

O contencioso internacional:
análise comparativa das exceções de
domínio reservado dos Estados
e de não-esgotamento dos recursos
de direito interno

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

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

SUMÁRIO

- I — *Introdução: identificação do problema*
- II — *Domínio reservado e esgotamento de recursos internos: análise comparativa de seus efeitos jurídicos*
- III — *Reservas "subjetivas" e "objetivas" de domínio reservado*
- IV — *Incertezas da solução judicial*
- V — *Domínio reservado e esgotamento de recursos internos: análise comparativa de sua eficácia e seus resultados práticos*
- VI — *Domínio reservado e não-esgotamento de recursos internos como argumentos simultâneos e alternativos*
 - 1) *Esgotamento de recursos internos não servindo de base para caracterizar um litígio como sendo essencialmente do domínio reservado*
 - 2) *Esgotamento de recursos internos como particularização do domínio reservado*
- VII — *Conclusões*

Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em forma de duas conferências ministradas, como Professor Visitante, na Universidade de Londres, em julho de 1982.

I — *Introdução: identificação do problema*

O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos têm sido duas exceções processuais das mais freqüentemente levantadas no contencioso internacional: por meio da primeira, o Estado reclamado tenta impedir a consideração de uma matéria a nível internacional alegando que ela recai essencialmente em seu domínio reservado ou competência nacional; por meio da segunda, o Estado reclamado objeta à consideração de uma matéria a nível internacional alegando que os recursos de direito interno não foram esgotados e que a ação internacional só é assim facultada depois de ter tido o Estado uma oportunidade de reparar o suposto dano dentro de seu próprio sistema jurídico interno. O presente estudo abordará primariamente não a objeção de não-esgotamento de recursos internos *per se*, nem tampouco a exceção de domínio reservado como tal, mas mais propriamente o *inter-relacionamento entre ambas*.

O problema, de certo modo, tem persistido diante da apatia e negligência lamentáveis da doutrina moderna, e, o que é ainda mais surpreendente, a questão tem sido de tempos em tempos levantada na prática em casos cuja importância não pode ser subestimada. Chega assim a ser estranho ver as duas objeções de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado serem tratadas *separadamente* uma da outra, em trabalhos dedicados a uma ou a outra, como se tivessem pouco ou nada em comum. Os poucos autores que chegaram ao ponto de indicar a interação entre as duas exceções limitaram-se a registrar a existência do problema sem absolutamente nele se aprofundarem o mínimo satisfatório. A análise comparativa que se segue é apresentada em um esforço para ajudar a esclarecer um problema importante do direito internacional contemporâneo.

II — *Domínio reservado e esgotamento de recursos internos: análise comparativa de seus efeitos jurídicos*

Um traço marcante e comum a ambas as exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos é que tanto uma como outra constituem artificios a serviço da soberania dos Estados. Assim, uma objeção de domínio reservado, se aceita pelo tribunal internacional, impede este último de examinar o caso; é ela uma exceção preliminar à *competência* do tribunal internacional, assumindo um caráter *substantivo* no sentido de que uma decisão quanto à exceção tocaria no mérito do caso. Uma objeção de não-esgotamento de recursos internos, por outro lado, baseia-se na idéia do caráter *subsidiário* da jurisdição internacional e em um certo *direito de prioridade* de que desfrutam os tribunais internos ao reparar supostos danos; é ela uma exceção preliminar à *admissibilidade* de uma reclamação internacional, que *não* necessariamente objeta à competência do tribunal internacional em particular.

Conseqüentemente, como decorrência lógica do relacionamento entre as duas exceções, pode-se dizer que uma objeção de domínio re-

servado, se impetrada com sucesso, tende a suplantar ou abarcar uma objeção de não-esgotamento de recursos internos levantada no mesmo caso. Isto significa que a segunda tende a permanecer de certo modo subsidiária ou suplementar à primeira, no sentido de que, uma vez que o tribunal internacional examinando a matéria considera-a como recaindo essencialmente no domínio reservado do Estado em questão, não há então como insistir na aplicação da regra do esgotamento dos recursos de direito interno⁽¹⁾.

Tal situação ocorreu, como se verá subsequenteemente com mais detalhes, no caso *Interhandel* (1959), em que o governo dos Estados Unidos levantou tanto uma exceção de domínio reservado (quarta exceção preliminar), *assim como* uma exceção de não-esgotamento de recursos internos (terceira exceção preliminar) à petição suíça⁽²⁾. As dificuldades no caso se agravaram ainda mais pelo fato de terem os Estados Unidos se baseado na emenda Connally. E a Corte Internacional de Justiça, ao invés de proceder ao exame da objeção de não-esgotamento, e talvez juntá-la ao mérito como em outros casos, decidiu rejeitar a petição suíça por não-esgotamento de recursos internos⁽³⁾.

Ao sustentar assim a terceira exceção preliminar dos Estados Unidos, a Corte julgou “desnecessário” pronunciar sobre a objeção preliminar norte-americana de domínio reservado⁽⁴⁾. Desse modo a Corte de Haia se expôs à crítica de que emitira tal decisão “a fim de poupar-se do embaraço de pronunciar sobre a exceção preliminar alternativa pela qual os Estados Unidos invocaram a reserva — de ‘domínio reservado tal como determinado pelos Estados Unidos’ —, a sua aceitação da cláusula facultativa”⁽⁵⁾ (cf. também *infra*). Mas tais considerações de *policy* podem bem ocorrer não apenas na decisão da Corte, como também na formulação de objeções preliminares pela parte reclamada (e.g., exceções “preliminares” como subterfúgios de defesa quanto ao mérito)⁽⁶⁾.

O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos assim acarretam *efeitos distintos* que não podem ser equiparados um ao outro. Enquanto que a regra dos recursos internos enfatiza a com-

(1) Especialistas do tema parecem concordar com este ponto; cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph. D. Thesis), vol. I, University of Cambridge, Cambridge, 1977, pp. 231-314 (circul. interna); C. H. P. LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, Droz, 1961, pp. 123-124; TH. HAESLER, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case-Law of International Courts and Tribunals*, Leyden, Sijthoff, 1968, pp. 154-156.

(2) Cf. caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959) p. 11.

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

(4) *Ibid.*, p. 29.

(5) C. W. JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, London, Stevens/Oceana, 1964, pp. 533-534.

(6) Referindo-se a tais objeções como “exceptions préliminaires de fond”, SPERDUTI propôs o seguinte critério de distinção: “Le critère pour distinguer entre des véritables exceptions préliminaires d’incompétence et des exceptions qui, tout en ayant été présentées sous une telle forme, constituent, en substance, des exceptions de fond, consiste, en principe, à examiner si une décision qui serait prise sur une exception déterminée en faveur de l’Etat qui a soulevé cette exception, serait ou ne serait pas de nature à faire ressortir le défaut de fondement de la requête contre laquelle l’exception était dirigée”. G. SPERDUTI, “La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international”, *Rivista di Diritto Internazionale* (1970) p. 474, e cf. pp. 461-490.

petência subsidiária do órgão internacional para examinar o caso, a objeção de domínio reservado claramente nega aquela competência por completo. Uma objeção de domínio reservado avançada com sucesso teria o efeito de impedir qualquer exame do caso pelo órgão internacional, justamente por recair a matéria no domínio reservado do Estado. Uma objeção de não-esgotamento dos recursos de direito interno levantada com sucesso teria o efeito de rejeitar a reclamação como inadmissível por não-esgotamento dos meios internos de reparação, mas em princípio poderia sempre o reclamante reapresentar subsequenteemente seu caso perante o órgão internacional, mediante nova petição, uma vez que os recursos de direito interno tenham sido devidamente esgotados⁽⁷⁾. Tendo em mente esta distinção crucial, pode-se agora examinar, por meio de análise comparativa, a *eficácia* das exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos na prática judicial internacional.

III — Reservas “subjetivas” e “objetivas” de domínio reservado

Um exame da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça revela dois aspectos distintos da objeção de domínio reservado: primeiramente, a prática em relação às chamadas reservas automáticas à cláusula facultativa de seu Estatuto, e, em segundo lugar, a prática relativa a exceções preliminares de incompetência. Pode-se assim falar de reservas *subjetivas* e *objetivas* de domínio reservado, pois na primeira hipótese o poder de decisão pertence aos governos declarantes, ao passo que na segunda hipótese o poder de decidir se determinada matéria recai ou não no domínio reservado [dos Estados] pertence à Corte [internacional]⁽⁸⁾.

No caso dos *Empréstimos Noruegueses* (1957) a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça foi desafiada por uma reserva da Noruega que invocava a reserva automática da França⁽⁹⁾ como exceção preliminar. A Corte julgou que o governo norueguês poderia, em virtude da condição de reciprocidade, invocar a reserva francesa, que excluía da competência da Corte o litígio a ela submetido pela petição do governo francês. A Corte, conseqüentemente, viu-se sem competência para examinar a petição⁽¹⁰⁾. Ao sustentar o argumento da Noruega, a Corte não expressou opinião alguma sobre a questão se o assunto do litígio recaía essencialmente no domínio reservado [estatal].

(7) Nesse sentido: Petição n.º 347/58, caso de *X v. Bélgica*, decisão de 29 de agosto de 1959, in *Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights*, vol. 1, p. 5; Petição n.º 434/58, caso de *X v. Suécia*, decisão de 30 de junho de 1959, *ibid.*, vol. 1, pp. 14-15. E cf. também A. MIAJA DE LA MUELA, “El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales”, 2 *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1963) pp. 28-52.

(8) S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 393-399.

(9) A reserva francesa (contida na declaração francesa de 1.º de março de 1949) dispunha: “Esta declaração não se aplica a controvérsias relativas a matérias que pertencem essencialmente à competência nacional no entendimento do governo da República Francesa.” Caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957) p. 21.

(10) *Ibid.*, p. 27.

Em sua explicação de voto, o Juiz Lauterpacht discordou em determinado ponto da tese da Corte de pressupor que a declaração francesa era válida de direito; para ele, a declaração era inválida e a Corte não deveria ter se baseado nela, porque tal modo de proceder era contrário ao artigo 36(6) do Estatuto que atribuía à Corte, sem qualquer margem a dúvidas, o direito, e impunha-lhe o dever, de determinar sua própria competência⁽¹¹⁾.

Pouco após, a questão novamente surgiu no caso *Interhandel* (1959), em que uma das exceções preliminares dos Estados Unidos invocava a reserva automática norte-americana à jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça⁽¹²⁾. Já se referiu acima ao resultado da contenda: rejeição da petição suíça como inadmissível por não-esgotamento de recursos internos⁽¹³⁾. A Corte evitou assim pronunciar sobre a questão da reserva automática e baseou-se na declaração do agente dos Estados Unidos (Sr. Becker), segundo a qual aquela questão tinha “perdido a significação prática” e tinha se tornado “somewhat academic” e “somewhat moot”⁽¹⁴⁾. Votos dissidentes foram proferidos, em um dos quais o Juiz Lauterpacht novamente afirmou que a Corte era “a guardiã de seu Estatuto” e que não lhe cabia abandonar, em deferência a uma reserva formulada por uma parte litigante, “uma função que, em virtude de um dispositivo expresso do Estatuto, é uma salvaguarda essencial de sua jurisdição obrigatória”⁽¹⁵⁾. Novamente recatou o magistrado o artigo 36(6) do Estatuto, consagrando o princípio de que “em matéria de sua jurisdição, um tribunal internacional, e não a parte interessada, tem o poder de decidir se um litígio perante si recai sob o instrumento criando sua jurisdição”⁽¹⁶⁾.

Naquele mesmo ano, na sessão de Neuchâtel (1959) do Institut de Droit International, manifestou-se considerável reação aos eventos ocorridos no decorrer dos processos dos casos dos *Empréstimos Noruegueses* e de *Interhandel*. As resoluções adotadas, *inter alia*, urgiam os Estados a recorrerem à Corte Internacional de Justiça como método *normal* de solução de controvérsias, e a aceitarem a jurisdição da Corte por compromissos que a tornassem eficaz e “não ilusória”⁽¹⁷⁾. As resoluções do *Institut* relembavam as decisões e votos emitidos nos casos dos *Empréstimos Noruegueses* e de *Interhandel*, no sentido de urgir os Estados que aceitassem a jurisdição obrigatória da Corte em virtude do artigo 36(2) do Estatuto, a fazê-lo “em termos precisos, respeitando

(11) *Ibid.*, explicação de voto de H. Lauterpacht, p. 43; foi Hersch Lauterpacht quem intitulou a expressão “reserva automática” (cf. *Ibid.*, p. 34).

(12) De acordo com a reserva dos Estados Unidos, a declaração norte-americana não se aplicava a “disputas relativas a assuntos que pertencem essencialmente ao domínio reservado dos Estados Unidos da América conforme determinado pelos Estados Unidos da América”. Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959) p. 15.

(13) *Ibid.*, p. 29.

(14) *Ibid.*, p. 26; e caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959), Argumentos Orais e Documentos, argumento oral do Sr. Becker, de 6 de novembro de 1958, pp. 507-511.

(15) Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959), voto dissidente de H. Lauterpacht, p. 104.

(16) *Ibid.*, p. 104, e cf. pp. 117 e 122 para sua contestação da validade da declaração dos Estados Unidos. Outros Juízes, além dele, compartilharam igualmente do ponto de vista de que a objeção deveria ter sido juntada ao mérito (como um argumento substantivo).

(17) *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1959) — II, pp. 359-360.

o direito da Corte de ser o juiz de sua própria competência, de acordo com seu Estatuto”(18). As resoluções ponderavam ainda aos Estados que uma submissão evasiva à jurisdição da Corte poderia abrir o caminho a outros Estados a se prevalecerem das reservas em seu próprio benefício(19). Não obstante, nos instrumentos reconhecendo como obrigatória a jurisdição da Corte Internacional de Justiça (até 31 de julho de 1973), oito Estados, em suas declarações(20), formularam reservas quanto a disputas ou matérias recaindo “essencialmente no domínio reservado” (competência nacional), ao passo que doze outros Estados(21) preferiram dirigir suas reservas a disputas relativas a questões que, *segundo o direito internacional*, recaem essencialmente em seu domínio reservado.

Estas são ilustrações de reservas *subjetivas* de domínio reservado que, em casos como os de *Interhandel* e dos *Empréstimos Noruegueses*, foram utilizadas como argumentos alternativos aos de não-esgotamento de recursos de direito interno. Passando ao aspecto *objetivo* da exceção de domínio reservado — a saber, a exceção como uma objeção preliminar à competência da Corte Internacional de Justiça para examinar a petição —, tem em alguns casos surgido mas não necessariamente como alternativa ao não-esgotamento de recursos internos (embora exceções preliminares de outros tipos possam acompanhá-lo). Isto não significa que um exame da exceção *objetiva* de domínio reservado sem uma exceção alternativa de não-esgotamento de recursos internos não seria útil para o estudo do inter-relacionamento entre as duas. Pelo contrário, tal inter-relacionamento pode também ser abordado por meio de um paralelo ou confrontação entre casos em que se levantou uma ou outra das exceções, não como alternativas entre si, para os propósitos de verificar posteriormente, em base comparativa, a *eficácia* das duas exceções na prática.

Uma reserva de domínio reservado do tipo “objetiva” foi avançada no caso da *Interpretação dos Tratados de Paz* (1950). A Assembléia Geral da ONU solicitara um parecer à Corte Internacional de Justiça sobre a interpretação dos dispositivos sobre solução de controvérsias contidos nos tratados de paz com a Bulgária, a Hungria e a Romênia. Os três Estados em questão objetaram à Competência da Corte para examinar a matéria alegando que um parecer sobre a mesma constituiria uma intervenção em assuntos essencialmente dentro de seu domínio reservado. A Corte, em seu parecer, enfatizou que não fora solicitada a examinar acusações levadas perante a Assembléia Geral da ONU acerca de supostas violações de certos dispositivos dos tratados; ao invés disso, o objeto da petição fora mais limitado e visando somente obter da Corte

(18) *Ibid.*, pp. 359-360.

(19) *Ibid.*, pp. 359-360.

(20) Índia, Israel, Libéria, Malawi, México, Filipinas, Sudão e Estados Unidos; *Yearbook of the International Court of Justice* (1972-1973) pp. 62-63, 66, 68, 71, 75, 78 e 81, respectivamente.

(21) Austrália, Botswana, Canadá, França, Zâmbia, Quênia, Cambódia, Malta, Maurício, Nova Zelândia, Paquistão e Suazilândia; *ibid.*, pp. 54, 56-57, 60-61, 65, 69-70, 72, 74 e 78, respectivamente. E cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 13-50.

certas “clarificações de natureza jurídica” relativas à aplicabilidade do procedimento de solução de controvérsias contido nos tratados de paz com a Bulgária, a Hungria e a Romênia. Desse modo, ponderou a Corte, “a interpretação dos termos de um tratado para este propósito não poderia ser considerada como uma questão recaindo essencialmente no domínio reservado de um Estado. Trata-se de uma questão de direito internacional que, por sua própria natureza, recai no âmbito de competência da Corte”⁽²²⁾.

Já se observou que mais importante do que a rejeição pela Corte da objeção nesse caso concreto foi o fato de que a Corte “não lidou com aquela objeção *a priori* ao rejeitá-la sumariamente, mas somente a descartou após um exame de seu mérito”⁽²³⁾. Entretanto, dever-se-ia também ter em mente que a Corte não tocou diretamente no ponto do domínio reservado; evitou fazê-lo, limitando-se à interpretação dos tratados, uma questão de direito internacional. Por mais memorável que tenha sido sua decisão, somente indiretamente lidou ela com o problema do domínio reservado como tal, e não parece constituir-se em uma interpretação cogente da aplicação problemática do artigo 2(7) da Carta da ONU.

Em ocasião subsequente, no caso relativo ao *Direito de Passagem sobre Território Indiano* (1960), a Índia objetou à petição de Portugal à Corte, e invocou a reserva contida em sua declaração de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte que excluía daquela jurisdição litígios relativos a questões que, segundo o direito internacional, recaíam exclusivamente sob a competência nacional da Índia. Após juntar tal exceção preliminar ao mérito, declarou a Corte, em seu julgamento quanto ao mérito, em relação à exceção, que “to contend that such a right of passage is one which can be relied upon as against India, to claim that such an obligation is binding upon India, to invoke, whether rightly or wrongly, such principles is to place oneself on the plane of international law”⁽²⁴⁾. Desse modo, considerou-se a matéria como não recaindo exclusivamente no domínio reservado da Índia, e não se sustentou a [quinta] exceção [preliminar].

Passando da Corte Internacional de Justiça à Corte Européia de Direitos Humanos do plano regional, era de se esperar que uma Corte operando sob uma Convenção à qual aderiram livremente os Estados [Partes] no exercício pleno de sua soberania dificilmente necessitaria de pronunciar sobre a objeção de domínio reservado. Mas isto não ocorreu. O caso *Golder versus Reino Unido* (1975) e o *Caso Lingüístico Belga* (1967) fornecem ilustrações do problema. No caso *Golder* relativo ao Reino Unido, a Comissão Européia de Direitos Humanos havia declarado a petição admissível para consideração do mérito sob os artigos 6(1) e 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos, ao mesmo tempo que rejeitava uma das reclamações por falha do reclamante de esgotar

(22) Caso da *Interpretação dos Tratados de Paz*, ICJ Reports (1950) pp. 70-71.

(23) S. ROSENNE, *op. cit.*, vol. I, p. 67.

(24) Caso do *Direito de Passagem sobre Território Indiano*, ICJ Reports (1960) p. 33.

todos os recursos de direito interno: o caso foi então enviado à Corte Européia⁽²⁵⁾.

Em seu julgamento de 21 de fevereiro de 1975, a Corte decidiu, em primeiro lugar, que tinha ocorrido uma violação do artigo 6(1) da Convenção: embora não se houvesse formalmente negado ao reclamante acesso aos tribunais [internos], foi ele efetivamente impedido de iniciar a ação que tinha em mente (em 1970), e, embora não se fizesse uma referência expressa ao *direito de acesso* aos tribunais, o artigo 6(1) não obstante incorporava aquele direito, declarou a Corte o direito de instituir processo em matéria civil, sendo um aspecto do que a Corte intitulou "direito a um tribunal" ⁽²⁶⁾. Em segundo lugar, decidiu a Corte que também tinha ocorrido uma violação do artigo 8 da Convenção, uma vez que a recusa por parte do *Home Secretary* da petição inicial (de 1970) tivera o efeito direto e imediato de impedir o reclamante de manter correspondência com um advogado⁽²⁷⁾.

A decisão da Corte sobre a violação do artigo 8 da Convenção foi tomada por unanimidade, ao passo que três Juizes discordaram da decisão da [maioria da] Corte sobre o artigo 6(1) da Convenção. Embora o governo reclamado não tivesse levantado uma objeção de domínio reservado, nem tivesse a Corte tampouco tocado na questão, os três Juizes que anexaram explicações de voto, discordando em particular da decisão da Corte sobre o "direito de acesso", levantaram a questão, em termos expressos ou indiretamente e por implicação. Em seu voto, o Juiz Fitzmaurice observou que, "de modo geral, as diversas convenções e pactos de direitos humanos, mas mais particularmente a Convenção Européia, abriram caminho inteiramente novo no plano internacional, fazendo consideráveis incursões em alguns dos domínios mais sensíveis dos governos na esfera de sua competência nacional ou domínio reservado⁽²⁸⁾. Em sua opinião isto requeria uma interpretação "cautelosa" particularmente de dispositivos cujo sentido pudesse ser incerto e quando construções ou versões amplas "pudessem ter o efeito de impor aos Estados contratantes obrigações que eles realmente não pretendiam assumir, ou que não entenderam que estivessem assumindo"⁽²⁹⁾.

O Juiz Zekia argumentou que, se se tencionasse reconhecer a todos um direito de acesso, sem restrições da legislação nacional, no âmbito das jurisdições das Altas Partes Contratantes, era de se esperar que fosse ele expressamente previsto na Convenção. O artigo 6(1) não o previu; mas mesmo que os dispositivos da Convenção fossem totalmente omissos ou silenciosos quanto ao direito de acesso — o que não era o

(25) Corte Européia de Direitos Humanos, caso de *Golder v. Reino Unido*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, pp. 5 e 3, § 19, e 13.

(26) *Ibid.*, caso *Golder*, pp. 7-16 §§ 23-46. A Corte baseou sua decisão no texto e contexto do artigo 6 (1) da Convenção, no propósito e objeto da Convenção, e nos princípios gerais do direito.

(27) *Ibid.*, pp. 7-16 §§ 23-46; acrescentou a Corte que "the preceding findings amount in themselves to adequate just satisfaction" sob o artigo 50 da Convenção (*ibid.*, p. 16).

(28) *Ibid.*, caso *Golder*, explicação de voto de G. Fitzmaurice, p. 38, § 38.

(29) *Ibid.*, p. 38, § 39; para o Juiz Fitzmaurice, "any serious doubt must therefore be resolved in favour of, rather than against, the government concerned" (*ibid.*, p. 38, § 39).

caso —, ter-se-ia que admitir que, “por implicação e intenção necessárias”, aquele direito deveria ser tido como incorporado na Convenção, mas não necessariamente no artigo 6(1), na premissa de que as Partes Contratantes “took the existence of such right of access for granted”⁽³⁰⁾. Para o Juiz Verdross a interpretação da Corte e sua decisão sobre a violação do artigo 6(1) da Convenção contradiziam o fato de que os dispositivos da Convenção constituíam limites também da jurisdição da Corte: “esta é uma jurisdição especial, uma vez que ela atribui à Corte o poder de resolver litígios que se originaram no curso da vida interna dos Estados Contratantes. As normas definindo os limites de tal jurisdição devem por isso ser interpretadas restritivamente”⁽³¹⁾.

Foi, no entanto, no *Caso Lingüístico Belga* (1967) que uma exceção de domínio reservado propriamente dita foi efetivamente levantada perante a Corte Européia. Anteriormente, a Comissão examinara diversas petições relativas ao regime lingüístico na Bélgica, e em algumas delas a questão do esgotamento de recursos internos; mas o *Caso Lingüístico Belga* (as petições declaradas admissíveis pela Comissão) chegou com sucesso até a Corte. A Bélgica interpôs uma exceção preliminar de incompetência da Corte alegando que as petições a ela enviadas não estavam cobertas pela Convenção Européia e o Protocolo, mas formavam parte do “domínio reservado do direito interno belga”, uma vez que “as regulamentações lingüísticas pertencem à competência exclusiva dos Estados”⁽³²⁾. A Comissão Européia solicitou à Corte que rejeitasse a exceção preliminar com base no argumento de que de acordo com o sistema da Convenção “uma exceção de incompetência *ratione materiae* deveria normalmente ser levantada perante a Comissão quando a admissibilidade da petição estivesse sob consideração”, e no caso o governo belga não havia interposto tal exceção. Além disso, acrescentou a Comissão, quando um caso, como o presente, dissesse respeito à interpretação ou aplicação da Convenção, “não há, em princípio, lugar para a idéia do domínio reservado no sistema de supervisão estabelecido pela Convenção”⁽³³⁾.

Em seu julgamento de 9 de fevereiro de 1967, a Corte, após levar em conta as teses divergentes da Comissão e do governo belga sobre a questão, afirmou que o argumento belga baseado na noção do domínio reservado como um aspecto de sua exceção preliminar de incompetência dizia respeito ao mérito e não poderia por isso levar a “qualquer resultado diferente”. O que o governo procurava, de fato, ao invocar aquela noção, ponderou a Corte, era “demonstrar a ausência nesse caso de qualquer fator relativo à Convenção”⁽³⁴⁾. Incapaz de concordar com tal raciocínio, a Corte indicou que “a Convenção e o Protocolo, que cobrem matérias, que normalmente recaem no direito interno dos Es-

(30) *Ibid.*, caso *Golder*, explicação de voto do Juiz Zekia, p. 21.

(31) *Ibid.*, caso *Golder*, explicação de voto do Juiz Verdross, p. 17.

(32) Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lingüístico Belga* (Exceção Preliminar), julgamento de 9 de fevereiro de 1967, Série A, p. 16.

(33) *Ibid.*, p. 17.

(34) *Ibid.*, p. 19.

tados Contratantes, são instrumentos internacionais cujo propósito principal é o de estabelecer certos padrões internacionais a serem observados pelos Estados Contratantes em suas relações com pessoas sob sua jurisdição”⁽³⁵⁾. Como sua própria jurisdição se estendia a todos os casos — como o presente — concernentes à interpretação e aplicação daqueles instrumentos, concluiu a Corte pela impossibilidade em tais circunstâncias de “encarar o argumento baseado na noção de domínio reservado como possuidor do caráter de uma exceção preliminar de incompetência”⁽³⁶⁾.

A Corte assim decidiu sem prejuízo do mérito do litígio. A decisão de proceder a um exame do mérito e de rejeitar a exceção belga foi tomada por unanimidade⁽³⁷⁾. É significativo observar que nesse caso a Corte afirmou *expressamente* que a noção de domínio reservado não poderia ser interposta como uma exceção preliminar à competência da Corte para lidar com a matéria, e *não* tinha lugar algum no sistema de supervisão em questão. A Corte Européia parece, assim, ter ido mais além do que a Corte Internacional de Justiça no tratamento do problema.

A Corte de Haia tem encontrado bastante dificuldade em resolver a questão e tem-se exposto a críticas pela posição reticente assumida em alguns casos. Mesmo assim, tais críticas devem ser compartilhadas por alguns governos pela atitude tomada em relação ao problema. O argumento de domínio reservado tal como levantado na forma de uma reserva automática mostra-se destrutivo do próprio propósito que a declaração presumivelmente almeja alcançar, a saber, a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte. Há uma contradição inerente naqueles instrumentos de reserva.

O artigo 92 da Carta da ONU e o artigo 1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça demonstram, mediante exame cuidadoso, que os dois instrumentos formam um todo orgânico⁽³⁸⁾. Assim sendo, como o artigo 2(7) da Carta da ONU já contém a exceção do domínio reservado, pode-se questionar não apenas a validade, mas até mesmo a *utilidade*, de reservas à jurisdição obrigatória da Corte do tipo da emenda Connally. Parece que alguns Estados, excessivamente zelosos de sua soberania, não têm sido capazes de se contentarem com a inserção da cláusula do domínio reservado na Carta da ONU sob a rubrica principal dos “propósitos e princípios” da Organização...

IV — *Incertezas da solução judicial*

À vista do que precede, pode-se nesse estágio indagar se há enfim lugar para uma solução judicial do problema do domínio reservado. Os especialistas têm hesitado muito sobre este ponto: enquanto alguns,

(35) *Ibid.*, p. 19; fez-se referência ao artigo 1.º da Convenção.

(36) *Ibid.*, p. 19; fez-se referência ao artigo 45 da Convenção.

(37) *Cf. ibid.*, p. 20.

(38) Está além dos propósitos do presente estudo, entretanto, investigar a relação apropriada entre a Corte e outros órgãos da ONU.

como STONE, ROUSSEAU e SOHN⁽³⁹⁾, favorecem o pronunciamento da Corte sobre todas as questões graves, outros, como PREUSS e SPERDUTI⁽⁴⁰⁾, consideram o problema do domínio reservado inadequado para aplicação judicial. Não parece haver uma resposta clara ou conclusiva ao problema: tentativas de fornecer uma resposta até certo ponto dependem, em última análise, do juízo de cada um da função dos órgãos judiciais internacionais. Sir HUMPHREY WALDOCK descreveu com exatidão a gravidade do problema: "Enquanto a construção do domínio reservado em limite constitucional da jurisdição internacional pode ser relevante no caso de órgãos políticos internacionais que não são obrigados a decidir de acordo com os direitos das partes, cria ela uma posição inteiramente artificial em relação aos tribunais internacionais. Se a matéria pertence ao domínio reservado, o tribunal é definitivamente incompetente para investigar o mérito. Por outro lado, ele não pode determinar se a matéria pertence ou não ao domínio reservado sem uma investigação do mérito"⁽⁴¹⁾.

Tudo indica que a objeção de não-esgotamento de recursos internos tenha sido utilizada mais freqüentemente do que a de domínio reservado perante tribunais internacionais⁽⁴²⁾. Por outro lado, objeções de domínio reservado parecem ter sido levantadas mais freqüentemente do que a exceção dos recursos internos perante os órgãos políticos de organizações internacionais⁽⁴³⁾ (solução política). A prática das organizações internacionais clarifica um pouco a questão, como se verá infra, mas subsistem sérias dúvidas quanto à propriedade ou conveniência de uma solução judicial às objeções de domínio reservado em

- (39) JULIUS STONE, *Legal Controls of International Conflict*, London, Stevens, 1954, p. 254; CHARLES ROUSSEAU (rapporteur), "La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1952) — I, p. 157, e debates (Intervenções de Kaackenbeeck e Rollin) *ibid.*, vol. II, pp. 282-293; LOUIS SOHN (rapporteur), in *International Law Association, Report of the 51st Conference*, Tóquio, 1964, pp. 95-96; e comentários de JURAJ ANDRASSY, "Le renforcement de la juridiction de la Cour Internationale de Justice", *Jugoslovenska Revija za Međunarodno Pravo* (1964) pp. 84-88.
- (40) L. PREUSS, "Article 2 (7) of the Charter of the United Nations and Matters of Domestic Jurisdiction", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1949) — I, pp. 645-648; G. SPERDUTI, *Il Dominio Riservato*, Milano, Giuffrè 1970, pp. 70-71.
- (41) C. H. M. WALDOCK, "The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals", *British Year Book of International Law* (1954) pp. 140-142, e cf. pp. 131-137.
- (42) Além de diversos laudos arbitrais, cf.: Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), caso das *Concessões Mavrommatis na Palestina*, Série A, n.º 2, 1924; CPJI, caso de *Certos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa*, Série A, n.º 7, 1926; CPJI, caso da *Fábrica Chorzów* (pedido de indenização — jurisdição), Série A, n.º 9, 1927; CPJI, casos dos *Empréstimos Sérvios e Brasileiros*, Série A, n.ºs 20 e 21, 1929; CPJI, caso da *Administração do Príncipe Von Pless*, Série A/B, n.º 52, 1933; CPJI, caso *Losinger* (Exceção Preliminar), Série A/B, n.º 67, 1936; CPJI, caso *Borchgrave* (Exceções Preliminares), Série A/B, n.º 72, 1937; CPJI, caso dos *Fosfatos em Marrocos* (Exceções Preliminares), Série A/B, n.º 74, 1938; CPJI, caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis*, Série A/B, n.º 76, 1939; CPJI, caso da *Companhia de Eletricidade de Sófia e Bulgária* (Exceção Preliminar), Série A/B, n.º 77, 1939; Corte Internacional de Justiça (CIJ), caso da *Companhia Petrolífera Anglo-Iraniana* (Exceção Preliminar), *ICJ Reports* (1952); CIJ, caso *Ambatielos* (mérito: obrigação de arbitrar), *ICJ Reports* (1953); CIJ, caso *Noittebohm* (segunda fase), *ICJ Reports* (1955); CIJ, caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957); CIJ, caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959); CIJ, caso do *Incidente Aéreo*, *ICJ Reports* (1959); CIJ, caso da *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et Société Radio-Orient* (cf. argumentos orais), *ICJ Reports* (1960); CIJ, caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), *ICJ Reports* (1964); CIJ, caso da *Barcelona Traction* (segunda fase), *ICJ Reports* (1970).
- (43) Cf. infra, para a prática sobre o domínio reservado. Quanto à regra do esgotamento dos recursos internos, recorde-se que foi discutida no Conselho da Liga das Nações (um órgão político) no caso dos *Navios Finlandeses* (1931-1934), antes de ter sido a matéria submetida a arbitragem. *League of Nations Official Journal* (1934) pp. 1450-1458, e *ibid.* (1935) p. 1.160; *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 491-1.550.

particular. Quanto a este último, pode-se falar de uma explicação antes política do que lógica, com as normas jurídicas servindo apenas como uma limitação muito ampla dos possíveis métodos práticos de resolver o caso concreto⁽⁴⁴⁾.

Caberia aqui registrar ainda um desenvolvimento significativo recente: exceções ou objeções preliminares, que historicamente evoluíram na prática e jurisprudência de órgãos judiciais, gradualmente têm-se adaptado aos procedimentos perante os órgãos *políticos* da ONU. Dentre tais exceções preliminares, poder-se-iam destacar, como o faz o relato de CIOBANU, as de *ultra vires* e *conditio sine qua non* (dado seu caráter peremptório), seguidas das de *electa una via*, *lis pendens* e *res judicata* (de caráter permissivo, dependendo até certo ponto das contingências políticas dos casos em questão) ⁽⁴⁵⁾. Impõe-se, contudo, algum cuidado com esta categorização, por subsistir o risco de se atribuir um certo formalismo jurídico às objeções à competência dos órgãos *políticos* da ONU.

V — *Domínio reservado e não-esgotamento de recursos internos: análise comparativa de sua eficácia e seus resultados práticos*

Se se considerar a origem dos argumentos de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos, ver-se-á que o segundo mostra-se mais duradouro e menos vulnerável do que o primeiro. Historicamente, o princípio dos recursos internos precede a cláusula do domínio reservado em alguns séculos, estando assim bem mais solidamente estabelecido. As raízes históricas e os antecedentes da velha regra da reparação pelas vias internas ou locais remontam à pré-história do direito internacional à era da prática medieval das represálias privadas ⁽⁴⁶⁾. O conceito de domínio reservado, por outro lado, é essencialmente um conceito moderno, inserido pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações — artigo 15(8) — e tendo por propósito o de estender algum grau de proteção aos chamados “interesses vitais” dos Estados. A iniciativa daquela inserção foi tomada com sucesso pelo Presidente dos Estados Unidos ⁽⁴⁷⁾, muito embora ironicamente aquele país jamais tornou-se membro da Liga.

Na prática da Liga, a restrição de domínio reservado imposta sobre seu Conselho foi invocada em apenas três ocasiões⁽⁴⁸⁾, em uma das

(44) F. ERMACORA, “Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2 (7) of the Charter)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1968) — II, pp. 388-389.

(45) DAN CIOBANU, *Preliminary Objections Related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs*, The Hague, M. Nijhoff, 1975, pp. 47-48, 57 e 61-149, e cf. pp. 153-201.

(46) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law”, *Revue Belge de Droit International* (1976) — II, pp. 499-527; A. A. CANÇADO TRINDADE, “O Contencioso Diplomático e os Recursos de Direito Interno”, 66 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1980) pp. 153-174.

(47) Encontrava-se então o Presidente Wilson sob pressão da opinião pública norte-americana, que se opunha a qualquer interferência em certas questões domésticas de relevância, tais como imigração, condições de trabalho, taxas alfandegárias.

(48) Caso das *Ilhas Aaland* (Finlândia v. Suécia); caso dos *Decretos de Nacionalidade* (Reino Unido v. França); e caso da *Expulsão do Patriarca Ecumênico* (Grécia v. Turquia); o terceiro foi resolvido amigavelmente por negociações diretas entre as partes, ao passo que o primeiro foi solucionado pacificamente à luz de um Parecer emitido por uma Comissão de Juristas (uma vez que a Corte Permanente de Justiça Internacional ainda não houvera sido constituída).

quais — o caso dos *Decretos de Nacionalidade de Túnis e Marrocos* (1923) — a Corte Permanente de Justiça Internacional declarou que “a questão se determinada matéria pertence ou não somente à jurisdição de um Estado é essencialmente uma questão relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais”⁽⁴⁹⁾. No sistema do pacto da Liga o domínio reservado [dos Estados] não era um problema agudo, uma vez que o Conselho da Liga era o órgão competente para proceder a sua determinação. Mas a Carta da ONU, ao contrário, não incluiu dispositivo algum naquele sentido, e conseqüentemente o problema agravou-se nas três últimas décadas. Não obstante o silêncio da Carta sobre a matéria, o problema foi objeto de atenção na Conferência de San Francisco, onde um relatório aprovado de 12 de junho de 1945 do Comitê IV/2 afirmava que, como cabia a cada órgão “interpretar as partes da Carta aplicáveis a suas funções particulares”, não era necessário incluir na Carta um dispositivo expresso naquele sentido⁽⁵⁰⁾.

Além disso, um exame minucioso dos trabalhos preparatórios do artigo 2(7) da Carta da ONU (debates do Comitê I/1)⁽⁵¹⁾ demonstra que as delegações participantes não advogaram que a determinação do domínio reservado deveria ser atribuído aos Estados interessados; ao invés disso, favoreceram o envio da matéria aos órgãos internacionais em um reconhecimento implícito do critério do direito internacional⁽⁵²⁾. Dever-se-ia sempre ter em mente este fato, para uma exata compreensão da prática subseqüente das Nações Unidas sobre o domínio reservado [dos Estados], pois ressalta a artificialidade deste último como salvaguarda da soberania do Estado⁽⁵³⁾.

Assim, as incertezas circundando a exceção do domínio reservado devem-se em grande parte ao problema da competência para proceder a sua determinação. Este não é um problema normalmente acompanhando a aplicação da regra do esgotamento dos recursos de direito interno no contencioso judicial internacional moderno. É tese geralmente aceita que é o órgão internacional que examina o litígio que pronuncia sobre o cumprimento ou não pelo reclamante do requisito do esgotamento dos recursos de direito interno levantado preliminarmente pelo reclamado. Mas quando se depara com a objeção substantiva de domínio reservado visando excluir toda jurisdição internacional, inevitavelmente

(49) CPJI, Série B, n.º 4, pp. 23-24.

(50) ONU, doc. 933-IV/2/42 (2), *United Nations Conference on International Organization* (UNCIO), vol. 13, p. 709.

(51) Cf. particularmente: propostas da Bolívia e Noruega, UNCIO, vol. 12, pp. 190 e 192, e vol. 3, p. 371; série de propostas de oito delegações, UNCIO, vol. 12, pp. 190-192; sugestão de emenda grega, UNCIO, vol. 6, pp. 59-510; proposta belga, UNCIO, vol. 6, pp. 510-512; proposta australiana (emenda que incorporou-se ao artigo 2 (7) da Carta da ONU), UNCIO, vol. 6, pp. 494-499; e a proposta dos quatro governos patrocinadores (cujo conteúdo tornou-se o do atual artigo 2 (7) da Carta da ONU), UNCIO, vol. 6, pp. 512-513.

(52) M. S. RAJAN, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, New Delhi, Orient Longmans, 1958, p. 394; L. KOFELMANAS, *L'Organisation des Nations Unies*, vol. I, Paris, Sirey, 1947, pp. 232 e 241-242.

(53) R. L. BINDSCHEDLER, “La délimitation des compétences des Nations Unies”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1963) — I, p. 396; PAUL BERTHOUD, *La Compétence Nationale des États et l'Organisation des Nations Unies* (thèse), Université de Neuchâtel, 1948, p. 32; H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, p. 217; F. ERMACORA, *op. cit.*, p. 440.

surge a controvérsia uma vez que a questão é agravada pela obscuridade pairando sobre a competência para a determinação da matéria.

Não é incomum encontrar o princípio do esgotamento dos recursos internos incorporado em tratados internacionais e a ser aplicado de acordo com o procedimento adotado. Ademais, seu âmbito de aplicação tem-se moldado gradualmente no direito internacional *costumeiro* ao curso de longa evolução⁽⁵⁴⁾. Mas, no tocante ao domínio reservado, a Carta da ONU, por exemplo, não contém absolutamente dispositivo algum concernente a um *procedimento* para a aplicação do artigo 2(7). No mais das vezes a exceção tem sido examinada pelos órgãos políticos da Organização, sem nenhuma categorização ou critério rígido para determinar os assuntos que recaem no domínio reservado dos Estados.

Assim, não surpreende vislumbrar os doutrinadores batendo-se para propor diferentes critérios para a determinação do âmbito exato do domínio reservado. Primeiramente, tem-se afirmado que há matérias que, pela sua própria natureza, pertencem ao domínio reservado dos Estados, e outras que da mesma forma pertencem ao direito internacional. Segundo outro raciocínio há matérias que são *prima facie* internas (competência nacional), mas que podem subseqüentemente, devido a sua importância, atingir o plano internacional. Outra tese é a de que todas as matérias podem tornar-se objeto de regulamentação internacional por meio de tratados, e sempre que isto acontece deixam elas de pertencer ao domínio reservado. Os problemas levantados pela cláusula de domínio reservado da Carta da ONU têm sido abordados com considerável hesitação. Uma primeira corrente (KELSEN, ALF ROSS, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, WALDOCK) aderiu à tese de que o domínio reservado dos Estados depende da questão se o direito internacional fez ou não da matéria objeto de regulamentação⁽⁵⁵⁾. Outra corrente (H. LAUTERPACHT, SPERDUTI, SCELLE) simplesmente favoreceu o critério do direito internacional para a determinação do domínio reservado⁽⁵⁶⁾. Finalmente, uma corrente distinta (HENRI ROLIN, VERDROSS) visualizou diferentes esferas de jurisdição ou uma certa distribuição de competências, aparentemente para manter que há matérias que bem poderiam *per se* recair no domínio reservado dos Estados⁽⁵⁷⁾.

A ambigüidade da cláusula do domínio reservado torna-se mais visível se se comparar o sistema da Liga das Nações com o das Nações

(54) Para os problemas ainda hoje persistentes quanto à sua aplicação, cf. A. A. CANCADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 819-1948.

(55) HANS KELSEN, *The Law of the United Nations*, London, Stevens, 1950, pp. 778 e 778; ALF ROSS, *Constitution of the United Nations*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1950, pp. 120-121 e 131; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958, pp. 104 e 107-108; H. WALDOCK, "General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1962) — II, cap. II, pp. 173-191.

(56) H. LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 215; G. SPERDUTI, *op. cit.*, pp. 17-18, 35-40 e 56-58; e, no mesmo sentido, anteriormente, GEORGES SCELLE, "Critique du soi-disant domaine de 'compétence exclusive'", *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1933) pp. 368-369, n.º 2.

(57) HENRI ROLIN, "The International Court of Justice and Domestic Jurisdiction", *International Organization* (1954) pp. 43-44; ALFRED VERDROSS, "The Plea of Domestic Jurisdiction before an International Tribunal and a Political Organ of the United Nations", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1968) pp. 37-68.

Unidas. No passado, a cláusula do domínio reservado no Pacto da Liga constituía uma limitação apenas aos poderes do Conselho da Liga ⁽⁵⁸⁾, mas a emenda dos governos patrocinadores da Conferência de San Francisco modificou sua posição para onde se situa atualmente, i.e., sob os "propósitos e princípios" das Nações Unidas, constituindo-se assim em limitação dos poderes e funções de *todos* os órgãos das Nações Unidas ⁽⁵⁹⁾. Desse modo, enquanto ampliando (ou aparentemente fortalecendo) explicitamente o âmbito do domínio reservado (em relação ao Pacto da Liga), os redatores da Carta da ONU ao mesmo tempo limitaram-no implicitamente ao reconhecerem aos órgãos da Organização a competência para interpretar os dispositivos da Carta aplicáveis a suas funções particulares. Toda a construção pareceu assim artificial e ambígua. Não surpreende, pois, que, em consequência, na prática as técnicas a que recorreram os órgãos da ONU para lidar com a matéria tenham variado consideravelmente de caso a caso, constituindo um fator a ser examinado à luz do *cas d'espece*. Dificilmente se encontrará uma prática realmente uniforme com relação às medidas tomadas para enfrentar objeções de domínio reservado ⁽⁶⁰⁾.

Um exame metucioso dos cinqüenta e um casos sob o artigo 2(7) da Carta da ONU registrados até o presente pelo *Repertório da Prática dos Órgãos das Nações Unidas* (e *Suplementos* n^{os} 1, 2, 3) demonstra que, apesar da diversidade de técnicas utilizadas (e de períodos de duração variada) para suplantar a objeção de domínio reservado naqueles casos, na prática os órgãos políticos da ONU têm consistentemente feito do problema da competência para a determinação do domínio reservado uma *vexata quaestio*, rejeitando objeções a sua competência ou

(58) E assim foi mantida nas Propostas de Dumbarton Oaks como uma limitação apenas aos poderes do Conselho de Segurança relativos à solução pacífica de controvérsias.

(59) Sugeriu-se que este fato se deveu à ampliação da competência da Organização, refletida, e.g., no estabelecimento de um Conselho Econômico e Social; cf. ONU, Doc. 1.019, UNCIO, vol. 6, pp. 514-515; J. LUDOVIC, "L'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies et la notion du domaine réservé", *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (1957-1958) p. 180; e para outras mudanças, cf. D. R. GILMOUR, "The Meaning of 'Intervene' within Article 2 (7) of the United Nations Charter — an Historical Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* (1967) pp. 330-351; ALFRED VERDROSS, "Le principe de la non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies", in *Mélanges Offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, pp. 267-276.

(60) O que certamente sugere que não há resposta estritamente jurídica ao problema. Os diferentes casos levados perante órgãos da ONU acarretaram uma diversidade de medidas para suplantar objeções de domínio reservado, como, e.g., inclusão do item na agenda, adoção de recomendações e resoluções, estabelecimento de comissões de estudo *ad hoc*, sistema de relatórios etc. Casos particularmente concernentes à autodeterminação precipitaram a rejeição das objeções e foram prontamente incluídos na agenda da Assembléia Geral. Dos órgãos políticos da ONU, a Assembléia Geral mostrou ser o mais adequado para lidar com o problema. Em uma ocasião (*a questão húngara*, 1959-1962), por exemplo, em decorrência do veto do Conselho de Segurança, recorreu-se à convocação de uma sessão extraordinária de emergência da Assembléia Geral para considerar o caso em questão; a medida foi usada com sucesso. O comportamento dos Estados, longe de ser coerente, de modo algum tem facilitado a tarefa dos órgãos internacionais; o trabalho do Conselho de Segurança, por exemplo, tem sido frequentemente obstruído por objeções de domínio reservado. Seus membros permanentes, em particular, têm favorecido ou vetado a inclusão de casos na agenda do Conselho de Segurança de acordo com os seus próprios interesses respectivos. Afóra as dificuldades na avaliação de um caso, seus argumentos têm-se mostrado até certo ponto contraditórios, dado que sua atitude a favor ou contra a inclusão de itens na agenda tem variado à luz das circunstâncias políticas da época e não tem sido guiada por considerações de natureza jurídica. Sobre este problema específico, cf. D.R. GILMOUR, "Article 2 (7) of the United Nations Charter and the Practice of the Permanent Members of the Security Council", *Australian Yearbook of International Law* (1967) pp. 153-210; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Os Estados e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados...*, op. cit., pp. 13-50.

então prosseguindo em sua ação aparentemente ignorando tais objeções. Não raro debates quanto à competência se interligaram com discussão de questões substantivas. Se os grandes poderes que patrocinaram a fraseologia adotada no artigo 2(7) na Conferência de San Francisco pretenderam que tal desenvolvimento ocorresse, cabe então a eles o crédito pela prática subsequente dos órgãos das Nações Unidas sobre a objeção de domínio reservado, mas eles também se expõem à crítica de que os órgãos internacionais deveriam ter sua prática regida por regras de conduta *claras e sem ambigüidade* ⁽⁶¹⁾. Afinal, a prática da ONU como um todo dificilmente poderia ser vista como refletindo um *arbitraire politique*; parece, antes, exprimir uma interpretação possível, e que poderia até certo ponto ser razoavelmente esperada ou prevista ⁽⁶²⁾, da cláusula do domínio reservado inserida na Carta, em que se encontra a fonte de toda a ambigüidade possível.

Como o artigo 2(7) diz respeito basicamente às relações entre a Organização e seus membros ⁽⁶³⁾, é menos pela reserva expressa de um domínio de competência do que pelas restrições reais de ação impostas aos órgãos da Organização ⁽⁶⁴⁾ que um domínio reservado pode ser assegurado. E, ademais, outros dispositivos da Carta podem ser interpretados em combinação e simultaneamente de modo a tornar a cláusula do domínio reservado inócua ⁽⁶⁵⁾ e desprovida de todo sentido técnico. É de certo modo difícil evitar a impressão de que, quando a cláusula do domínio reservado foi adotada na Conferência de San Francisco, ela teve sobretudo um efeito psicológico de tranquilizar alguns Estados de que sua soberania estaria assim preservada ⁽⁶⁶⁾.

A situação é ainda menos alentadora a nível *regional*, apesar do fato de que a cláusula do domínio reservado foi formalmente inserida nos instrumentos constitutivos de organizações internacionais regio-

(61) Não surpreende encontrar referências à cláusula do domínio reservado como sendo nada mais que um "makeshift" (C. B. H. FINCHAM, *Domestic Jurisdiction*, Leyden, Sijthoff, 1948, pp. 184 e 187), ou uma "chicane procedurière" (L. KOPELMANAS, *op. cit.*, vol. I, p. 248). Das sugestões imediatas para mudança naquele dispositivo, incluindo sua supressão: cf. M. S. RAJAN, *op. cit.*, pp. 528-541; C. B. H. FINCHAM, *op. cit.*, pp. 184-187; L. KOPELMANAS, *op. cit.*, vol. I, p. 248. Tal possibilidade foi considerada na própria Conferência de San Francisco pelas delegações da Noruega e da Bolívia; cf. UNCIO, vol. 12, pp. 190-192, e vol. 3, p. 371.

(62) ALF ROSS, "La notion de 'compétence nationale' dans la pratique des Nations Unies — une rationalisation *a posteriori*", *Mélanges Offerts à Henri Rolin*, Paris, Pédone, 1964, p. 290. Poder-se-ia acrescentar que o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU tem consistentemente suplantado o argumento do domínio reservado (especialmente durante a redação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU). E a Comissão de Direito Internacional da ONU considerou a inclusão da questão do domínio reservado (primeira sessão, 1949) em um levantamento de direito internacional relativo a seu trabalho de codificação, mas logo afastou a idéia; cf. ONU, Doc. A/CN.4/SR.5-6, de 26 de abril de 1949, pp. 5-9.

(63) L. M. GOODRICH, E. HAMBRO, A. P. SIMMONS, *Charter of the United Nations*, 3.^a ed. rev., N. Y., Columbia University Press, 1969, p. 63.

(64) M. BOURQUIN, *L'État Souverain et l'Organisation Internationale*, N. Y., Manhattan Publ. Co., 1959, p. 28.

(65) Por exemplo, tomando a Carta como um todo, os artigos 10 e 14 afirmando a competência da Assembleia Geral para discutir qualquer matéria (e recomendar medidas) no âmbito da Carta; o artigo 34 afirmando o poder do Conselho de Segurança de investigar qualquer disputa ou situação que possa pôr em risco a paz e segurança internacionais, independentemente da origem; ou o artigo 39 sobre o seu poder para determinar a existência de uma ameaça à paz ou ruptura da paz.

(66) Mas apenas um ano após sua adoção, no decorrer dos debates sobre a *questão espanhola*, o conceito de "international concern" foi trazido à tona, abrindo um amplo campo de ação (conforme confirmado pela prática subsequente), em situações até então consideradas como recaindo exclusivamente no domínio reservado dos Estados.

nais (67). Sua relevância tem sido minimizada pela Liga dos Estados Árabes a algo como uma *clause de style* (68). A Organização da Unidade Africana tem-se preocupado menos com o domínio reservado [dos Estados] como tal, do que com os riscos de secessão e desmembramento da integridade territorial dos Estados-Membros; o objetivo supremo da *descolonização* incorporado na Carta da OUA prevalece sobre quaisquer objeções de domínio reservado (69). No que tange à Organização dos Estados Americanos, a prática dos Estados latino-americanos tem preferido se basear, em um contexto mais amplo, no princípio arraigado do *dever de não-intervenção* nos assuntos internos de qualquer Estado (70). Uma proposta mexicana para inserir na Carta da OEA uma cláusula expressa de domínio reservado (semelhante à do artigo 2(7) da Carta da ONU) (71) foi rejeitada pela Comissão Jurídica Interamericana (parecer de 22 de setembro de 1960) com base na consideração de que não desejava repetir os “defeitos técnicos e ambigüidades” do artigo 2(7) da Carta da ONU (72).

Tal situação contrasta claramente com a aplicação do princípio do esgotamento dos recursos internos a nível *regional*, como exemplificado pelo funcionamento regular dos órgãos da Convenção Européia de Direitos Humanos. Operando em base contínua sob os dispositivos da Convenção, diferentemente de algumas decisões judiciais e arbitrais esparsas do passado, a Comissão Européia em particular tem, em sua vasta jurisprudência, ajudado a clarificar alguns dos problemas pertinentes à aplicação do princípio dos recursos internos. Se se compararem as frágeis manifestações do conceito de domínio reservado a nível regional com a função desempenhada pelo princípio dos recursos internos sob esta Convenção, o contraste é ainda mais marcante. Há mais de uma década, de 1.600 petições examinadas pela Comissão Européia (até por volta de 1964), aproximadamente *metade* daquele total foi rejeitada

(67) Artigos 5 e 8 do Pacto da Liga dos Estados Árabes; artigos 3 (2) e 3 (3) da Carta da Organização da Unidade Africana; artigo 11 da Carta da Organização dos Estados Americanos (emendada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967); artigo 5 do Tratado Interamericano de Solução Pacífica (Pacto de Bogotá de 1948); artigo 27 (b) da Convenção Européia de Solução Pacífica de Disputas de 1957 (que até 1976 não havia sido aplicada em casos concretos). Ao examinar a *Questão do Tirol do Sul*, os órgãos do Conselho da Europa minimizaram as objeções de domínio reservado; cf. ALLAIN FENET, *La Question du Tyrol du Sud — un problème de Droit International*, Paris, LGDJ 1968, pp. 263-278.

(68) B. BOUTROS-GHALLI, “La Ligue des États Arabes”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1972) — III, p. 26.

(69) OUA, Doc. AHG/Res. 16 (I), de 1964; T. O. ELIAS, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, Sijthoff/Oceana, 1972, p. 124; J. M. BIPOUN-WOUM, *Le Droit International Africain*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 269-273; B. AKINYAMI, “The Organization of African Unity and the Concept of Non-Interference in Internal Affairs of Member-States 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973) pp. 393-400; Z. CERVENKA, *The Organization of African Unity and Its Charter*, 2.^a ed., London, C. Hurst & Co., 1969, pp. 196-222.

(70) Para os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos, cf. OEA, Doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, p. 153; e cf. os artigos 18 e 19 da Carta da OEA. Esse *dever de não-intervenção* foi anos após endossado pelo trabalho do Comitê Especial da ONU sobre Princípios do Direito Internacional Relativos às Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados; cf. ONU, Docs. A/AC. 125/SR. 1 *et seq.*

(71) Resolução V, Quinta Reunião de Consulta (da OEA) dos Ministros de Relações Exteriores.

(72) Acrescentava o Parecer que como o Pacto de Bogotá já continha uma cláusula do gênero (artigo 5), já se havia pois levado em conta a exceção de domínio reservado no sistema interamericano no local aparentemente mais apropriado, i.e., no tocante à solução pacífica de controvérsias. Cf. OEA, Doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-58, pp. 2-19, e cf. também pp. 19-29.

por não-esgotamento de recursos internos (73). Até 1975, apenas 127 de um total de 6.847 petições registradas com a Comissão foram declaradas admissíveis (74), e uma proporção considerável do número impressionante de petições rejeitadas pela Comissão sofreram tal sorte por não-esgotamento de recursos internos. Esses dados confirmam o maior vigor e vitalidade na prática do princípio dos recursos internos, comparado à objeção de domínio reservado.

Pressupondo que a Corte Permanente de Justiça Internacional estava certa ao declarar no caso dos *Decretos de Nacionalidade* (supra) que o domínio reservado era uma questão essencialmente relativa dependendo das relações internacionais, tudo indica que este desenvolvimento nas três últimas décadas (no que diz respeito ao exame e resultado de casos em que se levantou o argumento) sugere antes que o domínio reservado dos Estados parece estar hoje submetendo-se a um processo contínuo de redução, tornando-se uma espécie de resquício de autoridade discricionária deixado pelo direito internacional no domínio reservado dos Estados (75). Esta poderia talvez ser uma afirmação absoluta, *senão* pela resistência impressionante ainda demonstrada pelo princípio dos recursos internos. Pois este último, a seu turno, parece estar sobrevivendo com alguma vitalidade e preservando a soberania do Estado com muita eficácia. Caberia agora examinar mais de perto o estado do inter-relacionamento entre o domínio reservado e o não-esgotamento dos recursos internos quando os dois argumentos são levantados simultaneamente no mesmo caso concreto.

VI — *Domínio reservado e não-esgotamento de recursos internos como argumentos simultâneos e alternativos*

1) *Esgotamento de recursos internos não servindo de base para caracterizar um litígio como sendo essencialmente do domínio reservado*

Os próprios governos têm na prática reconhecido o relacionamento íntimo entre o princípio dos recursos internos e a noção de domínio reservado, ainda que de modo não muito elaborado (76). A doutrina do domínio reservado dos Estados (competência nacional exclusiva) tem de certa forma uma *manifestação especial* no princípio dos recursos internos, em que este último impede um órgão internacional de proceder ao exame de um caso antes que a jurisdição interna tenha sido exer-

(73) K. VASAK, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1946, p. 118.

(74) A. B. McNULTY (então Secretário da Comissão), *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Doc. DE (75) 4, de 1.º de outubro de 1975, p. 65.

(75) Para uma previsão intuitiva desse fenômeno há alguns anos atrás, cf. QUINCY WRIGHT, "Domestic Jurisdiction and the Competence of United Nations Organs", *Ninth Report and Papers Presented to the Commission to Study the Organization of Peace, Charter Review Conference*, N. Y., agosto de 1955, pp. 42-62 (especialmente p. 65); e cf. também N. BENTWICH, "The Limits of the Domestic Jurisdiction of the State", *Transactions of the Grotius Society* (1945) pp. 59-65.

(76) Como ilustrações, cf. as duas réplicas, dos governos suíço e britânico, a um questionário circulado aos governos pelo Comitê Preparatório da Conferência de Codificação de Haia (1929-1930), in League of Nations Doc. C. 75.M.69.1929. V, *Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III, 1929, pp. 139 e 137, respectivamente.

cida. Neste inter-relacionamento íntimo entre a noção de domínio reservado e o princípio dos recursos internos WALDOCK encontrou uma explicação para o caráter rígido e restrito desse último: "O princípio é restrito, pela simples razão de que seu propósito (...) é proteger o direito de um Estado de exercer sua jurisdição interna dentro de suas próprias fronteiras. Este direito não pode ser burlado pela recusa ou falha de fazer uso dos recursos que o Estado territorial deixa disponíveis" (77). Tem-se assim, na explicação de WALDOCK, uma descrição do princípio dos recursos internos em termos de direitos dos Estados e a função do Estado *territorial* em sua invocação, i.e., o ingrediente territorial básico do princípio.

Também a REUTER parece o preceito intercalado com a noção de domínio reservado; se se considera que determinada disputa diz respeito a questões de direito interno do Estado reclamado, pode este levantar uma objeção de não-esgotamento de recursos internos, *assim como* uma objeção de domínio reservado, mas se se estabelece que uma disputa diz respeito, e.g., à aplicação de certas regras internacionais, então tudo o que o Estado reclamado pode fazer é levantar uma *objeção de não-esgotamento de recursos internos* argumentando que os tribunais internos deveriam ter tido uma oportunidade de pronunciarem sobre a matéria anteriormente (78). Com efeito, a jurisprudência da Corte Internacional (CPJI e CIJ) fornece elementos para um exame e avaliação desse problema específico.

O caso *Losinger* (1936) exemplifica esse aspecto do inter-relacionamento entre o princípio dos recursos internos e o argumento do domínio reservado. Uma firma suíça, *Losinger*, substituíra uma companhia norte-americana como parte em um contrato com a Administração Autônoma do Distrito de Pozarevac (Iugoslávia) relativo à construção de uma ferrovia. De acordo com o contrato, as controvérsias entre as partes deveriam ser submetidas a arbitragem e, falhando tal solução, deveriam ser decididas pelo Presidente da Suprema Corte Suíça ou por uma pessoa neutra por ele nomeada. Uma primeira disputa acerca do contrato entre a firma *Losinger* e o governo iugoslavo foi de fato resolvida pelo Presidente da Suprema Corte (sentença de 31 de outubro de 1934). Entretanto, nesse meio tempo, o governo iugoslavo rescindira seu contrato com a firma *Losinger* (em 30 de julho de 1934) e promulgou uma lei relativa à conduta do contencioso estatal (em 19 de outubro de 1934), cujo artigo 24 dispunha que ações contra o Estado só poderiam ser impetradas perante os tribunais ordinários do Estado (79).

No mês seguinte a firma *Losinger* novamente recorreu à arbitragem em relação ao contrato, mas, como a Iugoslávia deixou de nomear seu árbitro, o novo caso foi levado perante o ex-presidente da Suprema Corte Suíça (que decidira a contenda anterior), nomeado juiz neutro

(77) H. WALDOCK, "General Course...", *op. cit.*, p. 210, e cf. pp. 191 e 207-208

(78) F. REUTER, "Principes de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1961)-II, pp. 618-619.

(79) CPJI, caso *Losinger* (Exceção Preliminar), Série A/B, n.º 67, Ordem de 27 de junho de 1936, p. 20.

pelo novo presidente daquela Corte. A Iugoslávia levantou exceções preliminares, argumentando *inter alia* que ao juiz faltava competência porque a firma *Losinger* deveria ter submetido o caso aos tribunais internos ordinários da Iugoslávia, de acordo com a nova legislação iugoslava sobre o contencioso estatal. Em vista disso o juiz decidiu suspender o procedimento arbitral até que se tivesse examinado a lei. Mas naquele estágio o governo suíço resolveu patrocinar a reclamação da firma *Losinger*, e em 23 de novembro de 1935 encaminhou o caso à Corte Permanente de Justiça Internacional por meio de uma petição unilateral sob o artigo 36(2) do Estatuto da Corte ⁽⁸⁰⁾.

O argumento básico suíço era o de que a Iugoslávia não poderia reivindicar isenção de uma cláusula de arbitragem contida no contrato que concluíra com a firma *Losinger* com base na legislação iugoslava de data subsequente à do contrato ⁽⁸¹⁾. Perante a Corte Permanente de Justiça Internacional, a Iugoslávia objetou à competência da Corte assim como à admissibilidade da petição suíça. Seus dois argumentos — contestados pela Suíça — eram no sentido de que não apenas faltava competência à Corte para examinar o caso, como também era a petição suíça inadmissível dado que a firma *Losinger* não esgotara anteriormente os recursos internos disponíveis no direito iugoslavo ⁽⁸²⁾.

Tais argumentos tornaram-se objeto de prolongados debates durante as audiências perante a Corte Permanente de Justiça Internacional. O agente do governo iugoslavo, Sr. Stoykovitch, começou por afirmar que a matéria como um todo — uma arbitragem de direito privado — não poderia ser submetida diretamente ao direito internacional e que a questão diante da Corte Permanente de Justiça Internacional não era uma questão de direito internacional. Embora ele admitisse que as relações entre um Estado e um cidadão estrangeiro *pudessem* dar origem a questões de direito internacional (como argumentado pelo governo suíço), negou ele que fosse este o caso naquele estágio do presente litígio. Acrescentou que “o direito de um Estado de regular a competência de seus próprios tribunais sempre foi reconhecido como legítimo pelo direito internacional. A proibição, dirigida aos órgãos de um Estado assim como a um indivíduo, de concluir uma cláusula contratual não pode ser considerada como sendo em si mesma contrária aos princípios gerais do direito internacional” ⁽⁸³⁾. Em hipótese alguma, argumentou, poderia uma decisão de um juiz particular concernente à interpretação da legislação nacional de um Estado engajar a responsabilidade internacional daquele Estado ⁽⁸⁴⁾.

(80) *Ibid.*, Série A/B, n.º 67, pp. 15-23.

(81) Série A/B, n.º 67, pp. 17-18.

(82) Série A/B, n.º 67, pp. 18-19.

(83) CPJI, caso *Losinger*; Série C, n.º 78; Argumentos Oraís e Documentos; argumentos oraís de 3-4 de junho de 1938; pp. 241-242 e 244.

(84) *Ibid.*, Série C, n.º 78, p. 251.

A “questão de fato” fundamental formulada pelo agente da Iugoslávia e a que se dispusera responder era a seguinte: “a partir de que momento e em virtude de que ato pode uma questão de direito interno ser considerada como tendo-se tornado uma questão de direito internacional?” (85). Para ele, o ponto de vista do governo suíço era “muito amplo” ao considerar que *toda* questão de direito interno de um Estado poderia tornar-se uma questão de direito internacional a partir do momento em que o Estado interessado patrocinasse a causa de seu nacional pelo exercício da proteção diplomática, que derivava de seu poder discricionário; por esta tese “inexata” e “demasiado ampla” do governo suíço, o patrocínio pelo Estado de uma reclamação de seu nacional bastaria para dar um caráter de direito internacional público ao litígio, que poderia assim ser levado à jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional (86).

No caso de relações contratuais entre indivíduos e um Estado, a regra inquestionável de direito internacional era a de que a condição essencial para que tais questões sejam examinadas no plano internacional era a ocorrência de uma denegação de justiça por parte das autoridades do Estado a cuja legislação competia regular aquelas relações. No tipo de relações derivando de um contrato de direito privado, acrescentou o Sr. Stoykovitch, o dever internacional de um Estado “limitava-se à proteção judicial que ele deveria estender a estrangeiros que se encontram em seu território”, e a reclamação de um estrangeiro contra um Estado alegando violação de um contrato não bastava *per se* para engajar a responsabilidade internacional daquele Estado ou justificar recurso à jurisdição internacional por parte do Estado de que era nacional o indivíduo em questão (87). Somente a denegação de justiça (i.e., insuficiência de proteção judicial dos estrangeiros) após o prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis poderia gerar a responsabilidade internacional de um Estado por violação de um contrato sujeito ao direito interno daquele Estado (88).

No caso presente, concluiu o Sr. Stoykovitch, o litígio levado pela Suíça perante a Corte *recaía ainda na ordem jurídica interna iugoslava e ainda não se tornara uma questão de direito internacional*, uma vez que a suposta violação da cláusula contratual entre a Iugoslávia e a firma *Losinger não tinha ainda sido objeto de decisão de nenhum tribunal interno iugoslavo*, que ainda não tinham exercido a função de proteção judicial de estrangeiros. Como não se poderia imputar ao Estado iugoslavo o elemento constitutivo de uma denegação de jus-

(85) Série C, n.º 78, p. 232.

(86) *Ibid.*, p. 252.

(87) Série C, n.º 78, p. 254.

(88) Série C, n.º 78, pp. 254 e 256-257.

tiça, o litígio *ainda não constituía uma questão de direito internacional* (89), e faltava assim competência à Corte para examinar o caso.

Questionando os argumentos iugoslavos, o agente do governo suíço (Sr. Sauser-Hall) retrucou que, se eles procediam, então a lei iugoslava tinha um caráter de *ordre public* e efeitos retroativos, tornando supérfluo o recurso aos tribunais internos iugoslavos. O único efeito era o de dar origem a uma controvérsia relativa à questão de reparação de danos causados à firma *Losinger*, em seguida à abolição de uma cláusula contratual por um dispositivo de direito interno (90). Quanto à objeção subsidiária iugoslava de não-esgotamento de recursos internos, acrescentou o Sr. Sauser-Hall, o princípio dos recursos internos não tinha o caráter absoluto que a Iugoslávia parecia atribuir-lhe, e tanto a prática internacional quanto a doutrina reconheciam diversas exceções àquele princípio (91) (e.g., quando não havia quaisquer recursos internos a serem esgotados).

Após examinar os possíveis meios de reparação de acordo com o direito iugoslavo, o agente da Suíça argumentou que, no caso presente, a companhia *Losinger* não poderia instituir qualquer ação "pour faire déclarer non valable une clause compromissoire dont elle ne cesse de réclamer la reconnaissance" (92). Após referir-se ao elemento de *bona fides*, o Sr. Sauser-Hall recordou que a firma *Losinger* baseara-se em um contrato privado concluído com um Estado de acordo com a lei, o qual, sendo um instrumento oficial, atribuía à companhia *Losinger* "le droit d'être mise au bénéfice de ce titre aussi longtemps qu'il n'est pas détruit, elle n'a à prendre aucune initiative pour en faire reconnaître la validité: c'est un titre liquide" (93).

Ademais, não restava dúvida de que o princípio da reparação interna ou local não se aplicava em casos de denegação de justiça, de atrasos e obstáculos processuais indevidos, ou de recursos manifestamente inúteis (94). Por isso, não poderia a Iugoslávia levantar uma objeção de inadmissibilidade baseada no princípio dos recursos internos, porque o recurso aos tribunais internos iugoslavos era, no caso, ineficaz, ilusório e inútil (95). O atual litígio, concluiu o Sr. Sauser-Hall, era "a conse-

(89) Série C, n.º 78, p. 257 (ênfase nossa). Afastando qualquer discussão "teórica" quanto à possibilidade ou não de se recorrer aos tribunais internos iugoslavos, argumentou o Sr. Stoykovitch que toda a questão em exame era uma questão de fato e não de direito, e que a possibilidade ou não de se provar que a firma *Losinger* poderia (ou não) utilizar recursos internos não vinha ao caso a única maneira de se clarificar a matéria, acrescentou, era se a própria firma *Losinger* fizesse uso dos recursos internos, o que ela poderia sem dúvida fazer sob o direito iugoslavo (*ibid.*, pp. 261-262). Sobre a relação entre a denegação de justiça e o esgotamento de recursos internos, cf., A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 53 *Philippine Law Journal* (1978) pp. 404-420; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", 62 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1979) pp. 23-40.

(90) Série C, n.º 78, argumentos orais de 5 de junho de 1936, p. 306.

(91) Série C, n.º 78, pp. 307-308. Para a questão das exceções à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 997-1.049.

(92) Série C, n.º 78, p. 311, e cf. pp. 300-311.

(93) Série C, n.º 78, p. 313.

(94) Série C, n.º 78, pp. 313-315.

(95) *Ibid.*, pp. 314 e 316

qüência da violação de uma cláusula contratual pela Iugoslávia. A violação se consolidara por uma lei constantemente declarada de *ordre public* pelas autoridades administrativas iugoslavas competentes, portanto pelo próprio Estado” (96). A Suíça recorrera assim à Corte Permanente de Justiça Internacional com base em um ilícito cometido pelo Estado iugoslavo (97).

O Sr. Stoykovitch respondeu que no presente contexto o princípio do esgotamento dos recursos internos tinha “não apenas o valor de uma regra de processo, mas constituía uma condição de substância para o engajamento da responsabilidade internacional do Estado (98). Além disso, a lei iugoslava de 19 de julho de 1934 como tal não poderia ser considerada como contrária às obrigações internacionais do Estado iugoslavo, e ainda mais porque não tivera sido objeto de interpretação e aplicação por qualquer tribunal interno competente; não poderia por isso ser imputada ao Estado como um ato contrário a seus compromissos internacionais (99). Ao que o Sr. Sauser-Hall finalmente replicou que um obstáculo havia sido artificialmente introduzido à atividade do juiz, e que a firma *Losinger* tinha um “direito inegável” à arbitragem; insistiu ademais na inutilidade do esgotamento de recursos internos em vista da denegação de justiça (100).

Avaliando os argumentos das duas partes litigantes, o argumento iugoslavo parece vulnerável em seu abordamento do inter-relacionamento entre o princípio dos recursos internos e a objeção de domínio reservado. O agente da Iugoslávia parece ter-se confundido inteiramente com as duas exceções ao argumentar que, porque os recursos internos não haviam sido esgotados, a matéria permanecera de domínio reservado e não alcançara o plano do direito internacional (101). O que na verdade ocorre, no contexto presente, é que o princípio dos recursos internos funciona como uma condição de admissibilidade de uma reclamação internacional, que admite — sendo esgotados os recursos internos — que a reclamação seja suscetível de exame no plano internacional. Já o argumento do domínio reservado opera, a seu turno, como

(96) Série C, n.º 78, p. 317. Acrescentou o Sr. Sauser-Hall: “Leur sera-t-il permis de changer ainsi le caractère de la loi selon l’instance devant laquelle elle se présente? Est-il compatible avec les exigences de la bonne foi que doivent observer les Etats, d’affirmer le caractère d’ordre public d’une loi, pour obtenir un jugement d’incompétence du surarbitre privé, puis de dénier à la loi ce caractère pour obtenir un jugement d’irrecevabilité de la Cour Permanente de Justice Internationale?” (*ibid.*, p. 317).

(97) *Ibid.*, p. 317.

(98) Série C, n.º 78, argumentos orais de 8 de junho de 1936, pp. 333-334. — Sobre a questão da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos, cf.: A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule”, 56 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1978) pp. 157-188; A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados”, 49-50 *Revista de Direito Público* — São Paulo (19-79) pp. 133-153.

(99) Série C, n.º 78, pp. 333-36, e cf. ademais p. 345.

(100) Série C, n.º 78, argumentos orais de 9 de junho de 1936, pp. 370-371 (cf. em particular as palavras do Sr. Sauser-Hall *ibid.*, p. 370; relembrou ele *inter alia* o fato de que anteriormente já ocorrera uma primeira arbitragem).

(101) Cf. *ibid.*, Série C, n.º 78, p. 257.

uma objeção substantiva visando — se fundamentada — excluir materialmente toda a questão de qualquer exame que seja a nível internacional. Por mais interligadas que estejam as duas exceções, não equivalem a uma mesma coisa, *nem tampouco uma serve para caracterizar a outra*, como o agente da Iugoslávia parecia tentar fazer crer.

Assim, é pouco ou nada surpreendente que, em sua decisão no caso *Losinger* de 27 de junho de 1936, a Corte Permanente de Justiça Internacional considerou a objeção da Iugoslávia de não-esgotamento de recursos internos em certos aspectos impossível de distinguir de sua objeção de domínio reservado. A Corte decidiu juntar à objeção a sua competência ou mérito, de modo a proferir sua decisão quanto a ela e, se necessário, quanto ao mérito, em um único e mesmo julgamento (102). E passando à objeção à admissibilidade da reclamação (baseada no suposto não-esgotamento de recursos internos pela firma *Losinger*), afirmou a Corte: "Primeiramente, a objeção relativa à admissibilidade da ação é interposta como uma alternativa à objeção quanto à competência da Corte, e, em segundo lugar, tanto no procedimento escrito quanto oral, os fatos e argumentos apresentados a favor ou contra as duas objeções estão amplamente interligados, sendo impossível distingui-los uns dos outros em alguns aspectos. (...) Em consequência, deve-se tratar a objeção à admissibilidade da petição do mesmo modo como a objeção à competência, isto é, deve ser juntada ao mérito, de tal modo que a Corte terá que pronunciar sobre ela no julgamento acima mencionado, caso a Corte assuma jurisdição em tal julgamento" (103).

Anos após, em sua explicação de voto no caso dos *Empréstimos Noruegueses* (1957), o Juiz Lauterpacht examinou o problema se o não-esgotamento de recursos internos poderia ou não constituir um fundamento para caracterizar um litígio como sendo de domínio reservado. No caso, a Noruega interpusera exceções preliminares de não-esgotamento de recursos internos (quarta exceção preliminar) e de domínio reservado (primeira exceção preliminar, mantendo que o assunto do litígio recaía no domínio do direito interno, e não do direito internacional) (104). A Noruega parecia convencida de que a disputa recaía no domínio reservado, uma vez que os contratos de empréstimo em questão eram regulados, no seu entender, pelo direito interno, e não pelo direito internacional. Mas, como observou o Juiz Lauterpacht, a Noruega fizera com que o caráter internacional da disputa dependesse da questão se os recursos internos tinham sido esgotados; esta última era, no entanto, uma questão de direito internacional (105).

(102) CPJI, caso *Losinger*, Série A/B, n.º 67, Ordem de 27 de junho de 1936, p. 24.

(103) *Ibid.*, Série A/B, n.º 67, p. 24. Para outros argumentos suíços com que lidou a Corte, cf. *ibid.*, p. 23.

(104) CLJ, caso dos *Empréstimos Noruegueses*, ICJ Reports (1957), julgamento de 6 de julho de 1957, pp. 13-14.

(105) *Ibid.*, explicação de voto do Juiz H. Lauterpacht, p. 38.

O Juiz Lauterpacht então acrescentou: "Não se pode propriamente negar a relevância dessas questões de direito internacional por referência ao fato de que, a não ser e até que os tribunais noruegueses tenham-se manifestado, não é certo que tenha ocorrido uma violação do direito internacional pela Noruega. O ponto crucial é que, pressupondo que o direito norueguês opere de maneira danosa aos portadores de títulos franceses, há várias questões de direito internacional envolvidas. Introduzir nesse contexto a questão do esgotamento de recursos internos é fazer o assunto girar em um círculo vicioso. O esgotamento de recursos internos não pode em si mesmo trazer ao domínio do direito internacional uma disputa que, ao contrário, está fora de sua esfera. O não-esgotamento dos recursos de direito interno pode constituir uma objeção à jurisdição da Corte; não afeta o caráter intrinsecamente internacional de uma disputa" (106). Era assim claro ao Juiz Lauterpacht que o não-esgotamento de recursos internos não servia de base para caracterizar um litígio como sendo do domínio reservado (107). A decisão da Corte no caso foi determinada por outro fator, porquanto ela considerava que era facultado à Noruega, em virtude da condição de reciprocidade, invocar a reserva francesa (declaração de 1949) pela qual se excluía a jurisdição da Corte para examinar o litígio em questão (cf. supra). A Corte, conseqüentemente, viu-se sem competência para examinar a petição, e julgou por isso desnecessário lidar com a quarta exceção preliminar apresentada pela Noruega de não-esgotamento de recursos internos (108).

2) *Esgotamento de recursos internos como particularização do domínio reservado*

Dois anos após, a questão do inter-relacionamento entre as exceções de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado veio novamente à tona em dois casos, os do *Incidente Aéreo e Interhandel* (ambos em 1959). O caso do *Incidente Aéreo* teve lugar quando um avião civil israelense foi abatido por um caça búlgaro, depois que o primeiro tivera aparentemente se desviado de sua rota e ingressado no espaço aéreo búlgaro. Enquanto a Bulgária mantinha que o avião tinha violado seu espaço aéreo, Israel decidiu solicitar à Corte Internacional de Justiça que julgasse e declarasse a Bulgária responsável sob o direito internacional pela destruição da aeronave e pela perda de vidas e propriedade e todos os demais danos resultantes do incidente (109).

(106) *Ibid.*, p. 38.

(107) Para os argumentos das partes litigantes sobre a regra do esgotamento dos recursos internos em relação ao caso, cf.: caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957); Argumentos Orais e Documentos: intervenções do professor Bourquin (consultor da Noruega), pp. 156-171, e do professor Gros (agente da França), pp. 186-189.

(108) Caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957), julgamento de 6 de julho de 1957, p. 27.

(109) Caso do *Incidente Aéreo* (Israel v. Bulgária), *ICJ Reports* (1959), julgamento de 26 de maio de 1959, p. 130, e cf. pp. 128-132.

A Bulgária objetou preliminarmente com base em diversos argumentos, incluindo o de que os recursos internos não tinham sido esgotados perante os tribunais búlgaros (quinta exceção preliminar) e o de que o litígio em questão dizia respeito a matérias que recaíam essencialmente no domínio reservado do Estado búlgaro (quarta exceção preliminar) ⁽¹¹⁰⁾. A Corte Internacional de Justiça não examinou nenhuma dessas objeções, porquanto viu-se sem competência para julgar a contenda, baseada em outro fundamento, a saber, a declaração búlgara (de 1921) aceitando a jurisdição da Corte tinha expirado e não servia assim de base para a jurisdição da Corte. Nas circunstâncias, a Corte Internacional de Justiça julgou desnecessário deter-se nas outras exceções preliminares búlgaras, incluindo as de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos ⁽¹¹¹⁾. Mas no decorrer das audiências públicas diante da Corte a relação entre aquelas duas exceções foi objeto de bastante atenção.

O consultor da Bulgária, Sr. Kamenov, insistiu em que toda a questão perante a Corte dizia respeito a medidas de proteção do espaço aéreo como parte integrante do território do Estado, recaindo por isso essencialmente no domínio reservado búlgaro, à exclusão da jurisdição da Corte sobre a matéria ⁽¹¹²⁾. Ao que o advogado do governo búlgaro, professor Cot, acrescentou que este não era um caso de dano direto interestatal, e que os indivíduos reclamantes tinham a obrigação reconhecida pelo direito internacional de esgotar os recursos internos ⁽¹¹³⁾. A seu turno, o agente de Israel, Sr. Rosenne, indicou que as exceções búlgaras não apenas deixavam de apreciar as conseqüências do fato de que o avião era de nacionalidade israelense portando as cores israelenses, e abatido pelas forças armadas búlgaras agindo *jure imperii*, mas tais exceções, em seu entender, ingressavam “profundamente no mérito da disputa” ⁽¹¹⁴⁾.

A exceção de domínio reservado era a *mais ampla* delas, as quais, se mantidas pela Corte a favor da Bulgária, significariam que a destruição do avião e a morte de todos os seus 58 passageiros não ocorreram, por implicação necessária, em violação do direito internacional, de modo que a Bulgária não era responsável por suas conseqüências ⁽¹¹⁵⁾: “Os fatos e argumentos em que se baseia esta objeção são os próprios fatos e argumentos em que se baseia o mérito. Em nosso

(110) *Ibid.*, pp. 133-134.

(111) *Ibid.*

(112) Caso do *Incidente Aéreo*, *ICJ Reports* (1959); Argumentos Oraís e Documentos; argumentos orais de 18 de março de 1959; pp. 430-437.

(113) *Ibid.*, argumentos orais de 19 de março de 1959, pp. 445-450; declarou ele: “Ce sont la compagnie israélienne de navigation, la compagnie El Al, et les passagers, ou leurs ayants droits, qui ont subi des dommages, et non pas l'État israélien. Et ce n'est qu'au titre de la protection diplomatique due par l'État à ses nationaux que l'État d'Israël peut soutenir leur cause. Dès lors, la règle de l'épuisement des recours internes doit s'appliquer”; *ibid.*, p. 450, e cf. também pp. 451-454.

(114) *Ibid.*, argumentos orais de 25 de março de 1959, p. 519.

(115) *Ibid.*, pp. 519-521.

entender, a denominação dessa objeção como uma exceção preliminar é completamente inexata, pois esta objeção é claramente uma defesa quanto ao mérito — pode bem ser a principal defesa quanto ao mérito — e deveria ser tratada como tal” (116). Significativamente, acrescentou o Sr. Rosenne que “o esgotamento de recursos internos aparece como uma particularização da exceção de domínio reservado, embora desta difira em que implica a possibilidade de procedimentos internacionais subseqüentes de uma forma ou outra” (117); e, em certas circunstâncias, pode ser tratado da mesma forma que a objeção de domínio reservado (118). O Sr. Rosenne enfatizou que, no caso, a objeção de recursos internos relacionava-se do mesmo modo intimamente com o mérito do litígio, porquanto aquela objeção “não se dirigia à admissibilidade da reclamação”, mas era novamente “uma defesa disfarçada quanto ao mérito e deveria ser tratada como tal pela Corte” (119).

Por outro lado, o professor Cot insistia tanto no princípio do esgotamento dos recursos internos quanto na objeção de domínio reservado (120), invocando-os conjuntamente. As alegações de que o avião tinha a nacionalidade israelense e portava as cores israelenses não poderiam justificar um abandono do princípio dos recursos internos, uma vez que se tratava de um aeroplano privado engajado em tráfego privado em um voo comercial; e a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* era irrelevante em um caso de danos causados a indivíduos (121). O princípio da reparação interna ou local deveria assim aplicar-se; como interposto pela Bulgária, o princípio não era uma defesa quanto ao mérito, primeiro porque dirigia-se contra as condições de exercício da reclamação ou seu patrocínio, e em segundo lugar porque a Corte poderia chegar a uma decisão quanto a ele sem pronunciar quanto ao mérito (122). Mas ao fim de seus argumentos orais o professor Cot expressou o desejo de que a primeira exceção preliminar da Bulgária (objeção à competência *ratione temporis*), ou alternativamente sua quinta exceção de não-esgotamento de recursos internos, mostrar-se-ia suficiente *per se* para levar a Corte à rejeição da petição israelense sem ter necessariamente que se deter nas demais exceções preliminares (123).

Em sua réplica final, o internacionalista Rosenne contestou fortemente o argumento de que o litígio presente recaía no domínio reser-

(116) *Ibid.*, p. 521, e cf. pp. 521-522.

(117) *Ibid.*, p. 523 (ênfase nossa).

(118) *Ibid.*, p. 523. Relembrou o Sr. Rosenne que no caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis* (1939) a Corte Permanente de Justiça Internacional aceitou a segunda exceção preliminar da Lituânia como uma exceção preliminar (no sentido do artigo 62 do Regulamento), muito embora se pretendesse evitar que a Corte examinasse o mérito do caso; *ibid.*, p. 524.

(119) *Ibid.*, p. 524, e cf. também pp. 524-525.

(120) *Ibid.*, argumentos orais de 1.º de abril de 1959, pp. 558-562, e cf. pp. 565-568.

(121) *Ibid.*, pp. 568-570.

(122) *Ibid.*, pp. 570-572; também o professor Cot relembrou aqui a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis*; cf. *ibid.*, p. 572.

(123) *Ibid.*, p. 273.

vado búlgaro; não se tratava de uma disputa acerca do direito da Bulgária de tomar medidas para proteger seu espaço aéreo e sua soberania, mas antes de uma controvérsia entre dois ou mais governos relativa à travessia de uma fronteira por um avião e a maneira pela qual as forças armadas búlgaras agiram e a atitude subsequente do governo búlgaro; era assim uma questão de saber se a Bulgária era responsável sob o direito internacional. Além disso, não se presumia que a Corte Internacional de Justiça tivesse conhecimento judicial de qualquer legislação búlgara sobre seu espaço aéreo, e “a existência de uma lei interna não é suficiente para trazer o assunto regido pela lei ao âmbito do domínio reservado essencial ou exclusivo do Estado em questão. É igualmente [um princípio] bem estabelecido que um Estado não pode invocar seu direito interno como uma defesa a uma reclamação internacional. O direito da Bulgária não é matéria de disputa nesse caso. O que estamos reclamando é da maneira pela qual as forças búlgaras agiram, e é irrelevante se, ao agirem daquela forma, estavam ou não se conformando ao seu direito interno” (124).

E quanto à outra exceção de não-esgotamento de recursos internos, requeria ela um “exame bem detalhado do mérito” e, ademais, não tinha ela no caso “nenhuma existência independente”, sendo “uma particularização da exceção de domínio reservado”, reiterou ele. A insistência búlgara na *necessidade de esgotar recursos nos tribunais internos enquanto levantando a exceção de domínio reservado* confirmava a situação particular do princípio dos recursos internos nas circunstâncias desse caso, a saber, o *princípio do esgotamento de recursos internos como “nada mais do que uma particularização da exceção de domínio reservado”* (125). Acrescentou o Sr. Rosenne que as forças armadas búlgaras agiram *jure imperii*, perpetrando um *dano direto* contra o Estado de Israel; conseqüentemente, o princípio dos recursos internos não se aplicava (126). E mesmo se a Corte chegasse a manter que a presente reclamação era de proteção diplomática, não obstante o princípio dos recursos internos não se aplicaria, na ausência de um *vínculo* voluntário, consciente e deliberado entre os indivíduos em questão e o Estado cujas ações eram impugnadas (127).

Naquele mesmo ano, no caso *Interhandel* (1959), as duas exceções norte-americanas de não-esgotamento de recursos internos (terceira exceção preliminar) e de domínio reservado (quarta exceção preliminar) distinguiam-se formalmente (128). Perante a Corte, o co-agente do go-

(124) *Ibid.*, argumentos orais de 3 de abril de 1959, pp. 586-588.

(125) *Ibid.*, p. 589 (ênfase nossa).

(126) *Ibid.*, p. 589, e cf. também pp. 589-590, para suas demais críticas dos argumentos do professor Cot.

(127) *Ibid.*, p. 590, e cf. pp. 590-593.

(128) C. caso *Interhandel* (Suíça versus Estados Unidos), *ICJ Reports* (1959), julgamento de 21 de março de 1959, p. 11; argumentou a Suíça que os Estados Unidos tinham a obrigação de devolver os bens da *Interhandel*; *ibid.*, p. 9.

verno suíço, professor Guggenheim, atacou fortemente a objeção norte-americana de domínio reservado, argumentando que, se os Estados Unidos desejavam desafiar a jurisdição da Corte, deveriam fazê-lo por meio de uma exceção preliminar; afinal, em virtude do artigo 36 (6) de seu Estatuto, competia à própria Corte determinar sua própria competência, e no caso presente — acrescentou — a Corte certamente possuía competência *prima facie* e poderia assim indicar as medidas provisórias de proteção buscadas pela Suíça (129).

Em sua réplica, o agente dos Estados Unidos, Sr. Becker, insistiu que a tomada e liquidação de bens inimigos no exercício de poderes de guerra era matéria que recaía no domínio reservado do país em questão. Reiterando as objeções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos, acrescentou que todos os argumentos suíços “envolviam” a questão em controvérsia diante dos tribunais internos norte-americanos (i.e., a questão se deveria haver uma devolução dos bens apreendidos); o princípio dos recursos internos assim aplicava-se (130). Ademais, era possível obter reparação completa diante dos tribunais internos norte-americanos, que estavam então considerando se os bens apreendidos da *General Aniline & Film Corporation* deveriam ser devolvidos à companhia *Interhandel* (131).

O professor Guggenheim respondeu que a objeção norte-americana de não-esgotamento de recursos internos, embora aparentemente de caráter preliminar, na verdade dizia respeito ao mérito do caso (132). E a objeção de domínio reservado, a seu turno, não poderia aplicar-se no presente caso, porque o assunto do litígio entre a Suíça e os Estados Unidos era uma questão de direito internacional, relativa à interpretação e aplicação de um acordo internacional (que previa a possibilidade de recurso a um tribunal arbitral), e à distinção entre propriedade neutra e inimiga à luz do direito internacional; conseqüentemente, o governo dos Estados Unidos tinha a obrigação (133) de devolver os bens apreendidos à firma *Interhandel* (e não apenas de pagar indenização plena), e em tais condições toda a matéria do atual litígio internacional recaía no domínio do direito internacional, e não no domínio reservado

(129) Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959); Argumentos Orais e Documentos; argumento oral de 14 de outubro de 1957, pp. 459-463, e cf. pp. 464-465.

(130) *Ibid.*, argumentos orais de 6 de novembro de 1958, pp. 501-502 e 507-511. Em uma passagem de seu argumento oral, o Sr. Becker traçou o seguinte paralelo entre os dois argumentos, de não-esgotamento e de domínio reservado: “There cannot be any *bona fides*, charge here that any rule of international law has been violated, since the seizure and retention of stock in a domestic corporation is within the domestic jurisdiction of the United States as part of its war powers and does not lose such character simply by the citation of an international agreement which has no relevance and deals with a totally different topic. But aside from that fact, we submit, the doctrine of exhaustion still remains applicable”; *ibid.*, p. 503.

(131) *Ibid.*, p. 505, e cf. pp. 505-507. Pretendia ele assim rejeitar todos os argumentos de que os recursos locais não existiam, ou eram inadequados, ou de que os tribunais internos teriam prejudicado a situação.

(132) *Ibid.*, argumentos orais de 11 de novembro de 1958, pp. 553-561; o caso, argumentou ele ademais, constituía uma violação *direta* do direito internacional; cf. *ibid.*, pp. 556-557.

(133) Em virtude do artigo IV (I) do Acordo de Washington de 1946.

dos Estados (134). O agente do governo suíço, professor Sauser-Hall, prontamente endossou tais pontos de vista e, do mesmo modo, sustentou que o litígio em questão era regido por um tratado e pertencia ao domínio da neutralidade no direito internacional público, engajando direta e imediatamente a responsabilidade internacional dos Estados Unidos, sem se tornar necessário considerar a objeção de recursos internos (135).

Em sua réplica, o Sr. Becker mais uma vez associou a exceção de não-esgotamento com a de domínio reservado. Anteriormente (6 de novembro de 1958), ele afirmara que "because of the failure to exhaust local remedies there is no jurisdiction in the Court to entertain the present application" (136). Agora (14 de novembro de 1958), mantendo que a disputa entre a Suíça e os Estados Unidos era "de natureza factual", o agente do governo norte-americano asseverava que, "em razão da reserva dos Estados Unidos relativa a matérias de interesse essencialmente interno, seja 'como determinado pelos Estados Unidos' ou 'como determinado pelo direito internacional', o recurso disponível aos suíços sob o direito interno norte-americano é superior ao que lhes caberia sob o direito internacional, desde que a devolução das ações em espécie não fosse requerida. E mesmo se o acordo de Washington se aplicasse a este caso — o que negamos —, a reparação máxima que o governo suíço poderia assegurar não seria em hipótese alguma mais favorável a seus interesses do que a reparação disponível à *Interhandel* sob o direito interno dos Estados Unidos" (137).

Observou ainda o Sr. Becker que o argumento baseado no acordo de Washington, dentre outros, jamais fora levado perante os tribunais norte-americanos pela *Interhandel*, muito embora fossem aqueles tribunais competentes para considerar todos os argumentos de tal natureza; "wholly apart, therefore, from their patent unsoundness, they also fall within the doctrine of exhaustion of local remedies" (138). Desse modo, como se deveria ter avançado tais argumentos no contencioso interno então em curso, a Corte Internacional de Justiça — concluiu ele — deveria sustentar a exceção de não-esgotamento de recursos internos, ao invés de juntá-la ao mérito (139).

Pode-se depreender do acima exposto que o agente do governo dos Estados Unidos estava talvez deliberadamente interligando as duas exceções de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado.

(134) Argumentos orais do caso *Interhandel*, *cit.*, p. 576, e cf. pp. 575-581.

(135) *Ibid.*, argumentos orais de 12 de novembro de 1958, pp. 582-598; acrescentou ele que a objeção de qualquer modo dizia respeito ao mérito do caso; *ibid.*, p. 598.

(136) *Ibid.*, argumentos orais de 6 de novembro de 1958, pp. 505-506; advertiu ele a Corte a não proceder ao mérito, pois, se assim o fizesse, todos os procedimentos quanto ao mérito do caso "would become entirely moot and superfluous if the vested were returned to *Interhandel* as the result of the United States court proceedings"; *ibid.*, p. 506.

(137) *Ibid.*, argumentos orais de 14 de novembro de 1958, pp. 612-614.

(138) *Ibid.*, p. 616.

(139) *Ibid.*, p. 616, e cf. pp. 616-618.

Esse fato não passou despercebido ao professor Guggenheim; após reiterar suas críticas ⁽¹⁴⁰⁾ aos argumentos do Sr. Becker, concluiu seus próprios argumentos orais (aos 17 de novembro de 1958) ao indicar à Corte a contradição a que a posição dos Estados Unidos poderia levar: "Quando se examinam as exceções preliminares dos Estados Unidos em seu conjunto, e notadamente as exceções preliminares n.ºs 3 e 4, depara-se com uma certa contradição. Por um lado, os Estados Unidos invocam seu domínio reservado, afirmando assim que o litígio não pode ser examinado no âmbito de um procedimento internacional. Por outro lado, eles invocam o não-esgotamento de recursos internos, o que pressupõe que reconhecem a possibilidade de uma responsabilidade internacional do governo dos Estados Unidos. Ora, ao declarar que o conflito recai em seu domínio reservado, negam eles que os tribunais americanos tenham a possibilidade de proceder a um exame prévio da responsabilidade internacional dos Estados Unidos, o que é aliás conforme à realidade jurídica, dado que o acordo de Washington e as regras de direito internacional geral não podem ser invocados no procedimento em curso nos Estados Unidos relativo à *Interhandel*. Nessas condições, não é mais possível que a jurisdição internacional tenha que levar em conta elementos constantes do *dossier* no procedimento interno. Não há assim lugar nem para uma litispendência, nem para um esgotamento de recursos internos" ⁽¹⁴¹⁾.

Com efeito, como já indicado, o argumento de domínio reservado não é a mesma coisa que uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Ambos, se interpostos com sucesso, podem impedir o exame de um caso a nível internacional. Mas enquanto o argumento de domínio reservado opera como uma objeção substantiva, a *exclusão* da jurisdição internacional, com bases sólidas, a seu turno a exceção de não-esgotamento opera no presente contexto como condição de admissibilidade de uma reclamação internacional. Desse modo, o princípio dos recursos internos não sustenta necessariamente que a matéria esteja *prima facie* no domínio reservado exclusivo do Estado, e na verdade ele admite que a matéria possa ser examinada a nível internacional (e.g., se os recursos forem esgotados sem reparação interna ou local alguma).

VII — Conclusões

Concluindo, embora ambas as objeções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos visem salvaguardar a soberania do Estado, diferem uma da outra em que a primeira é uma objeção substantiva impedindo qualquer ação a nível internacional, ao passo que a segunda enfatiza o caráter subsidiário da jurisdição internacional. Tem-se levantado a objeção de domínio reservado perante órgãos

(140) Cf. *ibid.*, pp. 637-642.

(141) *Ibid.*, p. 642.

judiciais como uma reserva automática à jurisdição obrigatória ou então como uma exceção preliminar de competência, ambas as formas — particularmente a primeira — estando expostas a críticas. Mas os órgãos políticos têm-se mostrado mais adequados para lidar com objeções de domínio reservado, ao passo que exceções de não-esgotamento de recursos internos têm sido mais freqüentemente avançadas perante órgãos judiciais (e arbitrais).

Na prática, por paradoxal que possa à primeira vista parecer, o princípio dos recursos internos, aparentemente a menos ambiciosa das duas objeções, tem-se mostrado um artifício bem mais eficaz e acionado com sucesso para rejeitar reclamações internacionais e salvaguardar a soberania do Estado. Em contraste, os Estados que levantaram a objeção de domínio reservado não têm logrado até o presente alcançar o objetivo proposto e não têm conseguido impedir a inclusão da matéria na agenda de órgãos internacionais e sua discussão a nível internacional.

Vista *in abstracto*, a cláusula do domínio reservado não parece nem definida nem suscetível de definição: a prática internacional moderna *não* parece fornecer base jurídica alguma para o critério objetivo ou material da determinação do domínio reservado pelo qual haveria matérias que, por sua própria natureza, recairiam essencialmente no domínio reservado dos Estados. Com efeito, tem-se freqüentemente recorrido ao uso do artifício da ficção no direito internacional, refletido na invocação de conceitos inadequados visando evitar sua aplicação ou ampliar a interpretação de seus termos, ou na falsa caracterização dos fatos, por vezes visando negar ou então justificar a realidade de uma determinada situação na busca de certos interesses⁽¹⁴²⁾. Já em 1925, POLITIS observava com perspicácia que, se o direito internacional reconhece a existência de um domínio reservado dos Estados, ele ignora seu conteúdo material, e o termo é utilizado apenas em um sentido estritamente formal na solução de controvérsias⁽¹⁴³⁾.

Dai, pode-se acrescentar, sua semelhança aparente com a objeção de não-esgotamento de recursos internos, ambas disfarçadas como condições formais de admissibilidade de exceções preliminares à solução de reclamações internacionais. Tal semelhança aparente pode levar, e tem levado — talvez deliberadamente —, a concepções errôneas e equívocos. POLITIS tentou estender a noção de *abus de droit* ao plano das relações internacionais, para enfatizar as limitações objetivas impostas pelo direito internacional às faculdades legais desfrutadas pelos Estados litigantes; assim, um *abus de droit* ocorreria sempre que uma regra ou

(142) Cf. J. J. A. SALMON, "The Device of Fiction in Public International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1974) n.º 4, pp. 251-277; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Apontamentos sobre o Uso das Ficções no Direito Internacional", *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1980) n.º 87, pp. 61-76.

(143) N. POLITIS, "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1925)-I, vol. 6, p. 48.

conceito jurídico servisse de base ou fosse utilizado para um propósito outro que o que é normalmente o seu próprio, de acordo com o direito internacional⁽¹⁴⁴⁾. As incertezas do conceito de domínio reservado poderiam ser lembradas a esse respeito.

Na prática, têm-se levantado as duas exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos separadamente, ou então simultaneamente como argumentos alternativos na mesma contenda. Em quatro casos acima examinados — os casos *Losinger*, dos *Empréstimos Noruegueses*, do *Incidente Aéreo* e *Interhandel* — os Estados reclamados houveram por bem interpor objeções de domínio reservado como um fundamento *alternativo* a objeções de não-esgotamento de recursos internos. No caso *Losinger* a Iugoslávia parece ter confundido inteiramente as duas exceções ao manter que, porque os recursos internos não haviam sido esgotados, a matéria permanecera de domínio reservado. A Corte considerou que sob certos aspectos as duas exceções não se distinguem uma da outra. No caso dos *Empréstimos Noruegueses*, advogou a Noruega que o caso recaía no domínio reservado, e no entanto tornava o caráter internacional da disputa dependente do esgotamento de recursos internos; um dos Juízes [da Corte Internacional de Justiça] afirmou pertinentemente que o não-esgotamento de recursos internos não constituía fundamento algum para caracterizar o litígio como sendo de domínio reservado.

No caso do *Incidente Aéreo*, a Bulgária manteve que a matéria recaía em seu domínio reservado, e no entanto levantou uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Muito embora a Corte Internacional de Justiça não tivesse lidado com tais exceções, sugeriu o reclamante que a exceção de não-esgotamento de recursos internos surgia no caso como nada mais do que uma particularização da exceção de domínio reservado. E no caso *Interhandel*, os Estados Unidos, do mesmo modo, mantiveram que não apenas os recursos internos não haviam sido esgotados, mas, em adição e alternativamente, a matéria pertencia ao domínio reservado. A Corte de Haia evitou pronunciar sobre este último ponto e decidiu sustentar a objeção de não-esgotamento de recursos internos.

Há um denominador comum nestes quatro casos (independentemente de seus resultados concretos) no que diz respeito ao problema em exame. Constatou-se, primeiramente, que o levantamento das duas objeções alternativas — de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado — não constitui garantia alguma ao Estado reclamado de maiores chances de sucesso (no decorrer do processo). No caso *Interhandel*, a exceção de não-esgotamento individualmente obteve sucesso, mas a exceção de domínio reservado não foi objeto de decisão

(144) N. POLITIS, *op. cit.*, pp. 83 e 91.

da Corte (não necessitou sê-lo, em última análise, nas circunstâncias). Em ambos os casos do *Incidente Aéreo* e dos *Empréstimos Noruegueses* a Corte nem sequer tocou na exceção de domínio reservado ou na de não-esgotamento de recursos internos, porque em ambos os casos viu-se — por diferentes motivos — sem competência para julgar os litígios em questão. Assim sendo, os Estados não deveriam permanecer na ilusão ou falsa impressão de que, ao insistirem no caráter supostamente interno ou doméstico de uma disputa, primariamente e aqui processualmente (não-esgotamento de recursos internos), *assim como* exclusiva e materialmente (domínio reservado), estariam desse modo assegurando a seus próprios argumentos maior probabilidade de sucesso.

Mas — mais importante — não é tanto por estas razões práticas, e antes por razões de princípio, que esta prática deveria ser abandonada e não ser repetida no futuro. Ao invés de fundamentar um argumento, pode ela torná-lo mais vulnerável; há uma certa estranheza e inconsistência lógica em manter que uma matéria recai exclusivamente no domínio reservado de um Estado e ao mesmo tempo manter que uma matéria só pode ser examinada a nível internacional depois de terem sido esgotados sem sucesso os recursos internos (i. e., nenhuma reparação local). Ou, reversamente, manter que, porque os tribunais internos ou nacionais ainda não lidaram com a matéria, ela recai exclusivamente no domínio reservado do Estado, e desse modo os recursos internos deveriam ser utilizados.

O equívoco de tais proposições torna-se bem mais evidente pelo fato de que a razão de ser do princípio dos recursos internos não é exatamente a mesma que a do argumento do domínio reservado; embora ambos sejam artifícios a serviço da soberania do Estado, cada um opera de sua própria maneira específica, tendo cada um seguido um desenvolvimento histórico diferente e sido determinado por fatores distintos.

Mas se, na busca de seus próprios interesses individuais, os Estados continuarem deliberadamente tentando interligar as duas exceções — de não-esgotamento e de domínio reservado — *além do ponto em que já se encontram elas naturalmente interligadas*, estarão eles apenas acrescentando um elemento de incerteza na conduta do processo internacional. Ao comprometerem a clareza de argumento que deveria acompanhar a interpretação e aplicação de normas jurídicas, estarão eles desse modo prestando um desserviço ao direito internacional. As palavras fortes usadas pelo professor Sauser-Hall nas audiências do caso *Losinger* ⁽¹⁴⁵⁾ não são de todo impertinentes aqui, pois bem se pode indagar se a invocação da exceção de domínio reservado como um argumento alternativo à de não-esgotamento de recursos internos não corresponderia a um *usage chicanier du droit*...

(145) Cf. Corte Permanente de Justiça Internacional, Série C, n.º 78, argumentos orais de 9 de junho de 1936, p. 370.