação de justiça e matérias afins, parecem ter preferido concentrar-se em outros aspectos mais recentes do direito da responsabilidade internacional dos Estados (incluindo a responsabilidade do Estado por atos afetando a paz internacional, e por atividades perigosas tais como testes nucleares, poluição do meio-ambiente, e assim por diante): cf. G. I. Tunkin, *Droit International Public — Problèmes Théoriques*, Paris, Pédone, 1965, p. 192, e cf. pp. 191/227; resenha bibliográfica de P. Kouris de D. B. Levine, "La responsabilité des Etats dans le Droit international contemporain" [em russo, Moscou, 1966], in 72 *Revue Générale de Droit International Public* [1968], pp. 269/272; e, para um abordamento semelhante, cf. também: P. Reuter, "Principes de Droit international public", 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1961], pp. 592/593 e 599; R. Quadri, "Cours général de Droit international public", 113 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1964] pp. 456/457 e 468/471.

Tendo considerado o sentido próprio e o alcance da denegação de justiça, podemos agora examinar sua interação com a regra do esgotamento dos recursos do Direito interno no processo legal internacional. Como observou o árbitro Huber no caso da *Zona Espanhola de Marrocos* (Reino Unido v. Espanha, 1924, Reclamação nº 53, de M. Ziat e B. Kiran), é princípio reconhecido do Direito internacional que, em países em que os estrangeiros estejam sujeitos à jurisdição territorial, uma reclamação internacional baseada em uma alegação de denegação de justiça “não é admissível a não ser que as diferentes instâncias da jurisdição local competente tenham sido previamente esgotadas” (75). De modo semelhante, observou Freeman, a regra do esgotamento dos recursos internos é “um imperativo que opera em interação com o conceito de denegação de justiça para formar a base da maioria das reclamações internacionais” (76).

Com efeito, tanto a prática diplomática quanto a adjudicação internacional deram margem a uma certa confusão entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos. Na prática, a denegação de justiça como fundamento da interposição diplomática pode perfeitamente relacionar-se com a regra do esgotamento dos recursos internos como pressuposto de tal interposição. Assim, não é surpreendente que, na prática diplomática, tenha-se confundido o termo *denegação de justiça* com o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, uma vez que o termo tem sido usado para significar a ausência ou falha de tais recursos (77). Sugeriu-se, por exemplo, que a sentença da Comissão de Arbitragem no caso *Ambatielos* (ampliando o âmbito da regra do esgotamento dos recursos internos de forma a abranger também os recursos processuais) (78) poderia ter sido “o resultado de uma certa confusão entre o esgotamento dos recursos internos e a denegação de justiça *stricto sensu*” (79).

(75) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 731. E cf. as observações subsequentes de Huber sobre denegação de justiça in *46 Annuaire de l'Institut de Droit International* [1956], p. 40.

(76) A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 410. Guerrero referiu-se à denegação de justiça como sendo elemento essencial da regra do esgotamento dos recursos internos; cf. observações in *45 Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, pp. 67/68; cf. também os comentários de Bourquin sobre o assunto, *ibid.*, pp. 52, 54 e 57, e in *46 Annuaire I.D.I.* [1956], p. 29. Sobre a relação entre a denegação de justiça e a regra do esgotamento dos recursos internos, cf. também D. P. O'Connell, *op. cit.*, vol. II, pp. 845/846. Na prática dos tratados, consideravelmente vasta, que diz respeito à questão da denegação de justiça, podem-se distinguir duas posições básicas: a que considera competente o órgão internacional para decidir controvérsias acerca da denegação de justiça, e a que mantém que o estabelecimento de uma denegação de justiça é um pressuposto da competência do órgão internacional de proferir uma decisão final no caso em questão. Para exemplos de ambas as posições, cf. as listas de tratados enumerados in G. Gaja, *L'Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè 1967, pp. 143/144 n. 20; e sobre a questão dos “atrasos razoáveis”, cf. *ibid.*, pp. 166/168, n.º 51.

(77) O. J. Lissitzyn, *op. cit.*, p. 637.

(78) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp. 83 ss., esp. p. 119.

(79) Roger Pinto, “La sentence *Ambatielos*/The *Ambatielos Award*”, *94 Journal du Droit International* (Clunet) [1957], p. 599. Ademais, “perante a Corte Internacional de Justiça, o governo britânico tratou a reclamação grega como se esta tivesse em vista o funcionamento defeituoso dos tribunais ingleses, uma denegação de justiça” (*ibid.*, pp. 599/601).

Mas por mais inter-relacionadas que possam estar essas duas questões, permanecem elas não obstante distintas. A noção substantiva de responsabilidade internacional diz respeito à obrigação do Estado de reparar as conseqüências de um ato ilícito a ele imputável; nesse contexto, observa Charles de Visscher, a denegação de justiça é distinta do dever de esgotamento dos recursos internos. A primeira é um tipo de ato internacionalmente ilícito constituído pela falha do Estado em seus deveres de proteção judicial a estrangeiros; o segundo constitui uma regra processual afetando menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação <sup>(80)</sup>.

Possivelmente uma das principais contribuições de Eagleton ao estudo do problema foi sua clarificação da relação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos. "Uma denegação de justiça só pode surgir nos casos em que se aplique a regra do esgotamento dos recursos internos", afirmou ele; "as duas regras são interligadas e inseparáveis: deve-se tentar utilizar os recursos internos até que ocorra uma denegação de justiça; uma denegação de justiça é uma falha nos recursos internos" <sup>(81)</sup>. Baseado em dados fornecidos pela prática dos Estados, acrescentou ele que o termo *denegação de justiça* era comumente usado em relação à "falha dos recursos judiciais", o que refortalecia o argumento de que tal denegação só se configurava quando falhavam os recursos internos <sup>(82)</sup>. A regra do esgotamento dos recursos de Direito interno exercia, desse modo, uma dupla função: em caso de sucesso, a operação dos recursos internos serviria para isentar uma responsabilidade precedente; em caso de insucesso, criaria uma responsabilidade original, ou então afirmaria uma responsabilidade final, e era esta segunda e última fase que fornecia exemplos de denegação de justiça <sup>(83)</sup>.

Pode-se abordar a relação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos de ângulo diferente, se se considerar a denegação de justiça como o fundamento de uma reclamação internacional

---

(80) Ch. de Visscher, "Le déni de justice...", *op. cit.*, p. 421, e cf. pp. 426/427; e para um estudo mais recente da questão, cf. A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* [1977-1978] pp. 333/370, esp. pp. 364/370.

(81) Clyde Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., University Press, 1928, p. 113. O autor salienta que "praticamente sempre se discute a denegação de justiça em conexão com a regra segundo a qual os recursos internos devem, em primeiro lugar, ser esgotados"; Clyde Eagleton, "Denial of Justice in International Law", 22 *American Journal of International Law* [1928], p. 542.

(82) C. Eagleton, "Denial of Justice...", *op. cit.*, pp. 543/544, cf. pp. 543/554.

(83) *Ibid.*, p. 551. Ponderou Eagleton que, embora surgisse mais frequentemente nos tribunais, a denegação de justiça poderia também incluir "ações legislativas ou executivas que interfiram com o processo de obter reparação legal"; a denegação de justiça denotaria "a falta de reparação, que é geralmente um processo judicial, e inclui falhas judiciais em razão de influências do Executivo ou Legislativo; por outro lado, não pode ser ampliada para abranger todas as ilegalidades que ocorram resultando em reclamações internacionais". Enfatizando a necessidade de uma terminologia precisa, afirmou Eagleton que "o termo denegação de justiça deveria ser limitado em seu alcance"; cf. *ibid.*, pp. 541/550.

em que a questão básica seja “o que o Estado reclamado, através da instrumentalidade das instituições [de reparação], fez ou deixou de fazer em detrimento do reclamante”, e se se considerar como a questão básica subjacente à regra do esgotamento dos recursos internos “o que o reclamante fez ou deixou de fazer em detrimento de si próprio ao utilizar-se dessas instituições” (84). Encarando desse ângulo o problema, talvez se possa sugerir — como de fato o fez Mummery — que as regras relativas à denegação de justiça podem derivar de raízes diferentes das do princípio do esgotamento dos recursos internos; mas mesmo assim, como Mummery prontamente acrescentou, tanto uma como outra dizem respeito secundariamente a aspectos opostos: “o princípio da denegação de justiça, ao que o reclamante fez ou deixou de fazer, em seu próprio detrimento, assim contribuindo para o dano; a regra do esgotamento dos recursos internos [...] ao que o Estado reclamado fez ou deixou de fazer, i.e., forneceu ou deixou de fornecer, em detrimento do reclamante, deixando assim de prover um recurso eficaz” (85). Por isso, em última análise, “não obstante os *standards* diferentes que assim permeiam as duas regras, freqüentemente os casos de aplicação de uma regra serão de valor no contexto da outra; em particular, casos de denegação de justiça nos tribunais fornecerão às vezes exemplos *a fortiori* de recursos legais internos ineficazes” (86).

Tanto o *Institut de Droit International* quanto a Comissão de Direito Internacional da ONU discorreram sobre a questão do relacionamento entre a regra do *local redress* e a denegação de justiça. A questão foi debatida na sessão de 1954 do *Institut* (87), e também levada à atenção da Comissão de Direito Internacional pelo *rappporteur* García Amador em 1957-1958, ao discutir a relação entre a denegação de justiça e a cláusula Calvo sob o título geral de “esgotamento de recursos internos” (88).

No caso *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares, 1964), a Corte Internacional de Justiça, ao proceder significativamente à junção da quarta exceção preliminar espanhola (de não-esgotamento de recursos internos) ao mérito, observou que a alegação de falha no esgotamento dos recursos internos encontrava-se, no caso, “inextricavelmente inter-

(84) D. R. Mummery, “The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies” 58 *American Journal of International Law* [1964] p. 412.

(85) D. R. Mummery, *op. cit.*, pp. 412/413, n. 114.

(86) *Ibid.*, p. 414. Mais recentemente, indicou Fawcett que as questões de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos podem em certos casos (e.g., recursos ineficazes) apresentar-se inter-relacionadas e fazer com que toda a questão seja juntada ao mérito; J.E.S. Fawcett, “General Course on Public International Law”, 132 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1971], cap. XIV, p. 528.

(87) Cf. 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, pp. 9/10, 24, 27/32, 35/39, 40/45, 50/57, 64, 67/68, 69, 72, 74, 76/83, 84, 88/97, 105 n. 1, 111; cf. em particular observações de Bourquin *ibid.*, pp. 51 e 57. Cf. também 46 *Annuaire I.D.I.* [1956] pp. 2/3, 12, 25/26, 29, 32/33, 40, 270, 277, 279/281, 309 e 313.

(88) Cf. *Yearbook of the International Law Commission* [1958] — II, pp. 58/59, e cf. também *Yearbook I.L.C.* [1957] — II, p. 112.



ligada à questão da denegação de justiça que constitui a maior parte do mérito”, pois “a objeção do reclamado de que os recursos internos não se esgotaram confronta-se, em todo o decorrer do processo, com a argumentação do reclamante de que foi, *inter alia*, precisamente na tentativa de esgotar os recursos internos que se foi vítima das supostas denegações de justiça” (89). A discussão da matéria prosseguiu nas audiências de 1969 perante a Corte, e particularmente no argumento oral do Professor Guggenheim, consultor da Espanha, de 23 de maio de 1969 (90). Também abordou a questão o juiz Tanaka, em sua explicação de voto no caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970) (91).

### III. Conclusões

Difícilmente se pode duvidar de que a denegação de justiça esteja intimamente ligada à regra do esgotamento dos recursos internos, com os dois conceitos interagindo para formar a base da maioria das reclamações internacionais. Entretanto, tem-se atribuído uma variedade de sentidos à denegação de justiça, cercado de dificuldades a determinação de seu âmbito e alcance. A jurisprudência internacional sobre o tema bem pode levar à suposição de que se trata de um problema a ser examinado à luz do *cas d'espèce*. Tal atitude, contudo, pouco auxiliaria o intérprete, e não forneceria indicações sobre o modo de abordar o problema.

Se se caracterizasse como denegação de justiça qualquer ilícito internacional (pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) imputável ao Estado, a expressão se esvaziaria de todo sentido técnico. Com efeito, as tentativas de codificação da matéria e a grande maioria da literatura especializada no tema deixam hoje pouca margem de dúvida de que o termo aplica-se própria e particularmente em relação a falhas na atividade *judicial* do Estado. Assim, *em seu sentido próprio*, a denegação de justiça implica na recusa de um Estado em estender proteção judicial aos direitos dos estrangeiros através de seus recursos e dos tribunais nacionais (92).

Como o Comissário-Presidente Van Vollenhoven afirmou pertinentemente em seu Parecer no caso *Chattin (EUA) v. México* (1927), se a

(89) Caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1964], p. 46.

(90) Cf. CIJ doc. C.R. 69/25 (tradução) de 23 de maio de 1969, pp. 2/4 e 15/25.

(91) Caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1970], explicação de voto do Juiz Tanaka, p. 144, e cf. pp. 141/160. Também sobre a “relação íntima” entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos, cf. L. Martínez-Agulló, “El Agotamiento de los Recursos Internos y el Caso de la ‘Barcelona Traction’”, 23 *Revista Española de Derecho Internacional* [1970] pp. 344/348 e 373/374; A. Mijang de la Muela, “El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales”, 2 *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* [1963] p. 44.

(92) Ch. de Visscher, “La responsabilité des États...”, *op. cit.*, p. 90.

denegação de justiça “se aplicasse a atos do Executivo e das autoridades legislativas assim como a atos das autoridades judiciárias [...], não existiria ilícito internacional algum que não fosse abrangido pela expressão “denegação de justiça”, e a expressão perderia seu valor como uma distinção técnica”<sup>(93)</sup>. Longe de ser tão-somente um problema terminológico, a questão da denegação de justiça depara-se com os fundamentos da responsabilidade do Estado no Direito internacional.

Com relação ao esgotamento dos recursos do Direito interno, a denegação de justiça diz respeito a falhas no dever do Estado de prover tais recursos<sup>(94)</sup>. O termo compreende propriamente falhas nos recursos judiciais e no trabalho dos tribunais nacionais, em suma, na atividade do ramo *judicial* do Estado. No exercício da função de proteção, os tribunais nacionais podem incorrer em faltas acarretando denegação de justiça em casos de, e.g., atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais. Mas subsiste uma questão disputada e em grande parte discutível: a de se definir se se pode estender substantivamente o termo denegação de justiça a casos de julgamentos manifestamente injustos<sup>(95)</sup>.

(93) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 286, cf. pp. 282/312. E cf. também o caso *Saïem* (Egito v. EUA, 1932), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 1202, cf. pp. 1163/1237.

(94) Sobre a complementaridade de direitos e deveres (das partes interessadas) no processo de esgotamento de recursos do Direito interno, cf. A.A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 80, pp. 333/370, esp. pp. 352/360; A.A. Cançado Trindade, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1560/1634 (no prelo, ed. 1980).

(95) No decorrer das audiências (diante da Corte Internacional de Justiça) de 1969 do caso da *Barcelona Traction*, Henri Rolin, co-agente e consultor da Bélgica, alegou que a denegação de justiça propriamente dita incluiria atos concernentes ao conteúdo da decisão judicial interna, mas tal ponto de vista foi contestado por Paul Guggenheim, consultor da Espanha, que replicou que “as regras para a configuração de uma denegação de justiça propriamente dita relacionam-se a uma recusa de acesso aos tribunais, recusa de proferir uma decisão ou um atraso no processo em detrimento de um estrangeiro, e nada mais”. CIJ doc. C.R. 69/25 (tradução) de 23 de maio de 1969, p. 2, e cf. pp. 2/4 e 15/25. Em linhas semelhantes, o memorial belga no caso manteve uma visão ampla de denegação de justiça (imputável a órgãos judiciais, governamentais ou administrativos), enquanto o contramemorial espanhol advogava visão mais restrita de denegação de justiça, compreendendo ou denegação de livre acesso aos tribunais ou atrasos indevidos na apresentação da sentença. Em relação a esse debate no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), um dos juizes da Corte Internacional de Justiça alegou subseqüentemente que, para que criassem responsabilidade internacional, as decisões judiciais internas deveriam ser flagrantemente injustas, notoriamente *unfair* e manifestamente inequitativas. Cf. E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit. supra* n. 63, pp. 171/187. Sobre esse ponto, cf. dados coletados in Lord McNair, *International Law Opinions*, vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, pp. 295/322, esp. 305/311. — Há autores que preferem distinguir entre denegação de justiça e injustiça manifesta: A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5.<sup>a</sup> ed. rev., Madrid, Aguilar, 1969, pp. 308/309; A. O. Adede, “A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law”, 14 *Canadian Yearbook of International Law* [1976] pp. 86/92; para Accioly, as decisões manifestamente injustas devem ser apreciadas como tais, e a injustiça manifesta acarreta a responsabilidade do Estado; H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, Rio, Imprensa Nacional, 1933, pp. 303/304; Bevilacqua prefere enumerar casos em que se configuraria uma denegação de justiça: cf. Clóvis Bevilacqua, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio, Liv. Francisco Alves, 1910, p. 219.