



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

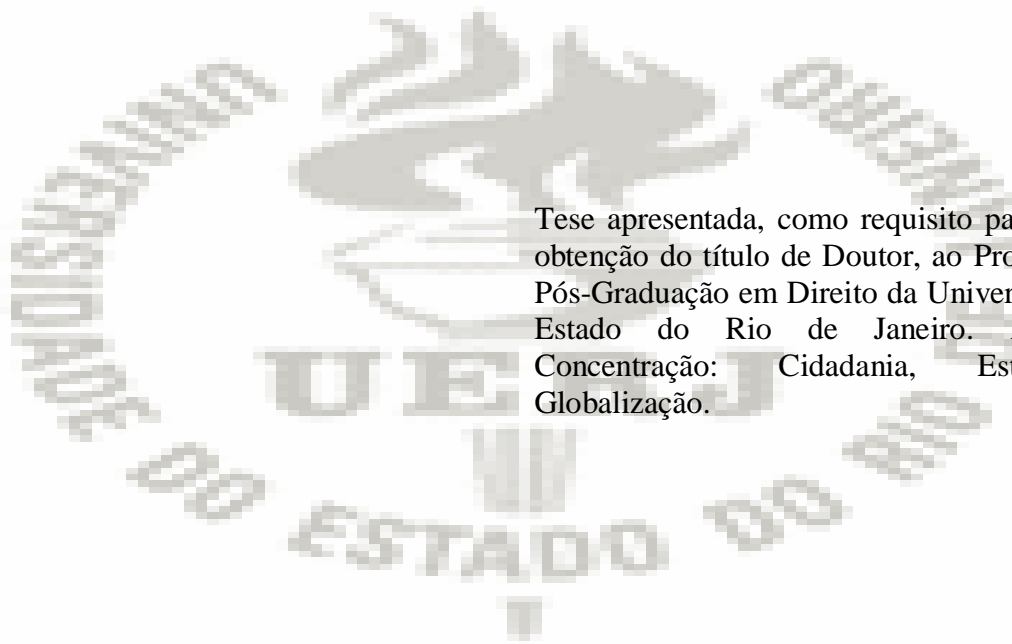
**Imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em face de violações graves  
do direito internacional**

Rio de Janeiro

2019

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

**Imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em face de violações graves do direito internacional**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R219 Raposo, Rodrigo Otávio Bastos Silva.

Imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em face de violações graves do direito internacional / Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo. - 2019. 387 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Valtier Borges de Macedo.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Jurisdição - Teses. 2. Jus cogens (Direito internacional público) – Teses. 3. Doutrinas – Teses. I. Macedo, Paulo Emílio Valtier Borges de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.1/8

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

**Imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em face de violações graves do direito internacional**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 02 de dezembro de 2019.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Daniel Nunes Pêcego  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Profa. Dra. Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Dr. Florian Fabian Hoffmann  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
2019

Às incontáveis gerações de homens e mulheres que vieram antes e construíram esta civilização, a quem presto meu respeito nas figuras de meus pais, José Raposo e Maria Célia.

À minha família, que busca multiplicar os talentos que lhe foram confiados, enquanto espera e vigia, e que beijo amorosamente na pessoa de minha esposa, Kacilda Raposo.

Aos que virão depois de nós, que participarão da digníssima tarefa de conservar e aperfeiçoar o legado de nossos ancestrais, para os quais suplico a proteção de Deus enquanto contemplo a face de meus filhos, Mariana Beatriz, João Guilherme e Gustavo José.

À infinita paz que cerca e penetra a agitação do mundo. À persistente presença da bondade e do carinho, mesmo onde os corações parecem tão secos.

À dádiva da esperança, força nas estradas da vida, e à fé, farol para os que caminham, e ao amor, que misteriosamente nos conduz.

## AGRADECIMENTOS

A realização desta pesquisa não seria possível sem o renovado crédito de confiança ao autor por parte dos docentes da Área de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Na UERJ, tive ocasião de aprender muito, não há palavras para descrever o quanto fui beneficiado pela sabedoria e inteligência de Gustavo Senechal, Carmen Tibúrcio, José Ricardo Cunha e Maurício Mota.

Agradeço em particular à professora Marilda Rosado, cuja atenção e incentivo contribuíram não apenas para a realização desta tese, mas também pelo crescente interesse do autor em conhecer outros campos do direito internacional.

Este trabalho, desde a sua concepção, deve os seus méritos, caso os tenha, ao professor orientador Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, pelo acompanhamento criterioso e incisivo, pela paciência e bom humor, pelo companheirismo e amizade constantes em meio aos bons momentos e outros nem tanto.

Devo muito, também, ao ambiente intelectualmente estimulante que proporcionaram os colegas mestrandos e doutorandos da Área de Direito Internacional, mas não só dela. Por todos, agradeço a Matheus Farinhas e Christian Perrone, não só pelas lições de direito, mas pela gentileza e amabilidade inesgotáveis. Aos demais, controlem os ciúmes e não me matem.

Pude contar também com o apoio constante da Universidade Estadual do Maranhão, principalmente através da anuência para que eu me afastasse durante 2017 e 2018, período crucial para a redação desta tese. Registro meu especial obrigado à professora Jaqueline Demétrio, Diretora do Curso de Direito, ao professor Marcelo Carvalho Lima, Chefe do Departamento de Direito, Economia e Contabilidade, à professora Helciane Araújo, então Diretora do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, e ao professor Gustavo Pereira da Costa, Reitor.

Tenho absoluta certeza de que devo agradecimentos a pessoas que me auxiliaram sem que eu me desse conta, e a outras que, sem se dar conta, me auxiliaram. O mundo é feito de dor e sofrimento e tem um tanto de maldade também, mas isso é o que se poderia esperar desse vale de lágrimas. Um pouco mais surpreendente é a ação inefável do bem, como um tecido à nossa volta, parte da própria cultura, pela qual recebemos diariamente proteção e ajuda, e que é uma força tão natural e sutil que nossa tendência é esquecer que ela existe. Agradecer é lembrar que somos parte dessa trama.

There's no cause for alarm.  
*Garda McElhinney*

## RESUMO

RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. **Imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em face de violações graves do direito internacional**. 2019. 371 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

O direito internacional costumeiro regula a imunidade jurisdicional do Estado a partir da norma geral *par in parem non habet imperium* e reconhece exceções à prerrogativa conforme se desenvolve a doutrina que restringe a sua aplicação aos atos estatais soberanos. No entanto, a partir do fim da década de 1990, emerge a hipótese de excluir a imunidade jurisdicional dos Estados em face do direito fundamental de acesso a um tribunal, particularmente quando se busca reparações diante de violações a normas imperativas do direito internacional. A questão que o direito de acesso a um tribunal coloca para a imunidade jurisdicional do Estado é o objeto desta investigação, na qual se emprega método de abordagem indutivo, métodos de procedimento monográfico e de estudo de caso, e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Tem-se como resultado a estruturação da tese em três partes, em que sucessivamente: apresenta-se a teoria da fundamentação autônoma da imunidade jurisdicional, a evolução da perspectiva restritiva e aspectos da Convenção sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens; distingue-se a regência do instituto da imunidade conforme o caso em tela verse sobre matéria penal ou civil e apresenta-se suas características atuais com base na sentença que a Corte Internacional de Justiça proferiu no caso *Jurisdictional Immunities* e na discussão e análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos; discute-se a formação das doutrinas da proteção equivalente e do *controlimiti*, com exposição do impasse que a decisão no caso *Simoncioni* ocasiona e a apresentação de questão análoga nos tribunais superiores brasileiros, com o caso Changri-lá. Conclui-se que é necessário diferenciar o tratamento jurídico da imunidade jurisdicional conforme o caso se refira a matéria penal ou civil e que a subordinação da imunidade jurisdicional à ordem jurídica doméstica conduz a um impasse nas relações entre os Estados. A partir dessas assertivas confirma-se que a imunidade jurisdicional dos Estados é uma restrição legítima e razoável ao direito de acesso a um tribunal, inclusive perante violações graves ao direito internacional.

Palavras-chave: Imunidade de jurisdição. Acesso a um tribunal. Jus cogens.



## ABSTRACT

RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. **Foreign State jurisdictional immunity before serious violations of international law**. 2019. 371 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

Customary international law regulates State jurisdictional immunities. It starts from the general rule *par in parem non habet imperium* and recognizes the exceptions raised by the doctrine that limits the prerogative to sovereign acts. Although, from the nineteen-nineties emerges the hypothesis that jurisdictional immunity should be excluded whenever it faces the fundamental right of access to court, particularly if the case concerns reparations arising from violations to imperative norms of international law. So, the object of this thesis is State jurisdictional immunity and its inquiry refers to the impact of the fundamental right of access to court over the institute juridical regulation. The methodology uses an inductive approach and selects and organises information through monographic and case study procedures. It also uses bibliographic and documental techniques to gather information. The result is a study structured in three parts, in each one, successively: it presents the theory of autonomous fundament of jurisdictional immunity, the evolution of the restrictive approach, and aspects of the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Goods; it distinguishes the proper juridical regulation of jurisdictional immunities in civil or criminal cases and presents the institute current characteristics based in the International Court of Justice judgment in the Jurisdictional Immunities case and in the discussion and analysis of the European Court of Human Rights case law; it discusses the formation of equivalent protection and *controlimiti* doctrines, exposing the stalemate brought by the judgment in the *Simoncioni* case and the analogous question currently awaiting judgment in the Brazilian Constitutional Court, in the *Changri-lá* case. The thesis concludes that is necessary to distinguish the juridical treatment of jurisdictional immunity as the case refers to civil or criminal matter, and that subordination of jurisdictional immunity to domestic juridical orders conducts to a stalemate in interstate relations. Finally, from these assertions, it concludes that State jurisdictional immunity is a legitimate and reasonable restriction to the right of access to court even in the presence of serious violations of international law.

Key-words: Jurisdictional immunity. Access to court. Jus cogens.

## RÉSUMÉ

RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. **Immunité juridictionnelle d'État étrangère devant violations graves du droit international**. 2019. 371 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

Le droit international coutumier régle l'immunité juridictionnelle d'État. Il départ de la règle générale par in parem non habet imperium et il accepte des exceptions décourantes de la doctrine restrictive qui limite son application aux actes souverains. À partir des années 1990, émerge l'hypothèse selon laquelle l'immunité juridictionnelle devrait être exclue chaque fois qu'elle fait face au droit fondamental d'accès à un tribunal, en particulier si l'affaire concerne des réparations résultant de violations aux normes impératives du droit international. De cette façon, l'enquête porte sur l'impact du droit fondamental d'accès à un tribunal sur la réglementation juridique de l'institut des immunités. La méthodologie utilise une approche inductive et sélectionne et organise les informations au moyen de procédures monographiques, historiques, chronologiques et d'études de cas. Il utilise également des techniques bibliographiques et documentaires pour recueillir des informations. Le résultat est une étude structurée en trois parties, qui successivement présentent : la théorie du fondement autonome de l'immunité de juridiction, l'évolution de l'approche restrictive et les aspects de la Convention des Nations Unies sur les Immunités Juridictionnelles des États et de leurs Biens ; la réglementation juridique appropriée des immunités juridictionnelles dans les affaires civiles ou pénales et les caractéristiques actuelles de l'institut, telles qu'elles ressortent de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire Immunités Juridictionnelles et de l'analyse et du traitement de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ; la formation des doctrines de protection équivalente et de controlimiti, exposant l'impasse créée par l'arrêt dans l'affaire Simoncini et la question analogue qu'attend jugement devant la Cour Constitutionnelle Brésilienne dans l'affaire Changri-lá. La thèse conclut qu'est nécessaire distinguer le traitement juridique de l'immunité juridictionnelle lorsque l'affaire se rapporte à matière civile ou pénale et que la subordination de l'immunité juridictionnelle vis-à-vis des ordres juridiques nationales conduit à une impasse dans les relations entre les États. Enfin, à partir de ces affirmations, il conclut que l'immunité de juridiction des États constitue une restriction légitime et raisonnable au droit d'accès à un tribunal, même en présence de violations graves du droit international.

Mots-clés : Immunité juridictionnelle. Accès au tribunal. Jus cogens.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 <b>TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO AUTÔNOMA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO.....</b>	22
1.1 <b>Teoria do Desdobramento Funcional, Soberania e Jurisdição.....</b>	25
1.1.1 <u>Regulação da jurisdição estatal pelo direito internacional.....</u>	28
1.1.2 <u>A jurisdição internacional e a regência da imunidade jurisdicional.....</u>	32
1.1.3 <u>O problema do exercício jurisdicional em face do Estado estrangeiro.....</u>	36
1.1.4 <u>Impacto da expansão do direito constitucional no exercício da jurisdição.....</u>	39
1.1.5 <u>Aceções do termo jurisdição.....</u>	41
1.1.6 <u>Os limites do exercício jurisdicional.....</u>	44
1.2 <b>Evolução e consolidação da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição do Estado.....</b>	49
1.2.1 <u>Soberania como subordinação jurídica ao direito internacional.....</u>	50
1.2.2 <u>Distinção entre a concepção histórica e a concepção jurídica da imunidade jurisdicional.....</u>	53
1.2.3 <u>O precedente <i>Schooner Exchange</i> e a doutrina da imunidade jurisdicional do Estado.....</u>	56
1.2.4 <u>A regência da imunidade jurisdicional pelo direito internacional.....</u>	61
1.2.5 <u>A <i>Tate Letter</i> e a ascensão da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional.....</u>	65
1.3 <b>Atuação do Instituto de Direito Internacional e a evolução da imunidade jurisdicional.....</b>	69
1.3.1 <u>A Resolução de Hamburgo, de 1891, e a doutrina restritiva da imunidade jurisdicional.....</u>	70
1.3.2 <u>A Resolução de Aix-en-Provence, de 1954, e a Convenção Europeia de 1972.....</u>	74
1.3.3 <u>A Resolução da Basileia, de 1991, e o caso <i>Voiotia</i>, de 2000.....</u>	78
1.3.4 <u>A Resolução de Vancouver, de 2001, e o caso <i>Ferrini</i>, de 2004.....</u>	83
1.3.5 <u>A Resolução de Nápoles, de 2009, e o caso <i>Jurisdictional Immunities</i>, de 2012.....</u>	90
1.4 <b>A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens (2004).....</b>	95
1.4.1 <u>Preâmbulo e parte introdutória da Convenção sobre Imunidade.....</u>	97
1.4.2 <u>O princípio da imunidade jurisdicional e a doutrina da submissão voluntária ao foro.....</u>	100

1.4.3	<u>Exceção territorial à imunidade</u> .....	104
1.4.4	<u>Outras exceções, imunidade de execução e demais disposições convencionais</u> .....	109
1.4.5	<u>A Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais e o direito costumeiro</u> .....	113
2	<b>IMUNIDADE JURISDICIONAL DIANTE DE CRIMES INTERNACIONAIS</b>	118
2.1	<b>O precedente <i>Pinochet</i> (1999)</b> .....	119
2.1.1	<u>A jurisdição espanhola e o pedido de prisão do General <i>Pinochet</i></u> .....	119
2.1.2	<u>A discussão acerca da possibilidade jurídica da extradição</u> .....	123
2.1.3	<u>A discussão acerca da imunidade de jurisdição no caso <i>Pinochet</i></u> .....	129
2.1.4	<u>A divergência de <i>Lord Goff</i> e a prática posterior</u> .....	134
2.2	<b>Formação da jurisprudência relativa à imunidade em matéria cível na Corte Europeia de Direitos Humanos</b> .....	140
2.2.1	<u>O caso <i>Al-Adsani</i></u> .....	143
2.2.2	<u>O caso <i>Fogarty</i></u> .....	150
2.2.3	<u>O caso <i>McElhinney</i></u> .....	157
2.2.4	<u>O caso <i>Kalogeropoulou</i></u> .....	165
2.3	<b>O caso <i>Jurisdictional Immunities of the State</i> (2012)</b> .....	171
2.3.1	<u>Contexto e histórico do caso <i>Jurisdictional Immunities</i></u> .....	171
2.3.2	<u>Objeto da disputa e violações às imunidades do Estado alemão</u> .....	177
2.3.3	<u>Exceção territorial</u> .....	183
2.3.4	<u>Violações de normas imperativas do direito internacional</u> .....	188
2.3.5	<u>Ausência de recurso alternativo para as vítimas</u> .....	195
2.3.6	<u>Licitude das medidas executórias e da homologação da sentença grega</u> .....	198
2.3.7	<u>A decisão e seus desdobramentos</u> .....	202
2.4	<b>Confirmação da jurisprudência acerca da imunidade em matéria cível na Corte Europeia de Direitos Humanos: o caso <i>Jones</i> (2014)</b> .....	205
2.4.1	<u>O caso <i>Jones</i> na jurisdição britânica</u> .....	208
2.4.2	<u>Posições das partes ante a Corte Europeia de Direitos Humanos</u> .....	212
2.4.3	<u>A apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos</u> .....	220
2.4.4	<u>Existência de restrições especiais às imunidades de agentes estatais em casos de tortura</u> .....	227
3	<b>O DIREITO INTERNACIONAL DIANTE DAS ORDENS CONSTITUCIONAIS</b> .....	234
3.1	<b>Formação e aplicação da doutrina da proteção equivalente</b> .....	235
3.1.1	<u>Proposição da doutrina da proteção equivalente: o caso <i>Solange I</i></u> .....	236

3.1.2	<u>Confirmação da doutrina da proteção equivalente: o caso <i>Solange II</i></u> .....	240
3.1.3	<u>Posição das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos no direito alemão: o caso <i>Görgülü</i></u> .....	246
3.1.4	<u>O caso da Constitucionalidade do Tratado de Lisboa</u> .....	250
3.2	<b>Ensaio da aplicação da doutrina do <i>controlimiti</i></b> .....	261
3.2.1	<u>Posição do direito comunitário entre as fontes do direito italiano: o caso <i>Frontini v. Ministero delle Finanze (1973)</i></u> .....	263
3.2.2	<u>Aplicação direta do direito comunitário: caso <i>Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato (1984)</i></u> .....	268
3.2.3	<u>Violação de direitos fundamentais pelo direito comunitário: caso <i>Fragd v. Amministrazione delle Finanze dello Stato (1989)</i></u> .....	272
3.2.4	<u>Hierarquia da Convenção Europeia de Direitos Humanos entre as fontes do Direito Italiano</u> .....	277
3.3	<b>Imunidade jurisdicional em face do <i>controlimiti</i>: o caso <i>Simoncioni</i></b> .....	284
3.3.1	<u>A consulta constitucional e os argumentos das partes</u> .....	285
3.3.2	<u>A Apreciação das questões jurídicas e a decisão no caso <i>Simoncioni</i></u> .....	289
3.3.3	<u>A <i>Sentenza 238</i> e a questão do dualismo jurídico</u> .....	297
3.3.4	<u>A Conferência <i>Remedies against immunity</i> - O direito internacional após a <i>Sentenza 238/2014</i></u> .....	301
3.4	<b>A vez do Brasil: o caso Changri-lá, Repercussão Geral no RE 954.858/RJ</b> .....	317
3.4.1	<u>O caso Changri-lá no Superior Tribunal de Justiça</u> .....	320
3.4.2	<u>A discussão da imunidade jurisdicional no caso Changri-lá</u> .....	323
3.4.3	<u>Repercussão geral do caso Changri-lá</u> .....	332
3.4.4	<u>Posicionamento dos ministros dissidentes</u> .....	336
3.4.5	<u>Últimos desdobramentos</u> .....	340
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	344
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	363

## INTRODUÇÃO

A imunidade jurisdicional é um instituto do direito internacional que protege a soberania, a igualdade e as boas relações entre os Estados. O seu desenvolvimento contemporâneo tem como marco inicial a decisão no caso *Schooner Exchange*, em 1812, a partir da qual se desenvolve a prática judicial de reconhecer a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em qualquer hipótese. Por essa razão, designa-se esse período como o da imunidade jurisdicional absoluta.

Ainda durante o período da imunidade absoluta, o Instituto de Direito Internacional aprova, em 1891, a resolução de Hamburgo, que elenca circunstâncias nas quais o Estado estrangeiro não deve estar coberto pelas prerrogativas da imunidade jurisdicional. Paulatinamente, os tribunais dos Estados foro adequam sua prática a essa visão, que se designa como perspectiva restritiva da imunidade jurisdicional. No entanto, a mesma só se torna uma tendência dominante na Europa Ocidental e na América do Norte quase um século depois, quando o Conselho da Europa adota sua *European Convention on State Immunity*, em 1972, os Estados Unidos promulga o seu *Foreign Sovereign Immunities Act*, em 1976, e o Reino Unido promulga o seu *State Immunity Act*, em 1978.

Em 2000, tem início uma nova discussão sobre o instituto da imunidade jurisdicional com o julgamento do caso do massacre de *Distomo*, pela Corte de Cassação da Grécia. Nessa decisão, o tribunal grego aponta que a prática de crimes de guerra pode constituir-se em uma nova restrição à imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. Essa decisão é corroborada em 2004, pela Corte de Cassação da Itália no julgamento do caso *Ferrini*. Com isso, abre-se um novo campo de investigações acerca do instituto da imunidade, ao qual se dedicam os internacionalistas nos vinte anos seguintes e no qual se insere esta pesquisa doutoral.

Nesta tese, demonstra-se que a imunidade de jurisdição dos Estados pela prática de atos de império ainda é a regra no direito internacional, mesmo em face de atos que violem normas imperativas desta ordem jurídica. As violações estatais às normas imperativas do direito internacional, sejam estas violações crimes de guerra ou atos de tortura, não excluem o caráter soberano das mesmas nem ensejam uma nova exceção à imunidade jurisdicional do Estado. O mesmo postulado aplica-se às limitações impostas pela imunidade jurisdicional ao direito de acesso a um tribunal, só que com maior razão, pois nesta hipótese as limitações não

violam o direito internacional, antes constituem-se restrições razoáveis a um direito que não é absoluto.

A demonstração acima adota como ponto de partida a teoria da fundamentação autônoma da imunidade jurisdicional. Esta teoria destaca a precedência ontológica do direito internacional em relação a noções como soberania e jurisdição e, a partir daí, situa a gênese costumeira das normas que regem o instituto da imunidade jurisdicional e a dinâmica que se opera entre a ordem internacional e a prática estatal. Em outras palavras, a imunidade jurisdicional não é um elemento da soberania estatal, nem tampouco uma deferência da jurisdição do foro, mas sim um instituto que se origina do direito internacional costumeiro.

Essa base teórica permite observar a evolução da perspectiva restritiva da imunidade jurisdicional, cujo estágio atual de consolidação tem como pontos marcantes a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, em 2004, e a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, em 2012. A adoção da Convenção revela um relativo consenso em relação ao teor normativo da perspectiva restritiva, mas o pequeno número de ratificações aponta que a maioria dos Estados ainda prefere a regência costumeira do instituto. Quanto à decisão no caso *Jurisdictional Immunities*, esta delineou os contornos do costume internacional vigente, que autoriza o Estado foro a adotar a perspectiva restritiva da imunidade, ao passo que rejeita a violação de normas imperativas como uma nova exceção à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro.

A partir da teoria da fundamentação autônoma e da prática internacional, discute-se a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em face do direito fundamental de acesso a um tribunal. Entretanto, antes disso é necessário esclarecer o alcance do precedente *Pinochet*, que incide apenas em procedimentos sob a regência de tratados internacionais em matéria penal e que é inaplicável em procedimentos sob a regência do direito internacional costumeiro, notadamente em matéria cível, como se verá.

Após essa distinção, é possível apreciar com propriedade o direito de acesso à justiça em sua dimensão constitucional, que se apresenta como um relevante desafio à imunidade jurisdicional dos Estados. O direito de acesso a um tribunal coloca-se dentro do contexto mais amplo da relação entre direito constitucional e direito internacional e das questões sistêmicas que decorrem da aplicação da doutrina alemã da proteção equivalente e da doutrina italiana do *controlimiti*. Cada uma dessas doutrinas estabelece a Constituição de seu respectivo país como o parâmetro para avaliação da validade das normas internacionais.

Feitas essas considerações, o problema que impulsiona esta investigação é o ônus que o particular suporta em virtude do reconhecimento de imunidade jurisdicional ao Estado estrangeiro, que decorre do respeito à ordem jurídica internacional. Há uma tensão entre as possíveis soluções que se oferecem para a questão, que contemplam a afirmação incondicional da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro, passam pela restrição da imunidade com fundamento na violação de normas internacionais imperativas e chegam à eliminação da mesma em decorrência do respeito a garantias fundamentais constitucionais da ordem jurídica do foro.

A primeira solução, que é a afirmação absoluta da imunidade de jurisdição dos Estados, é alvo de discussões desde a sentença emitida no caso *Schooner Exchange*, em 1812, e é possível afirmar que a evolução da jurisprudência e doutrina, ao menos na Europa Ocidental e América do Norte, é no sentido de restringir a imunidade jurisdicional às hipóteses em que o Estado atua no exercício de suas prerrogativas soberanas.

A segunda solução, que é a restrição à imunidade estatal fundada em normas imperativas do direito internacional, exige que se esclareça e especifique o campo de incidência da decisão no caso *Pinochet*, de 1999. Esse precedente, embora fundamental para a aplicação da Convenção contra a Tortura, que firmou que a imunidade de jurisdição de agentes do Estado não subsiste em face da obrigação de processar ou extraditar, é inaplicável em matéria cível, como será visto. Da mesma forma, é necessário descrever a configuração do instituto da imunidade de jurisdição do Estado enquanto norma costumeira, conforme a decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, em 2012. Com isso percebe-se que a restrição à imunidade em decorrência da violação de normas imperativas do direito internacional requer previsão em convenção internacional.

A terceira solução, que é a eliminação da imunidade jurisdicional em decorrência do direito fundamental de acesso a um tribunal, encontrou expressão na decisão 238, de 2014, da *Corte Costituzionale* da Itália, que construiu sua posição a partir da doutrina do *controlimiti*, oriunda das cortes constitucionais da Alemanha e da Itália em vista dos conflitos entre valores essenciais de suas ordens jurídicas e normas decorrentes do processo de integração europeia. O problema dessa abordagem é o seu nítido dualismo e o impasse que cria entre o Estado foro e o Estado estrangeiro, o que bem revela a importância e atualidade do instituto da imunidade jurisdicional.

A partir da questão de pesquisa que se expôs acima, tem-se como objetivo norteador desta tese esclarecer e explicar o estágio atual do instituto da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro sem, no entanto, ignorar as questões que desafiam o direito



fundamental do particular de acesso a um tribunal. A esse objetivo geral subordinam-se os seguintes objetivos específicos: compreender a origem e a evolução do instituto, tendo como marcos a teoria da fundamentação autônoma da imunidade de jurisdição do Estado e a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens; distinguir o precedente que a Câmara dos Lordes do Reino Unido estabelece no caso *Pinochet* (1999), aplicável à responsabilização penal de agentes do Estado, dos precedentes firmados pela Corte Europeia de Direitos Humanos a partir do caso *Al Adsani* (2001), aplicáveis à responsabilização civil dos Estados e seus agentes; compreender a argumentação que a Corte Internacional de Justiça desenvolve em 2012, ao julgar o caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, que trata especificamente da responsabilização do Estado; avaliar se os precedentes da *Corte Costituzionale Italiana*, nos casos *Frontini* (1973), *Granital* (1984) e *Fragd* (1989), bem como do Tribunal Constitucional Alemão nos casos *Solange I* (1974), *Solange II* (1986), *Görgülü* (2004) e Tratado de Lisboa (2009) podem servir de paradigma normativo regulador das relações entre a ordem jurídica internacional e as ordens jurídicas domésticas; questionar se a decisão da *Corte Costituzionale Italiana* no caso *Simoncioni (Sentenza 238/2014)* oferece critérios satisfatórios para tornar-se um precedente para a resolução do conflito entre o direito dos Estados soberanos à imunidade de jurisdição e o direito dos indivíduos de acesso a um tribunal.

Ao longo do texto, emprega-se o termo “imunidade jurisdicional” em sentido amplo, para abarcar tanto a imunidade de jurisdição em face do processo de conhecimento quanto a imunidade de jurisdição diante do processo de execução. Assim, quando o termo aparece no texto sem adjetivação, refere-se ao instituto nesse sentido amplo. Quando necessário tratar de aspectos específicos da imunidade do Estado, seja em sua dimensão cognitiva, seja em sua dimensão executiva, identifica-se contextualmente a situação.

Com relação à metodologia, a abordagem da pesquisa é indutiva. Apresenta-se os dados teóricos e empíricos, reflete-se criticamente sobre os mesmos e propõe-se uma solução argumentável. Para a seleção e organização do texto, emprega-se método de procedimento monográfico, a partir do qual dispõe-se os elementos de informação, tanto quanto possível conforme seu encadeamento causal e sua sucessão temporal. Um derradeiro procedimento relevante para a estruturação da exposição são os estudos de caso, por meio dos quais se busca compreender as soluções e questões que a prática dos tribunais coloca para a temática em estudo. Por fim, com relação à documentação, emprega-se as técnicas de pesquisa bibliográfica, com recurso à autores de diferentes posicionamentos, e pesquisa documental, por meio de descrição e análise da documentação primária relativa ao objeto da pesquisa. Para

o levantamento de casos empregou-se a as bases de dados *International Law Reports*, publicada pela *Cambridge University Press*, e a *Oxford Reports on International Law*, com os argumentos de busca *immunity, immunities, state immunity, state immunities, jurisdictional immunity* e *jurisdictional immunities*. Os mecanismos de pesquisas dessas bases indicam os precedentes relevantes para uma determinada decisão, bem como apontam decisões posteriores em que esta foi invocada, o que permite afirmar que os julgamentos mais relevantes para a investigação do tema da imunidade de jurisdição dos Estados foram analisados nesta pesquisa.

Dentre os pontos mais significativos que se trata adiante, destaca-se o tratamento diferenciado que o direito internacional dá às imunidades jurisdicionais conforme estas digam respeito a aspectos civis ou penais. Ilustra esse fato o mandato que a Comissão de Direito Internacional assumiu nos anos 1970, de realizar estudos para a codificação da imunidade em matéria civil, tarefa que concluiu em 2004, com a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens. Logo em seguida, em 2006, a Comissão incluiu em sua agenda de longo prazo o tema da imunidade penal dos agentes do Estado, que segue até o presente como um de seus objetos de trabalho. O tratamento separado da regência da imunidade civil do Estado e seus agentes e da regência da imunidade penal dos agentes do Estado, ilustra as racionalidades distintas que orientam a aplicação do instituto.

Sobre isso, convém apontar que a racionalidade que guia a aplicação das imunidades jurisdicionais na esfera penal é baseada em obrigações convencionais específicas, como se pode ver no julgamento do caso *Pinochet*, pela Câmara dos Lordes (Reino Unido), em 1999. O caso *Pinochet* é um marco evolutivo na aplicação do direito internacional, na defesa dos direitos humanos e na responsabilização individual dos que cometem crimes graves contra a comunidade internacional. A argumentação no caso supera a já consagrada distinção entre atos de império e atos de gestão, insuficiente para qualificar as condutas de governantes e agentes do Estado que, para manter o poder, praticam crimes contra a humanidade. Assim, é necessário reconhecer que atos de império podem ser atos criminosos e que os responsáveis por tais atos não devem permanecer a salvo de punição. Para chegar a essa conclusão, é necessário compreender as obrigações explícitas na Convenção contra a Tortura (1984), de julgar ou extraditar aqueles que a praticam, combinadas com a renúncia implícita nela contida à imunidade jurisdicional penal das autoridades responsáveis por esse tipo de crime.

Por outro lado, a racionalidade que dirige a aplicação das imunidades jurisdicionais dos Estados em matéria civil é diferente. Percebe-se isso no ano seguinte ao

juízo do caso *Pinochet*, quando a Corte de Cassação da Grécia julga o caso do massacre de *Distomo* (2000), também conhecido como o caso da prefeitura de *Voiotia*, e condena a Alemanha a pagar indenização a nacionais gregos, vítimas de crimes de guerra praticados por forças militares a serviço do regime nazista. A diferença é a seguinte: embora vencedoras no processo de conhecimento, as vítimas não conseguem a autorização governamental exigida pelo direito processual grego para promover a execução de uma sentença proferida contra um Estado estrangeiro.

A Corte Europeia de Direitos Humanos aprecia essa ausência de autorização no caso *Kalogeropoulou* (2002) e julga que a mesma não viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois se trata de uma restrição razoável ao direito de acesso a um tribunal prevista pela ordem jurídica grega. Essa decisão segue a linha firmada no ano de 2001, a partir do caso *Al Adsani*, e de outros que envolvem a imunidade jurisdicional dos Estados, e baseia-se na assunção de que lesões e prejuízos causados por atos de agentes de Estados estrangeiros, ainda que constituam violações gravíssimas do direito internacional, não são motivos suficientes para afastar a imunidade jurisdicional em relação a procedimentos indenizatórios de natureza civil.

Assim, os primeiros anos do século XXI são palco de um debate intrigante, no qual fatos semelhantes são submetidos a critérios de julgamento distintos de acordo com a natureza do procedimento judicial instaurado. É necessário reiterar que isso ocorre porque é distinta a regência da imunidade jurisdicional do Estado conforme se trate de procedimentos civis ou penais. Tal distinção é apresentada com clareza nas decisões do caso *Jones* (Câmara dos Lordes, Reino Unido, 2006) e do caso *Jones v. UK* (Corte Europeia de Direitos Humanos, 2014). A compreensão dessa distinção permite abordar de modo coerente a evolução e o funcionamento do instituto da imunidade de jurisdição.

A decisão no caso *Pinochet*, ao afirmar a possibilidade das jurisdições nacionais contribuírem efetivamente para a responsabilização penal de agentes do Estado que cometem crimes graves contra o direito internacional, torna-se um dos precedentes mais importantes para o direito internacional penal desde os julgamentos de *Nuremberg*, ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Do mesmo modo, a decisão demonstra como pode se dar a operacionalização do princípio *aut judicare aut dedere*.

No entanto, a jurisprudência posterior limita a autoridade do caso *Pinochet* ao exercício de jurisdição penal no contexto das obrigações previstas pela Convenção Contra a Tortura. Ressalvada essa limitação de escopo, é possível afirmar que quando um caso semelhante se apresentar, a decisão proferida em *Pinochet* será confirmada. Por outro lado, é

necessário salientar que há situações distintas em que a decisão é mencionada, equivocadamente, como se autorizasse de forma genérica o afastamento das imunidades de Estados ou de seus agentes em qualquer processo judicial relativo à violação de normas de *jus cogens*.

Diferentemente do julgamento *Pinochet* em matéria penal, a decisão no caso do massacre de *Distomo (Voiotia)* não se sustenta como precedente em matéria civil. A decisão transita em julgado, mas sua execução não é autorizada. A impossibilidade de execução enfrenta questionamento na Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Kalogeropoulou* (2002), mas é considerada uma restrição razoável ao direito de acesso a um tribunal. Além disso, também em 2002, uma Suprema Corte Especial Grega, ao decidir o caso *Margellos*, retoma a posição tradicional de reconhecer a imunidade de jurisdição dos Estados na hipótese de pedidos de compensação decorrentes de crimes de guerra.

Porém, as imunidades do Estado voltam à berlinda em 2004, quando a Corte de Cassação italiana adota um posicionamento semelhante ao anteriormente prolatado no caso *Distomo*. Trata-se do caso *Ferrini*, também sobre compensações por crimes de guerra, cuja sentença condena a Alemanha ao pagamento de indenização. Não satisfeito com isso, o judiciário italiano também decide pela homologação da sentença expedida no caso *Distomo*, e permite a adoção de medidas executórias contra propriedade do governo alemão na Itália. Em decorrência desses eventos, a Alemanha inicia, em 23 de dezembro de 2008, processo contra a Itália na Corte Internacional de Justiça, o que gera grande debate entre os internacionalistas, já que finalmente há expectativa de um pronunciamento do principal órgão judicial internacional acerca da evolução do instituto.

Em 2012, a Corte Internacional de Justiça emite seu julgamento no caso *Jurisdictional Immunities* e condena a Itália pelo desrespeito às suas obrigações internacionais em relação à Alemanha. O julgamento é acatado pelo legislativo italiano, que logo age para incorporar a decisão à sua ordem interna, bem como pela Corte de Cassação da Itália, que passa a julgar em conformidade com o mesmo.

No entanto, uma reviravolta não tarda a ocorrer, desta vez protagonizada pela *Corte Costituzionale* da Itália, que, no final de 2014, no caso *Simoncioni (Sentenza 238)*, posiciona-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que incorporam a decisão internacional à ordem jurídica italiana. A decisão tem um caráter nitidamente dualista, pois assevera a validade do julgamento da Corte Internacional de Justiça no plano internacional ao mesmo tempo em que o fulmina no plano interno.

Nesse ponto, como se pode notar, a controvérsia entre a natureza cogente do direito de acesso a um tribunal nas hipóteses de ações compensatórias pelas violações mais graves ao direito internacional e a natureza procedimental autônoma do instituto da imunidade de jurisdição dos Estados atinge o paroxismo, com dois possíveis resultados: o isolamento jurídico da posição italiana, o que pode caracterizá-la como um ilícito internacional; ou o fortalecimento progressivo dessa posição, o que pode fazer dela um fator fundamental para a mudança das normas costumeiras que regem o direito das imunidades.

Assim, no correr da pesquisa, torna-se necessário analisar duas situações de conflito normativo. A primeira refere-se à aparente contradição entre o distinto tratamento da imunidade de jurisdição conforme o caso verse matéria civil ou penal, situação que é resolvida por meio da distinção entre o princípio geral que determina a imunidade dos Estados, de um lado, e as obrigações específicas previstas na esfera penal oriundas das mais importantes convenções de direitos humanos. A segunda situação, por sua vez, contém um paradoxo persistente, pois diz respeito ao confronto entre as normas fundamentais da ordem jurídica de cada Estado, que têm como guardiões seus respectivos tribunais constitucionais, e as normas do direito internacional, cuja autoridade dos intérpretes aplicadores é sujeita às limitações decorrentes da estruturação da própria sociedade internacional.

Deve-se pontuar que o confronto entre normas constitucionais e normas do direito internacional não é uma novidade, tendo como antecedentes, como já mencionado, a decisão da própria *Corte Costituzionale* Italiana no caso *Frontini* (1973) e a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso *Solange* (1974). Tais precedentes foram posteriormente reiterados, na Itália, em decisões da *Corte Costituzionale* nos casos *Granital* (1984) e *Fragd* (1989), e na Alemanha, também em decisões do Tribunal Constitucional, nos casos *Solange II* (1986), *Görgülü* (2004) e Tratado de Lisboa (2009).

As posturas que se afirmam nessas decisões, e em outras, constituem as doutrinas da proteção equivalente, alemã, e do *controlimiti*, italiana. Segundo estas, compete às cortes constitucionais de cada país controlar a compatibilidade das normas internacionais com os preceitos fundamentais que compõem a ordem jurídica interna. Note-se que essas doutrinas são substancialmente diferentes do controle prévio da incorporação de um tratado à ordem jurídica de um Estado, que é atribuição normal das casas legislativas e que eventualmente implica em uma série de adaptações legislativas, por vezes até de caráter constitucional. A peculiaridade das doutrinas da proteção equivalente e do *controlimiti* é o controle de constitucionalidade das consequências da incorporação de normas ou decisões internacionais à ordem interna, e sua discussão se dá, via de regra, em relação ao Direito Comunitário

Europeu e à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por isso, a *Corte Costituzionale Italiana* traz uma questão realmente inusitada, ao opor a doutrina do *controlimiti* às normas que operacionalizam a incorporação na ordem jurídica italiana da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*.

Essa circunstância torna premente buscar as soluções possíveis para o suposto conflito entre as normas internacionais que regulam a imunidade jurisdicional dos Estados e as normas constitucionais, amplamente reconhecidas pelo próprio direito internacional, que definem o acesso a um tribunal como um dos direitos fundamentais do ser humano.

Chega-se à conclusão de que a doutrina do *controlimiti* não é a mais adequada para a solução do problema, dado o seu caráter nitidamente dualista. A abordagem alemã da proteção equivalente, um pouco mais nuançada, representa uma exigência da ordem constitucional para que o direito internacional evolua de modo a fornecer um parâmetro de proteção aos direitos fundamentais pelo menos igual ao que a ordem jurídica interna propicia. No entanto, ambas as doutrinas implicam, no fim das contas, em atribuir a competência final em matéria de direitos fundamentais às cortes constitucionais de cada país, o que opõe um sério desafio à viabilidade e à prevalência de uma ordem jurídica internacional.

Além disso, a discussão em torno do *controlimiti*, no caso *Simoncioni* (*Sentenza* 238), não aborda adequadamente a distinção entre normas de natureza procedimental e normas de natureza substancial. Também oculta a função que o instituto da imunidade jurisdicional do Estado desempenha em uma ordem internacional que se baseia não só no respeito aos direitos fundamentais, como também na igualdade soberana dos Estados e em seu consentimento livre e de boa-fé. Portanto, o exercício de jurisdição de uns Estados sobre os outros, ainda que em matéria que seus tribunais constitucionais julguem atinentes à defesa de direitos humanos e à preservação da identidade e das características básicas de suas ordens jurídicas não é a solução mais eficaz para a construção e manutenção de um sistema internacional equilibrado e pacífico.

Ao longo dessa investigação, explica-se como obrigações internacionais específicas assumidas por meio de tratados elucidam o desenvolvimento diferenciado e aparentemente contraditório do instituto das imunidades jurisdicionais do Estado nas dimensões civil e penal. Também revela que o controle constitucional do direito internacional se revela disfuncional do ponto de vista da estruturação de uma ordem jurídica entre Estados soberanos. A conclusão que se encaminha é que a solução mais equilibrada para a questão da imunidade jurisdicional *vis a vis* o direito de acesso a um tribunal é considerá-la uma restrição legítima e razoável em face de uma garantia que não é absoluta e que, por sua natureza, requer

regulação e está sujeita a limitações. Com isso, tem-se a estruturação da tese em três itens de desenvolvimento e uma conclusão.

O primeiro item de desenvolvimento expõe, a partir da teoria da fundamentação autônoma, os principais conceitos relativos à imunidade jurisdicional do Estado, apresenta a evolução da perspectiva restritiva que orienta a aplicação do instituto e encerra com um comentário aos aspectos mais relevantes para a investigação constantes na Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens.

O segundo item de desenvolvimento, traça a distinção da regência do instituto da imunidade conforme o caso em tela verse sobre matéria penal ou civil, a partir da análise do caso *Pinochet*, e analisa os contornos atuais da imunidade jurisdicional com base na sentença que a Corte Internacional de Justiça proferiu no caso *Jurisdictional Immunities*. Revela-se também essencial à discussão a análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que esclarece o alcance e o significado dessas decisões.

O terceiro item de desenvolvimento discute a formação das doutrinas da proteção equivalente e do *controlimiti* a partir das decisões dos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Itália que lhes deram origem, expõe o impasse que a decisão no caso *Simoncini* ocasionou e contextualiza a discussão da matéria, que se repete em termos semelhantes, nos tribunais superiores brasileiros, que apresenta seu ápice com o reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal no caso Changri-lá.

A conclusão apresenta como pontos principais que é necessário diferenciar o tratamento jurídico da imunidade jurisdicional conforme o caso se refira a matéria penal ou civil e que a subordinação estrita da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro à ordem jurídica doméstica cria um impasse para as relações entre os Estados. A conjugação dessas conclusões conduz à confirmação de que a imunidade jurisdicional dos Estados é uma restrição legítima e razoável ao direito de acesso a um tribunal, inclusive perante lesões graves ao direito internacional.

## 1 TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO AUTÔNOMA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO

O direito internacional moderno se desenvolveu junto com os princípios jurídicos da igualdade soberana e do livre consentimento entre os Estados. Esses princípios são históricos, relativos e orientam as relações entre os países e as formas pelas quais os mesmos produzem o direito internacional. Eles são históricos porque estão imersos em uma série de transformações que ao mesmo tempo os modificam e os conservam. Eles são relativos porque sua dimensão histórica e a existência de outros princípios afetam a sua interpretação.

Este capítulo expõe brevemente os conceitos jurídicos de soberania, jurisdição e delinea o instituto da imunidade jurisdicional dos Estados no contexto do desenvolvimento de sua modalidade restritiva. Destaca-se que a dinâmica das relações internacionais dá origem à jurisdição tanto como fenômeno jurídico quanto como realidade sociológica e que as imunidades jurisdicionais surgem aí como subsistemas normativos que se relacionam com o exercício do poder jurisdicional dos Estados.

Isso quer dizer que os princípios do livre consentimento e da igualdade soberana compõem o contexto em que se desenvolvem as normas relativas à jurisdição e às suas imunidades, mas não se confundem com estas.

A distinção entre livre consentimento e soberania, por um lado, e entre jurisdição e imunidade, por outro, origina a teoria da fundamentação autônoma das imunidades jurisdicionais dos Estados, que tem com uma de suas mais importantes implicações a assertiva de que a violação que o Estado foro eventualmente pratica contra a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro atinge o direito costumeiro internacional, mas não a igualdade jurídica entre os Estados. Dessa forma, a teoria da fundamentação autônoma separa a dinâmica do instituto da imunidade do núcleo conceitual da soberania estatal e a posiciona como parte do conjunto de direitos, obrigações e prerrogativas que os Estados se dão reciprocamente enquanto legisladores primários do direito internacional.

Dito de outro modo, a igual subordinação dos Estados à ordem jurídica que coordena as relações entre eles não sofre alteração quando algum deles viola a imunidade jurisdicional de outro, ou quando por sua dinâmica histórica, o instituto da imunidade vê alterar-se alguma de suas configurações. Essa constatação reforça um traço essencial da ordem internacional, que é a universalidade, pela qual o direito internacional fornece a todos



os Estados as balizas necessárias à regência de seus comportamentos e à caracterização do exercício lícito da soberania, mesmo em face de eventual violação de suas prescrições.

Disso já se dava conta Valladão, ao apontar que a imunidade de jurisdição é uma isenção da jurisdição estatal seja ela civil, penal ou administrativa, em decorrência de normas jurídicas internacionais, de origem costumeira (VALLADÃO, 1978, p. 145).

Outros jusinternacionalistas brasileiros, nas últimas quatro décadas, manifestaram-se de forma convergente em relação às características e à evolução da imunidade jurisdicional dos Estados. Em 1982, em artigo na Revista de Informação Legislativa, Jacob Dolinger afirmou que as regras de competência interna para o julgamento de Estados estrangeiros constantes na Constituição então vigente, só se aplicavam “[...] nas hipóteses permitidas pelos princípios do Direito Internacional Público, quais sejam, a da renúncia do Estado estrangeiro à sua imunidade jurisdicional ou a de atos governamentais *jus gestionis*” (DOLINGER, 1982, p. 62).

Dois anos depois, Guido Soares publicou monografia sobre o tema, na qual afirmou a predominância do costume no desenvolvimento das normas internacionais, em decorrência da insusceptibilidade de hierarquia entre as partes que se envolvem em sua criação, o que torna a negociação e o consenso as únicas formas de chegar-se a uma decisão (SOARES, 1984, p. 9). Naquele momento, o professor antecipou a resposta que a Corte Internacional de Justiça daria, em 2012, em relação à regência costumeira das imunidades jurisdicionais dos Estados, dizia ele:

[...] na questão das imunidades do Estado, fenômeno recente, há dois fenômenos a considerar: um, a imprecisão das normas de direito internacional, que deixam grande margem de divergência aos intérpretes e outro, uma verdadeira construção de um sistema jurídico nacional, que pode vir a ser copiado em várias legislações, mas cujas fontes são de direito interno, portanto autolimitações do Estado. Relembre-se, de passagem, que o fato de normas serem encontráveis presentes em várias legislações, seja por emulação, seja por coincidência, não as torna internacionais. Resulta, pois, poder dizer-se que as normas sobre imunidade de jurisdição do próprio Estado se encontram a meio caminho entre o que denominamos auto e heterolimitação à jurisdição estatal [...] Se existe limitação à jurisdição, limitação essa que o tribunal reconhece, se inexistente lei interna que defina o que sejam aqueles atos *jure imperii*, a conclusão a tirar é que, para respeitar o princípio constitucional da independência do Judiciário, mesmo que imprecisa, há uma regra de direito internacional que impõe um respeito à soberania do Estado e que o Judiciário reconhece, ao limitar sua jurisdição (SOARES, 1984, p. 36-37).

Na década de 1990, não se constatou a publicação de monografias brasileiras sobre imunidade jurisdicional. É possível, no entanto, destacar artigo em que Francisco Rezek sintetizou como até então se processava a evolução na regência jurídica das imunidades jurisdicionais dos Estados, a partir das normas costumeiras que regiam a matéria:

A falta de regras convencionais sobre a imunidade do Estado soberano à jurisdição doméstica de outra soberania abriu caminho para que a justiça - e por vezes a própria legislatura de alguns países tenha podido, nas últimas décadas, inovar na prática interna do direito, à base de uma interpretação construtiva de princípios gerais e regras  
Costumeiras (REZEK, 1997, p. 1294).

A pesquisa brasileira sobre o tema retoma fôlego no início da década de 2000, ocasião em que as imunidades jurisdicionais tornam-se objeto de pesquisa doutoral, da lavra de Antenor Madrugá Filho, na qual o autor explica a dinâmica do instituto por meio da teoria da fundamentação autônoma, que postula que a imunidade de jurisdição no direito internacional é uma prerrogativa que, apesar de fortemente ligada à noção de igualdade soberana em sua gênese histórica, descolou-se do princípio da igualdade em sua gênese normativa, a qual se encontra não no direito interno, mas no direito internacional costumeiro (MADRUGA FILHO, 2003, p. 143-198). Madrugá sintetiza a teoria da fundamentação autônoma nos seguintes termos:

Entendemos que a prerrogativa soberana de ser imune à jurisdição estrangeira é fundada em norma consuetudinária do direito internacional público que se pode auferir autonomamente, sem necessidade de arrimo no princípio da igualdade. O Estado é imune porque há um costume internacional que determina especificamente essa garantia e não por ser soberanamente igual ao Estado do foro.  
É certo afirmar que a imunidade de jurisdição, quando existente, decorre da soberania, pois é garantia exclusiva ao estatuto jurídico dos sujeitos do direito internacional público que detêm a condição de soberanos. Assim, a inobservância da imunidade fere a soberania do Estado réu por significar uma violação dos seus direitos como soberano, mas não porque corresponde a uma violação da regra da igualdade entre Estados (MADRUGA FILHO, 2003, p. 191).

A ideia de desvencilhar a imunidade jurisdicional do Estado do princípio da igualdade pode solucionar algumas das questões que se colocam quando do reconhecimento ou não das prerrogativas do Estado estrangeiro, contribuindo para o desenvolvimento de uma concepção da imunidade distinta de suas origens históricas, quando ainda se fundava na proteção da pessoa do governante.

Na década de 2010, a pesquisa mais extensa e abalizada sobre as imunidades jurisdicionais dos Estados é a tese de titularidade de Carmen Tiburcio, em que a autora reitera que a existência de jurisdição é pressuposto para que se discuta o tema da imunidade e a relação que se estabelece, com base na norma internacional costumeira, entre o ente protegido pela imunidade jurisdicional e o foro, para o qual a prerrogativa constitui obstáculo ao exercício de seu poder jurisdicional. A autora aponta a importância que assume contemporaneamente o interesse do indivíduo em vista do direito de acesso à jurisdição, mas reconhece que o direito internacional ainda não contempla uma exceção à imunidade com base no direito de acesso a um tribunal (TIBURCIO, 2016, p. 257-265).

Compreende-se diante disso, que a dinâmica dos direitos individuais fundamentais, a partir da II Guerra Mundial (1939-1945), é a principal força transformadora do direito internacional e, como tal, gera avanços, resistências e ajustes em face dos diversos interesses que a ordem internacional precisa equilibrar. Assim sendo, cabe tecer algumas considerações sobre o que se entende por ordem internacional e jurisdição, para em seguida adentrar nas limitações que se impõem a esta última.

### 1.1 Teoria do Desdobramento Funcional, Soberania e Jurisdição

Kelsen compreende que a função essencial da ordem jurídica internacional é definir os domínios de validade territorial, pessoal, temporal e material das ordens jurídicas nacionais, o que permite a coexistência das mesmas e dá fundamento à existência jurídica dos Estados. O Estado, por sua vez, é uma pessoa jurídica cuja existência se deve a uma ordem internacional que qualifica os elementos demográficos, espaciais e políticos que o integram e cuja atuação no mundo é possível graças a uma ordem interna que organiza as funções especializadas por meio das quais ele cumpre seus objetivos. Dito de outro modo, a ordem internacional cuida dos pressupostos jurídicos necessários à conformação dos Estados, ao passo que a ordem interna trata da organização e exercício de seus poderes, sendo que ambas integram um único sistema jurídico (KELSEN, 1953, p. 6 e 184; 2000, p. 261 e seg.).

Como se trata de um único sistema jurídico, a sua abrangência é universal e nele se identifica a primeira e mais ampla concepção de jurisdição, entendida como o poder juridicamente qualificado de manifestar autoridade, cuja existência é uma hipótese necessária para explicar as jurisdições domésticas, a igualdade soberana dos Estados, o princípio do livre consentimento, as normas de *jus cogens*, as concepções de comunidade internacional e de obrigações *erga omnes*, a noção de jurisdição universal, princípios como *consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda* e mesmo a natureza constitucional da Carta das Nações Unidas (KELSEN, 1953, p. 11; TRINDADE, 2012, p. 1-10).

A enunciação desses elementos faz notar que a jurisdição internacional, além de ser um pressuposto hipotético, é também uma realidade empírica em desenvolvimento, pois cada vez mais os Estados se deparam com as limitações e exigências de uma sociedade internacional mais integrada e coesa, capaz de demandar dos mesmos cooperação para o cumprimento de objetivos que não podem ser explicados a partir das necessidades nacionais.

Seguindo essa linha de raciocínio, deve-se destacar que essa concepção de jurisdição internacional permite compreender a origem autônoma do direito internacional em relação aos direitos internos dos Estados e é importante porque fornece uma explicação para o ambiente jurídico em que se desenvolvem as relações na comunidade internacional, bem como o papel fundamental das ações dos Estados no exercício das atribuições que a ordem internacional não é capaz de realizar.

*Georges Scelle* (1878-1961) explicou essa função dos Estados para a atuação do direito internacional com a teoria do desdobramento funcional (*dédoublement fonctionnel*), segundo a qual agentes dotados de certa competência institucional, utilizam sua capacidade funcional, tal qual é organizada pela ordem jurídica que as instituiu, para assegurar a eficácia das normas de outra ordem jurídica, sobreposta, que não é dotada, ou é insuficientemente dotada, dos órgãos necessários para fazê-lo (SCELLE, 1956, p. 331-335).

As leis sociológicas da formação dos sistemas jurídicos explicam a presença de ordens jurídicas sobrepostas, de cujas relações resulta o fenômeno do *dédoublement fonctionnel*. A primeira dessas leis é sintetizada pelo velho brocardo *ubi societas ibi jus*, ou seja, a existência de relações sociais implica a existência do sistema jurídico que as regula, sem que necessariamente precise haver alguma espécie de poder centralizado que o institua. Do mesmo modo, ao entrarem em contato, sociedades diversas geram o direito que regula suas relações recíprocas, e assim sucessivamente. A segunda dessas leis sociológicas é a da hierarquia das ordens jurídicas, segundo a qual a ordem jurídica mais abrangente tende a predominar em relação à ordem jurídica mais restrita, neste processo, a ordem mais abrangente utiliza as estruturas das ordens mais restritas para efetivar-se à medida que vai progressivamente desenvolvendo as estruturas necessárias ao desempenho de sua atividade normativa. A consequência dessas leis sociológicas é que não pode haver sociedade, grande ou pequena, se não houver uma normatização dos comportamentos individuais ou coletivos, e sem que haja um poder social que assegure sua efetividade, o que lança por terra a tese que sustenta origens voluntaristas para o direito. Portanto, do simples núcleo familiar até um fenômeno complexo como a Organização das Nações Unidas, todos os agrupamentos humanos implicam o surgimento espontâneo de um sistema jurídico apropriado, sem o qual os mesmos não podem subsistir e em cuja base está o direito costumeiro, o qual se encontra na origem de toda normatividade em um sistema social, constituindo sua origem sutil (SCELLE, 1956, p. 324-326).

Como se vê, a abordagem de *Scelle* é objetiva e sociológica, podendo ser contrastada com a de *Kelsen*, que é objetiva e normativa. A atenção da primeira abordagem é

dirigida mais ao desenvolvimento material e à formação do direito em uma sociedade, ao passo que a segunda abordagem atenta mais para os processos formais que dão origem às normas. Na perspectiva de *Scelle*, é parte do processo natural de formação de um sistema jurídico o impulso interno para que o mesmo seja dotado de efetividade e o impulso externo para se relacionar com outros sistemas. Ao primeiro impulso corresponde uma tendência à organização progressiva e ao segundo impulso corresponde o estabelecimento de relações hierárquicas.

Assim, todas as ordens jurídicas tendem a desenvolver-se internamente em busca do aperfeiçoamento de seus funcionamentos, ao mesmo tempo em que estabelecem um dinamismo de expansão progressiva que se combina com a coexistência de umas com as outras. Dessa tendência das ordens jurídicas à expansão e à coexistência surge outra ordem normativa, de caráter intersocial, que se sobrepõe às ordens originárias e apresenta um caráter hierárquico. Duas coisas podem acontecer a essa ordem jurídica intersocial. Ou prevalece sobre as ordens pré-existentes, que lhe deram origem, ou se estilhaça, não resistindo ao exclusivismo dos interesses contrários, e tende a desaparecer. Se a hierarquia se impõe, a ordem superposta regulamentará as atribuições necessárias ao seu funcionamento e revogará as normas contrárias presentes nos ordenamentos subjacentes ou impedirá a sua produção. Se prevalecer a descentralização, não haverá limitações superiores à atividade normativa das ordens jurídicas subjacentes, que serão reguladas por normas de natureza dispositiva da ordem jurídica superposta em processo de desaparecimento (SCELLE, 1956, p. 329-331).

As duas hipóteses, aplicadas à explicação do direito internacional, correspondem às suas narrativas possíveis: uma rumo ao progressivo desenvolvimento, integração e constitucionalização de suas normas; e outra rumo a um caráter crescentemente residual frente ao desenvolvimento dos sistemas jurídicos locais e regionais. De um modo ou de outro, rumo a patamares mais elevados de organicidade ou a padrões mais sutis de regência, o direito internacional necessariamente contém a mais ampla concepção de jurisdição, entendida como o poder juridicamente qualificado de manifestar autoridade. Apesar disso, ou por causa disso, e independente do destino ao qual sua evolução o conduzirá, o sistema jurídico internacional contemporâneo é caracterizado por sua insuficiência quanto à existência dos órgãos necessários para o exercício das competências dele decorrentes, do que resulta a necessidade de utilização das estruturas estatais para cumprir suas funções.

Essas funções, para melhor compreensão do fenômeno da jurisdição internacional, podem ser divididas, ainda com emprego do esquema proposto por *Scelle*, em: a) jurisdição para determinar competências; b) jurisdição para prescrever condutas; c) jurisdição para

adjudicar disputas; e d) jurisdição para forçar o cumprimento de normas e decisões. Cumpre ressaltar que se trata de uma única jurisdição internacional, dividida quanto ao exercício de suas funções e não de uma pluralidade de jurisdições internacionais, pois isso remeteria de volta ao problema original de identificar uma ordem jurídica de coordenação, sobreposta às demais. Constata-se que as duas primeiras modalidades de jurisdição estão bem desenvolvidas e conseguem ser desempenhadas pelo direito internacional com um elevado grau de autonomia em relação às jurisdições nacionais; já as duas últimas formas não dispõem de órgãos suficientes que permitam o seu exercício autônomo. Com relação à jurisdição para adjudicar, o que prevalece no plano internacional é o princípio da facultatividade e, nas hipóteses em que este é superado, subsiste o princípio da subsidiariedade. Já o exercício da jurisdição para forçar o cumprimento de normas e decisões é uma prerrogativa exclusiva dos Estados, ressalvada a possibilidade de intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas (SCELLE, 1960, p. 473-475).

Na literatura posterior, os autores praticamente abandonaram a tentativa de explicitar a integração das ordens jurídicas internacional e interna em um todo, mas a ideia segue subjacente à utilização da divisão da jurisdição de acordo com as suas modalidades de exercício e ao postulado de que o direito internacional regula e limita o exercício das jurisdições estatais, como se lê a seguir.

### 1.1.1 Regulação da jurisdição estatal pelo direito internacional

Em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1964, *Mann* esclarece que a questão da jurisdição, para os internacionalistas, refere-se ao poder do Estado, sob a regência do direito internacional, de regular condutas em matérias que não sejam de interesse exclusivamente nacional. Nesse sentido, para o direito internacional, a jurisdição nada tem a ver com a questão da organização do Estado, que é livre, em matéria de direito interno, para exercitar seus poderes como lhe convier. Assim como todos os demais atributos da soberania, essa liberdade é subordinada à questão superior do justo título, ou seja, o direito internacional determina, com exclusividade, a existência e os limites do direito estatal de exercer jurisdição e também determina duas consequências principais para o excesso de jurisdição: uma é a responsabilização do Estado pelo exercício abusivo de seus poderes

soberanos; a outra é que os demais Estados ignoram ou tratam como inválidos os atos que resultam de tais abusos (MANN, 1964, p. 9-12).

O exercício regular da jurisdição é tema que acompanha o desenvolvimento desta tese, pois subjaz à discussão sobre a imunidade jurisdicional do Estado, que é um dos institutos do direito internacional que protege ou limita, conforme o ponto de vista que se adote, os direitos decorrentes da soberania estatal. Cabe recordar que a imunidade jurisdicional, tema desta pesquisa, só entra em discussão caso se configure possível o exercício da jurisdição do foro, de modo que as doutrinas que favorecem a expansão do poder jurisdicional dos Estados tendem a ampliar as hipóteses em que se opera a dinâmica entre exercício da jurisdição e imunidade jurisdicional.

Um posicionamento que favorece a livre determinação pelos Estados de sua própria jurisdição aparece uma década após o curso de *Mann*, em artigo de *Akehurst* no *British Yearbook of International Law*. Nele, aponta-se a polissemia do termo jurisdição e delimita-se seu estudo a quatro acepções da palavra, a saber: jurisdição executiva, que é possibilidade de um Estado realizar atos no território de outro; jurisdição judicial, que é o poder de julgar casos que envolvem um elemento estrangeiro; jurisdição legislativa, que consiste no poder de aplicar as leis do foro a casos que contêm conexão com outras ordens jurídicas; e o reverso das anteriores, que é a questão relativa à obrigação do Estado de reconhecer o exercício de jurisdição por outras soberanias. O dito posicionamento aparece na interessante conclusão de que o exercício de jurisdição em matéria privada não se encontra sujeita ao requisito de que o réu ou os fatos da causa possuam qualquer conexão com o foro, ou seja, “[...] *customary international law imposes no limits on the jurisdiction of municipal courts in civil trials*” (AKEHURST, 1974, p. 145, 177, 187).

Essa perspectiva atribui aos Estados um maior grau de liberdade para definir o alcance da autoridade de seus órgãos, uma vez que afirma que o direito internacional não dispõe acerca de limites ao exercício da jurisdição local. Cabe destacar que a conclusão de *Akehurst* limita-se ao exercício de jurisdição em matéria privada, pois a mesma conforma-se, em matéria de direito público, aos limites territoriais e pessoais tradicionalmente reconhecidos. Além disso, deve-se ressaltar que sua exploração do tema não adentra a questão das limitações à jurisdição por outros institutos do direito internacional, a exemplo das imunidades jurisdicionais, que se encontram fora de seu objeto de estudo.

Mais uma década se passa e *Mann*, em seu segundo curso na Academia de Direito Internacional da Haia sobre o tema, postula que se deve rejeitar com firmeza a posição dos autores segundo os quais o direito internacional permite que um Estado defina o alcance de

sua jurisdição a partir de uma apreciação razoável de seus interesses. *Mann* reitera a visão de que dado o caráter essencialmente territorial da soberania, este deve ser o ponto de partida para determinar a extensão da jurisdição, conforme a máxima: “[...] *jurisdiction extends (and is limited) to everybody and everything within the sovereign's territory and to his nationals wherever they may be*” (MANN, 1984, p. 20).

Para *Mann*, essa máxima é universal e aplica-se *prima facie* a todas às dimensões da jurisdição estatal. Não há, assim, como estabelecer distinções entre o alcance da jurisdição em matéria de direito público e em matéria de direito privado. Nesse ponto, ele critica diretamente a posição de *Akehurst*, e afirma que um legislador ou juiz que pretendesse invalidar os atos jurídicos estrangeiros que não se amoldassem às exigências de seu próprio sistema jurídica não poderia exigir que suas normas ou decisões fossem internacionalmente reconhecidas. Mais ainda, os raros casos em que o foro descumprisse o direito internacional para aplicar o seu próprio direito à certa situação constituiriam um ato ilícito internacional (MANN, 1984, p. 20-21).

Para os propósitos desta pesquisa, cabe apontar aqui a pertinência da crítica de *Mann* em face da situação que o judiciário italiano criou ao insistir em submeter à Alemanha a julgamentos em ações indenizatórias pela prática de crimes de guerra durante o último conflito mundial e, mais ainda, diante do deferimento, no Brasil, de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal a ações indenizatórias, também em face da Alemanha, por conta de crimes de guerra praticados por suas forças armadas durante a II Guerra Mundial no litoral brasileiro.

Apesar das críticas de *Mann*, teóricos do direito internacional, como *Ryngaert*, construíram uma teoria relativista, em que o direito internacional ora prepondera, ora curva-se ante o direito interno dos Estados. Essa perspectiva aplica-se em todas as áreas nas quais a aplicação do direito internacional tornou-se concorrente com a aplicação do direito interno e revela que a interpretação do direito, de modo geral, em busca de alcançar as soluções mais adequadas a cada situação concreta, acabou por sacrificar de modo excessivo a previsibilidade de suas decisões.

Exemplo dessa linha de pensamento, em relação à jurisdição, é a monografia de *Ryngaert*, cuja primeira edição é de 2008, nega os limites impostos pelos resultados da coleta de evidências da prática estatal e os substitui por suas posições *de lege ferenda*. *Ryngaert* resgata a posição de *Akehurst*, mas substitui o interesse estatal pelo interesse da comunidade internacional, e propõe que o exercício da jurisdição territorial se oriente pelo princípio da razoabilidade, de modo que se reconheça um direito primário ao exercício jurisdicional ao



foro com vínculo mais próximo à causa e que este equilibre os interesses dos entes soberanos e os da comunidade internacional. Em seguida, propõe que se reconheça um direito subsidiário ao exercício jurisdicional quando os interesses da comunidade internacional assim permitirem ou exigirem. Em sua visão, “[sovereignty] then becomes a ‘relative’ concept: international law and the international interest determine when States can invoke it” (RYNGAERT, 2015, p. 230-231).

Ocorre que, na proposta de *Ryngaert*, cabe ao Estado-foro decidir se o direito internacional ou os interesses da comunidade internacional permitem o exercício da jurisdição, ou seja, em sua proposição submete-se o poder de atribuição máxima de definição da extensão dos poderes do Estado, que pertence à ordem internacional, aos órgãos que exercem os poderes domésticos. Daí resulta necessariamente um impasse sempre que dois Estados perceberem de forma divergente o que lhes exige em certo momento o direito internacional ou os interesses da comunidade internacional.

*Staker*, no capítulo que produziu para o manual de *Evans*, é menos criativo que *Ryngaert* e mais em consonância com as perspectivas de *Mann*. Embora não adote explicitamente a premissa do *dédoublement fonctionnel*, afirma, no mesmo sentido que *Scelle*, que a jurisdição internacional é o poder de determinar o direito, poder este que se realiza em três modalidades: jurisdição para criar normas, também dita prescritiva ou legislativa; jurisdição para interpretar e aplicar o direito, designada como judiciária ou cognitiva; e jurisdição para impor a obediência à autoridade, chamada executória, impositiva ou coercitiva (STAKER, 2014, p. 309-313).

*Staker* admite o princípio de que existe uma jurisdição internacional a partir da qual é possível distribuir poderes aos Estados soberanos, que o são porque se submetem igualmente ao direito internacional. Assim, é da natureza da soberania ser limitada pela ordem internacional, assim como é da natureza desta última afetar apenas na medida estritamente necessária, ou na menor medida possível, a esfera de atuação exclusiva de cada ordem estatal.

A teoria relativista do direito internacional desequilibra a relação entre adequação e previsibilidade que deve caracterizar a operação de qualquer ordem jurídica e, ao fazê-lo, torna o direito internacional uma ferramenta menos apta a regular as relações entre os Estados. Percebe-se tal impasse com nitidez na trama que se desenvolve a partir do momento em que o judiciário da Itália se entendeu, contra a decisão da Corte Internacional de Justiça, competente para julgar ações indenizatórias contra a Alemanha em face de crimes de guerra ocorridos durante a II Guerra Mundial.

Após essas observações sobre as noções de ordem internacional e de jurisdição internacional, tendo em vista os modos de sua evolução e como as suas funções se especializam e se relacionam com ordens jurídicas subordinadas ou, quando não, com ordens jurídicas parciais, observa-se que a forma como parte da teoria do direito internacional contemporânea explica a jurisdição carece de funcionalidade. Para dar sequência ao raciocínio, faz-se necessário agora observar a passagem e as distinções entre o exercício de poderes na ordem de coordenação para o exercício de poderes nas ordens subordinadas ou parciais.

### 1.1.2 A jurisdição internacional e a regência da imunidade jurisdicional

Em suas diversas formas, a jurisdição internacional é exercida pela vontade comum da comunidade internacional e por meio da distribuição de jurisdição nacional (competência internacional) entre os Estados. Essa afirmação requer que se adote como ponto de partida a existência de um único sistema jurídico que, por questões históricas e operacionais, é segmentado em diferentes esferas de competência e áreas temáticas. É no âmbito dessas competências internacionais ou, para usar a linguagem do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, dentro dos limites da jurisdição nacional, que o Estado exerce sua autoridade soberana, autoridade independente de qualquer outra, porém subordinada às regras do direito internacional. Assim sendo, falar de competência internacional só faz sentido a partir do pressuposto de que a unidade do poder jurisdicional pertence à comunidade internacional, que o distribui entre os Estados. No entanto, dada a inexistência de normas internacionais escritas que distribuam tais competências, o que há são Estados soberanos que legislam ou julgam sobre a sua própria jurisdição nacional. A prática desses Estados, quando tida como útil, justa e necessária, dá origem às normas internacionais costumeiras que refletem, mais do que instituem, a distribuição da jurisdição internacional. Assim pode-se explicar a utilização concomitante dos termos jurisdição internacional e jurisdição nacional, bem como se pode compreender porque frequentemente o termo jurisdição nacional é substituído por competência internacional.

Do ponto de vista do Estado, a sua competência internacional constitui a sua jurisdição nacional, que é soberana por estar subordinada exclusivamente ao sistema jurídico internacional que a constituiu. Essa assertiva contraria o senso comum, que tem nas

instituições públicas do Estado, em seus prédios e servidores, nos políticos, diplomatas, militares e policiais, o horizonte alcançado pela percepção da autoridade e, por conta disso, vê a soberania como pura e simples ausência de qualquer tipo de subordinação. No entanto, essa visão é incompatível com a noção jurídica de soberania, pois, se o reconhecimento da liberdade e da igualdade de um Estado dependesse da autoridade de outro, o que haveria seria uma relação entre senhor e súdito e não uma relação entre iguais. Do mesmo modo, se a noção de reconhecimento fosse afastada ter-se-ia uma simples justaposição de comunidades políticas e a noção de soberania seria substituída pela de império. Por isso, só faz sentido jurídico um título de soberania baseado em um sistema normativo superior e distinto das ordens jurídicas nacionais.

Portanto, pode-se afirmar que a jurisdição internacional se refere a um todo, ainda que institucionalmente não organizado, a partir do qual se distribui jurisdição nacional (competência internacional) entre os Estados. Seguindo a mesma lógica, tem-se que a competência internacional de cada Estado, quando individualmente considerada, constitui a sua jurisdição nacional. É por isso que os termos jurisdição e competência por vezes se misturam, inclusive no âmbito interno, embora em geral jurisdição se refira à autoridade considerada como um todo e competência se refira à divisão da autoridade em esferas de atuação.

Nesse sentido, o comentário de Soares (1984, p. 19) é esclarecedor:

Sabe-se que o conceito de jurisdição (poder de dizer o Direito) não se confunde com o de competência (grau da jurisdição, medida daquele poder). Contudo, na ordem de considerações que seguiremos, quando se diz competência judiciária internacional, a sinonímia de competência com jurisdição é perfeita. Hélio Tornaghi assim conceitua competência internacional: “a que é atribuída à justiça de um Estado (país) em casos nos quais também se justificaria a intervenção do Poder Judiciário de outro Estado”. Ora, se existe confrontação entre Poderes Judiciários de Estados soberanos na competência internacional, é lícito chamar-se a tal conflito de conflito de jurisdição. Nesse sentido Ch. N. Fragistas mostra a sinonímia, na maioria das legislações comparadas e conclui que nelas, “o poder que possuem os tribunais de um país de versarem sobre assuntos internacionais é denominado seja jurisdição, seja competência internacional”.

Seguindo a referência de Soares, pode-se ver, em *Fragistas* (1961, p. 166-167), que na terminologia processual as noções de jurisdição e competência não se distinguem claramente uma da outra. Por vezes, a mesma coisa é expressa pelos dois termos. Apesar disso, via de regra a palavra jurisdição designa o poder jurisdicional do Estado em geral, em contraste com os poderes legislativo e executivo, bem como os diferentes ramos da jurisdição em particular, como jurisdição civil, jurisdição penal, jurisdição administrativa. Por outro lado, a palavra competência é empregada para referir ao poder de cada grupo de tribunais

homogêneos que pertencem ao mesmo ramo de jurisdição, a exemplo, no seio da jurisdição civil francesa, da competência dos “*tribunaux d’instance, tribunaux de grande instance, tribunaux de commerce*”; e também é utilizada para referir-se ao poder de cada um dos tribunais do mesmo grupo, como em competência do “*tribunal d’instance de la ville X*”. Quanto ao poder dos tribunais domésticos de conhecer questões internacionais, referido acima, este é nomeado tanto jurisdição quanto competência internacional.

Câmara trata a questão de modo um pouco diferente, mas no mesmo sentido, ao afirmar que a chamada competência internacional, a rigor, não é competência, pois competência é termo que se refere aos limites dentro dos quais cada órgão jurisdicional pode exercer suas atribuições em determinados casos. Já a competência internacional se refere a uma questão anterior, relativa a possibilidade ou não do próprio exercício da função jurisdicional. Assim, mais adequado que o termo competência internacional é falar de limites internacionais do exercício da jurisdição (CÂMARA, 2013, p. 126).

Madruga Filho, em sua tese de 2003, também se refere à dificuldade terminológica, nos seguintes termos:

A confusão entre os conceitos de jurisdição e competência dificulta a compreensão do instituto da imunidade de jurisdição e o correto processamento da *declinatoria fori* apresentada pelo Estado soberano. Incompetência internacional, incompetência interna e imunidade de jurisdição são três fenômenos que se assemelham na consequência de impedir que o órgão judiciário provocado julgue o mérito da pretensão do autor. Entretanto, aquele que se deixar anuviar por essa semelhança e não notar as diferenças entre os fenômenos corre o risco de enveredar por caminhos que levarão a raciocínios equivocados (MADRUGA FILHO, 2003, p. 73).

Na passagem, o termo jurisdição é utilizado no sentido de jurisdição nacional e aparece na segunda sentença na forma negativa “incompetência internacional”. Já o termo competência é empregado no sentido de distribuição de atribuições pelo direito doméstico e na segunda sentença também é colocado na forma negativa “incompetência interna”. Assim, Madruga Filho esclarece que imunidade de jurisdição não é a ausência de jurisdição nacional e nem a ausência de atribuição legal para julgar certo caso, mas sim a impossibilidade, mesmo presentes esses dois requisitos, de uma entidade soberana exercer sua autoridade sobre outra.

O raciocínio é perfeitamente válido, no entanto, a passagem não explicita a que se deve a imunidade de jurisdição, que não é mera consequência de uma deferência do foro em relação ao Estado estrangeiro, mas sim obrigação decorrente do direito internacional. A mesma posição é expressa sucintamente no texto com o qual contribuiu na homenagem póstuma a Guido Soares: “A prerrogativa do Estado estrangeiro de ser imune à jurisdição não é favor ou cortesia do Estado do foro, mas sua obrigação legal, decorrente, ainda sem a

mesma extensão de outrora, do direito internacional” (MADRUGA FILHO, 2003, p. 107-121; 2008, p. 307).

Destarte, sendo um instituto do direito internacional, a regência jurídica da imunidade de jurisdição não pode ser adequadamente explicada por meio de referência exclusiva ao exercício da jurisdição nacional. Por isso é necessário elaborar a noção de jurisdição internacional propriamente dita, sem a qual se perde de vista o caráter autônomo do instituto e se corre o risco de incidir em outro grave equívoco, qual seja, o de submeter a imunidade de jurisdição unicamente à regência dos direitos nacionais. Por outro lado, dadas as características próprias do direito internacional, que precisa valer-se das estruturas das ordens domésticas para o seu funcionamento, e ao considerar que o direito das imunidades, enquanto norma costumeira, é uma decorrência da prática dos Estados, tida e havida pelos mesmos como justa, útil e necessária, torna-se necessário considerar as ordens internas ao investigar a imunidade de jurisdição. Assim, é possível concluir que a perspectiva estatal, doméstica, ao mesmo tempo que é vinculada à ordem internacional, também contribui para moldá-la.

Quanto aos fundamentos para o exercício da jurisdição nacional, suas bases consagradas são o território e a nacionalidade. O princípio territorial é corolário da soberania do Estado e assegura a este o direito de constituir e proteger a sua ordem pública em seu território. Já o princípio nacional reconhece o direito do Estado de exercer jurisdição sobre os indivíduos a ele vinculados pela nacionalidade, que o mesmo define segundo os critérios dispostos em sua legislação interna. Nesse contexto, outro fundamento que se consolida para o exercício jurisdicional é o princípio protetivo, pelo qual o Estado está autorizado a defender seus interesses fundamentais, mesmo quando os responsáveis pela ameaça sejam estrangeiros que atuam fora de seu território. No mesmo sentido é o fundamento da personalidade passiva, pelo qual a jurisdição pode ser exercida em razão de crimes cujas vítimas sejam nacionais do Estado. Finalmente, a jurisdição pode ainda ser exercida com base no princípio da universalidade quando se trata de reprimir crimes de extrema gravidade, como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra; ou crimes graves, mas que de outro modo poderiam ficar impunes, como é o caso da pirataria. Quanto ao exercício jurisdicional em sua modalidade executiva, deve-se ressaltar o seu caráter estritamente territorial, pois só pode ser exercida no território de outro Estado soberano com o seu consentimento (STAKER, 2014, p. 315-331).

Em outras palavras, é possível ao Estado legislar para qualificar como ilícitos civis ou penais determinadas condutas praticadas por estrangeiros no exterior, é possível até que o mesmo chegue a exercer jurisdição cognitiva sobre os mesmos, se a sua legislação

permitir julgamentos *in absentia*, no entanto, para adotar qualquer medida de natureza coercitiva em relação aos mesmos, estes terão de estar em seu território ou algum mecanismo de cooperação jurisdicional terá de ser empregado.

Assim o Estado, no exercício da jurisdição prescritiva, pode legislar para todas pessoas presentes, bens localizados e obrigações celebradas ou a cumprir em seu território, bem como para os seus nacionais, o que acarreta a existência de situações nas quais dois ou mais Estados poderão aplicar suas próprias regras para as mesmas condutas. Do mesmo modo, a jurisdição cognitiva é exercida conforme regras criadas por cada Estado, o que pode resultar em procedimentos paralelos, ou seja, a apresentação do mesmo caso a tribunais de diferentes países com base em hipóteses de jurisdição nacional (competência internacional) distintas. A jurisdição executória, por seu turno, tem seu exercício limitado ao território do Estado, mas, por vezes, é acionada para dar cumprimento a uma sentença ou decisão estrangeira.

Conforme o exposto, o exercício da jurisdição nacional por cada Estado é uma atividade que pode gerar conflitos jurídicos e o esforço de superar os mesmos deu origem, em cada ordem jurídica doméstica, a normas de direito internacional privado, cujos efeitos em relação a outras soberanias são coordenados pelo direito internacional público, como se vê a seguir.

### 1.1.3 O problema do exercício jurisdicional em face do Estado estrangeiro

A questão da jurisdição se complica quando uma hipótese de jurisdição cognitiva, prescritiva ou executória incide sobre um outro Estado e seus bens ou sobre algum de seus agentes, pois nesse momento o exercício da jurisdição nacional (competência internacional) poderá colidir com o preceito do mútuo reconhecimento da liberdade e igualdade soberanos. Nesse instante, qualquer solução unilateral implica a inadmissível subordinação de uma soberania à outra, o que exige a atuação da jurisdição internacional que é, no mais das vezes, exercida pelas próprias autoridades locais. Assim, ao atuar em relação à outra soberania, a jurisdição nacional faz funcionar simultaneamente, por desdobramento funcional, o direito que rege a ordem internacional. A consequência prática disso é que as autoridades locais precisam distinguir e considerar o efeito peculiar que a ordem internacional exerce em sua atividade jurisdicional naquele momento.

Esse fenômeno acontece porque a jurisdição internacional, como dito acima, é segmentada em diferentes esferas e não é completamente institucionalizada, dependendo muitas vezes para o seu funcionamento do empréstimo dos órgãos estatais no exercício de suas jurisdições nacionais (competências internacionais). Esse empréstimo é exatamente o que ocorre quando o poder judiciário do foro julga questão de imunidade jurisdicional suscitada por Estado estrangeiro. E nesses casos o judiciário do foro tende a errar na interpretação e aplicação do direito quando trata a questão como uma matéria atinente apenas à ordem jurídica local. E o erro é fomentado pela falsa noção de soberania como ausência completa de subordinação e pelo hábito de pensar a ordem jurídica local como uma realidade isolada.

Dessa forma, a noção de jurisdição internacional e o seu desdobramento funcional (*dédoublement fonctionnel*) permitem compreender a formação da jurisdição nacional, que pode ser definida como o poder que um Estado soberano tem de exercer a autoridade suprema sobre o seu território e a sua população. Essa autoridade suprema se divide em funções especializadas que correspondem aos poderes estatais, dividindo-se classicamente em executivo, legislativo e judiciário. No entanto, deve-se sempre ressaltar que soberania não é a ausência de toda e qualquer subordinação jurídica, mas sim a independência em relação a outros Estados, o que não apenas é perfeitamente compatível com a vinculação à ordem jurídica internacional, mas também necessário no sentido de fundar relações internacionais baseadas na liberdade, no respeito mútuo e na concepção jurídica de soberania (NGUYEN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 384-385).

Nas palavras de Kelsen (1953, p. 81): “*Cela signifie que pour être un Etat au sens du droit international, une communauté doit être indépendante des autres Etats, mais cela ne signifie pas qu’un Etat au sens du droit international doit être indépendant de toute communauté internationale*”.

Assim, atentos à continuidade existente entre o direito internacional e o direito interno e cientes de que soberania significa independência em relação a outros Estados, mas não exclui a subordinação à ordem internacional, é possível apreender as lições dos processualistas com relação ao exercício das funções estatais e, em particular, da função jurisdicional, sem perder de vista sua vinculação ao cenário mais amplo. O esforço nesse sentido deve ser constante e consciente, pois o risco em um direito tão segmentado quanto o atual é que cada um adote com exclusividade as lentes de sua disciplina ou área de especialização e deixe de lado as interações transversais entre as diversas áreas do direito, bem como as relações hierárquicas entre os subsistemas normativos e os sistemas mais amplos que os vinculam. No caso da presente tese, o perigo a evitar é, por um lado, ignorar a

supremacia ontológica do direito internacional em relação ao direito interno e, por outro, esquecer das carências orgânicas do direito internacional e supô-lo suficiente para por si só regular o funcionamento da comunidade internacional.

Tendo isso em conta, pode-se ajustar o foco do discurso à doutrina brasileira, para compreender a perspectiva doméstica em relação ao assunto. Nesse contexto, o exercício das funções legislativa, administrativa e jurisdicional são manifestações especializadas do poder soberano do Estado, que é uno e indivisível. Dessas, a função jurisdicional, ou simplesmente jurisdição, constitui o instituto fundamental do direito processual. No dizer de Câmara (2013, p. 75-76):

É clássica a afirmação de que o Estado, no exercício de seu poder soberano, exerce três funções: legislativa, administrativa e jurisdicional. O poder do Estado é uno e indivisível, mas o exercício desse poder pode se dar por três diferentes manifestações, que costumam ser designadas de funções do Estado. Destas, uma é considerada instituto fundamental do Direito Processual, a função jurisdicional (ou simplesmente jurisdição). [...] A doutrina vem há muito tempo preocupando-se em distinguir a jurisdição das demais funções do Estado. É certo que tal distinção é importante para a adequada compreensão do instituto mais importante da ciência processual, mas não se poderia deixar de frisar que, a meu sentir, muito mais importante do que conhecer as diferenças existentes entre as funções estatais é reconhecer a existência, entre elas, de um ponto comum: em todas as três funções do Estado há uma manifestação do poder soberano, sendo este uno e indivisível. [...]

Perceba-se, ao imergir na doutrina jurídica nacional, que o critério fundante da razão jurídica passa a ser a soberania estatal, cuja vinculação ao direito internacional não é explícita. A perspectiva doméstica mais comum em relação ao exercício jurisdicional, em aparência ao menos, é a de que o Estado cria seus poderes *ab ovo*, como se pode ler no posicionamento de Santos (2010, p. 67):

A jurisdição, portanto, é uma das funções da soberania do Estado. Função de poder, do Poder Judiciário. Consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei. A função jurisdicional é, assim, como que um prolongamento da função legislativa, e a pressupõe. No exercício desta, o Estado formula as leis, que são regras gerais abstratas reguladoras das condutas dos indivíduos, tutelares de seus interesses e que regem a composição dos respectivos conflitos; no daquela, especializa as leis, atuando-as em casos concorrentes.

Evidentemente, é possível pensar o exercício da jurisdição nacional como uma manifestação de poder criada pelo próprio Estado e esse raciocínio funciona nos casos em que se tem de analisar situações jurídicas estritamente domésticas. No entanto, quando se trata de relações jurídicas conectadas a mais de uma ordem jurídica, ou quando se trata de relações jurídicas entre Estados, que compõem respectivamente os objetos do direito internacional privado e do direito internacional público, a perspectiva interna revela suas inadequações, que podem ser ilustradas com dois exemplos.



O primeiro exemplo diz respeito ao fundamento jurídico de um princípio importante para o direito internacional privado, o do reconhecimento do direito adquirido no exterior, pois, se não for suposta a existência de uma ordem jurídica internacional, esse princípio é reduzido à mera concessão da ordem doméstica. O segundo exemplo decorre do primeiro, pois é possível responder que uma ordem internacional é dispensável, pois os Estados podem reconhecer as relações jurídicas constituídas no exterior com base no princípio da reciprocidade, ao que é possível replicar que a percepção da noção de reciprocidade nas relações internacionais é, na verdade, evidência da existência de uma ordem jurídica superior e mais abrangente, que é o direito internacional público.

Isso precisa ser sempre lembrado, pois é a existência de uma comunidade internacional dotada de um direito próprio e superior que dá sentido à afirmação: “Jurisdição [é o] poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 38).

Entretanto, o direito ínsito à comunidade internacional, ordenador da convivência entre os Estados e, mais do que isso, limitador do exercício de seus poderes soberanos nas respectivas ordens internas, que se torna uma realidade amplamente reconhecida após a Segunda Guerra Mundial, também sofre o processo de desgaste resultante de sua eficácia e expansão. À medida que as pretensões de regulação do direito internacional tendem a realizar-se de modo mais completo, em obediência à lei sociológica que rege o desenvolvimento das ordens jurídicas, maior se torna a resistência das ordens internas. Dito de outro modo, quanto mais o direito internacional expande as suas atribuições além da tarefa primordial de regular a coexistência entre os Estados, mais interfere no exercício de atividades até então consideradas tipicamente estatais.

#### 1.1.4 Impacto da expansão do direito constitucional no exercício da jurisdição

Outro fator que contribui para a fricção entre o direito internacional e o direito interno é a expansão normativa do direito constitucional, que ocorre também após a Segunda Guerra Mundial. Essa expansão do direito constitucional se dá no sentido de afirmar os direitos fundamentais dos indivíduos na ordem interna e de fortalecer uma perspectiva axiológica na interpretação e aplicação do direito, principalmente a partir de uma nova visão

da eficácia normativa dos princípios jurídicos consignados no texto constitucional. Assim, o direito internacional e o direito constitucional passam a concorrer na tarefa de limitar o exercício dos poderes do Estado, ambos fundados na busca pela realização dos direitos humanos, o que acrescenta um novo elemento, eminentemente substancial, às noções já consagradas de estado de direito e de separação de poderes.

Nesse sentido, Alvim esclarece que a concepção de jurisdição como um dos poderes do Estado adquire seus contornos atuais a partir da consolidação de ideias como separação de poderes e estado de direito, ambos conceitos conformadores do Estado contemporâneo, no contexto do qual a atividade jurisdicional se especializa e passa a ser vista pela doutrina processual como uma das funções do Estado, ao ponto dos termos jurisdição e função jurisdicional se tornarem sinônimos (ALVIM, 2005, p. 156-164).

Com relação à expansão normativa do direito constitucional, percebe-se, como parte do desenvolvimento da concepção de jurisdição como poder e função estatal, que parcela relevante dos teóricos incorpora fundamentos constitucionais ao direito processual e acrescenta às noções de soberania, de estado de direito e de separação de poderes, a noção de realização do direito de acesso à justiça em sua dimensão substancial (MARINONI, 2004).

Essa noção de acesso à justiça não é simplesmente a de que os jurisdicionados devem ter acesso a um provimento jurisdicional que resolva a lide por eles proposta. Na verdade, a ideia inclui o direito de obter um provimento judicial adequado ao caso e justo. Infelizmente, tal pretensão é disfuncional, pois em um litígio, é bastante improvável que se alcance uma decisão capaz de satisfazer aos anseios de justiça de ambas as partes, de modo que o direito de obter uma decisão justa e adequada acaba por confundir-se com o direito de obter uma decisão favorável ou, o que é pior, traduz-se pela atribuição ao magistrado da prerrogativa de decidir a questão conforme a sua concepção peculiar de justiça.

Ilustra essa perspectiva a compreensão de que a jurisdição resulta da soberania do Estado e compõe as funções estatais típicas junto com as funções administrativa e legislativa (PINHO, 2012, p. 145), mas não se limita a isso, pois à função jurisdicional deve corresponder, além da garantia institucional de submeter uma questão a um juiz imparcial, que a analisará no contexto de um procedimento conduzido com respeito às garantias legais, também o papel do magistrado de utilizar-se do processo para implementar uma agenda política que corresponda à sua percepção dos valores contidos nos princípios constitucionais (PINHO; CÔRTEZ, 2014).

Essa concepção constitucional do processo, em que pese o seu impulso para realizar os direitos fundamentais, pode colocar em choque as determinações do direito

constitucional e do direito internacional, dado que priva o direito material do anteparo do direito adjetivo no momento de sua aplicação, pois permite ao juiz desconsiderar a norma processual abstrata quando esta acarretar, na visão do intérprete-aplicador do direito, uma violação aos preceitos basilares da ordem jurídica nacional. A mesma consideração é válida com relação à *Ryngaert* (2015) e sua visão substancialista do direito internacional, só que nesse caso, em lugar das normas constitucionais essenciais, o intérprete-aplicador do direito internacional toma por fundamento as normas de *jus cogens* ou a Carta das Nações Unidas.

*Tomuschat* (2006, p. 429-430) afirma que o sentido original de *jus cogens* refere-se à validade de tratados internacionais, como sugerido pelos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Porém, a concepção de normas imperativas se tornou epítome da relativização normativa do direito internacional, ao espriar seus efeitos muito além do que pretendiam os Estados-partes naquela Convenção, conforme a qual uma norma de *jus cogens* é aquela capaz de restringir o poder de celebrar tratados de dois ou vários Estados, a partir da criação de uma noção de ordem pública internacional. Usar o termo para impor restrições à soberania em outras áreas foi um desenvolvimento lamentável, do ponto de vista da clareza terminológica.

A isso, soma-se *Ryngaert* (2015) e sua concepção relativista da relação entre direito internacional e direito interno, que substitui a relação hierárquica entre essas ordens jurídicas por uma relação de concorrência na aplicação das normas. Assim, a aplicação do direito deixa de acontecer em razão de princípios formais como subsunção ou especialidade, e passa a submeter-se à autopercepção do órgão julgador de sua atribuição de utilizar-se do caso como oportunidade “para implementar uma agenda política que corresponda à sua percepção dos valores contidos” em ambas as ordens normativas.

#### 1.1.5 Acepções do termo jurisdição

Como visto, chamar função jurisdicional de jurisdição é prática amplamente disseminada na doutrina processual brasileira, o que requer atenção quando se emprega os termos jurisdição internacional e jurisdição nacional em sentidos distintos entre si, bem como em relação ao termo função jurisdicional. Assim, na passagem do direito internacional para o direito doméstico e na especificação, dentro dos direitos nacionais, da função judicante, deve-se atentar para essa questão de polissemia. Exemplo dessa imprecisão está presente na

designação do instituto da imunidade de jurisdição e para superar essa vagueza é necessário atentar para a utilização das expressões jurisdição internacional, jurisdição nacional e função jurisdicional.

Jurisdição internacional designa o poder mais amplo e abstrato de estabelecer um sistema normativo. Jurisdição nacional, assim como a expressão competência internacional, refere-se ao exercício, pelos Estados soberanos, da parcela que lhes cabe da jurisdição internacional. Função jurisdicional, por sua vez, identifica uma das três funções especializadas desempenhadas pelo Estado, caracteristicamente associada ao exercício da atividade judiciária. Dito isso, é possível afirmar, por um lado, que a imunidade de jurisdição não pode ser oposta à jurisdição internacional e, por outro, que a imunidade de jurisdição significa imunidade ao exercício da jurisdição nacional e, mais especificamente, ao exercício da função jurisdicional por parte do Estado foro. Nesse último sentido é que se compreende usualmente a expressão imunidade de jurisdição. E é também o sentido adotado por Madruga Filho (2003, p. 72) em sua tese:

Para os fins desta pesquisa, procuraremos empregar o termo jurisdição em sentido estrito, como sinônimo de função jurisdicional. Assim, ao referir à imunidade de jurisdição, enfocamos a prerrogativa de ser imune diante da função jurisdicional do Estado. Coerentemente, usaremos o termo competência como uma delimitação da jurisdição *strictu sensu*.

Assim, o objeto do direito processual é o estudo das normas que regulam a atividade jurisdicional do Estado, de modo a determinar o procedimento a ser seguido para obter a atuação do direito positivo em casos concretos. A função jurisdicional é objeto de estudo e regulamentação pelo direito processual. Nesse contexto, a jurisdição é vista como uma das funções exercidas pelo Estado como manifestação de seu poder soberano e seu exercício depende de outros institutos a ela relacionados, como a ação, o processo, a sentença, os recursos, a coisa julgada, entre outros. Assim, o processo é um instrumento do qual se vale o Estado para exercer a jurisdição, tanto que é razoável afirmar que a designação mais adequada para a disciplina seria direito jurisdicional e não direito processual (CÂMARA, 2013, p. 7-9).

Essa definição descreve a jurisdição no âmbito estatal e situa como pressuposto da mesma o poder soberano, que a institui juridicamente e que regula seu exercício na forma de procedimento. No entanto, a ideia de jurisdição no direito internacional público é difícil de circunscrever porque inclui outras dimensões do exercício do poder soberano do Estado, como as noções de jurisdição legislativa e de jurisdição executória. Logo, quando se fala de imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, trata-se na verdade de imunidade à uma

dimensão específica da jurisdição estatal do foro, aquela relativa à cognição de litígios e à sua solução judiciária.

Essa exploração da ideia de jurisdição em alguns processualistas brasileiros permite colocar em perspectiva o instituto da imunidade de jurisdição, visto que o direito internacional o percebe de modo mais consolidado e a partir de uma perspectiva que, em geral, não é adotada ou sequer considerada pela doutrina processual nacional, como visto acima. Dito isso, cabem duas considerações. A primeira é que realizar uma aproximação do conceito de jurisdição a partir da doutrina jusprocessual brasileira é proveitoso, pois permite um diálogo que enriquece a percepção das condições de realização e compreensão do direito internacional. A segunda é que, à vista do exposto anteriormente, é razoável que o direito de cada Estado seja pensado por seus doutrinadores como um sistema autossuficiente e nisso não reside problema algum, desde que não signifique negar as eventuais implicações acarretadas pela subordinação dos sistemas jurídicos domésticos ao direito internacional.

Nesse sentido, convém notar que internacionalistas também observam a aplicação da justiça em foro doméstico a partir da perspectiva do direito interno, a exemplo de Soares, que concebe a jurisdição como uma função do Estado cujo exercício é baseado em seu poder soberano, criada por lei e cuja existência é anterior ao litígio e que ordena a lide a partir de normas de natureza processual. No entanto, logo a seguir o autor ressalta que a imunidade é um fenômeno regulado pelo direito internacional (SOARES, 1984, p. 2).

Nesse mesmo sentido, Marques afirma que “[a] jurisdição pode ser conceituada como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o direito objetivo” (MARQUES, 1990, v. 1, p. 69). Coerente com essa visão, a jurisdição é o elemento mais importante dos três que estruturam o direito processual, sendo os outros dois a ação e o processo. À jurisdição corresponde a função jurisdicional do Estado, que é caracterizada por sua inércia, sendo necessária a proposta de uma ação, que suscitará o dever estatal da prestação jurisdicional que atuará por meio do processo (CÂMARA, 2013, p. 71-72).

Perceba-se que, para efeitos práticos, a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro apresenta-se como um obstáculo procedimental ao exercício do poder jurisdicional do Estado foro. Entretanto, cabe ao próprio foro interpretar e aplicar as normas internas e internacionais relativas ao alcance e aos limites de seu poder jurisdicional. Portanto, a adoção de teorias que defendem uma interpretação ampliada desses poderes pode, efetivamente, afetar o modo como se relacionam o Estado foro e o Estado estrangeiro. É do que se trata a seguir.

### 1.1.6 Os limites do exercício jurisdicional

Quanto ao alcance de seu exercício, a jurisdição possui um caráter ilimitado, no entanto, por conveniência, os próprios Estados a distribuem entre si por meio de regras de jurisdição nacional (competência internacional). Essas regras definem a possibilidade da justiça de um país conhecer determinada causa e, feito esse juízo, permitem que as regras de competência interna sejam aplicadas. No caso brasileiro, se o caso está fora dos limites da jurisdição nacional (hipóteses de competência internacional) previstas na legislação, há dúvidas quanto à possibilidade do exercício jurisdicional, havendo: os que o restringem estritamente às hipóteses legais; aqueles que suplementam tais hipóteses com a consideração de algum elemento relevante de conexão; e os que admitem suplementar as hipóteses de jurisdição nacional (competência internacional) com a utilização das normas de competência interna para suprir lacunas (ARAÚJO, 2011, p. 231-237).

Afirmar que a jurisdição possui caráter ilimitado não leva em conta a regência da mesma pelo direito internacional. Decerto, melhor que afirmar um caráter ilimitado da definição e exercício da jurisdição nacional (competência internacional) pelos Estados é afirmar a autonomia do direito processual no contexto jurídico de cada soberania, sem olvidar de sua vinculação ao preceito internacional que comina o exercício razoável da função jurisdicional. Como destaca *Verdross* (1927, p. 295-296):

Si donc l'on dit que l'État a la compétence de la compétence, cela n'est vrai que dans un sens restreint, savoir envers ses organes et les sujets qui se trouvent sur son territoire. Mais la compétence de la compétence absolue est en la possession de la communauté internationale, qui seule est capable de modifier toutes les compétences des communautés subordonnées.

La conception unitaire du droit est par conséquent inévitable.

No entanto, essa percepção não é externada pelos processualistas brasileiros. Aparentemente, quando abordam o direito processual tendo como ponto de partida o conceito mais restrito de jurisdição, que a define como uma das funções típicas do Estado soberano, os mesmos deixam de cogitar no papel a ser desempenhado por qualquer limite externo ao poder do Estado.

Nesse aspecto, o constitucionalismo pós-positivista contribuiu para acentuar a tendência a desvincular a interpretação e a aplicação do direito local dos condicionantes e

limites impostos pela ordem internacional. Deve-se ressaltar que isso não é parte do projeto neoconstitucionalista, mas sim uma decorrência de seus pressupostos.

Cabe aqui ressaltar, em um curtíssimo comentário de ordem terminológica, que *Atienza* (2014) discute algumas impropriedades do termo neoconstitucionalismo e afirma, entre outras coisas, que sua utilização frequentemente é pejorativa e que muitos que são considerados como tal não abraçam o rótulo, ao qual ele prefere a expressão constitucionalismo pós-positivista.

Exemplo da desvinculação que se mencionou acima encontra-se em Marinoni (2007, p. 114-119), para quem a jurisdição tem por objetivo dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais, de modo que a jurisdição é a atividade do juiz de conformar o direito aos postulados constitucionais, em busca da técnica processual idônea para a tutela do direito material.

Como se pode perceber, o adversário manifesto da perspectiva constitucionalista pós-positivista é o formalismo jurídico e o propósito da mesma é integrar o processo ao fim maior que é a realização dos ideais de justiça contidos no direito material, tendo como marcos superiores os preceitos constitucionais.

Assim, de acordo com essa visão, a jurisdição, no sentido de função jurisdicional, se transformou junto com a própria concepção de direito, de modo que não se pode mais afirmar que cabe ao juiz o papel de aplicar o direito pré-existente e, com isso, criar a norma de solução individual no caso concreto, submetido à supremacia da lei e ao positivismo acrítico. Com a evolução dos direitos fundamentais, o direito constitucional tornou-se o ponto focal a partir do qual são construídos os significados que irradiam efeitos para a toda a ordem jurídica (MARINONI, 2007, p. 137).

Nesse sentido, o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo caracteriza-se por uma série de traços fundamentais relacionados à “interpretação especificamente constitucional”, sendo eles: a) a prevalência da constituição como norma suprema e fundamento de validade de toda a ordem jurídica, que vincula o legislador e é dotada de força normativa própria; b) a atribuição do controle de legitimidade formal e material da produção legislativa aos agentes oficiais encarregados da interpretação e aplicação do direito, reconhecidos como legítimos criadores do direito e tendo no ápice “as cortes constitucionais, que estão acima dos demais poderes”; c) o reconhecimento da não correspondência entre texto e norma, sendo que os preceitos genuinamente constitucionais se apresentam como enunciados abertos e portadores de múltiplos significados a serem atribuídos pelos aplicadores em cada situação hermenêutica, deles podendo se extrair mais de uma norma; d) a ponderação como aspecto singular da

interpretação especificamente constitucional, que é uma hermenêutica de princípios, os quais “traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido”, devendo o intérprete-aplicador avaliar essas razões “optando, afinal, pela solução que se [lhe] mostre *correta e justa*, à luz do caso concreto”; e) a predominância da concretização sobre a interpretação, esta voltada à indagação sobre o conteúdo de algo precedente, ao passo que aquela é voltada para o “preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o *futuro* e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela *leitura* que lhes parecer mais adequada, em cada caso, à realização da justiça material” (COELHO, 2015, p. 18-19).

As palavras de Marinoni refletem essa caracterização, *verbis*:

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe adequado sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto (MARINONI, 2007, p. 137-138).

No mesmo texto, de modo ainda mais nítido, Marinoni preleciona que a dinâmica jurídica do Estado constitucional não mais admite o processo civil tradicional, que permite que o direito material deixe de ser efetivamente tutelado por ausência ou inadequação de técnica processual. Pela perspectiva tradicional, a ausência de meios ou a ausência de autorização legal para a utilização destes impede que um determinado bem seja alcançado por meio do processo. Nessas situações, a tutela específica do direito material pode ser substituída por tutela reparatória, o que coloca a técnica processual em posição superior em relação ao direito material. A solução proposta é em sentido contrário: que as tutelas dos direitos devem decorrer das posições jurídicas e não do processo, devendo o processo necessariamente viabilizar a tutela autorizada e prometida pelo direito material, sendo inadmissível que a técnica processual seja incapaz de permitir a tutela do direito, devendo o juiz, nesses casos, suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, 2007, p. 142-143).

O dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão de sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar **jurisdicionalmente** os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela **normativa**, além de ter o dever de dar tutela **jurisdicional** a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF) (MARINONI, 2007, p. 140, grifo do autor).



Como será exposto adiante, em capítulo próprio, essa visão de direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, que permite superar os obstáculos formais à efetivação dos direitos fundamentais está na raiz do arrazoado que permitiu que a *Corte Costituzionale* da Itália retirasse a eficácia da decisão da Corte Internacional de Justiça, com a justificativa de que as normas que incorporaram tal decisão, apesar da mesma haver sido legitimamente proferida e fundada, não poderiam ser acolhidas pela ordem jurídica italiana por representarem um sacrifício desmedido a direitos fundamentais. Em que pese o fundamento da *Corte Costituzionale* da Itália ser defensável e traduzir valores caros às diversas ordens jurídicas nacionais, a decisão ignorou completamente a vinculação do direito italiano ao direito internacional.

Nesse ponto, pode-se concluir e retornar das questões jurídicas internas para as questões relativas ao relacionamento entre as ordens nacionais e a ordem internacional. Após observar como a insuficiência de estrutura institucional exige que os Estados exerçam diversas atribuições que funcionalmente pertencem ao direito internacional, pode-se perceber que isso também leva a afirmação de que, na verdade, essas funções do direito internacional simplesmente não existem, ou, se existirem, devem estar subordinadas ao direito constitucional de cada país. Essa última solução leva inevitavelmente à suposição de que cada ordem constitucional tomada individualmente está no topo da ordem jurídica global e funda, a partir de uma perspectiva estritamente estatal, a existência da própria sociedade internacional, ou leva, em melhor hipótese, à admissão da existência concomitante de uma pluralidade de ordens jurídicas, amarradas pela força de sua vontade comum.

*Verdross* (1927, p. 262 e seg.) discutiu a questão em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, distinguindo a teoria da autolimitação do Estado e a decorrente doutrina da primazia do direito nacional, da teoria da vontade coletiva dos Estados, que embora distinga esferas separadas de atuação para o direito interno e o direito internacional, conclui pela primazia deste último. A visão pluralista ou dualista das relações entre direito internacional e direito interno pode ser compatibilizada com a primazia do direito internacional, embora coloque o Estado como anteparo entre a ordem internacional e a ordem interna. Já a visão de um monismo com predomínio do direito interno não se coaduna com a ordenação jurídica da coexistência entre os Estados, pois se os mesmos não admitirem a vinculação a um sistema de normas superior, como resolver as questões nas quais duas soberanias afirmem uma visão irreconciliável quanto aos seus direitos e deveres recíprocos?

Por outro lado, além das perspectivas monista e dualista, exerce forte influência nos dias de hoje a premissa de que o ser humano é o valor fonte de todo o sistema jurídico e

que, portanto, são os seus direitos fundamentais que alicerçam toda a ordem jurídica, premissa essa que exige que o direito das imunidades dos Estados, ainda que tenha reconhecida sua autonomia e espaço peculiar de atuação, que permite a coexistência civilizada entre Estados livres e iguais, seja compatibilizada com as exigências decorrentes dos direitos individuais, em particular o direito de acesso a um tribunal.

A prescrição encontra-se no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que prescreve que “[todo] ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (ONU, 1948).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, por sua vez, consagra a garantia em seu artigo 6.1, que diz:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...] (COUNCIL OF EUROPE, 1950).

Dicção semelhante contém o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que estabelece o direito de acesso a um tribunal em seu artigo 14, nos seguintes termos:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. [...] (BRASIL, 1992-a).

Em igual sentido estatui o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em seu artigo 8.1, que trata das garantias judiciais, como se pode ler a seguir:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992-b).

No caso do Brasil, essa previsão encontra-se no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Entretanto, nos casos que envolvem Estados estrangeiros, a previsão não pode ser entendida de forma absoluta, pois isso levaria à conclusão de que o princípio do direito de acesso a um tribunal elimina o instituto da imunidade de jurisdição. Como se vê adiante, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos afirma que o direito de acesso a um tribunal não é absoluto, pois sujeita-se a limitações, uma vez que, por sua natureza, precisa

que cada Estado-foro regule o seu exercício. Na verdade, deve-se interpretar esse princípio a partir do pressuposto de que há direito de acionar a justiça desde que o réu esteja sujeito ao exercício de jurisdição. Ademais, o foro que previsse uma jurisdição nacional (competência internacional) indiscriminada para julgar Estados estrangeiros, inclusive quanto à prática de atos soberanos, exerceria de maneira abusiva o seu poder jurisdicional e violaria os direitos dos demais Estados.

É com esses questionamentos em mente que se passa ao exame da imunidade de jurisdição do Estado, instituto do direito internacional cuja operacionalização depende exclusivamente do empréstimo dos órgãos jurisdicionais estatais e que, por isso, evidencia de modo notável a necessidade de ajuste entre as prerrogativas dos Estados envolvidos e os direitos dos jurisdicionados.

## **1.2 Evolução e consolidação da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição do Estado**

A doutrina restritiva da imunidade de jurisdição distingue entre os atos que o Estado pratica no exercício de seus poderes soberanos daqueles atos que o Estado pratica colocando-se em situação análoga à de um particular. Essa é a perspectiva que divide os atos estatais em atos de império e atos de gestão e constitui o quadro conceitual que mais comumente se emprega para analisar o assunto. Cabe apontar que essa distinção não é a mais adequada, pois leva à falsa ideia de que o Estado perde as suas características de soberano, ou mesmo que o Estado altera a sua natureza ao praticar atos na posição de um ente privado.

A distinção entre os atos do Estado que se colocam ao abrigo da imunidade jurisdicional e aqueles que não o fazem pode, entretanto, ser melhor elaborada em função da regência jurídica do ato praticado. Assim, se o Estado estrangeiro pratica um ato sob a regência do direito do foro, este poderá exercer jurisdição sobre aquela relação jurídica, por outro lado, se o Estado estrangeiro pratica um ato cuja regência foge ao domínio do direito do foro, este já não poderá exercer os seus poderes jurisdicionais em relação ao mesmo. Em ambos os casos, não é necessário recorrer a qualquer ficção acerca da identidade do Estado ou de sua natureza soberana.

A seguir, apresenta-se a relação entre as noções de soberania enquanto igual subordinação dos Estados ao direito internacional e de imunidade jurisdicional enquanto construção jurídica de fonte costumeira. Essa relação permite compreender porque a

imunidade jurisdicional não restringe a soberania estatal e, ao mesmo tempo, esclarece que o direito interno regula a imunidade jurisdicional dentro dos parâmetros que o direito internacional estabelece.

### 1.2.1 Soberania como subordinação jurídica ao direito internacional

A velha regra costumeira da imunidade é sintetizada pelo brocardo *par in parem non habet iudicium* – entre iguais não há poder para julgar. A doutrina tradicional do direito internacional parte da máxima para afirmar que uma das consequências da igualdade jurídica das nações é que nenhuma pode impor a sua jurisdição sobre a outra. Assim sendo, ainda que um Estado possa acionar a jurisdição estrangeira, o mesmo não pode, em regra, lá ser direta ou indiretamente acionado, a não ser que se submeta voluntariamente (CASTRO, 1968, v. 2, p. 228).

Por outro lado, já no primeiro quartel do século XX, constata-se que a regra da submissão voluntária não encontra aplicação uniforme. Algumas jurisdições adotam a prática de avaliar se o país estrangeiro, por seus atos, não renunciou de forma implícita às suas prerrogativas soberanas, e elaboram uma associação que, ao longo do tempo, vai consolidar o critério que distingue a atuação oficial do Estado no exterior da atuação do mesmo em bases atípicas, assemelhadas ao comportamento de particulares. Esse critério está na base da distinção entre atos de império e atos de gestão e é empregado por diversos países, entre eles: Bélgica, Itália, Suíça, Egito, Romênia, França, Áustria e Grécia (SINCLAIR, 1980, p. 193).

A igualdade jurídica, em sentido clássico, decorre da ideia de não subordinação, e é corolário da concepção de soberania como poder supremo que não reconhece nenhum outro como superior a si. Só que essa concepção é problemática, pois para que as nações possam colocar-se em igualdade umas em relação às outras é necessário assumir que as mesmas estejam subordinadas a uma ordem jurídica superior que exerça o papel de coordenação entre elas e determine a sua igualdade. Essa ordem superior é o direito internacional e o reconhecimento de sua primazia permite que o preceito *par in parem* adquira seu significado contemporâneo, de igualdade conforme o direito.

Assim, torna-se possível compreender que a imunidade de um Estado em relação à jurisdição de outro não é um privilégio absoluto, cuja relativização compromete a própria noção de soberania, mas, sim uma condição jurídica regulada por uma ordem normativa

superior. Do mesmo modo, torna-se viável entender que a progressiva conformidade do direito das imunidades às necessidades de funcionamento da comunidade internacional não afeta a soberania dos Estados nem sua independência ou igualdade, pois as mesmas são, tão somente, medidas da igual subordinação de todas as nações ao direito internacional.

É neste contexto de soberania como igual subordinação ao direito internacional que se deve compreender a afirmação do postulado basilar da imunidade de jurisdição, pelo qual nenhum Estado estrangeiro pode ser submetido contra a sua vontade à condição de parte perante foro doméstico. Essa norma costumeira foi codificada no que diz respeito aos agentes diplomáticos e consulares dos Estados e, no preâmbulo desses diplomas foi ressaltado que o seu propósito não é a proteção de indivíduos, mas sim das funções que os mesmos desempenham. No mesmo espírito, compreende-se que a imunidade não é absoluta para todos os atos do Estado, o que leva à necessidade de explicar porque as jurisdições domésticas reconhecem a imunidade de jurisdição em certas hipóteses e em outras não. A explicação tradicional e ainda a mais utilizada funda-se na distinção entre atos de império e atos de gestão, que busca identificar e caracterizar os critérios que permitem o exercício da jurisdição do foro sobre um Estado estrangeiro (REZEK, 2014, §§ 99-100).

A elaboração teórica de critérios a partir da prática estatal revela que o exercício indiscriminado da jurisdição por um Estado constitui uma violação dos direitos dos outros Estados. Isso se dá porque a imunidade jurisdicional estatal é fruto da relação entre dois direitos fundamentais das nações soberanas. Por um lado, cada uma delas tem o direito de exercer jurisdição sobre as pessoas e coisas que se encontrem em seu território, por outro, cada uma tem o direito de não se submeter a outro poder soberano, o que inclui o poder jurisdicional das demais nações. Assim, a soberania de cada Estado em sua dimensão interna precisa coexistir com a soberania de todos os demais Estados em sua dimensão externa, para que se preserve a liberdade e a igualdade nas relações internacionais (ACCIOLY, 2002, p. 120-121).

Ao considerar a relação acima mencionada, deve-se ressaltar que a concepção jurídica de soberania permite compreender a configuração que assume a pessoal moral que se chama Estado. Partes significativas de tal configuração são, por um lado, a titularidade dos direitos necessários ao exercício de suas competências e, por outro, a coordenação entre esses direitos. Daí pode-se concluir que o primeiro parâmetro para determinação do exercício legal da jurisdição por um Estado é a organização interna de suas competências conforme cada ordem jurídica nacional, ao passo que o derradeiro parâmetro é o direito internacional que, embora subsidiário, estabelece os limites finais do exercício dessas competências. Em

conjunto, a concepção jurídica de soberania, a definição de direitos fundamentais de titularidade estatal e a coordenação entre esses direitos garantem a preservação, não como manifestação de poder, mas como atributo legal, da independência entre os Estados.

Assim, dentro dos limites fixados pelo direito internacional, compreende-se que entre Estados soberanos e iguais é inconcebível que haja relações de subordinação jurídica. Essa regência internacional permite compreender que o Estado estrangeiro não abre mão de sua soberania nem se submete ao se relacionar com o Estado foro, mesmo quando, em decorrência de suas atividades, envie representantes, adquira bens ou pratique atos jurídicos. Nesse contexto é possível compreender a imunidade de jurisdição, que assegura ao Estado estrangeiro o respeito à sua soberania quando os seus agentes, a sua legislação ou os seus bens estão em relação direta com a soberania territorial do foro (NGUYEN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 407).

Note-se que a noção de imunidade como garantia de respeito à soberania, tomada fora do contexto do direito internacional, conduz à noção absoluta de imunidade de jurisdição, por isso, é necessário ter sempre em mente que a impossibilidade de subordinação jurídica é entre os Estados, não dos Estados em relação ao direito, portanto, o Estado é soberano sempre, mesmo naquelas condições em que pratica atos cuja regência é definida pelo direito de um país estrangeiro. É evidente que essa interação suscita questões difíceis do ponto de vista teórico, as quais ainda são resolvidas com a utilização da distinção entre atos de império e atos de gestão, cuja inadequação se revela por incluir a pressuposição conceitual de que o Estado, na prática de certos atos, se despe de sua condição soberana. Ora, dado que o Estado é sempre o mesmo, é um contrassenso supor que ele possa perder o seu atributo soberano quando da prática de determinados atos, pois, ao subordinar-se à ordem jurídica do foro, ao praticar atos análogos aos de um particular ou atos de comércio, ou mesmo atos ilícitos, o Estado conserva a sua natureza intrínseca. A explicação de como a soberania pode coexistir com a possibilidade de exercício de uma jurisdição estrangeira é, portanto, melhor concebida, ao se reconhecer a sua fundamentação autônoma no direito internacional.

A dificuldade de atribuir a regência da imunidade de jurisdição do Estado ao direito internacional é, em princípio, a mesma de conceber a soberania como uma realidade criada e regulada pelo direito. Essa dificuldade decorre da confusão entre as condições históricas em que se formou o direito internacional e as condições lógico-jurídicas necessárias para a existência da ordem jurídica internacional. Além disso, deve-se considerar também a resistência teórica, mas também política, de muitos internacionalistas e estadistas a uma concepção jurídica de soberania. Acrescente-se, mais, que a construção de uma narrativa

acerca da história do direito em geral, e da imunidade de jurisdição em particular, não é, em si mesma, uma tarefa despida de ambiguidades e de escolhas.

### 1.2.2 Distinção entre a concepção histórica e a concepção jurídica da imunidade jurisdicional

Do ponto de vista histórico, é difícil situar a origem da imunidade de jurisdição do Estado enquanto pessoa jurídica, pois embora a mesma normalmente seja atribuída ao preceito *par in parem non habet imperium*, que, por sua vez, se baseia nos princípios da independência, da igualdade soberana e da dignidade dos Estados, as suas raízes mais remotas encontram-se nas doutrinas relativas à imunidade pessoal dos soberanos e de seus representantes diplomáticos. Tanto é assim, que Grócio não menciona imunidade do Estado, que *Vattel* trata do tema apenas como um aspecto incidental das imunidades usufruídas pelos soberanos e embaixadores e *Bynkershoek*, em seu *De Foro Legatorum*, discorre extensamente sobre as imunidades diplomáticas e as imunidades pessoais dos soberanos, porém pouco fala da doutrina da imunidade do Estado em si (SINCLAIR, 1980, p. 121).

Ao levar em conta a doutrina da imunidade dos soberanos e de seus representantes, tem-se que a imunidade de jurisdição se originou da existência de indivíduos que por sua posição hierárquica ou por sua função encontravam-se fora do alcance da lei. Como já dito, essa regra, no contexto da formação dos Estados, ficou conhecida como *par in parem non habet iudicium* e esteve a princípio ligada à própria pessoa do soberano absolutista, que não podia ser submetido a julgamento e também se beneficiava da presunção de que não podia cometer atos ilícitos, uma vez que era a origem da própria legislação, daí a expressão *the king can do no wrong*. Apenas com o avançar da doutrina do Estado, a soberania deixou de ser um atributo pessoal do rei ou uma emanção de seu poder, o que permitiu que a imunidade jurisdicional passasse a ser encarada como uma necessidade relacionada ao exercício de funções oficiais (SOARES, 2001, p. 10-11).

A concepção absoluta da imunidade de jurisdição remete ao período de consolidação dos Estados e é corolário da afirmação da soberania, primeiro como um título pessoal, afirmado contra o universalismo medieval, depois, como decorrência do poder de um povo. Em ambos os casos, afirmava-se originário, supremo e não subordinado a qualquer outro. Diz-se, com razão, que a autocracia estava em seu apogeu e, com ela, noções extremadas de independência e autonomia organizacional do Estado, tanto em relação a seus

próprios órgãos, quanto expressa como insubordinação estatal perante outro poder, de modo a manifestar, assim, supremacia e oposição a mandos externos (PORTELA, 2016, p. 188).

Note-se que a passagem de atributo pessoal para salvaguarda de funções oficiais explica o caráter absoluto que a imunidade de jurisdição apresenta durante a maior parte de seu desenvolvimento, mas também permite compreender como se origina a distinção posterior a partir da qual se forma a doutrina restritiva da imunidade jurisdicional. Essa evolução guarda paralelo com a própria transformação da noção de soberania, que deixa de ser um atributo pessoal dos monarcas no contexto do processo de formação dos Estados e torna-se um atributo do povo organizado politicamente, ou seja, soberania popular. Posteriormente, a concepção de soberania popular permite articular os Estados constitucionais e a ideia de limitação do poder, que submete os governantes à lógica do interesse público. Com isso, torna-se também possível distinguir os diversos tipos de atos que os governantes e agentes públicos podem praticar entre aqueles cujo exercício se dá no interesse da coletividade, o que os coloca sob o abrigo das prerrogativas dos poderes da administração pública; e os demais, que permanecem sob a regência do direito que rege as relações privadas, de natureza pessoal, contratual ou real.

Nessa linha evolutiva coloca-se, de um lado, o princípio geral de direito das gentes com relação às ações oponíveis ou opostas a um Estado, de que nenhum Estado pode ser submetido à jurisdição de outro, sendo este o princípio da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros e, de outro, forma-se a teoria que marca limite à imunidade jurisdicional quando o Estado procede, no campo de outro Estado, como titular de direito privado, aplicando-se o preceito *princeps in alterius territorio privatus*, ou seja, agindo como um particular em território estrangeiro, sequer se trata de exceção à regra da imunidade, pois não se está mais a falar do Estado como tal e, portanto, não entram em jogo as suas prerrogativas (MIRANDA, 1995, p. 208-209).

Assim, a imunidade decorrente da igualdade, expressa no preceito *par in parem non habet jurisdictionem*, encontra limite na territorialidade da jurisdição, que é expressa, no que toca ao soberano, pelo preceito *princeps in alterius territorio privatus*. No entanto, as regras da igualdade e da territorialidade não oferecem resolução ao paradoxo do exercício de funções oficiais do Estado em território estrangeiro, a não ser pela construção da distinção artificial entre atos de império e atos de gestão, que pressupõe que o sujeito se altera conforme o ato que pratica.

A distinção entre atos de império e atos de gestão, ainda que largamente utilizada até os dias de hoje, é um critério deficiente para a qualificação dos atos do Estado, prestando-



se a elaborações teóricas que remetem mais à poesia que à técnica jurídica, como é o caso da teoria da dupla personalidade do Estado, bem como a soluções que concedem demasiado espaço a considerações de natureza política no momento de aferir as prerrogativas do Estado estrangeiro. Por outro lado, é difícil adotar um sistema de qualificação que substitua a distinção entre atos de império e de gestão, de forma que convém considerá-la como ponto de partida e atentar para a prática por ela orientada (LALIVE, 1953, p. 282-283).

Por isso, a teoria da fundamentação autônoma vai perceber a imunidade jurisdicional não como uma decorrência direta da igualdade entre os Estados, mas como uma parte dos direitos pertinentes aos Estados soberanos e regulada conforme o direito internacional, permitindo, assim, compreender a diversa natureza dos atos do Estado não como resultado de uma mudança de sua personalidade, mas como uma consequência das funções que esses atos tendem a satisfazer. Nesse processo, a prática estatal adquire suma importância para a conformação do instituto por meio de sua contribuição para a formação do costume internacional que regula a matéria.

Esse raciocínio leva a compreender que, para além da enunciação simples do preceito jurídico, há que se atentar para a sua evolução na prática dos Estados, o que permite constatar que a regência do instituto nos dias de hoje se distingue de sua origem histórica. Isso é coerente com a afirmação de que o reconhecimento de imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros é baseado nos princípios do direito internacional e, na ausência de um corpo legislativo internacional competente para editar leis *a priori*, a fonte do direito das imunidades pode ser encontrada na prática judicial dos Estados (SOMPONG, 1976, p. 93).

Afirmar que o instituto se origina da prática judicial dos Estados, ou seja, em um corpo normativo cuja fonte é o costume internacional, não nega nem elimina a questão relativa à origem histórica do instituto, pois tal prática é, em seus primórdios, um conjunto de atos de deferência entre as pessoas dos soberanos, com reflexos na proteção aos seus agentes. No entanto, com o tempo, a evolução jurídica das imunidades define seus diversos campos de aplicação, ao mesmo tempo em que estabelece a sua autonomia em relação ao preceito da igualdade soberana, que foi a sua primeira fundamentação normativa.

Assim, de uma prerrogativa pessoal do príncipe soberano, as imunidades tornam-se prerrogativas da própria nação soberana, para em seguida transformar-se progressivamente em prerrogativas cujo sentido se afirma a partir de seu caráter funcional e cujo alicerce jurídico deixa de ser uma prerrogativa de igualdade e passa a vincular-se ao acervo de direitos que os Estados detêm. Portanto, é possível compreender que a evolução do instituto não afeta em nada a questão da igualdade soberana das nações, uma vez que a regência do instituto foi

além de sua gênese histórica e passou a explicar-se como parte da ordem jurídica que regula as relações pacíficas entre os Estados.

### 1.2.3 O precedente *Schooner Exchange* e a doutrina da imunidade jurisdicional do Estado

Ao considerar-se a prática dos Estados, adota-se como marco inicial nesse processo de distinção entre raízes históricas e regência jurídica, a decisão que a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu no caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, em 24 de fevereiro de 1812. Nesse julgamento, o *Chief Justice Marshall* (1755-1835) notou e alertou que para a solução do caso faltava o socorro de normas na forma de leis ou precedentes, o que tornava necessário socorrer-se em princípios gerais e buscar traçar uma linha de raciocínio a partir de casos com algum grau de semelhança (UNITED STATES, 1812, § 16).

Pode-se então destacar, de início, que *Marshall* percebeu o ineditismo do caso, que decorria não propriamente do tema, que já fora apreciado em outros momentos da história, mas da necessidade de apreciar a hipótese de exercício de jurisdição sobre um Estado estrangeiro diante do conflito entre um título jurídico válido de particulares, por um lado, e as expectativas decorrentes das relações amistosas entre Estados soberanos, por outro. Surge dessa circunstância uma característica moderna do caso *Exchange*, que se tornará a marca registrada da discussão sobre o tema da imunidade nos dois séculos seguintes: a preocupação do juiz do foro com a caracterização da atividade oficial do Estado estrangeiro.

O caso *Exchange* diz respeito a uma embarcação de bandeira americana, pertencente a particulares norte-americanos que, em jurisdição francesa, foi requisitada para utilização pela marinha de guerra daquele país. Tempos depois, devido a avarias, a mesma, já sob o pavilhão da França, teve que aportar nos Estados Unidos, momento em que seus antigos proprietários solicitaram à justiça a restituição de seu patrimônio. Na oportunidade, o juiz *Marshall* afirmou que a jurisdição territorial soberana é necessariamente exclusiva e absoluta e que qualquer exceção ao exercício desse poder só pode ser legitimada pelo consentimento do próprio Estado que é dele titular. Esse consentimento é fonte de obrigações que podem ser verificadas através da prática comum das nações e da opinião comum dela decorrente e não pode ser retirado subitamente ou sem aviso prévio sob pena de violação da confiança depositada no Estado (UNITED STATES, 1812, §§ 2-3, 18-23).

A partir dessas considerações *Marshall* passou a analisar as hipóteses existentes na época nas quais os Estados haviam renunciado ao exercício de sua jurisdição territorial. Procedendo por analogia, o magistrado elencou a imunidade jurisdicional do próprio soberano, a de seus representantes diplomáticos e as que seriam atribuíveis às forças armadas e procurou determinar em que medida a situação do *Exchange* se aproximaria dessas hipóteses. Assim, desde o início, construiu-se a doutrina das imunidades jurisdicionais como uma obrigação decorrente da igualdade soberana dos Estados, baseada em consentimento expresso ou tácito, que poderia ser verificado na prática internacional e cuja violação seria contrária à boa-fé.

Em relação especificamente ao soberano estrangeiro, *Marshall* afirmou que o exercício de poder jurisdicional do foro sobre um soberano estrangeiro e seus direitos seria um exercício de poder extraterritorial, do qual o Estado não seria juridicamente capaz. Do mesmo modo, a não submissão entre soberanos e a obrigação de cada um deles de preservar a dignidade de seu Estado os impede de colocar-se, ou aos direitos soberanos do Estado, em posição de submissão à jurisdição de outrem. Dessa forma, concluiu o magistrado, só se poderia supor que um soberano adentrasse o território de outro mediante uma licença expressa ou confiando que o foro estenderia a ele as imunidades reconhecidas a seu Estado (UNITED STATES, 1812, § 24).

Em seguida, *Marshall*, partindo do princípio da perfeita igualdade e absoluta independência das soberanias e destacando os interesses em comum que as levaram a estabelecer toda sorte de intercâmbios, afirmou que tais elementos originaram uma série de hipóteses nas quais era possível assumir que as soberanias abriram mão do exercício de uma parcela de sua jurisdição territorial exclusiva, em benefício da dignidade umas das outras. Tais hipóteses incluíam a imunidade jurisdicional e a inviolabilidade da pessoa do soberano à prisão ou detenção em território estrangeiro, aplicando-se as mesmas prerrogativas, por extensão, aos dignitários representando aquela soberania; algo semelhante sucederia quando uma soberania permitisse a passagem de forças militares estrangeiras por seus domínios, com a ressalva de que a presunção de permissão concedida a estrangeiros de adentrar nos domínios de uma potência amiga não se aplicaria nesse caso (UNITED STATES, 1812, §§ 25-40).

Continuando o arrazoado, *Marshall* distinguiu entre exércitos e navios de guerra, considerando que a restrição ao ingresso dos primeiros no território de uma potência amiga não era aplicável aos últimos, pois os riscos e danos geralmente associados à presença de um exército em território povoado não se apresentaria quando se tratasse da admissão de um navio de guerra em um porto amigo. Dessa forma, admitia-se em geral a aplicação de critérios

distintos para os diferentes tipos de forças militares, no caso, se um Estado decidisse proibir o acesso de navios de guerra estrangeiros a todos os seus portos ou a algum deles em particular, ou se essa proibição se destinasse a todas as nações ou a alguma delas em particular, a praxe era que se desse notícia dessa determinação, do contrário, presumia-se o livre acesso aos portos de navios de guerra de nações amigas e, com ela, as respectivas imunidades jurisdicionais (UNITED STATES, 1812, § 41).

Em apoio a esse posicionamento, *Marshall* citou *Vattel*, que afirmava que era impossível conceber que um príncipe enviasse um embaixador ou outro emissário a um país estrangeiro com o propósito de sujeitá-lo à autoridade deste último e que, na verdade, o príncipe estrangeiro, ao receber tal autoridade, o admitiria tendo por pressuposto a sua independência, formando-se dessa forma entre os príncipes uma convenção tácita que daria nova força à obrigação natural de respeito mútuo. Do mesmo modo seria impossível imaginar que um príncipe, ao combinar a passagem de seus exércitos por território estrangeiro, ou o abrigo em porto estrangeiro para seus navios de guerra em situação de perigo, desejaria submetê-los à jurisdição de outro soberano (UNITED STATES, 1812, §§ 49-50).

Segundo *Marshall*, também era necessário distinguir entre os direitos conferidos à indivíduos ou navios mercantes e aqueles conferidos à navios de guerra. Recordando que era o soberano local que consentia com o estabelecimento de isenções à jurisdição territorial, o magistrado registrou que era obviamente inconveniente que indivíduos ou navios mercantes não estivessem submetidos à jurisdição local, o que levaria à infração das leis e ao desrespeito ao governo, de forma que não era razoável supor que o soberano consentisse em excluir os estrangeiros de sua autoridade de forma indiscriminada. Assim, a expectativa de respeito aos representantes do Estado e de anuência do foro em conferir-lhes prerrogativas só seria razoável se tais representantes estivessem conduzindo negócios públicos à serviço de seu Estado de origem. A situação dos navios de guerra, que constituíam parte das forças militares do Estado, agindo sob as ordens de seu soberano e empregados para satisfazer objetivos nacionais, entraria nessa categoria, justificando protegê-los da interferência de Estados estrangeiros. Assim, o consentimento implícito para o ingresso em um porto amigo de um navio de guerra estrangeiro deveria ser elaborado no sentido de implicar uma isenção à jurisdição da soberania estrangeira em relação à qual a embarcação militar reclamasse hospitalidade (UNITED STATES, 1812, §§ 51-54).

A seguir, *Marshall* reproduziu a ponderação de *Bynkershoek* (1673-1743), de que a propriedade de um soberano estrangeiro não se distingue por nenhuma isenção legal da propriedade de um indivíduo comum, e afirmou que o jurista neerlandês citou vários casos

nos quais um soberano estrangeiro figurou como réu em outra jurisdição. No entanto, *Marshall* afirmou que havia uma distinção patente entre a propriedade privada de uma pessoa que porventura é príncipe e as forças militares que sustentam o poder soberano e a dignidade e independência de uma nação. Para o juiz, um príncipe, ao adquirir propriedade privada em um país estrangeiro, pode estar sujeitando aquela propriedade à jurisdição territorial estrangeira, ou pode estar deixando de lado a figura de príncipe e assumindo a feição de um indivíduo privado. No entanto, não é concebível que o príncipe possa fazer isso com relação a qualquer parte das forças armadas que sustentam sua coroa e a nação cujo governo lhe foi confiado. Dos casos mencionados por *Bynkershoek*, segundo *Marshall*, o único semelhante ao caso em julgamento referia-se a navios de guerra espanhóis detidos no porto de *Flushing (Vlissingen)*, Países Baixos, em função de uma dívida do Rei da Espanha, que ao final foram liberados, por interferência do governo ou por decisão do tribunal. Segundo *Marshall*, esse era o único caso “*furnished by the history of the world*” da tentativa de um indivíduo de obter uma satisfação judicial contra um príncipe estrangeiro por meio do arresto de navios de guerra. Na época, os Países Baixos já haviam estabelecido jurisdição sobre propriedade privada do soberano espanhol, de modo que o tratamento distinto conferido àquelas embarcações constituía, na visão do magistrado norte-americano, um forte argumento em favor da imunidade de navios de guerra (UNITED STATES, 1812, §§ 56-59).

Nesse ponto, embora a sentença não o faça de forma expressa, aparece com bastante nitidez a consideração de dois princípios opostos, já mencionados: o primeiro, *par in parem non habet iudicium*, que ganhou notoriedade e tornou-se a marca característica da imunidade de jurisdição; o segundo, *princeps in alterius territorio privatus*, que caiu no oblívio, e tornou-se um espectro da noção forte de territorialidade. Devidamente considerados, os dois preceitos encontram-se na raiz da distinção entre atos de império e atos de gestão e revelam uma das razões de sua inconsistência. É que imaginar o príncipe em território estrangeiro, por vezes incógnito e na prática de atos privados, remete ao momento da história em que a soberania era um atributo pessoal, antes de ser um atributo político, e que a autonomia dos territórios decorria dos mesmos serem ou não propriedade de um soberano, de um governante legítimo. Como esse governante não poderia, salvo por guerra ou acordo, impor o seu poder ao patrimônio de seus iguais, pode-se conceber que sua autoridade encontrava limites quando da prática de atos em relação a súditos e bens no território pertencente a outro príncipe. Para os Estados contemporâneos, guardar a coroa e o manto para adentrar em território estrangeiro como particular, ou para lá praticar atos de natureza privada, torna-se uma ficção implausível.

Na conclusão da sentença, *Marshall* afirmou ser um princípio do direito público que navios de guerra, autorizados a adentrar o porto de uma potência amiga, devem ser, em virtude dessa mesma autorização, considerados isentos do poder jurisdicional desta última. Logo, dado que o *Exchange* satisfazia tais condições, poderia gozar das prerrogativas dela decorrentes. Assim, mesmo constatando que a embarcação realmente pertencera aos requerentes e declarando ser obrigação dos tribunais norte-americanos verificar a validade do título de propriedade da mesma, o fato do *Exchange* haver se tornado um navio público a serviço de um soberano estrangeiro, e de haver adentrado o porto americano de acordo com as normas internacionais, implicava o consentimento implícito de isentá-lo do exercício da jurisdição nacional (UNITED STATES, 1812, §§ 60-65).

Tendo essa decisão como ponto de partida, os tribunais nacionais desenvolveram a abordagem absoluta das imunidades jurisdicionais dos Estados. Convém notar, no entanto, que até o julgamento do caso *Exchange* não havia segurança acerca da tradução jurídica do preceito relativo à igualdade soberana dos Estados e de como este poderia ser efetivado na prática judicial dos Estados. Na época, a submissão de um navio de guerra a arresto não parecia de modo algum uma hipótese absurda do ponto de vista jurídico, apesar das óbvias implicações políticas e do fato de geralmente haver indivíduos armados no interior dessas embarcações, aos quais poderia eventualmente faltar disposição para cumprir uma ordem emanada de uma autoridade alheia à sua cadeia hierárquica.

Por outro lado, há quem identifique na decisão do *Justice Marshall* os elementos que levariam ao desenvolvimento da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição, ainda que presentes apenas como *obiter dictum*, pois o magistrado norte-americano afirma:

Without indicating any opinion on this question, it may safely be affirmed that there is a manifest distinction between the private property of the person who happens to be a prince and that military force which supports the sovereign power and maintains the dignity and the independence of a nation. A prince, by acquiring private property in a foreign country, may possibly be considered as subjecting that property to the territorial jurisdiction; he may be considered as so far laying down the prince and assuming the character of a private individual, but this he cannot be presumed to do with respect to any portion of that armed force which upholds his Crown and the nation he is entrusted to govern (UNITED STATES, 1812, § 57).

Dito isso, cabe observar que não há uma sequência linear na evolução das imunidades, com a doutrina da imunidade absoluta como um ponto de partida que tem a doutrina restritiva da imunidade como sua evolução natural. Na verdade, desde o início as duas perspectivas em relação às imunidades estatais já se delineavam e, apesar do predomínio da perspectiva absoluta, o alcance e limites das prerrogativas judiciais reconhecidas aos Estados estrangeiros e seus bens já eram objeto de discussão.

#### 1.2.4 A regência da imunidade jurisdicional pelo direito internacional

A distinção entre atos de império e atos de gestão e a aceitação progressiva da regência da imunidade pelo costume internacional são dois aspectos que se desenvolvem a partir das discussões acerca da imunidade jurisdicional dos Estados. A distinção entre atos de império e gestão origina a concepção restritiva das imunidades do Estado, que se coloca pelo menos desde 1891, com a primeira sessão do *Institut de Droit International* sobre o tema. Quanto à aceitação da regência do instituto por normas costumeiras, sua consolidação veio apenas em 2012, com a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, que sofreu severas críticas de respeitáveis juristas que adotam uma orientação relativista ou substancialista para a aplicação do direito.

Como já dito, a imunidade de jurisdição do Estado tem origem na imunidade pessoal dos Chefes de Estado e de seus representantes, a qual tem por base o brocardo *par in parem non habet imperium*. Com o tempo, o adágio passou a significar, efetivamente, que os atos governamentais de um Estado não constituem matéria sobre a qual os tribunais de outros países possam manifestar-se. Logo, a imunidade de jurisdição, nos primórdios de sua elaboração, decorre das doutrinas da soberania estatal e da igualdade dos Estados-nação (TROOBOFF, 1986, p. 252).

A consequência lógica dessa conexão entre o princípio da igualdade soberana e a imunidade de jurisdição é que esta constitui uma prerrogativa que cada Estado espera ver respeitada e que corresponde a um dever de abstenção do exercício jurisdicional que vincula os demais Estados. Porém, se a imunidade está fundada nas doutrinas da soberania e da igualdade, não há como o Estado titular da prerrogativa impor o seu respeito aos demais, restando-lhe fundar suas expectativas em relações de cortesia, o que é um problema para uma doutrina jurídica da imunidade jurisdicional. Para superar esse problema, é necessário pensar um dever jurídico de reciprocidade ou outra norma que comande o dever de abstenção do exercício jurisdicional. É essa lacuna que a teoria da fundamentação autônoma resolve, ao atribuir a regência do instituto da imunidade ao costume internacional.

Ainda quanto ao dever de abstenção, este integra a natureza das imunidades do Estado, que podem ser definidas como um conceito jurídico expresso nos termos de uma relação em que estão presentes o direito e o correspondente dever. No caso, ao direito de

imunidade correlaciona-se uma obrigação de não fazer, um não poder, ou seja, afirmar que um Estado possui imunidade jurisdicional implica afirmar que o Estado foro não exerce poder algum sobre o Estado estrangeiro. Assim, a imunidade pode ser concebida como um direito positivo em forma, mas negativo em substância (SOMPONG, 1976, p. 95).

Com relação ao Estado fundar suas expectativas de imunidade em relações de cortesia, *Verhoeven* diz que as imunidades de jurisdição e de execução do Estado são mais que uma questão de cortesia, elas correspondem a uma necessidade objetiva de proteção e constituem uma obrigação jurídica internacional, ainda que a convenção relativa às mesmas, adotada em 2004, não tenha ainda alcançado as ratificações necessárias para entrar em vigor. Assim, a imunidade de jurisdição estatal corresponde a deveres recíprocos decorrentes de uma vida comunitária organizada, bem mais do que a formas de comportamento oriundas de certa amabilidade (VERHOEVEN, 2008, p. 308).

Dessa forma, se a imunidade de jurisdição constitui obrigação jurídica internacional, a sua regência compete ao direito internacional público, que deve conter, pelo menos, as normas fundamentais para balizar a prática dos Estados. Mas essa posição, embora persuasiva, nem sempre encontra correspondência na prática dos Estados e em seus posicionamentos jurídicos. Outra questão que não deve passar despercebida, é a persistência da ideia de reciprocidade, a recordar que, em uma ordem ainda com traços anárquicos, cada Estado é o último guardião de seus próprios direitos. *Memento belli*.

A visão da imunidade de jurisdição dos Estados enquanto obrigação jurídica internacional, e não mera norma de cortesia apoiada na noção de reciprocidade, tem o seu desenvolvimento cercado por dúvidas e incertezas, do que dá conta Sousa, ao afirmar que a isenção à jurisdição de Estado estrangeiro passa por diversas fases e não cessa de sofrer modificações, dada a inexistência de regras exatas sobre a matéria na comunidade internacional (SOUSA, 2000).

De fato, até 2012, quando a Corte Internacional de Justiça decide o caso *Jurisdictional Immunities*, há controvérsia se o instituto configura costume internacional ou mera cortesia. A decisão dá-se em um contexto controvertido, no qual se polemiza sobre a prevalência de normas imperativas do direito internacional sobre a imunidade jurisdicional dos Estados.

A decisão delinea os contornos da norma costumeira existente, apoiando-se na prática dos Estados, na *opinio juris* e considerando a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, adotada em 2004. Além disso, resolve a controvérsia distinguindo entre o caráter substantivo das normas imperativas do direito



internacional e o caráter procedimental das normas regentes da imunidade de jurisdição do Estado. Portanto, a partir da decisão de 2012, pode-se afirmar que foram identificadas, caracterizadas e aplicadas as normas internacionais vigentes acerca da imunidade.

Apesar disso, tais normas seguem objeto de vigorosa discussão, principalmente nos meios acadêmicos, que, predominantemente, consideram a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* conservadora e formalista ou simplesmente uma vitória da política sobre o direito (TIBÚRCIO, 2012).

Discorda-se em parte da posição de Tibúrcio. De fato, a Corte Internacional de Justiça preferiu julgar conforme práticas já assentadas e não assumiu o risco de inovar, o que efetivamente torna a decisão conservadora, inclusive quanto à concepção de que a atribuição do órgão julgador é aplicar o direito que vigora e não o direito em que acredita. Também, a decisão foi formalista, ao reconhecer e preservar a natureza procedimental da imunidade jurisdicional, sem deixar variar sua apreciação conforme a situação, o que seria condizente com a teoria relativista do direito internacional, ou conforme a gravidade dos fatos em julgamento, o que seria conforme à perspectiva substancialista. Enfim, quanto a tratar-se de uma vitória da política sobre o direito, parece tratar-se justamente do contrário, pois, como afirmou-se alhures, é a perspectiva relativista e substancialista que, além da garantia institucional de imparcialidade e respeito às garantias legais, acrescenta às atribuições do magistrado utilizar-se do processo para implementar uma agenda política que corresponda à sua percepção dos valores contidos nos preceitos legais.

Vale destacar também a posição de Almeida, representativa das críticas à decisão, segundo a qual a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* não corresponde ao estágio contemporâneo de desenvolvimento do direito internacional, pois, ao afirmar a distinção formal entre normas de procedimento, no caso, as que regulam a imunidade estatal, e normas materiais, no caso, certos preceitos de *jus cogens*, aquele tribunal constrói um argumento puramente artificial que não se sustenta ante a necessidade de assegurar efetividade às normas imperativas violadas, pois não há sentido em reconhecer *status* imperativo à uma norma internacional sem prover as garantias necessárias ao seu cumprimento, nem é aceitável que um Estado invoque sua imunidade com o objetivo de furtar-se à responsabilização perante jurisdições estrangeiras em virtude da prática de atos que constituem violações de normas imperativas (ALMEIDA, 2016, p. 521, 524 e 535).

No entanto, um paradoxo se apresenta: se há título jurídico, isto é, condenação pela violação de norma imperativa pelo Estado transgressor, não se faz necessário novo julgamento; se não há título jurídico, e é necessário um julgamento para obtê-lo, não há base

para afastar a imunidade de jurisdição do Estado. Assim, se a pressuposição de violação de normas cogentes do direito internacional pode servir de base para afastar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, é bem provável que as ações contra estes passem a ser construídas de forma a fundar-se na violação de um desses preceitos, ainda mais se levando em conta que o catálogo e o alcance das normas de *jus cogens* não cessam de expandir-se desde a sua codificação em matéria de direito dos tratados. Isso acarretaria não uma limitação, mas o fim da imunidade jurisdicional dos Estados.

O caso *Jurisdictional Immunities* é objeto de item específico adiante. Por ora, ele serve para ressaltar as dificuldades relativas à compreensão da imunidade de jurisdição e para alertar quanto ao descompasso existente entre a prática dos tribunais e a visão dos juristas. Esse descompasso se amplia à medida que os critérios baseados na submissão expressa ou tácita do Estado estrangeiro, ou na prática por este de atos de gestão, revelam-se incompatíveis com as exigências contemporâneas dos que militam em defesa dos direitos fundamentais.

Apesar das dificuldades, percebe-se a evolução da imunidade de jurisdição, desde que deixou de ser atributo pessoal do soberano até sua caracterização como prerrogativa da pessoa jurídica do Estado. Essa mesma evolução permite, em um primeiro momento, distinguir atos do Estado que fazem jus à imunidade, chamados de atos de império, daqueles atos que o Estado pratica submetendo-se a uma ordem jurídica estrangeira, chamados atos de gestão. Tais mudanças abrem caminho para outros questionamentos quanto à extensão da imunidade do Estado, chegando ao ponto atual em que se duvida da prevalência da mesma diante de uma infração do direito internacional, ante a constatação da incoerência que é o Estado invocar uma norma do direito internacional para abrigar-se de responder pela prática de um delito que fere o direito internacional.

No entanto, essa suposta incoerência, na verdade, é fruto de um erro quanto à natureza da alegação de imunidade. Em primeiro lugar, porque a obrigação decorrente da imunidade de jurisdição impede que um Estado que supostamente violou norma internacional seja julgado por outro Estado soberano e igual a si, ou seja, é um obstáculo estritamente formal, que opera apenas no âmbito do foro, e não exclui ou alivia a responsabilidade internacional do Estado pelos atos ilícitos que este porventura tenha cometido. Em segundo lugar, porque a exclusão da imunidade não é um pré-julgamento de mérito, no sentido de antecipação de uma condenação, mas sim uma questão preliminar que, uma vez superada, permite o exame das questões de fundo pelo tribunal local, de forma que a mera discussão,

pela jurisdição local, da incidência ou não de imunidade, em nada compromete as prerrogativas soberanas do Estado estrangeiro.

Esse caráter preliminar, que pode até mesmo ser suscitado de forma incidental, a depender da técnica processual adotada pelo foro, aparece com nitidez na prática da distinção entre atos de império e atos de gestão, por meio da qual, em determinadas hipóteses, ocorre o afastamento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. A aferição da ocorrência de uma dessas hipóteses é uma atividade relacionada à verificação da existência dos pressupostos necessários à constituição do processo e é, portanto, uma atividade distinta do julgamento de mérito. Isso pode ser observado com clareza no sistema procedimental norte-americano, em que o magistrado, ao receber a alegação de que o caso que se inicia envolve os interesses de um Estado estrangeiro, solicita ao Departamento de Estado que se manifeste quanto ao reconhecimento ou não de imunidade de jurisdição. Nesse contexto, a *Tate Letter*, do início dos anos 1950, é importante para a história do instituto da imunidade, pois consiste em comunicação ao *Attorney General* dos Estados Unidos da mudança de posicionamento que o Departamento de Estado passaria a adotar em seus pareceres, quando consultado nos casos que potencialmente envolvessem as prerrogativas de Estado estrangeiro.

#### 1.2.5 A *Tate Letter* e a ascensão da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional

Historicamente, é provável que o começo do fim do período de predomínio da doutrina absoluta da imunidade de jurisdição tenha se desencadeado em 19 de maio de 1952, quando o Consultor Jurídico do Departamento de Estado dos Estados Unidos, *Jack Tate*, enviou uma carta ao Advogado Geral informando que a imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros não deveria mais ser reconhecida em certas circunstâncias. A carta menciona a existência de um conflito entre duas concepções das imunidades soberanas: a teoria clássica ou absoluta, pela qual um Estado soberano não responde, sem o seu consentimento, ante as cortes de outra soberania; e a teoria restritiva, pela qual a imunidade é reconhecida quando relacionada a atos públicos, ou soberanos, mas não em relação a atos privados (TATE, 1952, p. 984-985).

*Tate* expôs brevemente que a teoria absoluta encontrava apoio nos Estados Unidos, Reino Unido, Tchecoslováquia, Estônia e Polônia, mas que se encontrava menos firme em países como Brasil, Chile, China, Hungria, Japão, Luxemburgo, Noruega e Portugal,

onde a jurisprudência ainda não havia se posicionado com relação à teoria restritiva. Naquele momento, a jurisprudência de Países Baixos, Suécia e Argentina, em *obiter*, já havia se posicionado pela possibilidade de adoção da perspectiva restritiva. Na Alemanha, a doutrina restritiva fora rejeitada na década de 1920, com a justificativa de ainda não estar suficientemente desenvolvida, mas *Tate* observou que provavelmente o posicionamento mudaria em vista da evolução do instituto. Ele apontou que a teoria restritiva sempre encontrou apoio nos tribunais da Bélgica e da Itália, sendo também aplicada pelos tribunais do Egito e da Suíça. Além disso, *Tate* pontuou que os tribunais da França, Áustria e Grécia, que tradicionalmente apoiavam a teoria clássica, haviam mudado de posicionamento. Em sua visão, Romênia, Peru e Dinamarca também estavam entre os Estados que aplicavam a teoria restritiva (TATE, 1952, p. 984-985).

Além disso, na maioria dos países de *civil law* que ainda adotavam a teoria clássica, *Tate* apontou a existência de uma tendência entre os doutrinadores de favorecer a adoção da visão restritiva, tendência essa fortalecida pelas decisões dos tribunais inferiores. A esse elemento, ele acrescentou que diversos países que aplicavam a doutrina absoluta ratificaram a Convenção de Bruxelas de 1926, abdicando da imunidade de jurisdição em relação a navios mercantes de propriedade do Estado, e menciona Brasil, Chile, Estônia, Alemanha, Hungria, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal e Suécia. Os Estados Unidos, embora não tivessem ratificado essa convenção, adotaram prática semelhante. Com isso, a teoria absoluta encontrava naquele momento apoio apenas no Reino Unido e no bloco soviético, além disso, mostrava-se incompatível com a prática americana de submeter-se às jurisdições estrangeiras em casos relativos a responsabilidade contratual e extracontratual, bem como nos casos envolvendo navios mercantes (TATE, 1952, p. 984-985).

Com relação aos navios mercantes, *Tate* se refere à *Brussels Convention for the Unification of Certain Rules concerning the Immunities of Government Vessels*, de 1926, que foi seguida por um Protocolo adicional, em 1934, e pela qual navios de propriedade ou operados pelo Estado e usados apenas para fins comerciais não governamentais não gozam de imunidade. A mesma linha foi depois retomada no artigo 8.1 da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar, de 1958, e confirmada no artigo 95 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982 (FOX; WEBB, 2015, p. 110).

Com relação à Alemanha, encontrar-se-á nesse país uma orientação favorável à doutrina restritiva no julgamento do caso *Empire of Iran*, que a *German Federal Constitutional Court* julgou em 1963, declarando que o direito internacional permite uma doutrina restritiva da imunidade dos Estados e que o critério apropriado para distinguir entre

atos privados e soberanos é a natureza do ato, não o seu propósito. O caso tratava da cobrança, pelo prestador, de serviços de manutenção realizada na Embaixada do Irã e aquele tribunal entendeu que o contrato de reparos, por sua natureza, não consiste em um ato soberano que possa ser protegido pela imunidade jurisdicional (GERMANY, 1963).

No que toca ao Reino Unido, o mesmo só vai mudar a sua posição com o julgamento do caso *The Philippine Admiral*, em 1977, pelo *Privy Council*, no qual este tribunal reinterpretou o julgamento proferido no caso *The Parlement Belge*, quase cem anos antes, para excluir a imunidade de embarcações pertencentes a Estados estrangeiros, mas utilizadas exclusiva ou predominantemente para fins comerciais. Logo em seguida, ao julgar o caso *Trendtex v. Central Bank of Nigeria*, em 1978, a *Court of Appeal* recusou pedido de imunidade em benefício do Banco Central da Nigéria - que deixara de honrar um título de crédito - pelo fato de sua constituição autônoma torná-lo uma entidade distinta do Estado nigeriano e, o que mais interessa, pelo fato do direito britânico não mais reconhecer imunidade de jurisdição em processos relativos a atividades comerciais. Estes desenvolvimentos conduziram à promulgação do *State Immunity Act* em 1978, que consagrou uma abordagem restritiva ao tema da imunidade de jurisdição (FOX, 2014, p. 340).

Enfim, *Tate* destaca que a crescente participação de governos em atividades comerciais tornava necessário adotar uma prática que garantisse os direitos dos particulares que com eles fizessem negócios. Fica claro na carta que a teoria restritiva é a que melhor responde aos problemas colocados pelo advento das economias planificadas, cujos meios de produção estavam sob controle do Estado. Portanto, a partir daquele momento, a política do Departamento de Estado seria a de seguir a teoria restritiva das imunidades soberanas quando de seus pareceres em relação às alegações de imunidade de governos estrangeiros (TATE, 1952, p. 984-985).

Percebe-se, assim, que a imunidade jurisdicional, ao longo de sua história, abandonou seus fundamentos antropomórficos e abriu espaço para um organicismo mais acentuado, no qual o Estado passou a ser contemplado como um autêntico gerador de serviços públicos. Por conta disso, o propósito da imunidade de jurisdição do Estado tornou-se mais e mais a proteção do exercício de funções estatais legítimas, dentro dos limites da ordem jurídica internacional, o que permite compreender a interação, que no momento é percebida como conflito, entre o instituto e as normas de *jus cogens*.

É importante evidenciar que o direito internacional rege a imunidade do Estado e que o mesmo superou o período de aplicação exclusiva do princípio *par in parem non habet imperium*, ao mesmo tempo em que assumiu como um de seus critérios mais importantes a

distinção entre atos de império e de gestão, com todas as deficiências que a caracterizam. Sua evolução continua, com o enfrentamento da disputa, mal colocada, como já dito, entre imunidades e normas imperativas.

Essa disputa decorre da natureza dúbia da regência jurídica das imunidades do Estado. Nesse sentido, Soares ensina que as normas relativas à imunidade de jurisdição dos Estados se encontram a meio caminho entre “[...] auto e heterolimitação à jurisdição estatal”, ou seja, tais normas têm origem na prática de cada jurisdição nacional, daí a ideia de autonomia, mas adentram a ordem internacional pela via costumeira, do que decorre seu caráter heterônomo. Em síntese, ao levar em conta a independência do poder judiciário e a ausência de definição no direito interno de muitos países do que venha a ser ato de império, torna-se necessário concluir que “[...] há uma regra de direito internacional que impõe um respeito à soberania do Estado e que o judiciário reconhece, ao limitar sua jurisdição” (SOARES, 1984, p. 37).

É essa norma de direito internacional que define a existência de hipóteses em que o Estado estrangeiro, por seus atos no foro, acaba por perder sua imunidade. Isso acontece quando se configura uma circunstância que implica a renúncia à imunidade, por exemplo, quando o Estado estrangeiro propõe uma ação no foro; ou, quando acionado, não suscita a preliminar declinatória de competência. Também pode ocorrer perda da imunidade quando da prática de atos de gestão, que são aqueles praticados com submissão expressa ou implícita à ordem jurídica do foro (DOLINGER, 1982, p. 12 e 62).

Dolinger percebeu perfeitamente a característica essencial dos chamados atos de gestão e, embora não abandone esta designação, que se tornou comum, aponta que tais atos não são praticados pelo Estado em condição análoga à de um particular, pois o Estado jamais abandona a sua identidade e as suas características soberanas. Portanto, o essencial para configurar a possibilidade de exercício da jurisdição do foro sobre o Estado estrangeiro é a prática, por este, de determinados atos com submissão expressa ou implícita à ordem jurídica local, como contratos de trabalho ou de prestação de serviços com particulares.

De todo modo, feitas as devidas ressalvas ao sentido adequado a ser atribuído ao conceito de atos de gestão, pode-se afirmar que o mesmo contribuiu com a percepção de que a imunidade de jurisdição do Estado é uma obrigação negativa, que evoluiu com o tempo para proteger o exercício de suas funções soberanas. Assim, o predomínio da doutrina absoluta da imunidade perdura até a primeira metade do século XX, quando o Departamento de Estado dos Estados Unidos muda a sua orientação em relação à matéria.

Nesse sentido, a *Tate Letter* é um marco de transição para a adoção da doutrina restritiva, baseada na distinção entre atos de império e atos de gestão, cujo sentido mais adequado exigiria uma terminologia distinta, mas que está a tornar-se mais um daqueles casos, tão comuns no direito das gentes, em que as expressões se mantêm não por sua precisão, mas pelo uso.

Ao observar o avançar das imunidades, constata-se que há um velho antagonismo entre os cultores do direito internacional e o instituto da imunidade de jurisdição. Aqueles percebem as imunidades jurisdicionais do Estado como uma anomalia gritante, porém inevitável, em uma ordem jurídica ainda semianárquica e, sendo assim, postulam que suas hipóteses devem ser gradualmente reduzidas (LALIVE, 1953, p. 290).

Prova disso é que, mesmo na decisão do caso *Schooner Exchange*, considerado a origem da moderna concepção absoluta da imunidade de jurisdição do Estado, estava presente, em *obiter dictum*, a reflexão que levou ao desenvolvimento da doutrina restritiva das imunidades jurisdicionais dos Estados. Apesar disso, tanto nos países de *common law* quanto nos de *civil law*, o princípio da imunidade absoluta à jurisdição estrangeira permaneceu a prática predominante dos Estados até meados do século XX, ainda que criticada pelos doutrinadores e por entidades representativas do pensamento engajado na evolução do direito internacional público, como o Instituto de Direito Internacional (TROOBOFF, 1986, p. 255-264).

Destaca-se que a imunidade jurisdicional não apresenta uma evolução linear, mas antes, que a mesma decorre de interações entre os Estados e entre os Estados e os particulares, em uma dinâmica que envolve as necessidades da justiça doméstica em face das circunstâncias das relações internacionais. Nesse contexto, não se deve olvidar da contribuição da doutrina, que em todo momento veicula perspectivas que, o mais das vezes, a lógica dos interesses estatais não permite contemplar. É o que se vê no item a seguir.

### **1.3 Atuação do Instituto de Direito Internacional e a evolução da imunidade jurisdicional**

O Instituto de Direito Internacional realizou cinco sessões em que se discutiu a temática da imunidade de jurisdição. Foram elas as de Hamburgo, em 1891, *Aix-en-Provence*, em 1954, Basileia, em 1991, Vancouver, em 2001, e Nápoles, em 2009. Os trabalhos do

Instituto oferecem um instigante ponto de referência para as mudanças nas normas relativas à imunidade jurisdicional dos Estados pois, sendo uma entidade de estudos, os seus posicionamentos revelam o posicionamento de juristas tanto em relação ao funcionamento atual da prerrogativa quanto em relação ao seu desenvolvimento futuro.

Assim, pode-se notar que as resoluções do Instituto de Direito Internacional dialogam com o estado da doutrina e da jurisprudência no momento de sua edição, o que ocorre em 1891, quando serve de contraponto à concepção absoluta da imunidade estatal; em 1954, quando interage com a ascensão da doutrina restritiva; em 1991, quando estabelece um paralelo aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações que culminaram com a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, adotada em 2004; em 2001, ao responder e generalizar as premissas adotadas na decisão do caso *Pinochet*; e em 2009, ao responder à etapa de estudos da Comissão de Direito Internacional em relação à responsabilidade penal de agentes do Estado.

A seguir, descreve-se as resoluções do Instituto, com destaque para os dispositivos relativos à exceção territorial, que interessam mais de perto a esta pesquisa. Paralelamente, coteja-se alguns elementos da evolução da regência das imunidades jurisdicionais.

Cabe notar, de antemão, que o Instituto não se posiciona, em nenhuma das resoluções, acerca da incidência ou não da exceção territorial em relação a mortes, lesões ou danos ocasionados pela atuação de forças armadas estrangeiras no território do foro. Deve-se destacar, também, que as características essenciais da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional dos Estados já se encontravam na primeira resolução do instituto sobre a matéria, como se vê a seguir.

### 1.3.1 A Resolução de Hamburgo, de 1891, e a doutrina restritiva da imunidade jurisdicional

Em 1891, na Sessão de Hamburgo, o Instituto de Direito Internacional aprovou o *Projet de règlement sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains ou chefs d'État étrangers* (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 1891).

Os relatores responsáveis por sua elaboração foram *Ludwig Von Bar*, *John Westlake* e *Adolphe Hartmann*. A aprovação desse projeto, também chamado de Resolução de Hamburgo, atesta a vitalidade da abordagem restritiva das imunidades dos Estados entre os



juristas no final do século XIX e atesta que a doutrina absoluta das imunidades, predominante na prática dos tribunais nacionais, não reinava sem oposição.

Criticava-se a abordagem absoluta das imunidades por ser incompatível com a proteção judicial dos direitos dos particulares quando estes estabeleciam relações comerciais com Estados, pois implicava uma negociação e celebração contratual em termos relativamente igualitários, que era frustrada no momento em que a execução do compromisso assumido ficava a depender da situação política e econômica do Estado, protegido em seu arbítrio pelo manto da imunidade. Da constatação desse desequilíbrio em relações de natureza eminentemente privadas resultou a adoção da Resolução de Hamburgo, em 1891, que sugeria a adoção de regras que limitassem as imunidades do Estado e de seus agentes em certas situações.

A Resolução de Hamburgo é composta por nove artigos. Nos dois primeiros, afirma como regra geral a imunidade dos bens pertencentes ao Chefe de Estado ou ao Estado e utilizados por eles ou pelas pessoas a seu serviço. Deve-se ressaltar, em relação aos bens móveis e semoventes, que a resolução especifica tais bens como aqueles destinados direta ou indiretamente à utilização pelo soberano ou pelo chefe de Estado. Proteção semelhante estende-se, conforme a resolução, ao Estado estrangeiro, e compreende os móveis e imóveis, destinados ao seu serviço, mediante aprovação expressa ou tácita do Estado foro.

Cabe destacar aqui o reconhecimento da prerrogativa quando se trata de bens destinados a atividades oficiais do Estado. Essa proteção evolui nas décadas seguintes para a consolidação da imunidade jurisdicional sempre que a mesma atender a um propósito funcional. Desta forma, a noção de proteção à igualdade soberana qualifica-se progressivamente como proteção do exercício desembaraçado e lícito da soberania.

Em seguida, no artigo terceiro, excepciona dessa regra os bens pertencentes ao Estado, ao soberano ou ao chefe de Estado estrangeiro e expressamente oferecidos em garantia ou hipoteca, os quais o credor ou beneficiário pode reter ou, se for o caso, tornar objeto de medida executória.

Nesse ponto, destaca-se que o Estado estrangeiro é titular da prerrogativa da imunidade e pode, portanto, submeter a si ou aos seus bens voluntariamente à jurisdição do foro.

O artigo quarto traz um rol de ações que o foro local pode conhecer em face do Estado estrangeiro, são elas: as ações reais e possessórias que se refiram a bem móvel ou imóvel que se encontre na jurisdição do foro; as ações sucessórias em que Estado estrangeiro figure como herdeiro ou legatário de um habitante do foro ou quando tiver direitos em uma

sucessão lá aberta; as ações relativas a estabelecimentos comerciais, industriais ou estradas de ferro explorados pelo Estado estrangeiro no território do foro; aquelas em que o Estado aceite a competência do foro, ou figure como autor, ou às quais haja contestado, ou quando réu em ação reconvenicional, ou quando, processado, não suscitar a incompetência do tribunal; as decorrentes de contratos que o Estado estrangeiro celebrou no território do foro, se o seu adimplemento integral no foro puder ser exigido conforme cláusula expressa ou conforme a natureza da obrigação; as ações de indenização decorrentes de atos ilícitos que o Estado estrangeiro praticou no território do foro.

O rol do artigo quarto antecipa em mais de um século as hipóteses que vão se consolidar ao longo do desenvolvimento da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional do Estado. Cabe notar que a lista mistura circunstâncias em que há submissão voluntária do Estado estrangeiro à jurisdição do foro com outras que constituem verdadeiras exceções à imunidade e que a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e seus Bens, de 2004, trata em seções distintas.

A resolução postula no artigo quinto que o foro não deve conhecer ações que questionem atos de soberania, ou que decorram de um contrato em que o demandante figure como funcionário do Estado, ou aquelas ações relativas a dívidas do Estado estrangeiro contraídas mediante subscrição pública.

Nesse ponto, a Resolução de Hamburgo reitera a finalidade essencial das imunidades jurisdicionais, que é permitir a participação segura e desembaraçada dos Estados nas relações internacionais. Essa finalidade se cumpre por meio da proteção aos atos soberanos e outros próximos a ele.

O artigo sexto, por sua vez, estabelece que as ações contra soberanos ou chefes de Estado estrangeiros ficam submetidas às disposições dos artigos quatro e cinco. Por outro lado, o artigo sétimo ressalva que as ações que resultem de obrigações contraídas antes do soberano subir ao trono, ou antes do chefe de Estado ser designado para o cargo, seguem as regras ordinárias de competência.

Com relação a essas disposições, a evolução das imunidades jurisdicionais vai ampliar as prerrogativas *ratione personae* de representantes e agentes do Estado durante o desempenho de suas atribuições oficiais, de modo a permitir que os mesmos desempenhem de forma adequada as suas funções.

O artigo oitavo determina que as comunicações processuais aos chefes de Estado, aos soberanos e aos próprios Estados devem ser feitas por via diplomática. Na mesma linha, o artigo nono afirma que é recomendável que as normas processuais em cada Estado

contemplem prazos suficientes para que os soberanos, chefes de Estado ou os próprios Estados, quando alvo de procedimento judicial, possam dirigir-se ao governo do foro.

Como se pode ver, a resolução de Hamburgo, à frente de seu tempo, traz, de modo bastante elaborado, regras relativas as imunidades do Estado e de seus agentes, bem como dos componentes da tríade, a saber, chefes de Estado, de governo e ministros de relações exteriores. A resolução também contempla a imunidade em suas modalidades cognitiva e executória e contém, nos artigos quarto e quinto, uma divisão que corresponde, mais ou menos, a distinção dos atos estatais entre aqueles praticados sob a regência do direito do foro e aqueles de natureza soberana. Não bastasse, traz ainda normas de direito temporal e indicações para o tratamento dos prazos pelo legislador no Estado foro.

Dentre essas hipóteses de exclusão da imunidade jurisdicional, interessa particularmente a esta pesquisa a exceção territorial, isto é, aquela que resulta de morte ou lesão de indivíduos ou de danos à propriedade que o Estado estrangeiro ocasionar no território do Estado foro. A sua redação na resolução de Hamburgo é a seguinte:

Article 4

Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont :

[...]

6° Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 1891).

Como se pode ler, essa primeira proposta de redação para a exceção territorial é genérica e não menciona a ação de forças militares. Isso ensejou uma discussão, que perdura até hoje, se o dispositivo é de aplicação restrita a danos seguráveis, cujo principal exemplo são os acidentes automobilísticos, ou se o mesmo se estende para incluir na exceção os danos causados pelas forças armadas de um país no território de outro.

Ressalte-se que a proposta do instituto, em 1891, antecipa a sistemática adotada nas convenções e nas legislações nacionais sobre a matéria, pois apresenta a imunidade dos Estados como regra geral e enumera as situações excepcionais em que esta pode ser afastada. Dessa opção de redação da proposta decorre exigência de interpretar restritivamente as hipóteses de sujeição do Estado estrangeiro ao poder jurisdicional do foro.

Ademais, a resolução de Hamburgo permite constatar que os elementos característicos de uma abordagem restritiva das imunidades dos Estados já estavam bem definidos muito antes de se tornarem a abordagem jurídica predominante na Europa e na América.

### 1.3.2 A Resolução de Aix-en-Provence, de 1954, e a Convenção Europeia de 1972

Em 1954, o Instituto de Direito Internacional, observando que novas questões haviam surgido desde sua última deliberação sobre o tema das imunidades do Estado, retomou o tema e aprovou a breve resolução de *Aix-en-Provence*, composta por cinco artigos, intitulada *L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers*, cujo relator foi *Ernest Lémonon* (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 1954).

O primeiro artigo reafirma a regra geral de que os tribunais de um Estado não podem conhecer os litígios que digam respeito a atos de império (*actes de puissance publique*) praticados por um Estado estrangeiro ou por uma pessoa jurídica que seja dele uma extensão. Note-se que o instituto mantém sua posição favorável em relação à concepção restritiva das imunidades jurisdicionais do Estado.

O segundo artigo confirma que o Estado pode renunciar a sua imunidade jurisdicional e que tal renúncia pode ser expressa ou tácita, mas deve sempre ser clara. O dispositivo informa que a renúncia pode resultar de uma manifestação do Estado quanto ao mérito da questão apresentada ao tribunal, ou do Estado figurar como autor, interveniente ou terceiro opositor perante tribunal estrangeiro. Do mesmo modo, o dispositivo orienta que o Estado quando autor não pode evitar uma demanda reconvençional que possua relação direta com a demanda principal. Nessa parte, a resolução confirma a de 1891, sendo, no entanto, mais explícita quanto às figuras da intervenção, oposição e reconvenção.

O artigo terceiro reitera, de certo modo, os termos do artigo primeiro, ao afirmar a competências dos tribunais em relação a Estados estrangeiros ou pessoas jurídicas que atuem como seus prolongamentos, sempre que o litígio não envolver atos de império. O dispositivo esclarece que a definição do que está compreendido em um ato de império é definido pela *lex fori*.

Nesse ponto, a resolução de *Aix-en-Provence* esclarece a anterior, ao indicar de forma expressa a lei local como critério para identificar se determinado ato constitui ou não um exercício do poder de império de um Estado estrangeiro. O posicionamento é coerente com a visão de que as imunidades jurisdicionais são um tema que toca de perto ao exercício das jurisdições locais e que é a prática destas que constitui a primeira fonte do direito internacional quanto à matéria.

A prescrição do artigo terceiro também reflete a concepção vigente à época, quando ainda não havia certeza quanto à natureza jurídica das normas relativas às imunidades

jurisdicionais, cujo caráter de normas obrigatórias internacionais de fonte costumeira só foi declarado em um documento obrigatório quando da decisão da Corte Internacionais de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* em 2012. Até então, era praxe conduzir os raciocínios relativos à imunidade de jurisdição com certa ambiguidade em relação a seu caráter, que se apresentava ora como matéria guiada por regras de cortesia, ora como fruto de mera conveniência, ora como baseada em relações de reciprocidade e, em geral, como instituto sem uma regência autônoma por parte do direito internacional.

O artigo quarto ressalva a aplicação de imunidades jurisdicionais em relação a litígios decorrentes de dívidas assumidas pelo Estado estrangeiro, resultantes de empréstimos públicos contratados no território do foro, ressaltando a possibilidade do Estado estrangeiro aceitar a competência dos tribunais locais. Aqui, também, não há diferença significativa em relação ao disposto no artigo 5º da Resolução de Hamburgo de 1891.

Por último, o quinto artigo veda a possibilidade de execução forçada ou de adoção de medidas cautelares em relação a bens de propriedade do Estado estrangeiro afetos ao exercício de suas atividades governamentais, desde que não relacionadas à exploração econômica.

Como se pode notar, a resolução de *Aix-en-Provence* é fortemente caracterizada pela oposição entre atos de império e atos de gestão, sendo estes últimos ainda percebidos como atos nos quais o Estado atua de forma análoga a um particular. Segue presente também a noção de que a construção das hipóteses de exercício da jurisdição do foro são restrições à regra geral da imunidade e devem, portanto, ser interpretadas de forma restritiva.

Em sentido oposto, no ano anterior à aprovação da resolução, *Lalive* propôs em seu curso na Haia que se invertesse a fórmula da imunidade, de forma a acentuar não mais o princípio da imunidade como norma geral, acompanhado de determinadas exceções, mas sim o princípio da imunidade limitada aos atos de *puissance publique*, atos estes que deveriam ser agrupados em categorias específicas. A proposta era que se substituísse a fórmula “*L’État étranger jouit de l’immunité juridictionnelle, sauf lorsqu’il accomplit des actes de gestion privée*”, por uma versão que invertia a sua lógica, a saber : “*L’État étranger ne jouit de l’immunité juridictionnelle que pour certains actes dits de puissance publique*”. Com essa pequena mudança, a presunção seria invertida e o ponto de partida para a consideração do problema seria o princípio da plena jurisdição. A consequência prática da proposta seria o exercício pleno da jurisdição estatal salvo se o Estado estrangeiro demonstrasse que o seu ato estava enquadrado em uma das categorias específicas de atos soberanos (LALIVE, 1953, p. 285).

Segundo o próprio *Lalive*, a sua proposta era menos radical e audaciosa que a de *Lauterpacht*, com sua teoria da abolição da imunidade, e teria maior chance de ser incorporada à prática dos Estados, pois representava, sobretudo, uma consolidação da prática jurisprudencial mais avançada e não uma ruptura com o pensamento jurídico da época. No entanto, como se pode ver, mesmo sendo uma proposta mais moderada, a ideia não foi incorporada pelo Instituto de Direito Internacional que, deve-se destacar, não é uma entidade conservadora, pelo contrário, caracteriza-se por sua postura em favor do aperfeiçoamento do direito internacional. Permite-se concluir que, em seu curso, *Lalive* afirmou, com certo humor, que naquele momento não havia condições para aceitação da teoria “*quelque peu révolutionnaire*” de *Lauterpacht* (LALIVE, 1953, P. 286-287; LAUTERPACHT, 1951, p. 236-237).

A resolução de *Aix-en-Provence* não incluiu em seus dispositivos um rol de hipóteses com as possíveis exceções às imunidades jurisdicionais dos Estados estrangeiros, donde se conclui que os avanços que o direito internacional implementara até aquele momento correspondiam, em certa medida, àquilo que o Instituto preconizou tantos anos antes, na resolução de Hamburgo. Com isso, não é de estranhar que o documento não contemple a exceção territorial.

De fato, após lenta maturação, o tema das imunidades foi alvo de um esforço de codificação, de âmbito regional, com a Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, de 1972, a qual, cabe ressaltar, apenas oito Estados ratificaram até 2018. É ela o primeiro documento de natureza obrigatória, de natureza convencional, sobre o tema das imunidades jurisdicionais. E contém a codificação da exceção territorial, com a seguinte redação:

Article 11

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

Como se pode ler, a redação do artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição do Estado também não se refere à ação de forças armadas. No entanto, a mesma é complementada pelo artigo 31 da mesma Convenção, onde se lê:

Article 31

Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

O artigo 31, à primeira vista, parece indicar que a exceção à imunidade constante no artigo 11 da Convenção, ou em quaisquer outras partes dela, não se aplica aos fatos decorrentes da ação de forças militares estrangeiras no território do foro, de modo que, se a Convenção é um documento que consagra a imunidade como regra geral e enumera especificamente as exceções, isso equivale a dizer que a ação de forças militares estrangeiras no território do foro permanece ao abrigo da imunidade jurisdicional.

No entanto, é possível ler o dispositivo no sentido de afirmar que a Convenção como um todo não afeta as imunidades de Estados estrangeiros em razão da atuação de suas forças armadas no território do foro, que continuaria, portanto, sob a regência do direito costumeiro. A interpretação do direito costumeiro, por sua vez, divide-se entre afirmar que o mesmo não contempla regra alguma relativa à imunidade jurisdicional relativa aos atos de forças armadas ou afirmar que a norma costumeira consagra a imunidade estatal pelos atos de suas forças militares.

De volta aos progressos da teoria restritiva das imunidades, pode-se afirmar que a mesma não fez grandes avanços após sua formulação inaugural pelo Instituto de Direito Internacional, em 1891. Recorde-se que *Lalive* propôs, sem sucesso, que se invertesse a presunção em favor da imunidade jurisdicional e que se adotasse uma presunção em favor do exercício do poder jurisdicional do foro.

Pois bem, quase um século depois da resolução de Hamburgo, em 1988, *Motoo Ogiso*, ao assumir a relatoria especial da Comissão de Direito Internacional, sugeriu uma alternativa diferente, mais moderada que a de *Lalive*, mas com o mesmo efeito em termos de ônus probatório. A proposta consistia em definir o Estado como imune em relação aos atos praticados no exercício de autoridade soberana e sujeito à jurisdição estrangeira nas circunstâncias elencadas no Projeto de Convenção (*Draft Articles*). Nessa proposta, os Estados não usufruiriam de nenhuma imunidade residual, pois caberia aos mesmos o ônus de provar que seus atos submetidos ao escrutínio do judiciário estrangeiro foram praticados *jure imperii*. Nenhum membro da Comissão apoiou a proposição e o Relator não a adotou (FOX; WEBB, 2015, p. 288).

Conclui-se que, ao fim da década de 1980, não se aceitava substituir a regra geral de imunidade sujeita a exceções por alguma versão que impusesse maior ônus processual ao Estado em suas relações com a jurisdição estrangeira. Nem se cogitava de adotar como ponto de partida o princípio da plena jurisdição do foro. E não se imaginava sequer por hipótese abolir a imunidade de jurisdição do Estado.

### 1.3.3 A Resolução da Basileia, de 1991, e o caso *Voiotia*, de 2000

Em 1991, na Sessão de Basileia, o Instituto de Direito Internacional aprovou resolução intitulada *Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement*, cujo relator foi *Ian Brownlie* (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 1991).

A resolução foi aprovada no mesmo ano em que a Comissão de Direito Internacional concluiu seus trabalhos sobre o tópico das imunidades jurisdicionais dos Estados e de seus bens e submeteu o projeto de convenção sobre a matéria ao Sexto Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas. Como se sabe, essa proposta foi adotada em 2004 e aguarda o número suficiente de ratificações para entrar em vigor. Deste modo, a aproximação entre os conteúdos dos trabalhos do Instituto e da Comissão não deve surpreender, ao passo que suas divergências podem ajudar a identificar os pontos polêmicos no debate contemporâneo acerca da matéria.

A resolução da Basileia é composta por dois considerandos e sete artigos, destes, apenas o primeiro não é dividido em parágrafos. O primeiro considerando destaca as mudanças significativas que o instituto das imunidades sofre desde a adoção da resolução de *Aix-en-Provence* em 1954, tanto na prática dos Estados quanto na doutrina e na jurisprudência; o segundo destaca a utilidade de propor soluções para a aplicação, nos diversos sistemas jurídicos nacionais, das normas relativas à imunidade de jurisdição e de execução dos Estados tendo em vista a restrição dessas prerrogativas ao mesmo tempo em que se assegura a proteção dos interesses essenciais do Estado.

O artigo primeiro define o escopo da resolução, esclarecendo que a mesma trata exclusivamente da competência do foro a respeito de atos ou omissões de um Estado estrangeiro que seja parte em procedimentos perante seus tribunais ou outros órgãos com poderes de natureza quase judicial.

O artigo segundo é dividido em três parágrafos e trata dos critérios indicativos da competência dos tribunais ou outros órgãos do foro em matéria de imunidade de jurisdição. O primeiro parágrafo reza que a competência dos órgãos do foro deve ser estabelecida caso a caso, à luz dos fatos e critérios relevantes, vetada a aplicação de qualquer presunção que leve a priorizar o exercício ou o afastamento da jurisdição local.



O segundo parágrafo do artigo segundo determina, ressalvadas as convenções em sentido contrário e inobstante eventual pedido de imunidade, que o foro é competente para conhecer as demandas contra Estado estrangeiro ou seus agentes que tiverem por objeto: a) operações comerciais; b) controvérsias oriundas de relações de natureza privada, a exemplo de contratos comerciais ou de prestação de serviços, empréstimos e ajustes financeiros, caução ou garantias de obrigações financeiras, propriedade, posse, usufruto, propriedade industrial e intelectual, questões relativas à sociedades ou associações dotadas ou não de personalidade jurídica, ações reais visando navios e cargas, letras de câmbio; c) contratos de trabalho ou de utilização de serviços profissionais; d) controvérsias resultantes de relações às quais o foro não atribui caráter de direito privado, mas que se constituem com base na boa fé e na confiança sob o regime do direito local; e) morte ou danos corporais a pessoas, bem como perda ou danos a bens tangíveis, imputáveis à ação do Estado ou seus agentes na jurisdição do foro; f) direitos de Estado estrangeiro sobre bens móveis ou imóveis decorrentes de sucessão, doação ou vacância, ou relativos à administração de bens integrantes de espólio, ou do patrimônio de pessoa doente mental ou falida, ou relativos à gestão do patrimônio de uma sociedade em vias de dissolução ou liquidação, ou relativos à gestão de bens de *trust* ou de bens de outra forma detidos em regime fiduciário; g) poder de vigilância do foro no âmbito de convenções de arbitragem firmadas entre Estado estrangeiro e pessoa física ou jurídica; h) transações que originaram disputas que as partes não pretendem, infere-se razoavelmente, resolver pela via diplomática; i) obrigações tributárias, impostos sobre renda, direitos aduaneiros, direitos de selo, taxas de registro e imposições similares, desde que tais obrigações acompanhem normalmente, segundo o direito local, as relações comerciais ou outras relações jurídicas.

O artigo segundo, em seu parágrafo terceiro, dispõe que, não havendo acordo em sentido contrário e estando em questão a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, o foro é incompetente para conhecer o mérito de uma ação que envolva: a) determinar a relação entre o objeto do litígio e a validade de transações do Estado estrangeiro em termos de direito internacional público; b) determinar a relação entre o objeto do litígio e validade de atos administrativos e legislativos internos do Estado estrangeiro em termos de direito internacional público; c) questões cuja resolução houver sido submetida a outro sistema procedimental; d) questão relativa ao conteúdo ou execução de políticas do Estado estrangeiro em matéria de relações exteriores, defesa nacional ou segurança pública; e) ações relativas à validade, à interpretação ou à aplicação de acordos intergovernamentais que tenham criado organismos, instituições ou fundos regidos pelas normas do direito internacional público.

O artigo terceiro da resolução contém três parágrafos e trata das agências do Estado e de suas subdivisões políticas. O primeiro parágrafo estipula que os critérios gerais de competência elencados no artigo segundo são aplicáveis às agências e subdivisões políticas de Estados estrangeiros qualquer que seja sua designação formal ou *status* constitucional. O parágrafo segundo determina que o fato de uma agência ou subdivisão política de um Estado estrangeiro possuir personalidade jurídica própria não exclui, por si, as imunidades jurisdicionais relativas às suas atividades. O parágrafo terceiro estatui que o fato de uma entidade possuir o *status* de unidade constitutiva de um Estado federal, ou um *status* comparável em termos de autonomia sob as leis do Estado estrangeiro, não impede a aplicação de imunidades às suas atividades.

O artigo quarto da resolução, por sua vez, dispõe acerca de medidas constritivas e é composto por cinco parágrafos. O primeiro deles afirma que os bens de um Estado estrangeiro não podem ser submetidos a nenhum procedimento ou ordem proveniente dos tribunais ou outros órgãos do foro para a satisfação ou execução de um julgamento ou decisão, ou para efeitos de medidas acautelatórias em preparação para a execução, exceto na forma definida nos demais parágrafos do artigo quarto e no artigo quinto.

O parágrafo segundo do artigo quarto define as categorias de bens do Estado que são imunes a medidas constritivas, a saber: a) bens utilizados ou destinados ao uso por missões diplomáticas ou consulares, ou por missões especiais ou missões junto a organizações internacionais; b) bens em uso ou destinados à utilização pelas forças armadas do Estado para fins militares; c) bens do banco central ou da autoridade monetária do Estado ou reservados para utilização para os propósitos dos mesmos; d) bens identificados como parte da herança cultural do Estado, ou de seus arquivos, e que não sejam colocados nem se pretenda destiná-los à venda.

O parágrafo terceiro do artigo quarto, ressalvado o disposto no parágrafo segundo, determina que estão sujeitos a medidas constritivas: a) bens afetos ou destinados pelo Estado para a satisfação do crédito em questão; b) outros bens situados no território do foro, em uso ou destinados para atividades comerciais, quando os bens a que se refere a alínea anterior forem exauridos ou se mostrarem insuficientes para a satisfação do crédito.

O parágrafo quarto estipula que o artigo quarto aplica-se aos bens de propriedade ou na posse das agências do Estado ou de suas subdivisões políticas, qualquer que seja sua designação formal ou *status* constitucional, sem prejuízo da devida identificação: a) da entidade jurídica responsável pela satisfação do crédito; b) dos bens que pertençam a tal

entidade os quais poderão responder de acordo com o parágrafo terceiro a medidas de adjudicação e penhora para satisfação de suas responsabilidades.

O parágrafo quinto do artigo quarto determina que os tribunais e outros órgãos do foro darão efeito adequado ao princípio da proporcionalidade entre a reparação pleiteada e as consequências das medidas de constrição.

O artigo quinto, por sua vez, trata do consentimento à jurisdição ou da renúncia à imunidade e divide-se em dois parágrafos. O primeiro determina que o Estado estrangeiro não pode invocar imunidade de jurisdição ou de execução se expressamente houver consentido com o exercício de jurisdição pelo tribunal ou órgãos análogos através: a) de acordo internacional; b) de contrato escrito; c) de declaração relacionada ao caso específico; d) de submissão voluntária à jurisdição ao iniciar processo, ou ao intervir em procedimentos visando questões de mérito, ou por ações de efeito processual análogo. O parágrafo segundo define que o consentimento ao exercício da jurisdição não implica o consentimento para a adoção de medidas executórias, as quais requerem consentimento específico e explícito.

O artigo sexto trata do princípio da boa-fé, afirmando que ao mesmo deve ser dado o peso apropriado na aplicação da resolução.

O artigo sétimo da resolução contém as disposições de salvaguarda, dispostas em cinco parágrafos. O primeiro deles resguarda que a resolução não pretende apontar direta ou indiretamente a validade de doutrinas relativas à competência de tribunais domésticos que fazem parte de um ou mais sistemas de direito doméstico, das quais a doutrina do ato de Estado é um exemplo. O segundo parágrafo acautela que a resolução não pretende regular a questão geral do reconhecimento da validade de atos governamentais estrangeiros, enquanto matéria de direito internacional privado. O parágrafo terceiro ressalva que o Estado estrangeiro que invoca imunidade jurisdicional em relação a um processo perante um órgão do foro não está, por causa disso, impedido de arguir a incompetência daquele órgão para decidir quanto ao objeto do litígio por outras razões que não a imunidade de jurisdição. O parágrafo quarto adverte que a resolução não diz respeito aos privilégios e imunidades conferidas ao Estado pelo direito internacional em relação ao exercício das funções de: a) missões diplomáticas, postos consulares, missões especiais, missões junto a organizações internacionais ou delegações junto a órgãos de organizações internacionais ou a conferências internacionais; b) pessoas a elas relacionadas. O parágrafo quinto acautela, por fim, que a resolução não diz respeito aos privilégios e imunidades conferidas aos chefes de Estado pelo direito internacional.

Com relação à exceção territorial, cabe destacar aqui que a redação que a resolução da Basileia deu à mesma não eliminou a ambiguidade em relação às mortes, lesões e danos causados por forças militares estrangeiras no território do foro. A dicção do dispositivo é a seguinte:

Article 2 - Criteria Indicating the Competence of Courts or Other Relevant Organs of the Forum State in Relation to Jurisdictional Immunity

[...]

2. In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the competence of the relevant organs of the forum State to determine the substance of the claim, notwithstanding a claim to jurisdictional immunity by a foreign State which is a party:

[...]

e) The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 1991).

Um complicador acrescenta-se à discussão acerca da exceção territorial com os julgamentos nos casos *Voiotia*, que a Corte de Cassação da Grécia julgou em 2000, e *Ferrini*, que a Corte de Cassação da Itália julgou em 2004, que decidiram pelo afastamento da imunidade jurisdicional da Alemanha pelos crimes que suas forças militares cometeram no território desses países durante a II Guerra Mundial. Em ambos os casos, conjugou-se a exceção territorial com a violação de normas imperativas do direito internacional para afastar a imunidade jurisdicional pela prática de crimes de guerra por forças militares estrangeiras no território do foro.

A decisão no caso *Voiotia* invocou, como evidência do direito costumeiro, a exceção territorial que a Convenção Europeia sobre Imunidades do Estado prevê em seu artigo 11, mas não enfrentou o artigo 31, que, ou afasta a incidência do artigo 11 sobre a ação de forças militares, ou afasta a incidência da própria convenção, o que tornaria necessário buscar outra evidência do direito costumeiro. Diz o julgamento nessa parte:

According to Article 11 of this codifying Convention, a Contracting Party cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting Party in relation to its civil liability to provide restitution for damage caused by torts against the person or property (including bodily harm, whether caused intentionally or by negligence, manslaughter, destruction of property, arson, etc.) irrespective of whether the tort was committed by the contracting party acting *jure imperii* or *jure gestionis* (GREECE, 2000, p. 517).

Com relação às violações de normas imperativas, para a Corte de Cassação grega, estas implicam uma renúncia tácita à imunidade jurisdicional e retiram o caráter soberano dos atos que as forças militares alemãs praticaram. A formulação se deu nos seguintes termos:

Consequently, the trial court was entitled to rule that it had international jurisdiction over the relevant claims for damages and pecuniary satisfaction brought by the

plaintiffs, albeit on the different ground that the defendant State could not invoke its right of immunity, which it had tacitly waived since the acts for which it was being sued were carried out by its organs in contravention of the rules of *jus cogens* (Article 46 of the Regulations on the Laws and Customs of War Annexed to the Fourth Hague Convention of 1907) and did not have the character of acts of sovereign power. The trial court therefore correctly concluded, as to the result in relation to the question of the existence of its international jurisdiction, that the plea of lack of international jurisdiction was inadmissible (GREECE, 2000, p. 521).

Como se pode ver, o fim do século XX contemplou o início da segunda onda de transformações no direito das imunidades jurisdicionais. A primeira teve como marco inicial a resolução de Hamburgo e consiste na sistematização e consolidação, ao menos no ocidente, da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional do Estado. A segunda tem como ponto de partida a decisão no caso *Voiotia* e consiste na consagração das normas de *jus cogens* como parâmetro para avaliar se o Estado estrangeiro renunciou tacitamente às suas prerrogativas ou se seus atos perderam o caráter soberano.

Como se verá a seguir, ainda não se pode afirmar que essa segunda vaga obterá o mesmo êxito da primeira, mas, seguramente, as forças que a impulsionam estarão no centro dos debates sobre a evolução do direito internacional nas próximas décadas.

#### 1.3.4 A Resolução de Vancouver, de 2001, e o caso *Ferrini*, de 2004

A resolução de Vancouver, de 2001, intitulada *Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*, que teve como relator *Joe Verhoeven*, aprofundou a questão constante no parágrafo quinto do artigo sétimo da resolução da Basileia (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2001).

Cabe apontar, desde logo, que, por sua temática, a resolução de Vancouver não trata da exceção territorial e, muito menos, de sua aplicação ou não à atuação de forças armadas estrangeiras no território do foro. De toda forma, a mesma é relevante pois é a primeira resolução do instituto sobre a matéria na esteira da célebre decisão no caso *Pinochet*, de 1999.

A resolução de Vancouver é composta de uma parte preambular, contendo cinco considerandos e de uma parte dispositiva, composta por dezesseis artigos. O primeiro considerando recorda as resoluções do Instituto sobre o tema das imunidades do Estado de 1891, 1954 e 1991; o segundo afirma a intenção de esclarecer as dúvidas relativas à prática contemporânea da inviolabilidade e das imunidades de jurisdição e execução das quais gozam

chefes de Estado e de governo perante autoridades de outros Estados; o terceiro afirma que aos chefes de Estado e de governo deve ser dado tratamento diferenciado, não em função de seus interesses pessoais, mas devido à necessidade de exercício independente e eficaz de suas responsabilidades, tanto no interesse do Estado que representam quanto no interesse da comunidade internacional como um todo; o quarto considerando recorda que as imunidades reconhecidas a chefes de Estado ou de governo estrangeiros não implicam o direito de desrespeitar as normas em vigor no foro; o quinto, por fim, destaca que as imunidades não devem permitir a apropriação ilícita de bens públicos e que todos os Estados devem prestar-se mútua assistência com vistas à recuperação dos mesmos, conforme os princípios adotados na Sessão de Oslo de 1977, em sua *Résolution sur Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public* (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 1977).

Os dispositivos da Resolução de Vancouver estão divididos em três partes. A primeira é relativa ao chefe de Estado em exercício e compreende os doze primeiros artigos. A segunda trata do ex-chefe de Estado e compreende os artigos 13 e 14. A terceira parte diz respeito ao chefe de governo e compreende os artigos 15 e 16.

O artigo primeiro afirma a inviolabilidade do chefe de Estado em território estrangeiro, destacando que o mesmo não pode ser submetido a qualquer forma de prisão ou detenção, devendo as autoridades tratá-lo com o respeito devido e adotar todas as medidas razoáveis para evitar que se atente contra sua pessoa, liberdade ou dignidade.

O artigo segundo dispõe que o chefe de Estado goza de imunidade à jurisdição penal estrangeira por qualquer crime que possa haver cometido, qualquer que seja sua gravidade. Mais adiante, no artigo décimo primeiro, parágrafo segundo, a resolução fez a devida ressalva às obrigações que os Estados assumiram - de colaborar com a persecução e eliminar a impunidade - em relação a certos crimes internacionais.

Deve-se ressaltar que o Instituto de Direito Internacional complementou e especificamente desenvolveu essa disposição em 2009, na sessão Nápoles, que tratou da imunidade de jurisdição do Estado de seus agentes nos casos de crimes internacionais.

Prosseguindo, o artigo terceiro da Resolução de Vancouver estatui que o chefe de Estado não goza de imunidade de jurisdição em matéria civil ou administrativa, a não ser quanto aos atos praticados no exercício de suas funções oficiais, salvo se, neste caso, tratar-se de reconvenção. De todo modo, em nenhuma hipótese o chefe de Estado poderá ser alvo de medida jurisdicional quando se encontrar no território do foro no exercício de suas atribuições oficiais.

O artigo quarto, por sua vez, trata em seus três parágrafos dos bens do chefe de Estado, estabelecendo que: 1) seus haveres pessoais localizados no estrangeiro não podem ser penhorados ou objeto de qualquer forma de execução forçada, salvo se para dar efeito a um julgamento contra ele que tenha transitado em julgado, ressalvado que seus bens não podem ser objeto de penhora ou medida executória quando o chefe de Estado se encontrar no foro no exercício de suas atribuições oficiais; 2) quando a legalidade da propriedade de bens pelo chefe de Estado for posta em causa, as disposições do parágrafo anterior não impedem que as autoridades do foro adotem as medidas acautelatórias indispensáveis para lhes conservar o controle enquanto a questão é resolvida; 3) os Estados, em conformidade com seus deveres recíprocos de cooperação, devem adotar todas as medidas cabíveis para lutar contra práticas ilícitas, principalmente identificando a origem de depósitos e movimentos de fundos e fornecendo todas as informações a esse respeito.

O artigo quinto exclui as imunidades jurisdicionais da família do chefe de Estado ou dos membros de sua comitiva quando em viagem ao exterior, salvo a título de cortesia, ressalvadas as imunidades das quais possam gozar a outro título, especialmente o de membro de missão especial.

O artigo sexto determina que as autoridades do Estado devem garantir ao chefe de Estado estrangeiro, a partir do instante em que essa qualidade é conhecida, a inviolabilidade pessoal, a imunidade jurisdicional e a imunidade de execução que lhe são de direito.

O artigo sétimo, em seu parágrafo primeiro, estabelece que o chefe de Estado deixa de gozar de inviolabilidade e das imunidades de jurisdição e execução reconhecidas pelo direito internacional quando seu Estado de origem renunciar às mesmas, de acordo com suas regras domésticas; o parágrafo segundo, por sua vez, determina que a renúncia deve ocorrer quando o Chefe de Estado for suspeito de haver cometido infrações particularmente graves ou quando o exercício de suas funções não for comprometida pelas decisões que as autoridades do foro possam adotar.

O artigo oitavo reconhece, em seu parágrafo primeiro, que os Estados podem, por mútuo acordo, estabelecer as limitações que desejarem à inviolabilidade pessoal e às imunidades de jurisdição e de execução de seus chefes de Estado. O parágrafo segundo ressalva que, ausente limitação expressa, presume-se a sua inexistência, uma vez que uma restrição dessa natureza deve ser estabelecida sem ambiguidade.

Em sua dicção, o artigo nono ressalva que nada na resolução deve ser compreendido no sentido de proibir que um Estado, por ato unilateral praticado dentro dos

limites do direito internacional, outorgue prerrogativas mais amplas que as nela definidas aos chefes de Estado estrangeiros.

O artigo décimo, por sua vez, define que nada na resolução diz respeito ao direito ou à obrigação de um Estado aceitar ou recusar o acesso ou a permanência em seu território de um chefe de Estado estrangeiro.

Já o artigo décimo primeiro é composto por três parágrafos, nos quais está disposto: 1) que as disposições da resolução não afetam as obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas ou dos estatutos dos tribunais penais internacionais bem como, para os Estados que dele são partes, do Tribunal Penal Internacional; 2) que as disposições da resolução não dizem respeito às regras que definem a competência do tribunal perante o qual a imunidade é alegada, ou às regras relativas à determinação dos crimes contra o direito internacional, ou às obrigações de cooperação que vinculam os Estados em relação a estas matérias; 3) nada na resolução implica ou permite entender que um chefe de Estado goza de imunidades perante tribunais internacionais de competência universal ou regional.

O artigo décimo segundo, encerrando a primeira parte da resolução, afirma que a mesma não prejudica o efeito do reconhecimento ou não da aplicação de seus dispositivos por um Estado ou governo estrangeiros.

A segunda parte da resolução trata do ex-chefe de Estado e estatui no artigo décimo terceiro, em seus três parágrafos, que o mesmo: 1) não se beneficia de nenhuma inviolabilidade em território estrangeiro; 2) não se beneficia de imunidade jurisdicional seja em matéria penal, seja em matéria civil ou administrativa, salvo as decorrentes dos atos oficiais que tenha praticado durante o exercício de suas funções, podendo, em todo caso, ser processado e julgado quando os atos que são a ele pessoalmente atribuídos constituam crimes perante o direito internacional, ou tenham sido praticados principalmente para satisfazer um interesse pessoal ou quando os mesmos constituírem apropriação ilícita de haveres ou recursos do Estado; 3) não se beneficia de nenhuma imunidade de execução.

O artigo décimo quarto determina que ao ex-chefe de Estado se aplicarão, *mutatis mutandis*, as disposições dos artigos quarto, parágrafos dois e três, e quinto a décimo segundo, dentro dos limites nos quais os mesmos se beneficiem das imunidades previstas no artigo décimo terceiro. Aqui a resolução confirma que as únicas imunidades que subsistem para ex-chefes de Estado são aqueles *ratione materiae*, cujo efeito se prolonga no tempo como uma forma de proteger os atos soberanos dos Estados, de todo modo ressalvados os crimes perante o direito internacional e os atos viciados por desvio de finalidade ou apropriação ilícita de patrimônio estatal.



Em relação à prática de crimes internacionais, a resolução segue o precedente estabelecido com a decisão no pedido de extradição do General chileno *Augusto Pinochet*, julgado pela Câmara dos Lordes britânica em 1999. Com relação ao desvio de finalidade e à apropriação de bens e recursos do Estado, a resolução reflete a evolução da cooperação judicial internacional na busca da recuperação de ativos e responsabilização por delitos contra a administração pública, o que é deveras lógico, uma vez que as imunidades jurisdicionais jamais poderiam evitar que o próprio Estado titular das prerrogativas buscasse alcançar os dirigentes e ex-dirigentes que tenham violado suas normas jurídicas.

A terceira parte da resolução se refere aos chefes de governo e nos dois parágrafos do artigo décimo quinto define que: 1) o chefe de governo se beneficia da inviolabilidade e imunidade jurisdicional reconhecidas ao chefe de Estado, sendo que esta disposição não compromete as imunidades de execução que lhe possam ser reconhecidas; 2) o parágrafo primeiro não prejudica as imunidades que porventura sejam reconhecidas aos demais membros do governo em razão de suas funções oficiais.

O artigo décimo sexto, por sua vez, estende a aplicação dos artigos 13 e 14 da resolução aos ex-chefes de governo.

A resolução de Vancouver, sobre as imunidades de jurisdição e execução de chefes de Estado e de governo, não sofreu alterações com a resolução de Cracóvia, intitulada *Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*, de 2005, relatada por *Christian Tomuschat*. Nesta última, o instituto ressalvou, no artigo sexto, que os dispositivos da mesma não dizem respeito às imunidades definidas pelo direito internacional (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2005).

Isso serve para deixar claro que os temas da jurisdição e das imunidades jurisdicionais, embora intimamente relacionados, pertencem a domínios distintos. A jurisdição é uma questão anterior e sua existência é um pressuposto necessário para que se discuta se há incidência de alguma modalidade de imunidade jurisdicional. Ou seja, a existência de jurisdição não implica a inexistência de imunidade, ao passo que a existência de imunidade pressupõe que antes se configure a existência de jurisdição.

A mesma lógica se aplica às reparações cíveis pela prática de crimes internacionais, as quais não foram objeto de deliberação até a resolução de Talin, sobre *Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes*, que o instituto adotou em 2015. Nessa resolução, dois dispositivos dialogam necessariamente com o tema das imunidades: o artigo primeiro, que postula que as vítimas de crimes internacionais têm direito a uma reparação a cargo do sujeito ou sujeitos responsáveis pelos danos sofridos; e

o artigo quinto, no qual se recomenda que as imunidades dos Estados não devem constituir obstáculo à obtenção de reparação civil pelas vítimas de crimes internacionais (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2015).

De volta à questão da ação de forças armadas estrangeiras no território do foro e, particularmente, do julgamento de crimes de guerra que elas cometeram, os anos que se seguiram à resolução de Vancouver trouxeram dois eventos de grande significado. O primeiro deles foi o julgamento do caso *Ferrini*, em 2004, que confirmou, embora com um fundamento diferente, o julgamento anterior do Tribunal de Cassação grego no caso *Voiotia*, com destaque para a utilização do *jus cogens* como elemento normativo fundamental para a decisão de afastar a imunidade jurisdicional da Alemanha. O segundo foi a adoção, pelas Nações Unidas, da Convenção sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens, também em 2004, que codificou pela primeira vez, em uma convenção de alcance universal, a exceção territorial.

Quando do julgamento do caso *Ferrini*, a Corte de Cassação italiana optou por desenvolver um argumento diferente daquele que a Corte de Cassação grega elaborou. Assim, para o tribunal italiano, a principal questão foi definir se a imunidade jurisdicional era aplicável na hipótese de condutas extremamente graves, que constituíssem crimes internacionais. De início, afirmou que a congênere grega errou ao indicar o artigo 11 como prova do costume internacional, pois é o artigo 31 que exclui a aplicação da Convenção Europeia sobre Imunidades do Estado quando se tratar da ação de forças militares. Além disso, o tribunal italiano discordou da tese de que a violação de normas imperativas implica a renúncia à imunidade jurisdicional, pois esta exige uma intenção bem definida (ITALY, 2004, p. 665-668).

Na sentença, o tribunal italiano afirmou que há um conflito, evidenciado com a dissidência no caso *Al-Adsani*, entre as normas que comandam a imunidade jurisdicional e as que orientam a reação diante de graves violações do direito internacional, cuja solução se dá pelo reconhecimento da precedência das normas de hierarquia mais elevada. Ao mesmo tempo, reconheceu que decisões recentes da jurisprudência internacional afirmaram o direito dos Estados à imunidade jurisdicional em face de crimes internacionais (ITALY, 2004, p. 669).

A Corte de Cassação italiana, porém, se insurgiu ante a jurisprudência internacional, e o fez nos seguintes termos:

Thus, the deliberations contained in these judgments do not invalidate the conclusions already reached above. In effect, they can be summed up in the proposition [...] that only an express normative provision would be able to justify

derogation from the principle of State immunity. However, no matter how often it is repeated, this proposition is one with which this Court cannot agree (ITALY, 2004, p. 671).

Essa flagrante admissão de teimosia assenta melhor em casas parlamentares que em tribunais, mas se tornou moeda corrente na prática judiciária e na teoria do direito. Como afirmou-se alhures, é resultado de uma posição respeitável, que busca realizar a justiça no caso concreto, mas que se revela disfuncional ao privilegiar demasiadamente a adequação da decisão em detrimento de sua previsibilidade, pois um sistema jurídico, seja ele qual for, só funciona quando a adequação não se descaracteriza em anomia e a previsibilidade não se deturpa em rigidez.

De todo modo, foi assim que a Corte de Cassação italiana, após apresentar elementos costumeiros da existência da exceção territorial à imunidade jurisdicional e de reiterar que se tornou óbvio que os Estados não podem invocar a prerrogativa em face de crimes internacionais, decidiu que a Alemanha “[...] *does not have the right to be declared immune from the jurisdiction of the Italian courts [...]*” (ITALY, 2004, p. 671-674).

Ao mesmo tempo em que se processava o julgamento na Itália, as Nações Unidas ultimavam a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens. Mais de cem anos após a Resolução de Hamburgo, uma convenção de alcance universal codificou a exceção territorial, mas a redação do dispositivo preservou a ambiguidade, como se pode ler:

Article 12 - Personal injuries and damage to property  
Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission (UNITED NATIONS, 2004-a).

O texto da Convenção sobre Imunidade Jurisdicional de 2004 não faz referência expressa à aplicação da exceção territorial à atividade de forças armadas estrangeiras no foro, no entanto, deve-se notar que sua redação segue de perto a do artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, de 1972.

Quando a Comissão de Direito Internacional encaminhou o projeto de Convenção sobre as Imunidade Jurisdicionais dos Estados e seus Bens, fez constar nos comentários ao artigo 12 o seguinte esclarecimento:

Furthermore, the physical injury to the person or the damage to tangible property, resulting in death or total loss or other lesser injury, appears to be confined principally to insurable risks. The areas of damage envisaged in article 12 are mainly

concerned with accidental death or physical injuries to persons or damage to tangible property involved in traffic accidents, such as moving vehicles, motor cycles, locomotives or speedboats. In other words, the article covers most areas of accidents involved in the transport of goods and passengers by rail, road, air or waterways. Essentially, the rule of nonimmunity will preclude the possibility of the insurance company hiding behind the cloak of State immunity and evading its liability to the injured individuals. In addition, the scope of article 12 is wide enough to cover also intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination (UNITED NATIONS, 1991, p. 45).

O comentário indica que a exceção prevista no artigo 12 limita-se à responsabilidade civil por morte, lesão ou danos sujeitos à *lex loci delicti commissi*, ou seja, não inclui os atos de forças militares em conflitos armados. No entanto, o comentário é de 1991, bem anterior à adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional, que, por sua vez, até 2019 não entrou em vigor. Essas circunstâncias contribuíram para as incertezas em torno da norma que deveria reger a aplicação da exceção territorial, que só foram superadas com o julgamento do caso *Jurisdictional Immunities*, em 2012.

#### 1.3.5 A Resolução de Nápoles, de 2009, e o caso *Jurisdictional Immunities*, de 2012

O Instituto de Direito Internacional aprovou sua resolução mais recente sobre o tema das imunidades do Estado em 2009, na sua sessão de Nápoles. *Hazel Fox* relatou o documento intitulado *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes* (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2009).

Em seu preâmbulo, a resolução menciona as resoluções anteriores do Instituto, de 1891, 1954, 1991 e 2001, em seguida ressalta a obrigação dos Estados de respeitar e assegurar os direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição. Logo após, reconhece que o direito internacional obriga todos os Estados a respeitar e assegurar os direitos humanos de todas as pessoas em suas respectivas jurisdições; que existe um conflito subjacente entre a imunidade jurisdicional dos Estados e de seus agentes e as diversas reivindicações decorrentes de crimes internacionais e aponta o intuito de contribuir para a resolução do mesmo; e que a remoção da imunidade de jurisdição em processos perante tribunais nacionais é um caminho pelo qual pode-se obter reparação efetiva pela prática de crimes internacionais.

O artigo primeiro da resolução de Nápoles contém definições de crimes internacionais e de jurisdição. Assim, no contexto da resolução, crimes internacionais são os

crimes graves contra o direito internacional, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, a tortura e os crimes de guerra. Jurisdição, por sua vez, é termo que inclui as jurisdições penal, civil e administrativa de um país na medida que afetam ou possam afetar as imunidades de outro Estado ou seus agentes.

De acordo com o artigo segundo da resolução, o propósito das imunidades é assegurar o exercício ordenado da jurisdição, de modo que os Estados, ao exercê-la, respeitem a igualdade soberana uns dos outros e permitam aos seus representantes e agentes exercer suas funções de modo adequado. Por outro lado, os Estados têm a obrigação, de acordo com o direito convencional e costumeiro, de prevenir e reprimir crimes internacionais, assim, as imunidades jurisdicionais não devem constituir obstáculo à obtenção das reparações às quais as vítimas desses crimes têm direito. Dessa forma, o instituto recomenda que os Estados considerem abrir mão da imunidade quando se tratar da investigação e persecução dos crimes internacionais que seus agentes possam ter praticado.

Com relação às pessoas que atuam em nome do Estado, o artigo terceiro reza que nenhuma imunidade se aplica em relação a crimes internacionais, exceto as *ratione personae*, sendo que quando a posição ou missão da pessoa em gozo da prerrogativa chegar ao fim, a imunidade pessoal cessa. Tais disposições não precluem a responsabilização perante o direito internacional desses indivíduos, nem a possibilidade de atribuir ao Estado os atos desses indivíduos que constituam crimes internacionais.

O artigo quarto da resolução esclarece que seus dispositivos não determinam se e quando um Estado goza de imunidade de jurisdição perante o foro em procedimentos civis relacionados a crimes internacionais que seus agentes cometeram.

Nesse ponto, cabe mencionar novamente o artigo quinto da resolução de *Talin* (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2015), sobre a competência civil universal em matéria de reparação por crimes internacionais, relatada por *Andreas Bucher*, que dispõe que a imunidade dos Estados não deve privar as vítimas de crimes internacionais do seu direito à reparação. Nos termos desta resolução, são considerados crimes internacionais infrações graves tais como genocídio, tortura, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Da resolução de Nápoles, destacam-se duas ideias. A primeira traduz-se na conveniência de manter uma perspectiva vigorosa das imunidades estatais, mas ao mesmo tempo incentivar os Estados titulares das mesmas a abrir mão dessas prerrogativas quando se tratar do julgamento de crimes internacionais. A segunda é a ideia de atribuir ao Estado a responsabilidade pelos crimes internacionais praticados por seus agentes, o que pode facilitar a obtenção de reparações civis pelas vítimas de crimes internacionais.

Daí pode-se concluir que as recomendações do Instituto de Direito Internacional são no sentido de preservar as imunidades jurisdicionais naquilo que elas têm de funcional, ou seja, as imunidades são um elemento necessário ao resguardo da soberania estatal e operacionalizam o princípio da igualdade soberana dos Estados. No entanto, o Instituto constata que não é justificável adotar uma visão das imunidades que implique na impunidade dos agentes estatais que se utilizem do aparato de poder público sob seu controle para praticar crimes graves contra o direito internacional.

Algo a ser analisado em cotejo com essas proposições é a possibilidade de impor ao Estado que reconhece a imunidade jurisdicional, a obrigação de compensar a vítima que será prejudicada por aquela derrogação razoável de seu direito de acesso a um tribunal. Em outras palavras, ainda que o direito internacional dos direitos humanos, como afirmou a Corte Europeia de Direitos Humanos, reconheça que as imunidades jurisdicionais dos Estados constituem uma restrição razoável ao direito de acesso a um tribunal, deve-se pensar que, de todo modo, há um direito individual sacrificado para que o Estado possa cumprir suas obrigações perante o direito internacional: o direito de obter um posicionamento judiciário a respeito de um pedido de reparação por lesão ou prejuízo causados pela prática de crimes internacionais por Estado estrangeiro.

Dessa forma, uma maneira de compatibilizar o respeito ao instituto das imunidades jurisdicionais dos Estados com os direitos fundamentais dos indivíduos seria criar uma hipótese de responsabilização do Estado que outorga a imunidade, diante de seus tribunais internos, de modo que o mesmo assuma a obrigação de assumir o ônus das compensações devidas em decorrência do sacrifício razoável de um direito individual em nome da obediência ao direito internacional. Mas essa é uma solução que só pode ser encaminhada pelo direito interno de cada Estado e não pelo direito internacional.

Pelo exposto, pode-se notar que o Instituto busca impulsionar o desenvolvimento da regulação das imunidades jurisdicionais rumo a uma tutela do exercício regular da soberania estatal, buscando evitar situações nas quais os desvios na utilização do poder do Estado possam restar impunes pela aplicação indiscriminada das prerrogativas estatais.

Anos depois, os casos *Voiotia* e *Ferrini* acabaram por desaguar no caso *Jurisdictional Immunities*, que a Corte Internacional de Justiça julgou em 2012 e no qual confirmou a imunidade jurisdicional alemã.

Do ponto de vista do direito vigente, o assunto é de fácil resolução, pois a Corte Internacional de Justiça discutiu extensamente o caso e decidiu pela manutenção da imunidade jurisdicional da Alemanha.

The International Court of Justice (ICJ), however, has now made clear that in customary international law any territorial exception to State immunity does not extend to acts committed by the armed forces and other organs of the State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State, and ruled that ‘the Court considers that customary international law continues to require that a State be accorded immunity in proceedings for torts allegedly committed on the territory of another State by its armed forces and other organs of State in the course of conducting an armed conflict’ (FOX; WEBB, 2015, p. 468).

Deve-se, no entanto, ressaltar o respeitável voto divergente do Juiz Cançado Trindade, que articula a exceção territorial com o direito à reparação em face de crimes internacionais, nos seguintes termos:

There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by the victims. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, amounts to a juridical absurdity (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-b, § 312).

Como se lê, o juiz Cançado considera que se é possível afastar a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro nos casos de responsabilidade civil por acidentes de trânsito, que é o exemplo mais comum, seria absurdo não afastá-la em casos muito mais graves, como quando se está diante da prática de um crime internacional. Nesse sentido, o magistrado brasileiro advoga o predomínio absoluto das normas de *jus cogens* diante das imunidades jurisdicionais, *verbis*:

Jus cogens stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity. On the basis of all the aforesaid, my firm position is that there is no State immunity for international crimes, for grave violations of human rights and of international humanitarian law. In my understanding, this is what the International Court of Justice should have decided in the present Judgment (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-b, § 316).

A posição de Cançado traz um complicador significativo à incidência da exceção territorial, ao expandir sua incidência à luz de considerações decorrentes da aplicação das normas imperativas do direito internacional.

A decisão da Corte Internacional de Justiça também encontrou obstáculos à sua efetivação por parte do judiciário italiano. O Tribunal Constitucional da Itália, em 2014, declarou os efeitos da decisão da Corte Internacional de Justiça incompatíveis com a ordem jurídica italiana e autorizou que se afastasse a imunidade jurisdicional da Alemanha nos processos em que esta respondesse ações indenizatórias por crimes de guerra ITALY (2014-a). Ressalte-se que mais que uma postura isolada do Estado italiano, essa é uma postura

isolada do judiciário italiano, que não encontra respaldo nem no executivo nem no legislativo daquele país.

Por fim, a questão chegou ao Brasil. O assunto, que já era objeto de ações judiciais no Brasil desde a década de 2000 e que chegou diversas vezes ao Supremo Tribunal Federal, acabou por ter a sua repercussão geral reconhecida, em decisão de 2017, em caso que versa sobre a imunidade jurisdicional da Alemanha pela prática de crime de guerra no litoral brasileiro durante a II Guerra Mundial.

O direito vigente em relação à exceção territorial foi bem definido na decisão do caso *Jurisdictional Immunities* pela Corte Internacional de Justiça. Desta forma, a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro, enquanto barreira procedimental, subsiste sempre que não se caracterizar umas das exceções que a Convenção sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens prevê. Nesse sentido, leia-se:

In sum, unless the acts resulting in the personal injuries or tangible loss satisfy the stipulated jurisdictional connection with the forum State territory and also come within the heads of loss now recognized by State practice as within the tort exception in UNCSI, Article 12, State immunity will continue to bar any recovery for loss. In addition, the procedural nature of the immunity plea as now particularly emphasized by the ICJ will exclude loss for which claims are made more on the basis of moral outrage than reduction into well-defined heads of legal liability (FOX; WEBB, 2015, p. 483).

Como se vê, a questão da exceção territorial à imunidade de jurisdição é um tema a respeito do qual há uma posição definida na jurisprudência internacional, ao mesmo tempo que enseja sério debate acadêmico. As posições mais críticas ante a atual normalização do instituto são justificáveis, pois representam legítimas preocupações com os direitos de particulares vítimas de atos ilícitos dos Estados. Por outro lado, recusar a prerrogativa ao Estado estrangeiro coloca o Estado foro em uma situação dificilmente conciliável com a igual submissão de todas as soberanias ao direito internacional. Além disso, dado o caráter imprescritível dos crimes graves contra o direito internacional, a conjugação da expansão do poder jurisdicional dos Estados com a supressão das imunidades jurisdicionais pode resultar em uma série de processos contra inúmeros países, nos mais diversos foros, sob as mais diversas condições de respeito ao devido processo legal.

No momento, a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens, com interpretação conforme os comentários da Comissão de Direito Internacional e com aplicação conforme as decisões da jurisprudência internacional, consiste no melhor guia para a compreensão e desenvolvimento futuro do instituto, como se vê a seguir.



#### 1.4 A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens (2004)

O processo de elaboração da Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados teve início em 1978, quando a Comissão de Direito Internacional iniciou seus estudos sobre a imunidade de jurisdição dos Estados, os quais resultaram na elaboração de um projeto de convenção (*draft articles*) que o Comitê Jurídico das Nações Unidas recebeu para apreciação em 1991.

O trabalho que a Comissão realizou obteve boa aceitação e, com isso, em 1991, a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu estabelecer um grupo de trabalho do Comitê Jurídico para examinar o projeto (*draft articles*), no sentido de facilitar a adoção de convenção sobre a matéria (A/RES/46/55). O grupo de trabalho apresentou relatório em 1992 e teve suas atividades renovadas para 1993 (A/RES/47/414), quando produziu novo relatório. O passo seguinte da Assembleia Geral foi consultar (A/RES/48/413) os membros do Comitê Jurídico (*Legal Committee*), com o objetivo de identificar e atenuar as discordâncias no intuito de viabilizar a conclusão de uma convenção sobre imunidades. O Comitê realizou consultas informais durante a sessão de 1994 e comunicou os resultados e conclusões com os fundamentos para alcançar um compromisso. Em decisão subsequente, a Assembleia Geral convidou (A/RES/49/61) os Estados para comentar as conclusões provenientes dos relatórios elaborados em 1992, pelo primeiro grupo de trabalho que examinou o projeto (*draft articles*); em 1993, pelo segundo grupo de trabalho, que realizou a mesma tarefa; e em 1994, pelo Comitê Jurídico, a partir das consultas informais aos Estados. Em 1997, a Assembleia Geral resolveu retomar as considerações sobre o tema (A/RES/52/151) e, no ano seguinte, decidiu estabelecer novo grupo de trabalho (A/RES/53/98) do Comitê Jurídico para avaliar o Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, com o propósito de refletir sobre os desenvolvimentos recentes na legislação e na prática dos Estados (UNITED NATIONS, 1999-a, p. 127).

A partir dessas atividades, a Comissão de Direito Internacional estabeleceu, em 1999, um grupo de trabalho, liderado pelo Prof. *Gerhard Hafner*, para preparar comentários preliminares ao projeto (*draft articles*) da Convenção, de 1991. Integraram o grupo de trabalho *Chusei Yamada* (relator), *Husain Al-Baharna*, *Ian Brownlie*, *Enrique Candioti*, *James Crawford*, *Christopher John Robert Dugard*, *Nabil Elaraby*, *Giorgio Gaja*, *Qizhi He*,

*Maurice Kamto, Igor Ivanovich Lukashuk, Teodor Viorel Melescanu, Pemmaraju Sreenivasa Rao, Bernardo Sepúlveda, Peter Tomka e Robert Rosenstock.* A Comissão adotou o relatório do grupo e o anexou ao seu relatório de atividades, com sugestões relativas a: definição de Estado, para propósitos de imunidade; critérios para definir se uma transação possui caráter comercial; conceito de empresa ou outras entidades estatais envolvidas em transações comerciais; contratos de trabalho; e medidas constrictivas contra propriedade estatal (UNITED NATIONS, 1999-a, p. 14, 16, 149-173).

A partir de então, a Comissão de Direito Internacional e o Comitê Jurídico das Nações Unidas realizaram uma série de atividades com o objetivo de preparar o projeto para submissão à votação, o que conduziu à sua adoção como a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, que ocorreu em 2004.

A Convenção segue a tendência de limitar a imunidade de jurisdição, que está a tornar-se um instituto cuja aplicação é cada vez mais restrita, buscando o sentido mais específico do que venha a ser *acta jure imperii*. Assim, ao cotejar o texto da Convenção sobre as Imunidades do Estado adotada em 2004 com sua congênere anterior, a Convenção Europeia de 1972, e mais a legislação publicada a partir dos anos 1970 nos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, bem como com a jurisprudência de diversos países, o que se nota é que a imunidade de jurisdição provavelmente não subsiste mais nas ações decorrentes de relações jurídicas entre particulares e o Estado estrangeiro que se desenvolvem no foro. Esse desenlace é previsível, pois confirma a tendência antiga e reconhecida de atribuir à jurisdição do foro competência para julgar os casos em que se discute a aplicação de direito substantivo doméstico, sem que ao Estado estrangeiro seja facultado arguir as suas prerrogativas soberanas (REZEK, 2014, § 100).

A busca do sentido preciso do que sejam atos de império revela o caráter progressivamente funcional que a imunidade de jurisdição adquire, ou seja, a imunidade trata da defesa dos atos praticados pelo Estado no exercício de suas funções ou atributos soberanos. Assim, diferentemente da clássica distinção entre atos de império e atos de gestão, na qual se supunha que o país se despia de sua natureza soberana ao praticar atos análogos aos dos particulares, o que se compreende hoje é que o Estado soberano é capaz de praticar atos sob a regência do direito estrangeiro e que, nesses casos, ainda que permaneça sempre o mesmo Estado e continue dotado de suas qualidades e prerrogativas intrínsecas, o direito internacional costumeiro permite que os tribunais do foro apreciem as obrigações decorrentes de atos regidos pelo direito substantivo local.

Essa visão mais restritiva atinge até mesmo a imunidade de execução, que é uma manifestação do mesmo fenômeno, só que circunscrita aos atos de constrição. Cabe recordar que imunidade de jurisdição, em sentido estrito, diz respeito a não sujeição do Estado estrangeiro como parte em processo de conhecimento perante o judiciário local. Imunidade de execução, por sua vez, diz respeito à impossibilidade de adoção de medidas constritivas de natureza cautelar ou para forçar o estado estrangeiro a cumprir uma sentença de mérito.

A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens contemplou as duas manifestações da imunidade. A seguir, descreve-se algumas das principais provisões que nela constam.

#### 1.4.1 Preâmbulo e parte introdutória da Convenção sobre Imunidade

Destacam-se no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens a afirmação de que a imunidade de jurisdição dos Estados e seus bens é um princípio do direito internacional costumeiro, a convicção de que a sua codificação torna mais seguras as relações entre Estados e particulares, e a ressalva de que o costume continua a reger os temas não cobertos pela Convenção (UNITED NATIONS, 2004-a).

A afirmação de que a imunidade de jurisdição é um princípio do direito internacional costumeiro condiz com a teoria da fundamentação autônoma e permite realizar o processo de codificação, que é tanto melhor sucedido quanto mais assentada está a prática internacional em relação à matéria objeto de sistematização. O preâmbulo da Convenção fala em harmonização legislativa, expressão que remete à técnica típica do direito internacional privado, quando de sua busca pela redução de discrepâncias entre os ordenamentos nacionais que possam levar a alguma incerteza com relação ao direito aplicável a relações jurídicas similares em foros distintos. Essa referência revela a natureza dúplice da imunidade de jurisdição, sendo ao mesmo tempo princípio do direito internacional costumeiro e norma do direito interno dos Estados.

A utilização da técnica de harmonização é uma característica dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, no intuito de converter regras costumeiras em tratados para assim obter maior segurança na elaboração dos textos convencionais. Desse modo, o processo de codificação se baseia no costume e procura obter respaldo nas opiniões dos

Estados, o que se percebe com nitidez nos constantes pedidos para que estes se manifestem e informem seus pontos de vista e suas práticas. Com o auxílio destas informações, a Comissão elabora o texto que codifica o costume, na forma de um Projeto de Convenção (*Draft Articles*). Ao longo do processo, é fundamental a participação dos Estados, pois a mesma propicia o maior grau possível de aceitação do documento, do que depende a transformação da codificação proposta em tratado vigente (LUPI, 2011).

Cabe observar também que o desenvolvimento do estado de direito e da segurança jurídica é uma busca gradual da Comissão de Direito Internacional, cuja expectativa é que a Convenção, ainda que sua entrada em vigor seja incerta, codifique as normas que regem a imunidade de jurisdição e tenha impacto relevante na aplicação do instituto pelos judiciários dos diversos países (TAMS, 2013-a, p. 31).

A primeira parte da Convenção é uma introdução, cujos artigos definem o seu escopo, a utilização de certos termos e excluem de sua incidência alguns temas (UNITED NATIONS, 2004-a).

Quanto ao escopo, deve-se ressaltar que o Estado é o único titular da imunidade, mesmo quando se trata de ações sobre direitos reais ou de procedimentos executórios que visem atingir propriedade estatal, ou seja, a imunidade de jurisdição pertence à entidade soberana e dela flui para os seus agentes e os seus bens (TAMS; O'KEEFE, 2013-b, p. 36-39).

Quanto aos termos que a Convenção define em sua parte inicial, destaca-se que a omissão em relação ao termo “funções judiciais” é proposital, pois considera as variações existentes entre os diversos sistemas jurídicos nacionais, e pode incluir o processamento de ações, a determinação de questões de direito e de fato, a concessão de medidas liminares em qualquer estágio processual e outras medidas de índole administrativa ou executória, normalmente realizadas sob a autoridade judicial do Estado no curso ou em razão de um processo judicial. Pode incluir também, a depender do sistema jurídico em questão, o exercício do poder de certos órgãos administrativos do Estado foro, de ordenar medidas de natureza executória (GRANT, 2013-a, p. 45-46).

Cabe apontar também que a definição de “Estado” na Convenção compreende todos os órgãos da administração direta e indireta, incluindo autarquias e fundações, bem como os servidores públicos e agentes políticos por meio dos quais eles atuam e pode mesmo incluir entidades não governamentais às quais a administração atribuiu a realização de serviços públicos. É essencial para a compreensão do dispositivo a ideia de competência para

o exercício de autoridade soberana, pois esta permite escapar da tautologia de tentar definir o Estado tendo por referência o próprio Estado (GRANT, 2013-a, p. 46).

Com relação ao termo “transações comerciais”, define-se sempre pela natureza das mesmas e não por sua finalidade. Convém assinalar que o teste mais comum para determinar a natureza comercial de um ato é indagar, no contexto das hipóteses previstas na Convenção, se o mesmo pode ser praticado por um particular, seja pessoa física ou jurídica. Se a resposta for afirmativa, há um sinal forte de que se está diante de um ato cuja natureza é comercial e, portanto, de que a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro deve ser afastada, podendo o judiciário do foro exercer suas competências. Cabe apontar que é possível levar em conta a natureza da transação se houver acordo entre as partes litigantes ou se esta for a prática do Estado foro (WITTICH, 2013-a, p. 56-59, 69).

Assim, na determinação da natureza comercial de uma transação, deve-se ter em conta principalmente a natureza do contrato ou transação, no entanto, sua finalidade também deve ser levada em conta se as partes envolvidas na transação tiverem concordado com isso ou se, na prática do Estado foro, o propósito da transação for relevante para a determinação do caráter não comercial da transação ou contrato.

Após a definição de termos, a Convenção afasta sua aplicação em relação aos privilégios e imunidades que outras convenções regulam, ou às prerrogativas *ratione personae* de chefes de Estado, chefes de governo, ministros de relações exteriores e outros agentes estatais, ou em relação à aeronaves e objetos espaciais de propriedade ou operadas por Estados estrangeiros (UNITED NATIONS, 2004-a; O’KEEFE, 2013-a, p. 90 e 92).

Cabe observar que essas prescrições não afetam, em termos de direito internacional, a capacidade de demandar o Estado ao qual se vincule um agente com prerrogativas *ratione personae*, pois as imunidades dos agentes estatais servem para proteger o exercício do desempenho de suas funções e não para evitar automaticamente a responsabilização do Estado em nome do qual os mesmos atuam. Com isso, pode-se afirmar que a disciplina jurídica das imunidades jurisdicionais dos Estados é distinta da de seus agentes (O’KEEFE, 2013-a, p. 88).

Cabe destacar também que a Convenção é aplicável a todos os processos que se iniciarem após a mesma estar em vigor tanto para o Estado estrangeiro quanto para o Estado foro, sem prejuízo da aplicação do direito costumeiro (UNITED NATIONS, 2004-a).

Essa disposição utiliza-se da autorização constante na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece como regra geral que as obrigações de um tratado não vinculam os Estados membros em relação a um ato ou fato anterior à sua vigência, mas

autoriza que se convencie em sentido diverso. Ante esse permissivo, incluiu-se na Convenção sobre Imunidades uma cláusula de não-retroatividade pela qual a mesma só se aplica aos processos que se iniciarem após sua vigência tanto para o Estado estrangeiro quanto para o Estado foro, de forma que o momento crucial para determinação da aplicabilidade da Convenção sobre Imunidades não é o da ocorrência dos fatos, que é a regra geral do direito dos tratados, mas sim o do início do processo no foro, que pode inclusive ter por objeto fatos que ocorreram antes da vigência da Convenção (D'ASPREMONT, 2013, p. 93-95).

Em síntese, a Convenção afirma que a imunidade de jurisdição é um princípio do direito internacional costumeiro, o que condiz com a teoria da fundamentação autônoma, a que se fez referência anteriormente. Destaca-se também, no preâmbulo da Convenção, a referência à técnica da harmonização legislativa, que enfatiza a redução das diferenças entre as normas domésticas que regem o instituto. Essas duas características indicam que o desenvolvimento do instituto guia-se pelo direito internacional costumeiro, que é capaz de fazer concluir, progressivamente, a aplicação da imunidade jurisdicional pelos tribunais domésticos.

#### 1.4.2 O princípio da imunidade jurisdicional e a doutrina da submissão voluntária ao foro

A segunda parte da Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e seus Bens contém os princípios gerais que regem a imunidade de jurisdição em matéria cognitiva e não se aplicam a imunidade em matéria executória. Essa parte contém também as restrições à imunidade decorrentes do consentimento expresso ou implícito do Estado estrangeiro ao exercício da jurisdição do Estado foro. Essas restrições dizem respeito à postura do Estado estrangeiro em relação ao processo judicial em si e se diferenciam das exceções constantes na terceira parte da Convenção, que decorrem da matéria da lide (O'KEEFE, 2013-b, p. 97-98).

A regra geral em matéria de imunidade de jurisdição cognitiva consta no artigo 5º da Convenção e estatui que o Estado, incluídos seus bens, goza de imunidade à jurisdição de tribunais de outros Estados, salvo as disposições contidas na própria convenção (UNITED NATIONS, 2004-a).

Destaca-se que a Corte Internacional de Justiça e diversos tribunais nacionais já observam a regra geral da imunidade jurisdicional pela via costumeira, bem como as restrições relativas ao consentimento do Estado estrangeiro à jurisdição do foro e as exceções à imunidade estatal que decorrem da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional.

A prática desses tribunais é uma evidência persuasiva, em termos de direito internacional costumeiro, de que as exceções que a Convenção prevê são *numerus clausus*, pois os mesmos apreciaram casos em que se suscitou excepcionar a imunidade jurisdicional em razão de alegações de tortura ou violações de direitos humanos ou de *jus cogens* e em nenhum deles aceitou-se a existência de uma nova exceção. Nesse sentido pode-se mencionar as seguintes decisões: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, julgado em 2012 pela Corte Internacional de Justiça, § 89; *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, julgado em 2006 pela Câmara dos Lordes do Reino Unido, § 26; *Fang and others v. Jiang Zemin and others*, julgado em 2006 pela *High Court* da Nova Zelândia, §§ 49, 62-63, 65; *Natoniewski v. Federal Republic of Germany*, julgado pela Suprema Corte da Polônia em 2010, § 44; *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, julgado pelo Tribunal de Apelação de Quebec em 2012, §§ 54-55; *Carpenter v. Republic of Chile*, julgado pelo Tribunal de Apelação do 2º Circuito dos Estados Unidos em 2010, § 8. Todas no sentido de que alegações de violações de direitos humanos e normas de *jus cogens* não constituem uma nova exceção à imunidade de jurisdição do Estado (GRANT, 2013-b, p. 103-104).

Deve-se ressaltar que, em algumas dessas decisões, os tribunais reconhecem, em *obiter dicta*, haver uma tendência a que se constitua uma nova exceção à imunidade dos Estados em decorrência de prática de tortura e outras violações graves de normas de direitos humanos ou de *jus cogens*. No entanto, nessas manifestações, os mesmos acautelam-se ao reiterar por um lado, que a referida tendência, como tal, não é uma norma internacional vigente e; por outro, que dado o caráter procedimental do direito do Estado à imunidade de jurisdição, o mesmo é regido pelo direito vigente à época em que foro conhecer da ação contra Estado estrangeiro. Portanto, é possível que, no futuro, ações propostas contra Estados estrangeiros que tenham como causa da ação violações graves de normas de direitos humanos possam ser admitidas com base em novas exceções à imunidade de jurisdição.

Cabe esclarecer, ainda, que no âmbito da Convenção se está falando de imunidades do Estado e de seus agentes exclusivamente na esfera cível, não devendo ser confundidas com a questão das imunidades de agentes do Estado em matéria penal. Essa distinção será trabalhada em detalhe no próximo capítulo, uma vez que é fonte de inúmeras confusões decorrentes da prática equivocada de tomar as obrigações específicas de

convenções que procuram reduzir a impunidade na esfera do direito penal internacional e generalizá-las para a totalidade do instituto da imunidade de jurisdição do Estado.

Com relação à adoção da imunidade do Estado como princípio, a sua consequência prática é que, uma vez que uma pessoa natural ou jurídica demonstra que pode ser qualificada como Estado estrangeiro de acordo com o sentido que a Convenção define, presume-se que a mesma goza de imunidade à jurisdição dos tribunais locais, salvo se o autor da ação provar que o caso se inclui em alguma das exceções que a Convenção prevê. Ou seja, o ônus de provar que é Estado é da parte que alega a imunidade. Feito isso, o ônus de demonstrar que o caso constitui uma hipótese passível de apreciação judicial passa a ser do requerente (GRANT, 2013-b, p. 101-103).

Nesse sentido, entre a parte que alega a imunidade e a parte que invoca a exceção, não há diferença em termos de ônus probatório, logo, cabe a cada uma apontar e provar os fatos que ocasionam a incidência da norma que invocam. O raciocínio aplica-se ao exercício da jurisdição, cuja possibilidade o Estado foro deve determinar de acordo com as normas aplicáveis, após o quê, se houver jurisdição, é possível ao Estado estrangeiro, ou mesmo ao foro, comprovar a sua identidade como ente soberano, o que fará pressupor a imunidade de jurisdição. Com isso, transfere-se, enfim, à parte autora, ou ao foro, a tarefa de arguir e provar uma das hipóteses que permitam afastar a imunidade antes suposta. Assim, a cada passo, a incidência de cada norma e sua aplicabilidade deve ser demonstrada pela parte que a invocar (TZANAKOPOULOS; METHYMAKI, 2017, p. 23).

Nunca é demais recordar que a imunidade jurisdicional possui natureza procedimental, ou seja, é uma barreira a procedimentos judiciais e não uma proibição substantiva à responsabilização perante o direito do foro (GRANT, 2013-b, p. 101-103).

A Convenção também estatui que o foro deve dar efeito à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro de ofício, e que há processo contra Estado estrangeiro quando a autoridade local determina a citação do mesmo ou quando seus bens, direitos, interesses ou atividades puderem ser atingidos na condução do processo (UNITED NATIONS, 2004-a).

Cabe ressaltar que a obrigação do Estado foro de assegurar que seus tribunais decidam de ofício sobre as questões relativas à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não pressupõe ou exige algum tipo de interferência do poder executivo nas atividades do poder judiciário. Quando necessário dentro da sistemática de determinada ordem jurídica nacional, espera-se que os Estados membros legislem para estatuir tal dever para os seus tribunais, a exemplo do que ocorreu com o artigo 15 da Convenção Europeia sobre a Imunidade do Estado (GRANT, 2013-c, p. 108). O artigo 15 da Convenção Europeia sobre



Imunidade determina que a imunidade de jurisdição seja declarada independentemente de manifestação ou comparecimento do Estado estrangeiro perante o tribunal do Estado foro (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

A observação de *Grant* é apenas para salientar que cada Estado membro da convenção realiza a implementação das obrigações nela contidas conforme as características de sua própria ordem jurídica e as relações por esta definidas entre seus poderes, sendo que não interessa ao direito internacional a forma específica através da qual cada Estado incorpora e torna efetivas as suas obrigações internacionais.

Um aspecto interessante da Convenção é a exigência de que cada Estado membro assegure que os seus tribunais determinem de ofício que se respeite a imunidade especificada na Convenção, ou seja, ainda que a matéria não seja suscitada pelas partes em um litígio, o tribunal deve avaliar se o caso envolve alguma imunidade de jurisdição e, se for o caso, declará-la. Outro ponto a destacar é a abordagem mais funcional que formalista do instituto e a determinação para que o foro respeite a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro, ainda que este não seja parte atuante no processo, sempre que o litígio atingir seus bens, direitos, interesses ou atividades (GRANT, 2013-c, p. 111-112).

A Convenção também estatuiu que o Estado estrangeiro não pode alegar sua imunidade em um processo quando houver expressamente consentido com o exercício da jurisdição do foro, o que pode ser dar em razão de acordo internacional, contrato escrito, ou declaração perante o tribunal. Por outro lado, a Convenção ressalva que a anuência de um Estado em relação à aplicação do direito de outro Estado não será interpretada como consentimento para o exercício da jurisdição do mesmo (UNITED NATIONS, 2004-a).

A imunidade jurisdicional tem como pré-condição a ausência de consentimento por parte do Estado estrangeiro. Quando houver consentimento, este pode ser referir-se a todos os processos relativos a certo objeto ou apenas a um caso específico. Além disso, o foro não deve pressupor a existência de consentimento do Estado estrangeiro, ou seja, cabe ao requerente apresentar evidência suficiente de que há consentimento expresso, principalmente nos casos de não comparecimento do réu, ou seja, a presunção é a de inexistência de consentimento do Estado estrangeiro para ser processado. Além disso, ao verificar se há consentimento expresso, o tribunal deve atentar para as condições, limitações e exclusões constantes do mesmo, pois as mesmas definem o escopo do exercício jurisdicional (O'KEEFE, 2013-c, p. 113-118).

O Estado estrangeiro não pode alegar imunidade de jurisdição quando for o autor da ação ou atuar como interveniente ou adotar medidas relacionadas ao mérito, salvo os casos

em que a intervenção mostrar-se a única forma de tomar conhecimento dos fatos em que vai se basear a sua alegação de imunidade, que deve ter por base estes fatos e ser apresentada o mais cedo possível. Convém assinalar que não há consentimento para o exercício da jurisdição do foro quando o Estado estrangeiro intervir com o fim de alegar imunidade ou afirmar que tem direito ou interesse em bens que integrem o objeto da ação. Do mesmo modo, não é submissão à jurisdição do foro a recusa do Estado estrangeiro em participar de processo ou o comparecimento de um representante seu perante tribunal na condição de testemunha (UNITED NATIONS, 2004-a).

Não há uma definição clara de quais agentes ou órgãos do Estado estrangeiro podem praticar ações capazes de vinculá-lo à jurisdição do foro, assim é melhor que o Estado estrangeiro não responda de forma alguma aos processos no foro e aguarde que o mesmo cumpra a obrigação de examinar de ofício as questões relativas às imunidades jurisdicionais. Em reforço à essa posição, acrescenta-se que o foro só pode declarar revelia do Estado estrangeiro após verificar que o mesmo não goza de imunidade jurisdicional (BORELLI; OLLESON, 2013-a, p. 136).

Ainda com relação ao consentimento do Estado estrangeiro, se este iniciar um processo no foro ou nele intervir, não pode invocar imunidade em relação a qualquer ação reconvenção que decorra dele ou dos fatos objeto da ação principal. Também, se for o Estado estrangeiro a reconvir, não pode invocar imunidade em relação à ação principal. Cabe apontar, entretanto, que o rol de exceções à imunidade jurisdicional provavelmente contempla os casos em que o Estado estrangeiro pode reconvir e que o foro pode regular a reconvenção de modo distinto da Convenção, duas circunstâncias que lançam dúvidas sobre a reconvenção enquanto manifestação da submissão do Estado estrangeiro à jurisdição do foro (UNITED NATIONS, 2004-a; BORELLI; OLLESON, 2013-b, p. 150).

Destaca-se a seguir a exceção territorial à imunidade jurisdicional do Estado, em vista de sua importância para esta pesquisa. Em seguida, segue-se rápida menção às demais exceções.

#### 1.4.3 Exceção territorial à imunidade

A Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados codifica o núcleo da doutrina restritiva, que é a essência da Convenção. A doutrina restritiva tem como ponto em

comum com a doutrina da submissão voluntária do Estado estrangeiro à jurisdição do foro o fato de afetarem apenas a imunidade de jurisdição cognitiva, ou seja, não influenciam na determinação ou afastamento da imunidade de jurisdição executiva. Por outro lado, a doutrina restritiva diz respeito à identificação de matérias em relação às quais a imunidade jurisdicional não pode ser oposta, ao passo que a doutrina da submissão voluntária trata do consentimento expreso ou implícito do Estado estrangeiro ao exercício da jurisdição do Estado foro. Juntas, as duas doutrinas constituem, na Convenção, o elenco de hipóteses em que o Estado estrangeiro fica privado de imunidade jurisdicional cognitiva (ALEBEEK, 2013, p. 153).

Convém ressaltar que, ao longo da evolução do Direito Internacional, a imunidade de jurisdição cognitiva tem sofrido maiores restrições que a imunidade de jurisdição executiva, estando a consolidar-se o entendimento de que a primeira só beneficia as atividades especificamente públicas que o Estado realiza no território do foro, ao passo que a segunda protege de forma ampla os bens de propriedade do Estado estrangeiro.

A Convenção codificou a exceção territorial à imunidade jurisdicional em seu artigo 12. Neste dispositivo, estatuiu que o Estado estrangeiro não pode invocar imunidade de jurisdição perante o foro em um processo que se relaciona à compensação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou por dano ou perda de bens tangíveis, os quais se alega que o Estado estrangeiro causou por ação ou omissão que o mesmo praticou total ou parcialmente no território do Estado foro, desde que se comprove que o agente autor da ação ou omissão estava presente no território do foro no momento da ação ou omissão. A Convenção ressalva que o Estado estrangeiro e o foro podem acordar de outra forma a regulação dessa restrição à imunidade (UNITED NATIONS, 2004-a).

A exceção territorial é diferente das demais previstas na Convenção, pois todas elas, de alguma forma, constituem-se a partir do caráter não soberano da conduta estatal estrangeira que permite que tenha origem o processo no Estado foro. A exceção territorial, por sua vez, não faz remissão ao caráter soberano ou não soberano do ato em questão, mas explicita como requisitos apenas o local onde o mesmo ocorreu e a presença concomitante do autor do ato danoso ou lesivo. Em ambos os casos, o lugar do dano ou lesão e o lugar onde é exigida a presença simultânea do autor dos mesmos é o território do Estado foro (FOAKES; O'KEEFE, 2013-b, p. 209).

Além dessa importante peculiaridade, há uma questão relevante que decorre de uma lacuna na redação do artigo e que gera um debate intenso acerca da compreensão mais adequada do direito internacional costumeiro que regula a matéria: trata-se de saber se a

Convenção é aplicável a atividades de forças militares estrangeiras no território do foro. No curso dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, seus Relatores afirmaram que há um entendimento geral entre os Estados de que a exceção territorial não se aplica a atividades militares (FOAKES; O'KEEFE, 2013-b, p. 209).

Cabe observar que o entendimento geral é o de que as atividades militares estão fora do âmbito da Convenção como um todo e não apenas fora da incidência da exceção territorial. No entanto, nenhum dispositivo da Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais explicitamente exclui os processos relativos a atividades militares de seu escopo de incidência. Essa é uma diferença significativa entre a Convenção das Nações Unidas de 2004 e a Convenção Europeia de 1972, pois esta última, em seu artigo 31, expressamente excluiu de sua incidência as atividades de forças militares, ao estatuir que nada em seu texto afeta quaisquer imunidades ou privilégios de um Estado contratante em relação a qualquer ação ou omissão de suas forças armadas, ou a elas relacionadas, no território de outro Estado contratante (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

No início dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, o Relator Especial *Sucharitkul* esposou o ponto de vista de que o Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens não se aplicava às imunidades de forças estrangeiras visitantes, que são normalmente reguladas por acordos relativos ao *status* das forças (*status of forces agreements*), no entanto, ele não propôs nenhum artigo nesse sentido. Do mesmo modo, quando o Reino Unido sugeriu acrescentar ao artigo 3º do Projeto de Convenção um parágrafo com esse teor, o Relator Especial *Ogiso* opôs-se à inclusão, embora não ao seu conteúdo, afirmando que os privilégios e imunidades das forças visitantes são determinadas por acordos entre os Estados em questão e não pelo direito internacional costumeiro, não sendo, portanto, relevante referir-se a eles no artigo 3º do Projeto de Convenção. O Comentário da Comissão de Direito Internacional ao Projeto de Convenção, por seu turno, apesar de não fazer referência à questão em sua explicação do artigo 3º, asseverou, ao comentar o artigo 12 - que manteve a numeração quando da adoção da Convenção - que o mesmo não se aplicava a situações envolvendo conflitos armados. Posteriormente, o Grupo de Trabalho do Sexto Comitê, em seu relatório de 1993, apresentou a perspectiva, compartilhada entre seus membros, de que a imunidade de jurisdição de forças armadas deve ser objeto de entendimento bilateral entre o Estado que envia as forças e o Estado hospedeiro e, portanto, o tema da imunidade jurisdicional das forças armadas de um

Estado estacionadas em outro Estado deveria ser excluído do escopo do Projeto de Convenção (O'KEEFE, 2013-d, p. 22-23).

No entanto, a exclusão do tema da imunidade de forças armadas estacionadas em território estrangeiro não encontrou expressão no texto da Convenção, seja no artigo 3º, seja no artigo 12, ou em qualquer outro dispositivo. Em sua apresentação ao Comitê Jurídico das Nações Unidas, *Gerhard Hafner*, Secretário do Comitê *Ad Hoc* informou que um dos assuntos discutidos foi se atividades militares estariam cobertas pelo Projeto de Convenção. Na ocasião, a posição que ele sustentou foi a de que o entendimento geral que sempre prevaleceu foi no sentido de que não, ou seja, as atividades militares estavam fora do âmbito de incidência da Convenção, além disso, dever-se-ia ter em conta o Comentário da Comissão de Direito Internacional ao artigo 12 do Projeto de Convenção, que afirmou que o referido artigo não afetava a questão das imunidades diplomáticas, como previsto no artigo 3º, nem se aplicava a situações envolvendo conflitos armados. Na visão do Secretário, havia que se ter em mente que o Preâmbulo definia que as normas de direito internacional costumeiro continuavam a reger as matérias não disciplinadas na Convenção. O Secretário explicou ainda que a exclusão de atividades militares era apenas um exemplo da abordagem geral da Convenção, pela qual a mesma não se aplica quando há um regime especial de imunidade (*lex specialis*) (O'KEEFE, 2013-d, p. 23).

Porém, a proposta de incluir uma referência à fala do Secretário do Comitê *Ad Hoc* na parte dispositiva da Resolução 59/38, de 2003, da Assembleia Geral não foi aprovada. Na ocasião, enquanto no Parágrafo 2º da Resolução 59/38, a Assembleia Geral explicitamente concordou com o entendimento comum alcançado pelo Comitê *Ad Hoc* de que a Convenção não se aplicaria a processos criminais, tudo que a exclusão de atividades militares do escopo da Convenção conseguiu foi o reconhecimento, no 9º Considerando (*Ninth recital*) do Preâmbulo da Resolução, de que a Assembleia, ao adotar a Convenção, levou em conta o pronunciamento do Secretário ao introduzir o relatório do Comitê *Ad Hoc*. Essa menção no preâmbulo permite considerar o pronunciamento do Secretário no momento de interpretar a Convenção, mas não é um elemento que prove de forma contundente que as atividades militares estão realmente excluídas do âmbito de incidência da Convenção, podendo o mesmo ser dito acerca do Comentário da Comissão de Direito Internacional ao artigo 12, quando exclui a incidência do dispositivo das situações de conflitos armados (O'KEEFE, 2013-d, p. 23-24).

As considerações de O'Keefe são no sentido de abrir a via para questionar se as lesões ou danos causados por forças militares em situações de conflito armado estão

realmente excluídos da Convenção sobre Imunidade. O esforço do professor australiano é relevante, mas revela que, se não há uma exclusão contundente e expressa das lesões e danos causados por forças militares em situações de conflito armado enquanto exceções à imunidade de jurisdição do Estado, também não há nenhum posicionamento de que os mesmos fatos devam constituir tal exceção. Nesse sentido, a impossibilidade de afirmar de forma indiscutível uma sentença, não permite postular, automaticamente, que a sentença oposta seja verdadeira. Além disso, ainda que não sejam inquestionáveis, as evidências existentes por ele coligidas apontam ser mais provável a existência, de fato, de um entendimento geral de que a ação de forças militares, ao causar danos à propriedade ou lesão ou morte de pessoas em situações de conflitos armados siga sendo uma atividade própria do Estado. Portanto, regida por normas de direito internacional costumeiro que colocam esses fatos sob o abrigo da imunidade de jurisdição do Estado.

Ainda com relação à exceção territorial e as atividades de forças militares, cabe mencionar que a resolução de 1891 do Instituto de Direito Internacional traz uma exceção à imunidade de jurisdição do Estado relacionada a atos ilícitos cometidos pelo Estado estrangeiro no território do Estado foro. A prática estatal posterior, no entanto, não é nem uniforme nem consequente, assim, a exceção territorial encontrou reconhecimento inicialmente em razão de lesões a indivíduos decorrentes de acidentes de trânsito pelos quais o Estado estrangeiro respondia em face do direito local. Os tribunais continentais justificavam a responsabilização nesses casos afirmando que a condução de um veículo, mesmo para propósitos soberanos, constituía um ato *jure gestionis*. O primeiro tratado a codificar a exceção territorial foi a Convenção Europeia sobre a Imunidade dos Estados, de 1972, em termos que a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, de 2004, praticamente reproduz. Em todos os países que possuem legislações sobre imunidade de jurisdição, a exceção territorial é prevista, salvo o Paquistão. Com relação às forças armadas, diversas dessas legislações nacionais expressamente as excluem de sua incidência (FOAKES; O'KEEFE, 2013-b, p. 210).

Conclui-se que a exceção territorial não se aplica a ação de forças armadas nem em visita autorizada a país estrangeiro e muito menos quando a presença militar é resultado de conflito bélico. De toda forma, registre-se que há respeitável posicionamento contrário entre os internacionalistas.

#### 1.4.4 Outras exceções, imunidade de execução e demais disposições convencionais

Uma das restrições mais relevantes à imunidade jurisdicional é a chamada exceção comercial que, conforme a Convenção, configura-se quando o Estado se envolve em transação comercial com um estrangeiro, seja ele pessoa natural ou jurídica, que recai sob a jurisdição do foro. A exceção não se aplica quando a transação comercial for entre Estados ou se as partes houverem expressamente acordado de outra forma. Quanto às empresas ou outras entidades estatais que tenham personalidade jurídica própria, sejam capazes de processar e ser processadas e de adquirir, ser proprietárias, possuir e dispor de bens, os casos que as envolverem não dizem respeito à imunidade de jurisdição do Estado que as criou (UNITED NATIONS, 2004-a).

O texto da exceção comercial na Convenção foi resultado de um processo de elaboração prolongado e difícil e é improvável que os Estados-partes a apliquem de modo uniforme. Ainda assim, o dispositivo reduz as divergências de interpretação da norma costumeira e sua presença na Convenção contribui para harmonizar a prática estatal (WITTICH, 2013-b, p. 182).

No que toca à jurisprudência brasileira, esta, apesar de posicionar-se timidamente a respeito de atos comerciais, apresenta alguns julgados no sentido de reforçar a ideia da relativização da imunidade jurisdicional no tocante a atos comerciais. Exemplo disso é a posição que o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira apresentou, como relator no Agravo 757/DF – *República Socialista da Tchecoslováquia v. Vitral - Vidros Planos*, decisão de 1990 – no qual afirmou que, na hipótese em análise naquele caso, em que a recorrida pretendia receber crédito devido ao fornecimento de vidros para a construção da Chancelaria da República Socialista da Tchecoslováquia em Brasília, não se aplicavam as prerrogativas da imunidade de jurisdição, uma vez que se tratava de assunto “[...] marcadamente rotineiro e de natureza comercial, que não isenta a recorrente de se ver demandada, quanto ao ponto, perante a Justiça brasileira [...]” (BRASIL, 1990).

Outra exceção significativa é a que decorre de contratos de trabalho, que surge em consequência do crescente número de pessoas contratadas por Estados estrangeiros na jurisdição territorial do foro, o que estimulou um crescente reconhecimento de que a discricionariedade de um Estado estrangeiro quanto ao recrutamento, contratação e dispensa daqueles que o servem precisa ser equilibrada com os legítimos interesses do Estado foro, como matéria de ordem pública local, de assegurar a adequação dessas relações à sua

legislação trabalhista. Assim, a Convenção busca refletir esse delicado equilíbrio e estabelece como requisito geral para que se configure a exceção à imunidade jurisdicional a existência de conexão entre o contrato de trabalho e o Estado foro, que se configura com o cumprimento do contrato, no todo ou em parte, no território do mesmo, temperada pelas questões relativas à nacionalidade ou residência permanente do empregado contratado, bem como pelas questões relativas à característica *jure gestionis* das funções que o empregado foi recrutado para desempenhar (FOAKES; O'KEEFE, 2013-a, p. 184).

A exceção por contrato de trabalho foi o marco da incorporação da doutrina restritiva no Brasil, que se deu com o provimento da Apelação n. 9.696-3/SP – caso *Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã*, decisão de 1989. No caso, afastou-se a imunidade jurisdicional em uma reclamação trabalhista cujo objeto era a anotação na carteira profissional do falecido marido da requerente de dados relativos a contrato de trabalho, bem como alterações havidas na vigência do mesmo, desde o ano de 1970 até o ano de 1975, mormente em relação ao salário. No julgamento, o Min. Sidney Sanches, relator do Acórdão, adotou a posição do Min. Francisco Rezek, de que a regra costumeira da imunidade de jurisdição absoluta, antiga e sólida, a que o Plenário constantemente fez referência, já não existia desde a década de 1970. Ou seja, não era mais possível, no fim da década de 1980, afirmar a existência de uma regra sólida do direito internacional costumeiro a sustentar a imunidade de jurisdição absoluta dos Estados, ainda mais quando países relevantes como Estados Unidos, Reino Unido e diversos outros deixaram de pautar-se por ela, disse Rezek que “[o] quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. [...]” (BRASIL, 1989).

Desde então, a jurisprudência brasileira admite que é o direito internacional costumeiro que rege e determina a evolução do direito das imunidades, não a ordem interna dos Estados, sua cortesia ou sua conveniência.

Ainda conforme a Convenção, o Estado estrangeiro não pode invocar sua imunidade em relação a direitos, interesses, posse, uso e obrigações decorrentes, relativos à bens imóveis situados no território do foro, nem em relação a direitos ou interesses relativos a bens móveis ou imóveis decorrentes de sucessão, doação ou vacância (*bona vacantia*), nem em relação a direitos ou interesses relativos à administração de bens, sejam eles confiados à gestão de terceiros (*trust property*), massa falida ou bens de uma empresa por ocasião de sua liquidação (UNITED NATIONS, 2004-a).

Da mesma forma, o Estado estrangeiro não pode invocar sua imunidade quando se tratar da determinação de seus direitos sobre patentes, modelos de utilidade, marcas, direitos



autorais e qualquer forma de propriedade intelectual que usufrua de algum grau de proteção jurídica no foro, nem quando se tratar de alegação de infração pelo Estado estrangeiro, no território do foro, de algum dos direitos de propriedade intelectual de titularidade de terceiro e protegidos no Estado foro. A Convenção ressalva, no entanto, a possibilidade dos Estados envolvidos acordarem de outra forma a regência da imunidade de jurisdição em casos envolvendo propriedade intelectual (UNITED NATIONS, 2004-a).

Com relação à participação do Estado estrangeiro em sociedade constituída conforme a legislação do foro ou que nele tenha sua sede ou o seu principal centro de atividades, o mesmo não pode invocar sua imunidade quando o processo tiver por objeto seu relacionamento com a sociedade ou com os demais participantes da mesma, salvo se esta for constituída exclusivamente por Estados ou organizações internacionais, ou se houver acordo nesse sentido com o Estado foro, ou entre as partes litigantes (UNITED NATIONS, 2004-a).

A Convenção estabelece também que, salvo entendimento distinto entre os Estados envolvidos, o Estado estrangeiro só pode invocar imunidade de jurisdição em relação à operação de embarcações militares ou destinadas a propósitos governamentais não comerciais. O mesmo se aplica a processos relativos ao transporte de carga. Ressalva-se aos Estados estrangeiros a utilização de todos os meios de defesa, prescrição e limitação de responsabilidade dos quais possam valer-se embarcações e carregamentos privados, bem como seus proprietários. Com relação à comprovação da natureza da embarcação ou da carga pertencente ao Estado estrangeiro, esta pode se dar por meio de certificado de seu representante diplomático ou outra autoridade competente (UNITED NATIONS, 2004-a).

O Estado estrangeiro que celebrar um acordo por escrito com uma pessoa estrangeira, seja ela natural ou jurídica, no sentido de submeter à arbitragem uma disputa relativa a uma transação comercial, não poderá invocar a sua imunidade de jurisdição perante o tribunal competente do Estado foro em um processo que tenha relação com a validade, interpretação ou aplicação do acordo de arbitragem, o processo arbitral, a confirmação ou anulação da sentença arbitral. Deve-se ressaltar que o dispositivo admite que o acordo de arbitragem regule a matéria de outra maneira (UNITED NATIONS, 2004-a).

A Convenção trata também da imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória em relação a processos perante tribunais do Estado foro e dispõe sobre imunidade a medidas executórias anteriores ou posteriores ao julgamento. As medidas anteriores ao julgamento têm natureza cautelar e buscam assegurar a eficácia do julgamento, ao passo que as posteriores consistem em medidas de execução propriamente ditas e visam forçar o cumprimento da sentença. A Convenção estabelece que, antes do julgamento, os bens do

Estado estrangeiro só podem ser alvo de medidas executórias com o seu consentimento. Após o julgamento podem ser alvo de execução também os bens que cumulativamente: não estejam relacionados a atividades soberanas, se encontrem no território do foro e se relacionem com a entidade que figurou como parte na lide (UNITED NATIONS, 2004-a).

Deve-se destacar que a Convenção define que a imunidade de execução é autônoma em relação à imunidade de jurisdição, ou seja, o exercício de jurisdição cognitiva não implica a possibilidade de exercício de jurisdição executória. Da mesma forma, a manifestação anterior de consentimento na etapa cognitiva do processo não autoriza a adoção posterior de medidas cautelares ou de execução (UNITED NATIONS, 2004-a).

Portanto, dada a autonomia e independência da imunidade de execução em face da imunidade de cognição, pode-se afirmar que a superação da imunidade de jurisdição cognitiva não implica a superação da imunidade de execução, que a imunidade de execução deve ser considerada de forma autônoma e independente antes da adoção de qualquer medida executória, que quando as medidas executórias se referirem a bens distintos, é necessário verificar a incidência de imunidade de execução em relação a cada um dos bens de modo independente.

Além disso, a Convenção ressalva especificamente as imunidades de bens relacionados ao exercício de funções diplomáticas e consulares, de caráter militar, do banco central ou outras autoridades monetárias do Estado, que façam parte da herança cultural do Estado ou de seus arquivos, bem como das que façam parte de exposições científicas, culturais ou históricas (UNITED NATIONS, 2004-a).

A quinta parte da Convenção contém disposições diversas que tratam da citação do Estado estrangeiro, de seu julgamento à revelia e de suas prerrogativas processuais (UNITED NATIONS, 2004-a).

A sexta parte contém as cláusulas finais da Convenção, dispondo sobre matéria típica do direito dos tratados. Lá se determina que o anexo da Convenção é parte integral da mesma, que nada em suas disposições afetará os direitos e as obrigações dos Estados Partes que decorram de acordos internacionais sobre aspectos correlatos à Convenção, já existentes e que se apliquem nas relações entre os mesmos, sobre solução de controvérsias e sobre assinatura, ratificação, adesão, depósito, entrada em vigor e denúncia da Convenção, depósito, notificações e textos autênticos (UNITED NATIONS, 2004-a).

Cabe destacar o artigo 27, que trata da solução de conflitos, pois nele a Convenção inova em relação ao costume internacional que rege a imunidade jurisdicional. O dispositivo estabelece que, em caso de conflito, as partes devem recorrer à negociação, em

suas diversas formas, e, caso não cheguem a um entendimento em um prazo de seis meses, qualquer das partes pode solicitar a resolução da controvérsia por meio de arbitragem. Se em seis meses não houver acordo quanto à organização da arbitragem, qualquer das partes pode levar o caso à Corte Internacional de Justiça. A Convenção permite ainda que quando da ratificação ou adesão, os Estados declarem não se vincular ao sistema compulsório de solução de conflitos, opção que, até 10 de maio de 2018, somente Irã e Arábia Saudita fizeram, entre os vinte e um Estados que se obrigaram pela Convenção (TAMS, 2013-b, p. 380-393; UNITED NATIONS, 2004-a).

A Convenção contém ainda um anexo relativo à interpretação de termos constantes em alguns dispositivos da Convenção, como “imunidade”, no artigo 10º; “interesses de segurança” no artigo 11; “determinação” nos artigos 13 e 14; “transação comercial” no artigo 17; e “entidade” e “bens relacionados à entidade” no artigo 19 (UNITED NATIONS, 2004-a).

Cabe salientar que a Convenção ainda não está em vigor, o que suscita questões relativas ao seu valor como evidência de *opinio juris*, ou seja, elemento para a formação de norma costumeira internacional. É do que trata o próximo item.

#### 1.4.5 A Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais e o direito costumeiro

A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens encontra-se aberta à ratificação ou adesão desde 2004 e entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do trigésimo instrumento de ratificação. Quanto ao *status* da Convenção, até novembro de 2019, 22 Estados figuram como partes na Convenção, sendo que as ratificações mais recentes foram da Eslováquia, em 29 de dezembro de 2015 e da Guiné Equatorial, em 30 de maio de 2018. Convém assinalar que o Brasil não assinou a Convenção (UNITED NATIONS, 2004-a).

Há duas razões prováveis pelas quais os países não ratificaram ou aderiram à Convenção após sua adoção pelas Nações Unidas em 2004: a primeira razão é que a maioria dos países da África, da Europa Oriental e da Ásia se pautam pela doutrina absoluta da imunidade de jurisdição dos Estados e não aceitam exceções à prerrogativa; a segunda razão é que a maioria dos países que já adota a perspectiva restritiva, consagrada pela Convenção,

prefere a maior margem de manobra que o costume internacional proporciona em sua aplicação ou discorda de algum dispositivo da Convenção (BANKAS, 2005, p. 317-350).

Mesmo assim, os dispositivos da Convenção sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens constituem, a partir de sua adoção, importantes elementos para a compreensão e análise do instituto, pois indicam um certo consenso acerca da prática da imunidade e confirmam a tendência a que se adote a doutrina restritiva da imunidade de jurisdição relativa a procedimentos civis e comerciais nas jurisdições domésticas. Apesar disso, deve-se ter em mente que Rússia, China e a maioria das nações africanas, asiáticas e do Leste Europeu seguem praticando a doutrina absoluta da imunidade de jurisdição do Estado. Nesse ponto, é necessário corrigir a pressuposição de que a imunidade de jurisdição é praticada de acordo com a Convenção, pois, a bem da verdade, se o costume internacional consagra a doutrina restritiva da imunidade nos países ocidentais, no restante do mundo, a doutrina absoluta predomina e a ratificação do texto adotado em 2004 representa um desafio significativo e uma grande mudança na regência jurídica do instituto das imunidades jurisdicionais dos Estados.

Portanto, deve-se ter em mente que a Convenção sobre a Imunidade Jurisdicional não é direito vigente, mas sim evidência da *opinio juris* dos países que votaram favoravelmente pela sua adoção ou, na melhor hipótese, da comunidade internacional representada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Questiona-se, no entanto, se existe *opinio juris* da comunidade internacional, e caso exista, se isso implica a existência desse elemento do costume para cada um dos Estados membros da Organização. Pode-se dizer ainda, que a adoção da Convenção é a *opinio juris*, tanto quanto isso for relevante, da Organização das Nações Unidas, pressupondo, com certa licença, que organizações internacionais tenham *opinio juris*.

Assim sendo, é com ressalvas que se admite o posicionamento de *Tams* e *O'Keefe*, de acordo com o qual a Convenção reflete a aceitação generalizada entre os Estados de que a doutrina restritiva da imunidade de jurisdição, ainda que não subscrita por todos é, ao menos, o caminho a seguir. Esses autores afirmam ainda que, à medida que o modelo restritivo da imunidade nivela a interação entre os interesses comerciais privados e os interesses do Estado, pode-se perceber a Convenção como um indicativo da hegemonia do capitalismo de mercado no pós-Guerra Fria. Por outro lado, prosseguem eles, os atores privados comerciais não conseguiram ver satisfeitos todos os seus interesses na Convenção, pois a imunidade do Estado estrangeiro em relação a medidas de execução forçada em foro local continua mais abrangente que a imunidade em relação a processos de conhecimento, de

modo que se mantém a autonomia entre as duas espécies de imunidade do Estado. Diante disso, é possível acionar o Estado estrangeiro no foro local nas hipóteses codificadas na Convenção, e, após obtida a sentença, ter sua execução frustrada em razão da não satisfação dos requisitos próprios dessa etapa processual. Além disso, os autores concluem, as empresas estatais receberam tratamento ligeiramente mais favorável na Convenção do que na legislação e jurisprudência de diversos países desenvolvidos, o que permite constatar que a Convenção não possui um único vetor em seu processo de elaboração, mas, na verdade, reflete os resultados das negociações entre diferentes atores geopolíticos (TAMS; O'KEEFE, 2013-a, p. xxxix).

Assim, ante a constatação de que a Convenção não é um tratado vigente, cabe refletir acerca de sua natureza costumeira. Como se sabe, a prática subsequente pode transformar uma convenção não ratificada em costume internacional, assim, é possível indagar acerca da possibilidade da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, adotada em 2004, vir a tornar-se uma síntese da *opinio juris* e da prática geral dos Estados, de modo a constituir um conjunto de regras aplicado de forma reiterada para orientar a conduta dos Estados em relação à matéria.

Esse desenvolvimento não ocorre de forma automática, pois mesmo uma convenção produzida sob os auspícios das Nações Unidas pode não representar a *opinio juris* e a prática geral dos Estados, dado que atividade de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional, que é um dos objetivos das Nações Unidas, não ocorre sem dificuldades.

Em relação a isso, pode-se chamar a atenção para uma dificuldade que a própria Comissão de Direito Internacional destacou. Trata-se do baixo índice de resposta dos governos às consultas informais sobre os diversos temas objeto de estudos e análises dirigidas aos Estados no âmbito do Comitê Jurídico. O relatório da Comissão para o ano de 1999 deu conta de que, com relação às solicitações de comentários e respostas sobre o tema das imunidades jurisdicionais dos estados e de seus bens, apenas cinco países responderam (UNITED NATIONS, 1999-a, p. 142).

Assim, no sentido de responder se a Convenção sobre Imunidade de 2004 pode adquirir caráter obrigatório pela via do costume internacional, é útil ter em mente que os esforços de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional enfrentam, além das dificuldades inerentes à tarefa, aquelas decorrentes da falta de participação dos Estados nos processos de consultas.

Além disso, na época da adoção da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, pairava ainda certa dúvida quanto ao *status* do direito relativo à esta prerrogativa dos Estados estrangeiros no foro, se a mesma possuía natureza obrigatória ou se era tão somente *comitas gentium*. Essas dúvidas só foram dissipadas com a decisão do caso *Jurisdictional Immunities*, em 2012, que confirmou o instituto da imunidade jurisdicional dos Estados como parte do direito internacional costumeiro e identificou e esclareceu algumas de suas regras.

No entanto, se o caráter costumeiro do direito da imunidade jurisdicional já não é questionável, o seu conteúdo segue controverso. Nesse sentido, pode-se mencionar novamente *Bankas*, cuja pesquisa doutoral é contemporânea da adoção da Convenção sobre Imunidade: “*Many believe the move towards the total acceptance of the doctrine of restrictive immunity is almost complete, but a careful review of state practice shows that is not the case*”. Ele apontou que a perspectiva consagrada pela Convenção era limitada aos países ocidentais, uma vez que a prática no leste europeu, na Rússia, na China e, de modo geral, na África, Ásia e Oceania, ainda era a da aplicação absoluta da imunidade de jurisdição (BANKAS, 2005, p. 202).

Portanto, ainda que seja possível afirmar a continuidade do movimento de consolidação da perspectiva restritiva da imunidade de jurisdição dos Estados, não se deve ignorar que a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens ainda não entrou em vigor e não condiz com a prática ou a *opinio juris* dos Estados em diversas partes do mundo. Isso significa que os seus dispositivos que correspondem a uma codificação das normas costumeiras vigentes usufruem, por conta das mesmas, da autoridade do direito internacional apenas em relação aos Estados que a elas se vincularam. Da mesma forma, os seus dispositivos que correspondem ao objetivo de conduzir a um desenvolvimento progressivo do direito internacional, ante o pequeno número de ratificações, não integram ainda o direito costumeiro vigente, pois não representam nem prática generalizada nem *opinio juris* da grande maioria dos Estados.

De todo modo, é inegável que a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens constitui um importante ponto de partida para a compreensão e análise do instituto, pois representa um ponto mínimo de consenso acerca da prática da imunidade, ou se não, representa ao menos uma síntese do impulso evolutivo que a Comissão de Direito Internacional tentou dar ao instituto com a colaboração dos Estados. Cabe então observar como os tribunais internacionais aplicaram o

direito das imunidades jurisdicionais, com especial destaque para as questões relativas à exceção territorial e às normas imperativas do direito internacional.

## 2 IMUNIDADE JURISDICIONAL DIANTE DE CRIMES INTERNACIONAIS

Algumas questões essenciais guiam a linha de raciocínio neste item.

Em primeiro lugar, o precedente que a Câmara dos Lordes do Reino Unido firmou no caso *Pinochet*, em 1999, é aplicável apenas à imunidade de agentes do Estado face à jurisdição criminal estrangeira quando da prática de crimes graves contra o direito internacional, conforme as obrigações internacionais decorrentes de tratados específicos. A decisão *Pinochet* não é aplicável em matéria cível nem em relação à imunidade jurisdicional do Estado propriamente dito, como se vê adiante. Trata-se do precedente para esclarecer porque o mesmo não incide sobre a temática em estudo.

Em segundo lugar, a distinção entre imunidades jurisdicionais na esfera penal e imunidades jurisdicionais na esfera civil, a partir da decisão *Pinochet* é bem definida pela Câmara dos Lordes no caso *Jones*, em 2006, e confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2014. Essa distinção é essencial à atual compreensão do instituto da imunidade de jurisdição. As decisões em *Jones* confirmam as linhas argumentativas que apareceram em decisões anteriores, especificamente *Al-Adsani*, *Fogarty*, *McElhinney* e *Kalogeropoulou*.

Em terceiro lugar, conforme a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, não existe uma exceção de *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado. Esta decisão tratou de crimes de guerra praticados pelo Estado estrangeiro, no caso, a Alemanha, na jurisdição do foro, no caso a Itália. Posteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou essa posição no caso *Jones*, dessa vez em relação à prática de tortura pelo Estado estrangeiro em seu próprio território, no caso, a Arábia Saudita, contra nacionais do foro, no caso, o Reino Unido.

Cabe apontar, ainda, que na decisão do caso *Jones*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em matéria cível é consubstancial à imunidade jurisdicional de seus agentes, pois, se estes pudessem ser processados em lugar do Estado, a proteção que a imunidade estatal confere poderia sempre ser contornada.

O conjunto da evolução do direito internacional das imunidades jurisdicionais nas primeiras duas décadas do século XXI aponta para um maior grau de responsabilização dos agentes estatais na esfera criminal, quando da prática de crimes graves contra o direito internacional, mas não acolheu a exceção de *jus cogens* à imunidade estatal em matéria cível, que é coextensiva à imunidade dos agentes do Estado.



## 2.1 O precedente *Pinochet* (1999)

A regência da imunidade de jurisdição em matéria penal é definida por obrigações convencionais específicas, o que a torna distinta da regência da imunidade de jurisdição em matéria civil, que é balizada pelo direito internacional costumeiro. É impossível reconhecer a imunidade jurisdicional de Chefes de Estado, Chefes de governo e agentes do Estado, durante ou após o exercício de suas funções, pela prática de crimes cujos réus o Estado foro se comprometeu em tratados internacionais a julgar ou a extraditar. O caso paradigmático na espécie é o julgamento do pedido de extradição do ex-ditador chileno *Augusto Pinochet*, que a Espanha solicitou e a Câmara dos Lordes britânica julgou em 1999.

No entanto, o precedente *Pinochet* é um caso específico de responsabilização penal de agentes do Estado nas hipóteses previstas em convenções internacionais, no caso, a Convenção contra a Tortura, assim, não existe regra do direito internacional geral que comande o afastamento da imunidade de jurisdição do Estado em face da violação de normas imperativas, como se vê a seguir.

### 2.1.1 A jurisdição espanhola e o pedido de prisão do General *Pinochet*

A Câmara dos Lordes do Reino Unido julgou o caso *Pinochet* em 24 de março de 1999 (UNITED KINGDOM, 1999), autorizando a extradição do ex-ditador chileno para ser processado por conspiração para a prática de tortura contra seus opositores e pela prática de um ato específico de tortura. As demais acusações não constituíram crimes extraditáveis, conforme a legislação britânica, ou não foram admitidas, como foi o caso da acusação de genocídio ou da acusação de conspiração para fazer reféns. Essas acusações decorreram de convenções internacionais que a Espanha ratificou que, conjugadas com a legislação penal espanhola vigente à época, estabeleciam hipóteses que possibilitavam o exercício de jurisdição universal por parte da Espanha quando da violação das mesmas.

Sobre essas convenções, cabe indicar brevemente a data de sua adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas, com referência às cópias certificadas disponíveis no

sítio desta organização, e a data de seus decretos de incorporação ao direito brasileiro, com referência aos textos em português, os quais se empregou para as citações das convenções no idioma pátrio. Assim, a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada em Nova Iorque em 10 de dezembro de 1984 (UNITED NATIONS, 1984) e incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto 40 de 14 de fevereiro de 1991 (BRASIL, 1991). Já a Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi adotada pela Assembleia Geral em 9 de dezembro de 1948 (UNITED NATIONS, 1948) e incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto 30.822 de 6 de maio de 1952 (BRASIL, 1952). A Convenção das Nações Unidas Contra a Tomada de Reféns, por sua vez, foi adotada em 18 de dezembro de 1979 (UNITED NATIONS, 1979) e foi incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto 3.517 de 20 de junho de 2000 (BRASIL, 2000).

O julgamento no caso *Pinochet* foi a primeira ocasião em que um tribunal doméstico rejeitou o pedido de imunidade de jurisdição de um ex-chefe de Estado. O caso envolveu os temas da jurisdição universal e da imunidade de jurisdição, no contexto do desenvolvimento das restrições à imunidade dos agentes do Estado em matéria penal.

A jurisdição britânica foi acionada com o pedido de extradição do General *Augusto Pinochet*, apresentado pelo governo espanhol em razão de ordem de prisão expedida pelo juiz *Baltazar Garzón*, que investigava diversas violações de direitos humanos planejadas e executadas pelo governo do Chile durante a ditadura militar (1973-1990), período em que *Pinochet* era chefe de Estado. As violações consistiram em prisão, tortura e assassinato de adversários políticos como forma de manter o controle sobre aquele país. O Chile retornou à democracia em 1990, após a derrota do regime autoritário em um plebiscito e, como parte do processo de transição democrática, aprovou legislação que conferia anistia a todos os membros do governo militar pelos crimes cometidos para a manutenção do regime e que concedia um mandato vitalício de senador ao General, que também permaneceu como chefe das forças armadas.

A condução dessa investigação pela jurisdição espanhola se fundava na previsão contida no artigo 23.4 da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que definia a competência internacional da Espanha para julgar certos crimes cometidos por estrangeiros ou nacionais fora do território do país, que à época apresentava a seguinte redação:

Artículo 23 [...]

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio.

- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España (ESPAÑA, 1985, grifos do autor).

Como é possível deprender da leitura, sendo a Espanha parte da Convenção Contra a Tortura, as previsões contidas no artigo 4º desta convenção implicavam, combinadas com o disposto na alínea “g)” supracitada, a competência do judiciário espanhol para julgar os delitos nela previstos onde quer que tenham ocorrido e quem quer que tenham sido as vítimas. A redação do artigo é a seguinte:

Artigo 4º

1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.
2. Cada Estado Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade (UNITED NATIONS, 1984; BRASIL, 1991).

Assim, combinadas a legislação espanhola e a Convenção Contra a Tortura o resultado para a Espanha incluía não só a obrigação de processar ou extraditar torturadores, conforme a previsão constante nos artigos 5.2 e 7.1 da Convenção Contra a Tortura, como também a competência para os julgar independentemente de qualquer conexão entre o delito praticado e o Estado espanhol. A redação dos referidos dispositivos é a seguinte:

[5.2] Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não extradite de acordo com o Artigo 8º para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo.

[7.1] O Estado Parte no território sob a jurisdição do qual o suposto autor de qualquer dos crimes mencionados no Artigo 4º for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, nos casos contemplados no Artigo 5º, a submeter o caso as suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado (UNITED NATIONS, 1984; BRASIL, 1991, grifos do autor).

Deve-se destacar que a Convenção contra a Tortura estabelece que os Estados-partes exerçam jurisdição sobre os supostos autores de tortura que se encontrem em territórios sob a sua autoridade, ou seja, a obrigação de exercício de jurisdição universal constante na Convenção é condicionada a um elemento de conexão territorial, no caso, a presença do suspeito em território sob jurisdição do Estado-parte. A *Ley Orgánica del Poder Judicial* espanhola ia além do que determina a Convenção, ao estabelecer, por opção do legislador e conforme a interpretação de seus tribunais, a possibilidade de exercício jurisdicional contra suspeitos que se encontrassem em território além de sua autoridade.

Cabe esclarecer brevemente que o legislador espanhol alterou em 2009 o artigo 23.4 da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* para, sem prejuízo das previsões específicas dos tratados internacionais ratificados pela Espanha, limitar o alcance do dispositivo ao exigir certos elementos de conexão para que fosse estabelecida a jurisdição espanhola, a saber, a presença dos responsáveis em território espanhol, ou a existência de vítimas de nacionalidade espanhola, ou a existência de algum vínculo de conexão relevante com a Espanha. A alteração legislativa, no intuito de conformar o exercício de jurisdição universal ao princípio da subsidiariedade, também introduziu a exigência, para atuação da jurisdição espanhola, de que um procedimento penal efetivo não esteja em andamento em outro país competente ou em um tribunal internacional, prevendo também a suspensão do processo penal em tramitação na Espanha, na hipótese de vir a iniciar-se posteriormente um procedimento penal efetivo em outra jurisdição nacional competente ou tribunal internacional (ESPAÑA, 2009).

Posteriormente, nova reforma, introduzida pela *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de março*, limitou ainda mais o princípio da justiça universal previsto no artigo 23.4, ampliando as exigências de conexão com o foro para definição da jurisdição espanhola e estabelecendo a exigência de que a ação seja interposta pela vítima ou pelo *Ministerio Fiscal*, impedindo, assim, a interposição de ações penais exclusivamente por organizações não governamentais (ESPAÑA, 2014).

Assim, pode-se afirmar que as condições jurídicas que permitiram ao juiz *Garzón* solicitar a extradição do ex-ditador *Pinochet* não mais subsistem. Com isso, a Espanha foi o último país a sustentar uma visão expansiva e literal da noção de jurisdição universal, a ser exercida independentemente de qualquer relação entre os crimes, seus autores ou vítimas e a jurisdição do foro. Uma derradeira mudança no artigo 23.4 da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, em 2015, não alterou esse direcionamento (ESPAÑA, 2015).

De toda forma, essas mudanças não tiram o valor da decisão da Câmara dos Lordes no caso *Pinochet*, pois, lida corretamente, a mesma instrui quanto à maneira como devem ser compreendidas as obrigações de extraditar ou julgar presentes em diversas convenções.

Destarte, compreende-se a base legal para que, no dia 16 de outubro de 1998, quando *Pinochet* estava em vias de encerrar uma visita ao Reino Unido para tratamento de saúde, o juiz *Garzón* ordenasse na Espanha a sua prisão. Dessa ordem resultou, no mesmo dia, a expedição, por um juiz em Londres, de mandado de prisão provisório, de acordo com a Seção 8 do *Extradition Act* britânico de 1989. Essa ordem de prisão foi expedida com

urgência e serviu principalmente para evitar que o General deixasse o país. No dia seguinte, a *Metropolitan Police* deteve *Pinochet* quando este se encontrava em um hospital. No dia 18 de outubro, as autoridades espanholas expediram um segundo mandado de prisão internacional, mais circunstanciado, que foi seguido, no dia 22 de outubro, por um segundo mandado de prisão provisório. Nesse segundo mandado provisório, os magistrados britânicos fizeram constar contra o General *Pinochet* diversas acusações de prática ou conspiração para a prática de atos de tortura, detenção arbitrária e assassinato, no desempenho ou suposto desempenho de suas funções oficiais, em períodos de tempo diversos que iam de janeiro de 1976 a dezembro de 1992 (UNITED KINGDOM, 1999, § 10).

Compreende-se que a ordem de prisão contra o General *Pinochet* ocorreu em circunstâncias específicas, que revelam que os Estados devem atentar para o exercício razoável de sua jurisdição, tendo em vista a presença de fatores razoáveis de conexão, sem o que se torna frágil ou disfuncional a atuação das jurisdições nacionais. Por outro lado, a discussão da possibilidade de extradição e seus requisitos demonstram de modo convincente a interação entre normas internas e normas internacionais no intuito de preservar a eficácia de compromissos internacionais, como se vê a seguir.

### 2.1.2 A discussão acerca da possibilidade jurídica da extradição

As identificações dos atos e de seus períodos temporais tinham por objetivo satisfazer as exigências do *Extradition Act* britânico, em particular o requisito de dupla incriminação, pelo qual um crime só é passível de extradição se estiver tipificado simultaneamente na legislação do país requerente e na do Reino Unido. Houve discussão sobre o momento a ser considerado para verificação da dupla incriminação, se o exame deveria considerar o momento da prática do ato delituoso ou o momento da apresentação do pedido de extradição. Segundo *Lord Browne Wilkinson*, essa era a primeira questão que teria de ser definida no julgamento, pois somente se juridicamente viável o processo de extradição é que se discutiria o possível efeito das imunidades do Estado sobre o seu prosseguimento. Em suas palavras: “*Our job is to decide two questions of law: are there any extradition crimes and, if so, is Senator Pinochet immune from trial for committing those crimes*” (UNITED KINGDOM, 1999, § 9).

Colocado em prisão domiciliar enquanto se desenrolava o procedimento, *Pinochet* argumentou, por meio de seus defensores, que as cortes britânicas não possuíam jurisdição sobre crimes praticados por um estrangeiro fora de seus limites territoriais antes da promulgação do *Criminal Justice Act* de 29 de setembro de 1988, que incorporou em sua Seção 134 as disposições da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), pela qual os Estados-parte se obrigaram a adotar medidas eficazes para impedir a prática de tortura nos territórios sob sua jurisdição e a tipificá-la em sua legislação penal. Ou seja, de acordo com a defesa, diversos dos crimes indicados na ordem de prisão não poderiam ensejar extradição por não serem crimes de acordo com a legislação britânica no tempo em que foram cometidos, ou seja, por não satisfazer o requisito de dupla incriminação à época de sua prática. Ainda que houvesse jurisdição, acrescentou a defesa, a mesma não poderia ser exercida sobre atos do Estado chileno, praticados pelo General no exercício de suas atribuições como chefe de Estado (UNITED KINGDOM, 1999, § 11).

Para enfrentar as questões de adequação temporal, o governo espanhol ampliou posteriormente o escopo das acusações contra *Pinochet*, buscando incluir delitos cometidos após a incorporação da Convenção Contra a Tortura ao direito britânico, bem como buscando apontar delitos cometidos por *Pinochet* quando ainda não havia assumido as funções de chefe de Estado. Essa estratégia viabilizou, por um lado, a continuidade do procedimento de extradição, ainda que o rol de acusações tenha sido substancialmente reduzido e, por outro, tornou crucial a questão relativa às imunidades do Estado em cotejo com a interpretação da Convenção Contra a Tortura.

No primeiro julgamento, em 28 de outubro de 1998, a *Divisional Court* entendeu que as acusações contra o General poderiam ensejar a sua extradição, mesmo em face da alegação da defesa de que diversas das acusações não constituíam crimes sob a ordem jurídica britânica ao tempo em que foram praticados e, portanto, não seriam condutas que ensejariam extradição de acordo com o *Extradition Act* (1989). Sobre esse ponto, a decisão dos juízes, liderados pelo *Chief Justice Bingham*, foi que interessava apenas que as condutas imputadas fossem crimes segundo a lei britânica na data do pedido de extradição. Quanto à alegação de imunidade, esta foi acolhida ante a consideração de que *Pinochet*, como ex-chefe de Estado, estava abrangido por imunidades estatais e não poderia ser submetido à julgamento pelas acusações apresentadas. Desse modo, ambas as ordens de prisão foram revogadas (UNITED KINGDOM, 1999, § 11).

O *Crown Prosecution Service* recorreu em nome do governo da Espanha e a *Divisional Court* certificou que a questão jurídica central no caso consistia na interpretação adequada e no alcance da imunidade usufruída por um ex-chefe de Estado em relação à prisão e ao procedimento de extradição no Reino Unido relativos a atos praticados quando este ainda estava no exercício do cargo. Este primeiro julgamento na Câmara dos Lordes ficou conhecido como o caso *Pinochet No 1*. Em 4 de novembro, antes da audiência na Câmara dos Lordes, o governo espanhol apresentou formalmente pedido de extradição no qual ampliava significativamente a lista de crimes atribuída a Pinochet, incluindo as acusações de conspiração para tomar o governo através de golpe de Estado e depois, para garantir a submissão do país, a prática de genocídio, assassinato, tortura e tomada de reféns (UNITED KINGDOM, 1999, § 12).

As audiências na Câmara dos Lordes ocorreram entre 4 e 12 de novembro e foram ouvidos o *Crown Prosecution Service*, em nome da Espanha, o Senador *Pinochet*, a Anistia Internacional como interveniente e *amicus curiae*. A *Human Rights Watch* também apresentou alegações por escrito. O Comitê de Apelação considerou o caso conforme ampliado pelo pedido de extradição apresentado pela Espanha, além disso, não foi colocado em discussão se os crimes alegados, ou parte deles, constituíam ou não delitos passíveis de extradição. Aparentemente, segundo *Lord Wilkinson*, naquele julgamento todas as acusações foram admitidas como ensejadoras de extradição (UNITED KINGDOM, 1999, § 13).

Talvez tenha havido algum entendimento entre o *Crown Prosecution Service* e a defesa de *Pinochet*, pois nesse julgamento todas as acusações ficaram restritas ao período em que o General atuou como chefe de Estado. Por outro lado, a defesa não suscitou a questão da adequação temporal entre as acusações e a entrada em vigor do *Criminal Justice Act*, de 29 de setembro de 1988, que funcionaria como marco para definir que acusações satisfariam o requisito de dupla incriminação e poderiam, assim, fundar o pedido de extradição. Aparentemente, nesse momento, a defesa apostou todas as suas fichas na proteção conferida pela imunidade estatal.

A decisão foi proferida em 25 de novembro e o apelo foi provido por uma maioria de três votos a dois, com base na assunção de que *Pinochet* não fazia jus à imunidade em relação a crimes definidos pelo direito internacional. Segundo relatou posteriormente *Lord Millet*, o Comitê de Apelação compreendeu que a imunidade de Pinochet estava limitada aos atos praticados no legítimo exercício de suas funções oficiais, que não incluíam torturar oponentes políticos (LORD MILLET, 2006, p. 5-9).

Este julgamento foi anulado em 15 de janeiro de 1999, no caso conhecido como *Pinochet No 2*, sob alegação de tendenciosidade, pois um dos juízes que formaram a maioria, *Lord Hoffman*, era componente da diretoria da organização Anistia Internacional que, como já dito, integrava o processo como interveniente (UNITED KINGDOM, 1999, § 13).

Assim, o caso retornou à Câmara dos Lordes no dia 18 de janeiro de 1999 para ser julgado uma terceira vez, dessa vez por um comitê composto por sete julgadores, ficando conhecido como o caso *Pinochet No 3*. Nesse curto intervalo, algumas mudanças significativas aconteceram no caso. Em primeiro lugar, o Ministro do Interior autorizou que se desse seguimento ao procedimento de extradição, baseado na decisão que viria a ser anulada, excluindo da autorização a acusação de genocídio, que acabou por ser abandonada no novo julgamento. Em segundo lugar, o governo do Chile, que até então vinha atuando apenas por meio dos canais diplomáticos, apareceu pela primeira vez nos autos, pedindo sua habilitação como interveniente, uma vez que o Estado chileno era o titular das imunidades em discussão. Em terceiro lugar, a lista de acusações contra *Pinochet* foi novamente ampliada devido ao acréscimo de informações do governo chileno sobre diversos detalhes das acusações (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 13-15).

É importante ressaltar que o abandono da acusação de genocídio retirou do contexto de julgamento a acusação mais grave contra *Pinochet*, que era também aquela baseada na convenção mais antiga e que de modo mais explícito indicava a responsabilização de governantes. Como se pode notar, a primeira parte do trabalho dos magistrados no caso foi definir que acusações subsistiam contra *Pinochet* quando confrontadas com o requisito de dupla incriminação, o que se fazia necessário para estabelecer a jurisdição britânica para julgar o pedido de extradição e, após esse exercício, verificar se as acusações remanescentes estavam incluídas no escopo das imunidades de um ex-chefe de Estado. Somente então a *House of Lords* poderia manifestar-se sobre o pedido de extradição propriamente dito.

Assim, fez-se necessário organizar uma lista com as 32 acusações sob a legislação britânica que correspondiam às alegações feitas contra o general Pinochet conforme a legislação espanhola, já excluídas as acusações de genocídio. Essa lista foi organizada pelo *Crown Prosecution Service*, atuando em nome da Espanha e, diferentemente do julgamento anterior, dessa vez foram incluídas acusações por crimes supostamente cometidos por Pinochet antes de tornar-se chefe de Estado e que estariam, portanto, fora do âmbito de proteção das imunidades do Estado. Em resposta, a defesa suscitou novamente a questão do ajustamento temporal e a necessidade de verificar o cumprimento do requisito de dupla



incriminação para determinar que acusações poderiam subsistir como fundamento para o pedido de extradição (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 15 e 17).

Nesse ponto ocorreram discordâncias entre os sete juízes que compunham o novo Comitê de Apelação. À exceção de *Lord Goff*, os demais magistrados concordaram que a prática de tortura e certos outros delitos por agentes públicos já constituía um crime internacional sujeito à jurisdição universal em 1973, quando se iniciou a ditadura chilena, no entanto, houve divergência quanto às consequências disso em termos jurisdicionais. Para cinco desses seis magistrados, à exceção de *Lord Millet*, isso significava que o Reino Unido estava autorizado pelo direito internacional a assumir jurisdição extraterritorial sobre tais crimes, inclusive tortura, o que eventualmente veio a ocorrer com a promulgação do *Criminal Justice Act*, em 29 de setembro de 1988. *Lord Millet*, por outro lado, compreendia que, do ponto de vista do direito internacional costumeiro, que é parte da *common law*, o Reino Unido já possuía jurisdição extraterritorial naquele momento. Por fim, prevaleceu o entendimento de que o Reino Unido só possui jurisdição sobre crimes cometidos por estrangeiros no exterior especificados pela lei penal a partir de sua promulgação. Isso reduziu drasticamente o escopo das acusações, mas não foi o bastante para inviabilizar o procedimento de extradição do ex-ditador, pois as acusações apresentadas para instruir o pedido de extradição incluíam alguns atos e conspirações praticados após a entrada em vigor do *Criminal Justice Act* (LORD MILLET, 2006, p. 5-9).

Como se vê, é um dos persistentes desafios do exercício da jurisdição penal internacional a adequação entre o tempo da incriminação, o tempo do julgamento e as necessidades da justiça. No caso *Pinochet*, o princípio da irretroatividade das normas penais foi respeitado, mas a dissidência de *Lord Millet* demonstra que esse entendimento não foi assim tão pacífico. Outro elemento que se destaca é a relação entre a incriminação internacional e a necessidade de transpô-la para o plano interno, que é apenas um capítulo no contexto mais amplo das relações entre o direito internacional e os direitos nacionais.

O conjunto das acusações organizado pelo *Crown Prosecution Service* foi por fim sintetizado e dividido em categorias por *Lord Hope of Craighead* e serviram para o cotejo com a promulgação do *Criminal Justice Act* de 29 de setembro de 1988, que incorporou em sua Seção 134 as disposições da Convenção Contra a Tortura. Após a comparação, subsistiram as acusações relativas a atos praticados após a incriminação na legislação britânica de certos atos ilícitos praticados no exterior, a saber: conspiração para torturar entre 1º de agosto de 1973 e 1º de janeiro de 1990; conspiração para fazer reféns no mesmo período; conspiração para torturar combinada com homicídio na Itália, França, Espanha e

Portugal, entre 1º de janeiro de 1972 e 1º de janeiro de 1990; um ato de tortura praticado em 24 de junho de 1989. No correr das discussões, constatou-se que a acusação de conspiração para fazer reféns não se adequava ao *Taking Hostages Act*, de 1982, que incorporou ao direito britânico a Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns (UNITED NATIONS, 1979; BRASIL, 2000). Sendo assim, as acusações que restaram para subsidiar o pedido de extradição foram apenas aquelas relacionadas à conspiração para torturar e ao ato de tortura cometido em 24 de junho de 1989 (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 28-31).

Dessa forma, a definição do crime de tortura conforme o direito internacional e as obrigações decorrentes da Convenção Contra a Tortura tornaram-se elementos centrais para a resolução do caso. *Lord Wilkinson* destacou a novidade do conceito internacional de tortura, apontando sua origem como parte do desenvolvimento do direito internacional penal após a Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional afirmou a possibilidade de responsabilização criminal por crimes na guerra e crimes contra a humanidade. Quanto às dúvidas relativas à legalidade da Carta do Tribunal de *Nuremberg*, as mesmas foram superadas, na opinião dele, com a adoção em 11 de dezembro de 1946, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da *Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of Nuremberg Tribunal*. O crime de tortura, por sua vez, era um dos elementos de um crime de guerra, mas com o tempo tornou-se um delito autônomo e sua proibição foi reconhecida como norma imperativa do direito internacional. A defesa de *Pinochet* chegou a questionar o caráter cogente da proibição da tortura, mas a proposição foi rechaçada pelos julgadores. Assim, ficou justificado o exercício de jurisdição por parte dos Estados sobre o crime de tortura onde quer que tenha sido praticado, uma vez que um importante pressuposto do direito internacional penal é que os perpetradores das condutas por ele cominadas são considerados, desde os piratas, inimigos do gênero humano. Em apoio a essa afirmação o magistrado citou o caso *Demjanjuk v. Petrovsky*, julgado em 1985 (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 32-35).

Cabe acrescentar que a possibilidade de persecução penal por crimes de guerra, bem como a incriminação dos líderes responsáveis pela guerra já havia sido afirmada anteriormente, ao final da Primeira Guerra Mundial. Por outro lado, a categoria crimes contra a humanidade é um legado original dos vencedores da Segunda Guerra Mundial para o progresso do direito internacional penal.

Um dos desafios ao exercício da jurisdição internacional sobre crimes de tortura foi a ausência de tribunais internacionais, que teve de ser suprida por meio da atuação das cortes nacionais, à exemplo dos casos *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) e *Attorney-General of*

*Israel v. Eichmann* (1962). Havia a necessidade de dar maior efetividade à persecução penal dos crimes de tortura, com o objetivo de privar os perpetradores de encontrar abrigo onde quer que fossem. Nesse contexto se deu a adoção da Convenção Contra a Tortura, a qual não foi acordada para criar um novo tipo penal, pois a prática de tortura já era um crime internacional muito antes de sua aprovação, mas para criar um sistema de justiça internacional pelo qual os torturadores não pudessem evadir-se de sua responsabilidade penal fugindo para outros países. Para esse efeito se estabeleceu a obrigação de processar ou extraditar, ou seja, se os Estados indicados no artigo 5.1 da Convenção Contra a Tortura não solicitarem a extradição do torturador ou não o processarem, outros Estados deverão fazê-lo, conforme os artigos 5.2, 6 e 7.1. Essas cominações, sintetizadas na fórmula *aut dedere aut judicare*, constituem a jurisdição penal universal (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 36, 40-41).

A sentença da *House of Lords* no caso *Pinochet* constitui um marco na aplicação da Convenção Contra a Tortura, em particular do alcance da obrigação de processar ou extraditar, pois vai além de suas obrigações explícitas e busca também as suas obrigações implícitas, no sentido de evitar que se frustrem os seus propósitos. É do que se trata a seguir.

### 2.1.3 A discussão acerca da imunidade de jurisdição no caso *Pinochet*

Assim, o escopo das acusações foi circunscrito e o exercício de jurisdição foi justificado. Restava a questão principal, relativa à imunidade de jurisdição. *Lord Wilkinson* destacou a importância da ocasião, pois, se fosse autorizada a extradição do General *Pinochet* com base nos atos de tortura praticados após 29 de setembro de 1988, seria a primeira vez em que uma corte doméstica recusaria a outorga de imunidade a um chefe de Estado ou ex-chefe de Estado sob o fundamento de que esta não pode subsistir face à persecução de certos crimes internacionais (UNITED KINGDOM, 1999, § 42).

Destaca-se nesse ponto que a referência a chefes de Estado em exercício envolveria uma racionalidade jurídica diferente, uma vez que se somaria à discussão sobre imunidades *ratione materiae*, a questão das imunidades *ratione personae*. Essa passagem da decisão prenuncia um pouco do debate que se seguiria ao caso *Pinochet*, quanto ao alcance da decisão enquanto precedente a ser aplicado no âmbito de outros crimes internacionais, ou em relação a autoridades em exercício, ou ainda quanto à sua validade como precedente jurisdicional na esfera civil.

No caso *Pinochet*, as partes concordavam quanto ao teor das normas relativas à imunidade, mas era necessário resolver se estas se aplicavam ao crime internacional de tortura, considerando que Reino Unido, Espanha e Chile eram partes da Convenção Contra a Tortura e, portanto, obrigados a dar efeito aos seus dispositivos. A assunção básica da imunidade dos Estados é que um Estado soberano não pode exercer jurisdição sobre a conduta de um Estado estrangeiro. Essa mesma imunidade do Estado se estende a seus chefes de Estado e representantes diplomáticos, funcionando de modo distinto conforme tais autoridades estejam ou não no exercício de suas funções. No exercício da função de chefe de Estado ou de representante diplomático os agentes gozam de completa imunidade jurisdicional independentemente da natureza dos atos praticados, se públicos ou privados, se de interesse do Estado ou a ele indiferentes, essa é a imunidade *ratione personae*. Após deixar o cargo, a situação do diplomata é definida na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), em seu artigo 39.2, que afirma que seus privilégios cessarão no momento em que ele deixar o país ou após um prazo razoável, mas ressalva que quanto aos atos praticados no exercício de suas funções, a imunidade subsistirá. Essa imunidade é parcial e distinta da anterior, pois seu propósito é garantir a integridade das atividades oficiais desempenhadas pelo diplomata, é uma imunidade que se liga aos atos oficiais praticados e não à pessoa do agente, daí ser designada imunidade *ratione materiae*. De acordo com *Lord Wilkinson*, a mesma racionalidade se aplica a ex-chefes de Estado, que também perdem sua imunidade *ratione personae* ao deixar o cargo, podendo também ser processados por obrigações contraídas na esfera privada. Em apoio a essa visão ele menciona o curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia por *Arthur Watts*, intitulado *The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers*, publicado em 1994, bem como exemplos de ex-oficiais do Estado que foram réus em processos de natureza cível, como nos casos *Ex-King Farouk of Egypt v. Christian Dior* (1957) e *Jimenez v. Aristeguieta* (1962), e menciona também, por outro lado, exemplo da permanência de imunidade em razão da matéria, como no caso *Hatch v. Baez* (1876) (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 43-47).

Ao conferir a remissão ao *recueil* de *Watts* (1994, p. 88) encontra-se passagem relativa à situação do Chefe de Estado após deixar o posto, lá se pode ler que o ex-chefe de Estado não faz jus, de acordo com o direito internacional, a nenhuma das prerrogativas, imunidades e privilégios conferidos aos que estão em atividade. Após a perda do cargo, ou após deixá-lo, o ex-chefe de Estado pode ser processado em decorrência de suas atividades de natureza privada praticadas antes, durante ou depois do exercício de suas funções oficiais,

inclusive “[he] may also be subject of extradition proceedings in respect of crimes committed while he was in office”.

Esse trecho da passagem mencionada por *Lord Wilkinson*, no entanto, só é pertinente se os atos ou crimes em questão forem praticados pelo agente em sua condição privada. Caracterizar atos de tortura como atos não oficiais foi a construção que a *House of Lords* fez no caso *Pinochet 1*, quando afirmou que não é atribuição do chefe de Estado ordenar a prática de tortura contra quem quer que seja e, portanto, que tais atos não se revestem de caráter oficial. Com relação a esse aspecto específico, deve-se esclarecer que não é essa a distinção entre atos de natureza privada e atos oficiais, pois o que efetivamente diferencia os primeiros dos segundos é que a prática destes últimos só pode ocorrer devido à disponibilidade e efetiva utilização de recursos decorrentes da posição de autoridade na qual se encontra o agente do Estado, assim sendo, é incorreto afirmar que a ilicitude descaracteriza a natureza pública do ato. Por sua própria definição, o crime de tortura é sempre praticado por agente do Estado, desvirtuando suas atribuições e utilizando-se de sua posição oficial para a prática do delito. Em *Pinochet 3*, a *House of Lords* abandonou a linha argumentativa que procurava, equivocadamente, assimilar a prática de tortura a um ato privado de agente do Estado e passou a concentrar-se nas obrigações decorrentes da Convenção contra a Tortura.

Ainda no *recueil*, encontra-se a uma observação relativa aos atos praticados pelo chefe de Estado no exercício de suas funções e que é mais pertinente às circunstâncias do caso *Pinochet*. Nela, *Watts* afirma que são distintas as considerações relativas aos atos desempenhados pelo chefe de Estado no exercício de suas atribuições oficiais, pois os mesmos são atos praticados pelo Estado e não atos pessoais do chefe de Estado, não podendo este, portanto, ser processado em razão de sua prática, mesmo após deixar o cargo, *verbis*: “*Such acts are acts of the State rather than the Head of State’s personal acts, and he cannot be sued for them even after he has ceased to be Head of State*” (WATTS, 1994, p. 89).

Portanto, a regra geral relativa aos atos de chefes de Estado praticados no exercício de suas atribuições é a da manutenção de sua imunidade jurisdicional *ratione materiae*. Sendo o crime de tortura, por natureza, um crime cujo autor é necessariamente um agente do governo, ele estaria abrigado sob o manto da prerrogativa de imunidade à jurisdição estrangeira, não fossem as obrigações específicas assumidas pelos Estados em decorrência da Convenção contra a Tortura. Cabe observar, entretanto, que a Convenção não se refere especificamente ao instituto da imunidade de jurisdição, o que levou a *House of Lords* a debater se o afastamento da prerrogativa de imunidade constitui uma obrigação implícita decorrente da mesma. A maioria, no caso *Pinochet 3*, entendeu pela existência de tal

obrigação implícita, qual seja, a de afastar a imunidade de jurisdição de ex-chefes de Estado que tenham praticado tortura, com a dissidência apenas de *Lord Goff*.

Assim sendo, Pinochet poderia ser beneficiado, em princípio, por imunidades *ratione materiae* relacionadas aos atos praticados no exercício de suas funções oficiais como chefe de Estado, surgindo então questão acerca da possibilidade de seu papel como mentor da tortura estatal durante a ditadura chilena estar sob o manto de tais prerrogativas. Afirmar que cometer crimes não poderia ser parte de suas funções como chefe de Estado não resolveria a questão, portanto, a questão se deslocou para a análise da tortura como um crime internacional contra a humanidade cuja prática constitui uma violação de norma imperativa do direito internacional e a possibilidade de, ainda assim, constituir um ato oficial praticado em nome do Estado. Entretanto, o fato de ser a prática de tortura uma violação a normas imperativas do direito internacional não é o bastante para disciplinar e dar efetividade à sua persecução judicial, o que ocorreu com o advento da Convenção contra a Tortura, em 1984, e a previsão de jurisdição universal para o crime, consubstanciada na obrigação internacional de extraditar ou julgar. Foi a extensão e os limites da obrigação de extraditar e julgar contidas na Convenção contra a Tortura que tiveram de ser confrontadas com as regras costumeiras gerais que regulam a imunidade de jurisdição para que se pudesse decidir acerca da extradição do ex-ditador chileno.

Prosseguindo, *Lord Wilkinson* posiciona-se no sentido de que a prática do delito definido pela Convenção Contra a Tortura não pode ser considerada uma função do Estado, pois, segundo *Watts* (1994, p. 82 e 84), constituiria um dos casos em que a obrigação internacional é dirigida ao indivíduo pessoalmente, por seu caráter criminoso contra a ordem pública da comunidade internacional, uma vez que os Estados são ficções que só agem por meio de seus agentes e seria ofensivo às noções comuns de justiça não responsabilizá-los. Além disso, o direito internacional costumeiro definiu que chefes de Estado podem ser responsabilizados por autorizar ou perpetrar crimes internacionais graves. Embora a lição de *Watts* tenha sido cunhada para explicar o funcionamento de tribunais internacionais, que expressamente previam a jurisdição dessas cortes para julgar chefes de Estado, a exemplo do artigo 7 da Carta do Tribunal de Nuremberg e de outros criados na década de 1990, isso não impediria, na visão de *Lord Wilkinson*, que o mesmo entendimento fosse aplicado aos tribunais nacionais, que foram autorizadas pela Convenção Contra a Tortura a exercer parcela da jurisdição internacional referente ao crime nela previsto, assim, uma vez dotados dessa competência, o exercício da mesma seria incompatível com a manutenção das imunidades dos chefes de Estado (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 49-53).

No caso, se as imunidades subsistissem, haveria obrigações contraditórias para os Estados. Por um lado, a determinação de respeitar as imunidades de ex-chefes de Estado pela prática oficial de tortura e, por outro, a obrigação oposta, definida na Convenção Contra a Tortura, de criminalizar e exercer jurisdição penal sobre atos de tortura praticados por oficiais do Estado. As saídas possíveis seriam: afirmar que o ex-chefe de Estado não era um agente do Estado no sentido da Convenção, o que ensejaria a eventual responsabilização dos subordinados em face da impunidade do mentor; optar pela manutenção de imunidades *ratione materiae* para todos os agentes e ex-agentes do Estado, o que tornaria a previsão de jurisdição universal ineficaz; ou compreender que, subjacente ao compromisso de combater a tortura está a renúncia à imunidade *ratione materiae* de todos os agentes e ex-agentes do Estado envolvidos na prática de tortura. *Lord Wilkinson* adotou a derradeira posição (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 54-56).

Ao cabo da argumentação de *Lord Wilkinson*, as acusações de homicídio caíram ante as regras de imunidade e o recurso foi provido para autorizar a extradição em relação às acusações de conspiração e prática de tortura posteriores a 8 de dezembro de 1988, data em que o último dos três países interessados no litígio ratificou a Convenção Contra a Tortura, *verbis*:

57. As to the charges of murder and conspiracy to murder, no one has advanced any reason why the ordinary rules of immunity should not apply and Senator Pinochet is entitled to such immunity.

58. For these reasons, I would allow the appeal so as to permit the extradition proceedings to proceed on the allegation that torture in pursuance of a conspiracy to commit torture, including the single act of torture which is alleged in charge 30, was being committed by Senator Pinochet after 8 December 1988 when he lost his immunity (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 57-58).

No debate que se seguiu, o pleito de imunidade foi rejeitado por seis votos a um. *Lord Hutton* e *Lord Saville* acompanharam o posicionamento de *Lord Wilkinson*, raciocinando que os Estados que ratificaram a Convenção contra a Tortura implicitamente renunciaram à imunidade *ratione materiae* em relação ao delito. *Lord Hope* (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 196 e seg.), *Millet* (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 299 e seg.) e *Lord Phillips* (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 366 e seg.) compuseram a maioria, mas raciocinaram de outra forma, argumentando que a imunidade *ratione materiae* subsiste para proteger atos do Estado e preservá-los do escrutínio dos demais, assim, a imunidade protege atos oficiais no intuito de assegurar que o próprio Estado não seja fragilizado por procedimentos contra seu ex-chefe ou ex-agentes, deste modo, se tal imunidade é relacionada aos interesses do Estado, não pode ser invocada em função da responsabilidade criminal internacional de um indivíduo (WICKREMASINGHE, 2014, p. 404).

Como se vê, os posicionamentos dos *Lords* no caso *Pinochet* são distintos em relação aos fundamentos para afastar a imunidade de ex-agentes estatais em face do crime de tortura. Parte dos julgadores preferia uma decisão que fixasse uma regra mais abrangente para a relação entre responsabilidade criminal internacional e imunidade. No entanto, a tese que prevaleceu, de *Lord Wilkinson*, é mais restrita e procurou justificar-se em uma interpretação que conservasse a eficácia da Convenção Contra a Tortura. Essa visão mais restrita, porém, mais próxima de obrigações convencionais amplamente aceitas pelos Estados, será posteriormente confirmada pela jurisprudência reiterada da Corte Europeia de Direitos Humanos, como se vê adiante.

Antes disso, no entanto, cabe visitar a perspectiva vencida, que preconizou uma interpretação mais restrita das obrigações contidas na Convenção Contra a Tortura e criticou a busca por obrigações implícitas na mesma.

#### 2.1.4 A divergência de *Lord Goff* e a prática posterior

A dissidência ficou por conta de *Lord Goff*, que afirmou que o caráter criminoso de um ato, não importando a sua gravidade, não retira o seu caráter governamental. Além disso, com relação à renúncia implícita à imunidade, segundo ele, não poderia ter escapado aos Estados-partes na Convenção Contra a Tortura que chefes de Estado não estavam incluídos na mesma e, portanto, que chefes e ex-chefes de Estado estariam fora do alcance da jurisdição por ela prevista. Por conta disso, não seria papel da *House of Lords* inferir a partir da norma internacional ou da legislação interna do país uma disposição que não estava presente em nenhuma delas (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 100 e 108).

O voto dissidente de *Lord Goff* é relevante, pois introduz uma visão do caso *Pinochet* a partir de outra perspectiva. De início, o magistrado identifica os dois fundamentos principais do pedido espanhol de extradição, o primeiro deles é que o crime de tortura é tão terrível que exige abrir uma exceção ao princípio do direito internacional da imunidade do Estado e o segundo é que em relação a crimes contra o direito internacional não há direito a imunidade. Esse último argumento foi adotado pela maioria na *House of Lords* em seu primeiro julgamento do caso, reforçado pela afirmação de que torturar não é função de um chefe de Estado e constitui uma conduta inaceitável perante o direito internacional, assim



aplicar o instituto da imunidade à mesma seria zombar do direito internacional (UNITED KINGDOM, 1999, § 62).

Em seguida, *Lord Goff* apresenta a posição dissidente exposta naquele primeiro julgamento por *Lord Slynn*, conforme a qual não há prática estatal ou consenso generalizado, e muito menos uma convenção, estabelecendo que todos os crimes contra o direito internacional possam ser submetidos aos tribunais nacionais com base na existência de jurisdição universal. Do mesmo modo, não há norma de *jus cogens* tornando inaplicável a imunidade de jurisdição do Estado quando da ocorrência de tais violações do direito internacional. Ainda segundo *Lord Slynn*, a prática de certos crimes, em particular aqueles contra a humanidade, ressalvadas situações específicas perante tribunais internacionais, nem sempre conduzem ao reconhecimento da jurisdição de tribunais nacionais sobre os mesmos. Ademais, observando as Convenções Contra a Tortura, Contra o Genocídio e Contra a Tomada de Reféns, nenhuma delas removeu a imunidade conferida a ex-chefes de Estado (UNITED KINGDOM, 1999, §§ 64 a 66).

Quando *Lord Goff* afirma, concordando com *Lord Slynn*, que essas convenções não removeram a imunidade conferida a ex-chefes de Estado, é necessário considerar, primeiro, que as mesmas contêm dispositivos distintos, e em segundo lugar que, de fato, nenhuma delas remove expressamente a imunidade conferida a chefes de Estado. Na verdade, nenhuma delas trata do tema das imunidades e é isso o que leva *Lord Goff* a concluir que as mesmas não afetam o regime de direito costumeiro relativo às imunidades jurisdicionais. Na Convenção Contra a Tortura e na Convenção Contra a Tomada de Reféns não há nenhuma disposição explícita a indicar a responsabilização penal de chefes de Estado ou governo, ou que afaste suas imunidades, de modo que uma interpretação restritiva das mesmas conduz, sem maior esforço, a suportar o posicionamento do magistrado britânico. Por outro lado, consta em ambas a obrigação de julgar ou extraditar, cujo alcance fica severamente limitado se dela se excluir as altas autoridades do Estado.

Já a Convenção do Genocídio não contém a obrigação de extraditar ou julgar, mas prevê um dever de punição para “*responsible rulers, public officials or private individuals*” que é possível ler tanto no sentido de criar uma obrigação para a comunidade internacional como um todo, a materializar-se na forma de tribunais internacionais, quanto no sentido de criar uma obrigação para cada Estado em particular, na forma de uma hipótese de exercício da jurisdição local. A primeira leitura é viável, mas ainda assim não dispensa a anuência da comunidade internacional quanto à criação de uma jurisdição específica a concretizar a obrigação geral contida na Convenção. A segunda leitura foge ao sentido do texto da

Convenção e ao contexto de sua criação, esforçando-se para ver no texto legal mais do que legislador internacional lá colocou, por outro lado, é condizente com uma leitura mais contemporânea do direito internacional.

O que se nota, ao observar as convenções e os argumentos que os Lordes apresentam no caso *Pinochet* é que a obrigação de extraditar ou julgar, presente em importantes convenções, ainda não extrapolou os limites do direito internacional codificado para tornar-se direito internacional geral, ou seja, embora na pena dos internacionalistas os *core crimes* já constituam há muito tempo normas imperativas tendentes a proteger os valores do direito humanitário, na prática dos tribunais nacionais e internacionais tais previsões substantivas ainda não produziram um impacto procedimental de tal monta a fundar o exercício de jurisdição na ausência de obrigações internacionais convencionais específicas. Em outras palavras, o direito internacional segue percebendo e praticando a distinção entre normas internacionais materiais e normas internacionais procedimentais, as primeiras, relativas às questões de fundo, representam compromissos e práticas da comunidade internacional que fluem por meio de normas costumeiras ou convenções, as últimas, continuam terreno reservado à produção legislativa escrita, formal e interestatal, ou seja, sua regulação ainda pertence exclusivamente ao direito dos tratados.

Assim sendo, compreende-se que a Convenção contra a Tortura e a Convenção contra a Tomada de Reféns contêm ambas a obrigação específica de julgar ou extraditar, mas não fazem referência à responsabilização penal de chefes de Estado ou chefes de governo, o que torna questionável se suas previsões implicam o afastamento da imunidade jurisdicional de tais autoridades. Por outro lado, a Convenção do Genocídio refere-se exclusivamente à jurisdição de tribunais internacionais e não cria hipótese de exercício de jurisdição doméstica, o que afasta sua incidência sobre a temática da imunidade de jurisdição. A posição de *Lord Goff* é valiosa, pois recorda o axioma de que qualquer norma que implique numa limitação às prerrogativas relativas à soberania e à igualdade dos Estados deve ser interpretada restritivamente.

Essa posição, mais deferente à questão da soberania dos Estados, é bastante criticada pela doutrina jusinternacionalista, porém, continua a encontrar eco na prática dos tribunais internacionais (PETERSEN, 2017; HERTOGEN, 2016). Exemplo disso é o julgamento do caso *Arrest Warrant*, poucos anos depois, no qual a Corte Internacional de Justiça entendeu que a extensão da jurisdição em relação a crimes internacionais graves não afeta o regime costumeiro das imunidades do Estado. A Corte pontuou, na ocasião, que isso não implica qualquer forma de validação jurídica do crime praticado, ou de exclusão da sua

responsabilização, bem como afirmou que as imunidades não se aplicariam em determinadas circunstâncias.

O arrazoado da Corte Internacional de Justiça, no caso *Arrest Warrant*, é no sentido de que as normas que regem a jurisdição dos tribunais nacionais devem ser cuidadosamente diferenciadas daquelas que regem as imunidades jurisdicionais. A existência de jurisdição do Estado foro não implica necessariamente ausência de imunidade para o Estado estrangeiro, assim como a inexistência de imunidade jurisdicional também não configura, por si, hipótese de exercício de jurisdição. Portanto, afirma a Corte na decisão, embora diversas convenções internacionais que têm por objeto a prevenção e a repressão de certos crimes graves imponham aos Estados a obrigação de processar ou extraditar e, por conseguinte, os tenha obrigado a estender sua jurisdição penal, esta extensão não afeta em nada as imunidades resultantes do direito costumeiro e, particularmente, as imunidades de ministros de relações exteriores. Estas imunidades permanecem disponíveis para ser opostas perante os tribunais do Estado foro, mesmo que tais tribunais exerçam uma competência jurisdicional baseada em tais convenções (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-a, § 59).

Ainda na decisão do caso *Arrest Warrant*, a Corte Internacional de Justiça destaca que a imunidade que beneficia um ministro de relações exteriores em exercício não implica que o mesmo se beneficie de impunidade em relação aos crimes que cometeu. Imunidade de jurisdição penal e responsabilidade penal individual são conceitos distintos, pois enquanto a imunidade de jurisdição possui um caráter procedimental, a responsabilidade penal diz respeito a uma questão jurídica de fundo. A imunidade de jurisdição pode impedir a persecução do agente por algum tempo ou em relação a certas infrações, mas não pode eximir seu beneficiário de toda responsabilidade penal (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-a, § 60).

Finalmente, e ainda em relação ao mesmo ponto, a Corte Internacional de Justiça pontua que as imunidades conferidas pelo direito internacional a um ministro de relações exteriores ou a um ex-ocupante da função não impedem a persecução penal em certas circunstâncias, e elenca: esses indivíduos não gozam de imunidade conferida pelo direito internacional perante os tribunais de seus próprios países, podendo lá ser processados de acordo com a legislação doméstica; esses indivíduos cessam de usufruir de imunidade de jurisdição se houver renúncia por parte do Estado ao qual servem; as prerrogativas conferidas pelo direito internacional cessam de existir quando esses indivíduos deixam a função que lhes confere a prerrogativa, no caso em questão, a função de ministro das relações exteriores,

assim, se um Estado possuir jurisdição conforme o direito internacional, seus tribunais poderão julgá-lo por atos cometidos antes ou após o exercício da função, ou por atos a ela concomitantes, desde que de natureza privada; por fim, uma autoridade, no caso, um ministro ou ex-ministro de relações exteriores, pode ser sujeito a persecução penal perante determinados tribunais penais internacionais, desde que os mesmos possuam jurisdição para tanto (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-a, § 61).

A posição da Corte Internacional de Justiça no caso *Arrest Warrant* é próxima a de *Lord Goff* em sua dissidência no caso *Pinochet* e, por criticáveis que sejam do ponto de vista daqueles que priorizam a eficiência da ordem jurídica internacional, mesmo que à custa de sua consistência normativa, ambas as posições retratam o direcionamento que a prática jurídica internacional adota desde o julgamento do caso *Pinochet*.

Deve-se destacar que a *House of Lords*, no caso *Pinochet*, distinguiu entre os fundamentos para concessão de imunidade de jurisdição em matéria civil e em matéria penal. Segundo *Wickremasinghe* (2014, p. 404):

It might also be noted that their Lordships found that since the development of individual criminal responsibility in respect of torture represents a distinct basis of responsibility to which official act immunity does not extend, Pinochet's immunity *ratione materiae* from civil proceedings was unaffected.

O julgamento do caso *Pinochet* é o prenúncio de uma nova era para o direito internacional, mas não na extensão que apontam diversos analistas. De fato, a sentença no caso esclareceu sobremaneira o significado das obrigações decorrentes da Convenção Contra a Tortura e as implicações da obrigação de extraditar ou julgar. No entanto, alguns analistas consideram a decisão aplicável a uma gama excessivamente ampla de situações, como se pode ver na análise de *Byers* (2000, p. 440-441), em cuja opinião a decisão avançou ao reconhecer os direitos das vítimas à justiça e ao admitir a atuação das organizações de defesa dos direitos humanos, além de abrir um novo horizonte para o desenvolvimento do direito internacional. Por isso, significou, a seu ver, um passo significativo na lenta, porém segura, construção da sociedade civil e do estado de direito internacionais, pois com regras e instituições reconhecidas haveria espaço para o florescimento de uma sociedade civil em que indivíduos e entidades de defesa dos direitos humanos pudessem desafiar as prerrogativas do Estado soberano, com seu cinismo político e sustentação baseada no poder econômico e militar.

A observação dos desenvolvimentos do direito internacional nas últimas duas décadas permite constatar que nem todas as análises e previsões de *Byers* se concretizaram, pois, mais que reconhecimento do direito das vítimas à justiça, o que se consolidou foi a

obrigação de processar ou extraditar os criminosos que praticaram certas violações graves do direito internacional. Por outro lado, nota-se que a atuação das organizações de defesa de direitos humanos se intensificou e que, de fato, a seara da imunidade de jurisdição do Estado descortina novos horizontes para seu desenvolvimento, havendo que enfrentar o tema do acesso das vítimas a um tribunal.

Assim, é possível manter uma perspectiva otimista em relação aos desenvolvimentos futuros do direito internacional, mas, ao mesmo tempo, é necessário certa cautela na apreciação de suas configurações atuais, pois a decisão no caso *Pinochet* não é o precedente que *Byers*, e com ele uma parcela expressiva dos jusinternacionalistas, as vítimas e as organizações em defesa dos direitos humanos querem, uma vez que seu campo de aplicação restringe-se às obrigações de exercício da jurisdição penal decorrentes da Convenção Contra a Tortura.

Em outra visão, a decisão no caso *Pinochet* define que a imunidade jurisdicional possui limites e que a imunidade de ex-chefes de Estado não se estende a atos oficiais de tortura, entretanto, como os *Lords*, na sentença, elaboram uma série de explicações diferentes para fundamentar os seus posicionamentos, há certo prejuízo na clareza da argumentação, o que deixa margem para várias interpretações quanto ao significado, quanto à aplicação e quanto aos possíveis desdobramentos do precedente. Apenas na decisão do caso *Jones v. Saudi Arabia* (2006) é que a *House of Lords* deixa claro que a adequada compreensão da decisão no caso *Pinochet* deve se dar no contexto das disposições específicas da Convenção Contra a Tortura e não como decorrência da aplicação de um suposto princípio geral do direito internacional pelo qual a imunidade de jurisdição não subsiste em relação a crimes graves e violações de direitos humanos fundamentais (LOWE, 2007, p. 185-186).

Apesar dos percalços na seara da jurisdição doméstica, que os desdobramentos do caso *Pinochet* bem ilustram, a busca de maior eficácia e legitimidade para a persecução de graves violações do direito internacional avançou no plano internacional, com a adoção do Estatuto de Roma, em vigor desde 1º de julho de 2002, que dispôs em seu artigo 27 que suas normas se aplicam a quaisquer pessoas, independentemente de distinções quanto às suas funções oficiais. Ou seja, chefes de Estado não terão um tratamento diferenciado perante o direito internacional penal, conforme o estatuto. A conclusão que parece plausível extrair daí é que, embora o exercício nacional da jurisdição penal universal tenha sofrido limitações após o caso *Pinochet*, como bem ilustra a mudança na regulação da jurisdição penal espanhola, o seu exercício propriamente internacional ampliou seu alcance e legitimidade. É provável que no futuro a jurisdição penal internacional não mais necessite utilizar-se do aparato dos

judiciários estatais para seu funcionamento, evitando assim os entraves à persecução e punição de crimes graves contra a ordem internacional que a interpretação e aplicação pelos tribunais locais da imunidade de jurisdição dos Estados ocasionam.

Cabe ressaltar que quando se trata de tribunais internacionais, ou seja, de jurisdição internacional em sentido estrito, não há que se falar em imunidade de jurisdição, pois esta é regulada por um costume internacional que opera seus efeitos apenas em relação às jurisdições domésticas. Finalmente, cumpre apontar que um dos desdobramentos mais significativos no desenvolvimento do instituto da imunidade de jurisdição nas primeiras duas décadas do século XXI é a distinção entre a regência costumeira das imunidades, geral, porém subsidiária, e a regência convencional das imunidades, cujas hipóteses de aplicação são mais restritas, porém, resguardadas pelo princípio da *lex specialis*.

## **2.2 Formação da jurisprudência relativa à imunidade em matéria cível na Corte Europeia de Direitos Humanos**

Cabe agora expor brevemente como se dá a discussão da imunidade de jurisdição do Estado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos e apontar como e em que medida este tribunal internacional constrói a imunidade de jurisdição do Estado como uma restrição razoável e proporcional ao direito subjetivo de acesso a um tribunal – ou direito a um processo equitativo (*right to a fair trial*), na expressão que consta do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O artigo 6.1, na parte que é objeto de investigação neste item, determina que toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, de forma equitativa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial constituído por lei, que decidirá as controvérsias relativas a seus direitos e obrigações civis, bem como relativas a acusações em matéria penal. Os reclamantes invocaram o dispositivo em todos os casos analisados a seguir, de modo que convém desde logo citá-lo em sua integralidade:

### Article 6 – Right to a fair trial

1 In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in

special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice (COUNCIL OF EUROPE, 1950, grifo do autor).

Propõe-se aqui uma discussão que tem como marco inicial o ano de 2001, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos decide três casos relativos ao relacionamento entre imunidade de jurisdição do Estado e proteção dos direitos humanos, todos relacionados a reclamações em face de suposta violação por parte do foro do direito de acesso de litigantes aos seus tribunais. Os casos são *Al Adsani v. United Kingdom*, *Fogarty v. United Kingdom* e *McElhinney v. Ireland*.

Em *Al Adsani*, *Fogarty* e *McElhinney*, a Corte afirma que não é possível interpretar as obrigações da Convenção Europeia de Direitos Humanos no vácuo e que a imunidade de jurisdição do Estado é um conceito de direito internacional e integra o conjunto de normas internacionais relevantes que se deve levar em consideração para compreender o contexto e as obrigações decorrentes da Convenção, enquanto tratado de direitos humanos (FOX; WEBB, 2015, p. 3).

As reclamações que a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou em *Al Adsani*, *Fogarty* e *McElhinney* decorrem da rejeição de pedidos de reparação pecuniária pela prática de atos ilícitos por Estados estrangeiros e em todos eles a Corte Europeia entende que a imunidade de jurisdição consiste em uma restrição razoável do direito dos particulares de acesso a um tribunal e que, por conta disso, o Estado foro não pode exercer jurisdição sobre o Estado estrangeiro e seus agentes. Os casos em questão constituem o ponto de partida para compreender como se construiu a interpretação dos efeitos do instituto da imunidade de jurisdição sobre o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A esses julgamentos se soma, em dezembro de 2002, a decisão no caso *Kalogeropoulou*, que discute o direito à reparação em face de crimes de guerra que as forças armadas da Alemanha nazista cometeram em território grego durante a II Guerra Mundial. O julgamento reitera que o direito de acesso a um tribunal precisa, por sua própria natureza, ser regulado pelo Estado foro e que, por vezes, essa regulação implicará restrições, que devem ser adequadas às circunstâncias locais, dentro de uma certa margem de apreciação, cuja legitimidade e proporcionalidade sujeitam-se a apreciação final da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A orientação jurisprudencial que se firma a partir dessas decisões recebe diversas críticas, cujo ponto em comum é a afirmação de que a mesma acarreta um sacrifício desproporcional do direito do indivíduo à reparação civil em benefício do respeito ao direito internacional consubstanciado no instituto da imunidade de jurisdição do Estado.

De modo geral, os jusinternacionalistas brasileiros concordam com as críticas à orientação jurisprudencial firmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos a partir de 2001, a exemplo de *Brant* e *Biazatti*, que argumentam, em apreciação crítica das decisões nos casos *Al-Adsani* e *Jurisdictional Immunities*, que o direito internacional contemporâneo é distinto daquele identificável em meados do século XX, pois os horrores da II Guerra conduzem ao desenvolvimento de um sistema jurídico internacional que enfatiza a proteção de valores humanos fundamentais, portanto, dizem, não é mais cabível que os tribunais apliquem as imunidades jurisdicionais, “um verdadeiro privilégio outorgado aos Estados”, sem considerar as transformações do direito internacional, de modo que as decisões em *Al-Adsani* e *Jurisdictional Immunities* se mostram excessivamente conservadoras, “se prestando apenas a realizar uma anacrônica análise formalista e estatocêntrica do direito internacional” (BRANT; BIAZATTI, 2016, p. 120).

*Brant* e *Biazatti* acrescentam que a tendência que se manifesta nessas decisões é uma decepção, pois ignora o impacto das normas imperativas no direito internacional e se equivoca ao considerar crimes internacionais como atos soberanos do Estado, que podem abrigar-se sob a imunidade de jurisdição. Essa tendência também frustra a obrigação dos Estados de reparar os prejuízos causados às vítimas de seus atos, bem como frustra o direito fundamental das mesmas de acesso a um tribunal, direitos esses que “não podem ser frustrados por nenhum instrumento legal, incluindo nesse rol as imunidades jurisdicionais dos Estados”. Os autores concluem que a autoridade adjudicante não pode ficar indiferente ao sofrimento das vítimas de violações graves de direitos humanos e que, nesses casos, a aplicação das imunidades constitui verdadeira denegação de justiça (BRANT; BIAZATTI, 2016, p. 120).

No entanto, apesar das críticas, a posição que prevalece na prática da Corte Europeia é a de que a restrição ao exercício da jurisdição do foro quando o caso envolver a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro ou de seus agentes é uma limitação aceitável ao direito de acesso a um tribunal. Essa construção envolve dois elementos essenciais. O primeiro deles é a afirmação de que a restrição de acesso a um tribunal nos casos de imunidade de jurisdição é uma restrição razoável, pois persegue um fim legítimo, e é proporcional, a ser aplicada conforme o direito costumeiro que rege o instituto ou, quando for o caso, conforme convenções das quais resultem obrigações específicas. O segundo elemento é a distinção em relação ao precedente *Pinochet*, que a Câmara dos Lordes do Reino Unido esclarece com clareza na decisão do caso *Jones*, em 2006, e que a Corte Europeia de Direitos Humanos confirma em 2014, diferenciando o precedente firmado por ocasião do julgamento



da extradição do ditador chileno de casos envolvendo a imunidade jurisdicional do Estado e de seus agentes em matéria civil, aos quais não se aplica.

A decisão do caso *Jones v. United Kingdom* em 2014 é o ponto de chegada da análise que segue e consolida o entendimento da Corte Europeia até aquele momento, reiterando tanto a distinção entre os casos envolvendo imunidade de jurisdição nas esferas penal e civil, quanto a concepção de que a manutenção da imunidade de jurisdição na ausência de compromissos específicos consiste em uma restrição razoável e proporcional ao direito de acesso a um tribunal.

### 2.2.1 O caso *Al-Adsani*

O primeiro caso em que os dois elementos essenciais – razoabilidade da restrição de acesso a um tribunal em razão da imunidade de jurisdição e distinção da matéria cível em relação ao precedente *Pinochet* - aparecem é o *Al Adsani*, que a Corte Europeia de Direitos Humanos julga em 21 de novembro de 2001. O caso tem origem na reclamação 35763/1997, apresentada em 3 de abril de 1997 à Comissão Europeia de Direitos Humanos. Com a extinção desta em 1998, em virtude da entrada em vigor do Protocolo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o caso passa à apreciação da Corte (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a).

*Al-Adsani*, de nacionalidade britânica e kuaitiana, alegou em sua reclamação à Comissão que o governo do *Kuwait* praticou tortura contra si em território kuaitiano e que, por conta disso, ingressou com pedido de indenização junto aos tribunais do Reino Unido. A *Court of Appeal* decidiu que o país estrangeiro fazia jus à imunidade de jurisdição e que, por esse motivo, os tribunais britânicos não possuíam jurisdição sobre a matéria. A *House of Lords* recusou a apelação, o que levou *Al-Adsani* a entrar com uma reclamação junto à Comissão Europeia de Direitos Humanos, alegando que o Reino Unido violou os direitos e garantias previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos em seus artigos 3 (proibição da tortura), 1 (obrigação de respeitar, e assegurar em sua jurisdição, os direitos humanos previstos na Seção I da Convenção, i.e. artigos 2º a 18), 13 (direito a um recurso efetivo contra violações da Convenção perante uma autoridade nacional, independentemente da violação sofrida ter sido cometida por um agente do governo) e 6.1 (direito a um julgamento

justo, público, em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial criado por lei) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, §§ 1, 3, 10-19).

A decisão apertada, por nove votos a oito, parece, no momento de sua adoção, o prenúncio de uma mudança de rumos na interpretação e aplicação das imunidades do Estado e de seus agentes, seguindo o mesmo movimento de relativização da prerrogativa que caracteriza o caso *Pinochet*. No entanto, perceber a decisão do caso *Al-Adsani* como uma consequência do caso do ditador chileno, ou vinculado à sua lógica, implica pretender transferir a argumentação específica que a Câmara dos Lordes constrói, a partir das obrigações contidas na Convenção contra a Tortura, para outras situações jurídicas que permanecem reguladas pelo direito internacional costumeiro que rege as imunidades do Estado e de seus agentes.

Esse esclarecimento aparece na própria decisão do caso *Al-Adsani*, na qual a Corte Europeia de Direitos Humanos retoma aspectos essenciais da decisão no caso *Pinochet*, em que a *House of Lords* afirma que o ex-ditador pode ser extraditado para a Espanha em virtude de acusações relativas a condutas que eram criminosas no Reino Unido na época em que foram cometidas. Naquela decisão, a maioria dos *Lords* considerou que a prática de tortura em outros países tornou-se crime no Reino Unido quando a Seção 134 do *Criminal Justice Act* entrou em vigor, em 1988. Assim, apesar da Segunda Parte do *State Immunity Act* de 1978 prever que um ex-chefe de Estado goza de imunidade em relação à jurisdição penal britânica por atos praticados no exercício de suas funções, a prática de tortura é um crime internacional e uma prática proibida por normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*). A entrada em vigor da Convenção contra a Tortura cria uma jurisdição penal universal operante em todos os Estados membros em relação a atos de tortura praticados por agentes públicos, de modo que não se pode supor que os Estados membros assumam tal obrigação com a intenção de que a imunidade para ex-chefes de Estado por atos oficiais de tortura perdure após ratificação da Convenção. Na decisão do caso *Pinochet*, *Lord Millett* deixa claro que suas inferências em relação à imunidade *ratione materiae* à jurisdição penal não afetam a imunidade *ratione personae* de Estados soberanos estrangeiros à jurisdição civil em relação a atos de tortura (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, § 34).

Cabe aqui esclarecer que a distinção entre imunidade *ratione materiae* e imunidade *ratione personae* só faz sentido para agentes do Estado, pois dizem respeito à duração de certas prerrogativas relacionadas à posição ocupada pelo indivíduo. Aquelas que são *ratione materiae* têm escopo mais restrito, mas perduram por tempo indeterminado; já aquelas que são *ratione personae* contemplam proteções bastante extensas, mas só se mantêm

durante o período em que o agente ocupa certa posição oficial. Tal distinção não faz sentido quando se trata de atos atribuídos diretamente ao Estado estrangeiro, ou seja, a atos da pessoa jurídica de direito público externo, pois as prerrogativas desta são, na verdade, a fonte e a razão de ser de todas as proteções de que gozam seus agentes.

Assim, compreende-se que há diferença entre a imunidade de jurisdição dos Estados em si e a imunidade de jurisdição de seus agentes; do mesmo modo, em relação a estes últimos, há diferença entre suas prerrogativas *ratione personae* ou *ratione materiae*; e, finalmente, pode-se perceber que há distinção entre o conjunto global das prerrogativas soberanas regidas pelo costume internacional e os aspectos específicos dessas prerrogativas regulados ou afetados por convenções internacionais.

Tanto é assim que a decisão em *Al-Adsani*, bem como as decisões da Corte Europeia em outros casos que envolvem imunidade de jurisdição, tem como elemento a destacar a distinção entre o direito que rege as imunidades na presença ou na ausência de obrigações internacionais específicas, o que faz incidir o dispositivo do artigo 31.3.c da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina que a interpretação das obrigações internacionais de um Estado devem tomar em conta qualquer norma jurídica internacional aplicável às relações entre as partes envolvidas (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, § 55).

A decisão no caso *Al-Adsani* é um precedente de extrema importância, porque foi a primeira decisão sobre o tema das imunidades tomada no âmbito de uma corte especializada em direitos humanos e também porque foi a primeira a reconhecer a imunidade de jurisdição, mesmo em casos de tortura, como uma limitação razoável ao direito de acesso a um tribunal.

A decisão da maioria enseja o famoso voto dissidente do juiz *Ferrari Bravo*, que lamenta a falta de audácia da Corte Europeia para aproveitar a ocasião e fazer avançar os padrões de proteção dos direitos humanos, *verbis*:

What a pity! The Court, whose task in this case was to rule whether there had been a violation of Article 6(1), had a golden opportunity to issue a clear and forceful condemnation of all acts of torture. To do so, it need only have upheld the thrust of the House of Lords' judgment in the *Pinochet* case, to the effect that the prohibition of torture is now *jus cogens*, so that torture is a crime under international law. It follows that every State has a duty to *contribute* to the punishment of torture and cannot hide behind formalist arguments to avoid having to give judgment (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, p. 52).

É possível notar, também, que a orientação que prevalece no caso *Al-Adsani* cria uma situação aparentemente contraditória, na qual é possível obter reparações civis por prejuízos decorrentes da prática estatal de atos de gestão ou negociais, mas na qual não é possível pleitear uma indenização diante da prática de tortura, ou seja, reconhece a

possibilidade de indenização em casos mais triviais, mas a nega nos casos mais graves. Essa visão, no entanto, é decorrência da aplicação da perspectiva da vítima, pois, ao adotar a perspectiva das relações interestatais e da proteção de suas autoridades, percebe-se que a lógica subjacente à imunidade de jurisdição segue a de relativizar o instituto naquelas situações nas quais a soberania estatal não esteja em jogo e a de preservar o instituto nas situações mais delicadas, nas quais atos de soberania ou atos de autoridades do Estado estrangeiro sejam alvo de escrutínio judicial no Estado foro.

Ao julgar o caso *Al-Adsani*, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirma que o direito de um Estado estrangeiro à imunidade de jurisdição é uma norma de direito internacional, que se desenvolve a partir do princípio *par in parem non habet imperium*, pelo qual um Estado não está sujeito à jurisdição de outro. Na sentença, a Corte afirma também que a garantia de imunidade de jurisdição em procedimentos civis busca o fim legítimo de – em obedecendo o direito internacional - promover cortesia e boas relações entre Estados através do respeito recíproco à soberania (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, § 54).

Assim sendo, pode-se perceber que a imunidade de jurisdição do Estado é um preceito do direito internacional e não uma simples previsão da legislação doméstica, ou seja, mais do que uma liberalidade fundada em um gesto de cortesia, ou do que uma obrigação jurídica decorrente do sistema jurídico de cada país, a imunidade de jurisdição resulta de prática internacional útil e necessária, por meio da qual os poderes jurisdicionais dos Estados sofrem uma limitação ao seu alcance. Do mesmo modo, a obediência aos preceitos da imunidade de jurisdição cumpre o propósito legítimo de promover a paz e as boas relações entre os Estados. Deve-se notar, ainda, que a imunidade de jurisdição não é a imposição de uma visão absoluta e ultrapassada de soberania, mas, bem ao contrário, é uma limitação ao poder soberano dos Estados a partir da ordem internacional.

Por outro lado, a dissidência no caso *Al-Adsani* é de extrema relevância, pois demonstra que há controvérsias quanto aos direitos civis de compensação *vis a vis* a imunidade de jurisdição dos Estados, com base na interpretação do alcance e efeitos da cláusula que assegura o acesso a um julgamento equitativo, preceito este que não está contido apenas na Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas em inúmeras constituições nacionais e convenções internacionais.

A Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a controvérsia e aponta para a crescente importância da categoria *jus cogens* e de seus possíveis efeitos em relação às imunidades, mas, prefere decidir, no caso *Al-Adsani*, que não há, ainda, base para considerar

uma violação de direitos humanos a decisão do judiciário de um Estado que reconhece a imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro em face de ações de natureza cível decorrentes de pedido de reparação pela prática de delitos graves contra o direito internacional.

O debate que os juízes travaram na Corte Europeia de Direitos Humanos remete à velha problemática, que é a síntese dos dilemas de identidade do direito internacional nesses tempos de mudança, de decidir se o judiciário internacional tem algum papel a desempenhar na renovação, ou mesmo revolução, do direito que é chamado a aplicar, ou se o mesmo deve limitar-se a decidir conforme os entendimentos e interpretações consolidadas dos diplomas e costumes vigentes.

Dessa forma, constata-se que a principal questão do caso *Al-Adsani* diz respeito à proporcionalidade entre a restrição ao direito de acesso a um tribunal e o propósito de promover boas relações entre os Estados. Em busca da resposta, a Corte tece algumas ponderações, entre as quais a de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos deve ser interpretada conforme as regras estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cujo artigo 31, § 3, c determina que se leve em conta quaisquer regras relevantes do direito internacional aplicáveis às relações entre as partes. Assim, diz a sentença, o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não pode ser interpretada no vácuo, portanto, a Corte deve atentar para o caráter especial da Convenção enquanto tratado de direitos humanos e deve também levar em conta as normas relevantes do direito internacional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, § 55).

Assim, a Corte Europeia coloca a questão de verificar se a promoção de boas relações entre os Estados é proporcional à restrição do direito de acesso a um tribunal. Para fazê-lo, não basta a análise isolada do artigo 6.1 da Convenção, e nesse ponto, é bem colocado o fato de que as obrigações internacionais dos Estados existem dentro de um contexto jurídico mais amplo, *verbis*:

56. It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognized rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to court as embodied in Article 6(1). Just as the right of access to court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, § 56).

Como se pode ler no parágrafo acima, a Corte Europeia, ao contrário do que alegam os juízes dissidentes, que afirmam que a Corte rejeita por completo a importância do fato em questão constituir uma violação de *jus cogens* (proibição da tortura), examina o caso

para avaliar se, naquelas circunstâncias, a alegação de imunidade buscava um propósito legítimo e se a outorga da imunidade é desproporcional a tal propósito.

Com a decisão no caso *Al-Adsani*, inicia-se um processo de afastamento da prática dos tribunais internacionais em relação à tese de que uma norma imperativa do direito internacional esteja em posição de derrogar toda e qualquer norma que com ela entre em conflito ou restrinja sua plena eficácia. Essa posição é construída a partir da distinção entre casos que envolvem responsabilização penal e casos que envolvem responsabilização civil. Nesse sentido, calha citar o seguinte trecho do julgamento:

61. While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in the *Furundzija* and *Pinochet* decisions, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged. In particular, the Court observes that none of the primary international instruments referred to (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 2 and 4 of the United Nations Convention against Torture) relates to civil proceedings or to State immunity (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, § 61).

Em sentido oposto, no caso *Al-Adsani*, a opinião dissidente dos juízes *Rozakis* e *Caflisch*, aos quais se juntaram os juízes *Wildhaber*, *Costa*, *Cabral Barreto* e *Vajic* oferece uma perspectiva vigorosa do potencial efeito de uma norma de *jus cogens* sobre a imunidade de jurisdição estatal, *verbis*:

By accepting that the rule on prohibition of torture is a rule of *jus cogens*, the majority recognise that it is hierarchically higher than any other rule of international law, be it general or particular, customary or conventional, with the exception, of course, of other *jus cogens* norms. For the basic characteristic of a *jus cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a *jus cogens* rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule. [...] Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, p. 49-50).

Essa visão, no entanto, é ela mesma uma proposta de aplicação automática do afastamento da imunidade sempre que esta concorrer com uma norma de *jus cogens* e só pode ser elaborada mediante a adoção de pressupostos distintos para julgamento. Isto é, para afastar a imunidade é necessário assumir que a vedação da tortura, como norma imperativa que é, não

só elimina qualquer outra norma de direito internacional que fique em seu caminho, independentemente de seu caráter material ou procedimental, como também enseja a construção de obrigações decorrentes, de natureza civil e penal, independentemente da existência de normas codificadas ou do direito internacional costumeiro.

Raciocinar assim equivale a posicionar o doutrinador, ou o juiz, na posição de legislador. Por generosa que seja a motivação da proposta, ela contém alguns erros. O primeiro e mais evidente é que o doutrinador não é criador nem aplicador do direito internacional, restando seus comentários *de lege ferenda* como contribuições ao trabalho dos demais profissionais do direito internacional. O segundo, mais sutil, porém mais significativo, é que ao magistrado não é dado o papel de legislar, por mais justo que seja o seu propósito, o trabalho do juiz é aplicar o direito vigente e não tentar elaborar o direito que ele considera mais correto para o caso, desconsiderando o direito posto.

Destarte, a dissidência em *Al-Adsani* acaba por ser elaborada em bases estritamente morais, que precisam sempre da mediação da produção legislativa para ingressar no campo da aplicação do direito. Essa mediação legislativa não é papel do acadêmico nem do magistrado.

O que se destaca no conflito entre *jus cogens* e normas de imunidade de jurisdição é que o debate se estabelece em torno de posições incomensuráveis, ou seja, trata-se de uma discussão acerca de qual pressuposto adotar, sendo que a definição do pressuposto, da premissa, controla o desenvolvimento do argumento. Como a conclusão está contida na forma como é colocada a discussão, o debate se reduz a uma opção entre aplicar o direito vigente, perspectiva considerada conservadora e formalista, ou elaborar uma solução justa e adequada ao caso, visão considerada ativista.

Recorrendo a uma breve analogia doméstica, esse dilema não é desconhecido do direito interno, que se equilibra também entre os extremos da previsibilidade e da adequação, entre um funcionamento do sistema jurídico que forneça segurança ou um funcionamento que forneça soluções justas. O problema é o dos extremos, pois por um lado a segurança pode tornar-se rigidez e formalismo e, por outro, a adequação pode tornar-se inconsistência e ativismo. Um caminho intermediário requer que se conjugue a busca pela solução mais adequada ao caso com a atuação a partir e dentro dos limites do direito vigente. Soluções fora desse equilíbrio podem existir, mas precisam ser excepcionais, em nome de um funcionamento do sistema jurídico que forneça decisões que respeitem tanto o ponto de vista da adequação e da justiça, quanto a perspectiva da consistência e da previsibilidade.

A natureza mais moral que jurídica da posição que defende a primazia absoluta das normas imperativas é ilustrada pelos votos dissidentes que reclamam por mais audácia da Corte Europeia, que falam da necessidade de fazer avançar o direito, que mencionam a decisão como uma oportunidade perdida. No entanto, como se vê, a abordagem que a Corte adota não é ativista e, nas duas décadas seguintes ao julgamento do caso *Al-Adsani*, a posição que reconhece a imunidade de jurisdição como uma restrição razoável ao direito de acesso a um tribunal se consolida e, no momento presente, parece mais firme do que em 2001.

### 2.2.2 O caso *Fogarty*

No mesmo dia, 21 de novembro de 2001, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos julga o caso *Al-Adsani*, julga também o caso *Fogarty*. Neste discute-se novamente acerca da razoabilidade da restrição de acesso a um tribunal em razão da imunidade de jurisdição, mas já não se apresenta a questão relativa à distinção entre matéria civil e penal. O caso tampouco traz como matéria de fundo o tema dramático da tortura, mas sim o tema da discriminação sexual. Destarte, trata-se de um caso distinto, no qual a imunidade de jurisdição do Estado não sofre um desafio tão contundente e no qual a discussão sobre a legitimidade e proporcionalidade da concessão de imunidade é colocada em relação a uma possível violação de direitos humanos, porém sem o caráter de violação de norma imperativa do direito internacional.

O caso tem origem na reclamação 37112/1997, que *Mary Fogarty* apresenta em 8 de julho 1997 à Comissão Europeia de Direitos Humanos. Da mesma forma que no caso *Al-Adsani*, a extinção da Comissão com a vigência do Protocolo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1998, leva o caso para a Corte Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, §§ 1, 3).

A Embaixada dos Estados Unidos em Londres contratou a reclamante como assistente administrativa, posição que esta ocupou entre novembro de 1993 e fevereiro de 1995. Após sua demissão, a reclamante processou o governo daquele país perante a jurisdição britânica alegando que sua demissão resultou de discriminação sexual em ofensa a dispositivos do *Sex Discrimination Act*, de 1975, especificamente de assédio sexual persistente de seu supervisor na Embaixada. O governo dos Estados Unidos compareceu em juízo para defender-se e não invocou sua imunidade de jurisdição em momento algum,



seguindo-se o reconhecimento do pleito da reclamante pelo tribunal e a celebração de um acordo de compensação entre esta e o governo americano no valor de 12.000 libras esterlinas (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 10).

Ocorre que em momento posterior à celebração do acordo de compensação a reclamante candidatou-se a novos contratos na Embaixada Americana e não foi selecionada, o que a levou a procurar novamente a justiça britânica, alegando que a recusa da Embaixada em contratá-la novamente decorria de seu êxito no processo anterior e, portanto, constituía vitimização e discriminação de acordo com o já mencionado *Sex Discrimination Act*. Desta vez, o governo norte-americano notificou o tribunal invocando a sua imunidade jurisdicional com base no *State Immunity Act*, de 1978, informando que os postos aos quais a reclamante se candidatou compunham o *staff* técnico-administrativo da Embaixada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, §§ 11-13).

Como resultado da notificação, a reclamante recebeu orientação de seus advogados de que, dado que o governo americano invocou sua imunidade jurisdicional, não haveria como o Reino Unido exercer jurisdição sobre o caso (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 14).

Com isso, *Mary Fogarty* encerrou o caso perante os tribunais britânicos e, em seguida, apresentou reclamação perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, alegando que o Reino Unido lhe negou acesso a um tribunal e a discriminou, violando os artigos 6.1 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, p. 54).

Apenas para recordar, o artigo 6.1 trata, entre outras coisas, do direito do indivíduo a ter as controvérsias relativas a seus direitos e obrigações em matéria cível examinadas de forma equitativa e pública, em prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial constituído por lei. Já o artigo 14 proíbe a discriminação e determina que os direitos reconhecidos na Convenção Europeia devem ser assegurados sem nenhuma distinção, seja de sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou quaisquer outras (COUNCIL OF EUROPE, 1950).

O governo britânico respondeu afirmando que o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não era aplicável por duas razões: primeiro porque a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro excluía a competência dos tribunais domésticos; segundo porque a causa não envolvia a determinação de direitos e obrigações civis, mas sim direito público, como firmado no precedente *Pellegrin v. France*, de 1999. *Fogarty* replicou que a imunidade de jurisdição não eliminava seu direito à não

discriminação, apenas impedia o foro de apreciar seu pleito. Quanto ao cargo postulado, o mesmo não envolvia o exercício de nenhuma parcela de poder soberano, de modo que sua postulação possuía caráter civil (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 22-23).

Ao apreciar as posições das partes, a Corte Europeia reitera sua jurisprudência consolidada no sentido de que o artigo 6.1 não garante, por si só, qualquer conteúdo em particular a direitos e obrigações civis no direito material dos Estados partes na Convenção, operando efeitos apenas em relação a controvérsias cíveis plausíveis no contexto da legislação doméstica. Adiante, a Corte pondera que o artigo 6.1 é aplicável quando se considera que a possibilidade de uma demanda no foro depende também da existência de obstáculos procedimentais ao ajuizamento da mesma. Portanto, assim como a Corte não pode criar, a partir do referido artigo, direito material cível sem previsão no direito doméstico, os Estados partes da Convenção também não podem criar obstáculos procedimentais sem o controle da Corte (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, §§ 24-25).

Levando em conta o *Sex Discrimination Act*, a Corte constata que a reclamante possui um direito material plausível perante a legislação doméstica, cujo caráter controvertido não pode ser apreciado pelo foro em virtude da imunidade do Estado estrangeiro, desta forma, a Corte rejeita a contestação britânica de que a imunidade implica a inexistência de controvérsia em matéria cível, para afirmar que a imunidade de jurisdição não qualifica ou altera o direito material, porém, constitui barreira procedimental que impede que os tribunais do foro conheçam o caso. Com relação à caracterização da controvérsia como de direito público ou de direito civil, a Corte considera desnecessário enfrentar a questão e decide considerar, para fins do deslinde da reclamação, que o artigo 6.1 é aplicável (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, §§ 26-28).

O Reino Unido também afirma que se há restrição ao acesso da reclamante aos tribunais britânicos, esta decorre de uma finalidade legítima, qual seja, respeitar a independência e igualdade de outros Estados soberanos de acordo com o direito internacional, e que a mesma é uma restrição proporcional, pois respeita o direito vigente. Além disso, há uma diversidade de abordagens entre os Estados quando se trata de reconhecimento de imunidade de jurisdição em face de relações de trabalho, e, no caso específico, quanto ao caráter *jure imperii* ou *jure gestionis* da seleção dos integrantes do *staff* de uma embaixada, o que justifica uma considerável margem de apreciação, dentro da qual as disposições da legislação britânica se encontram (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, §§ 29-30).

A reclamante concorda que o propósito da restrição é legítimo, mas contesta sua proporcionalidade por quatro razões: 1) a eliminação da discriminação sexual é um dos valores fundamentais em uma sociedade democrática, portanto, é desproporcional restringir o acesso a um tribunal quando de uma controvérsia em relação ao mesmo; 2) não há meios alternativos para a reclamante buscar seus direitos, pois os Estados Unidos não estão prontos para exercer jurisdição sobre a matéria; 3) o Reino Unido não é obrigado pelo direito internacional a reconhecer imunidade de jurisdição para os Estados Unidos em face do pleito da reclamante, pois a tendência é restringir a imunidade quando se trata de relações de trabalho; 4) os Estados Unidos não consideraram necessário invocar imunidade de jurisdição em relação ao primeiro processo da reclamante, portanto, as necessidades da cooperação internacional não justificam que o façam em relação ao segundo pleito (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 31).

Ao apreciar essas considerações das partes, a Corte afirma que as garantias procedimentais previstas no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos de nada valem sem a garantia do acesso a um tribunal. No entanto, a Corte pondera que o direito de acesso a um tribunal não é absoluto, podendo estar sujeito a limitações, pois o mesmo, por sua natureza, exige regulação por parte do Estado. Quanto a isso, os Estados gozam de certa margem de apreciação, apesar do julgamento final quanto à adequação dessas regulações à Convenção caber à Corte. Assim, é necessário que quaisquer limitações não restrinjam o acesso do indivíduo a um tribunal de tal modo que a própria essência do direito seja sacrificada. Além disso, uma limitação só é compatível com o artigo 6.1 se buscar um propósito legítimo e houver proporcionalidade entre os meios empregados e os fins almejados pela mesma (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, §§ 32-33).

Com relação à legitimidade da restrição do direito de acesso a um tribunal, a Corte compreende que a imunidade de jurisdição é um conceito do direito internacional, decorrente do princípio *par in parem non habet imperium*, em virtude do qual os Estados soberanos não estão sujeitos à jurisdição uns dos outros. Deste modo, o reconhecimento de imunidade a um Estado estrangeiro em relação a processos cíveis busca o propósito legítimo de obedecer ao direito internacional e promover cortesia e boas relações entre os Estados por meio do respeito recíproco às suas soberanias (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 34).

Quanto à proporcionalidade entre a finalidade pretendida e os meios empregados, a Corte recorda que os dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos devem ser interpretados à luz dos dispositivos pertinentes da Convenção de Viena sobre o Direito dos

Tratados, de 1969, cujo artigo 31.3.c, em particular, determina que se leve em conta na interpretação quaisquer normas relevantes do direito internacional aplicáveis às relações entre as partes. Assim sendo, o artigo 6.1 da Convenção Europeia não pode ser interpretado no vácuo e é necessário levar em conta a sua especial natureza enquanto dispositivo de um tratado de direitos humanos. E a Corte conclui: “*The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 35).

Desse raciocínio decorre que quando um Estado parte na Convenção Europeia de Direitos Humanos adota uma medida que reflete normas geralmente reconhecidas de direito internacional público referentes à imunidade de jurisdição do Estado, tal medida não acarreta, necessariamente, uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal previsto no artigo 6.1 da referida Convenção. Ou seja, da mesma forma que o acesso a um tribunal é uma garantia inerente ao direito a um julgamento equitativo, algumas restrições a este acesso também são inerentes, como por exemplo, aquelas geralmente aceitas pela comunidade das nações como parte da doutrina da imunidade de jurisdição do Estado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 36).

Os juízes observam que há uma tendência a restringir a imunidade de jurisdição quando a demanda versar sobre contratos de trabalho. No entanto, quando se trata de relações de trabalho em missões diplomáticas, a prática internacional se divide, havendo jurisdições que não reconhecem imunidade nesses casos, outras que a preservam apenas em relação aos membros mais graduados do *staff* e outras que observam a prerrogativa em relação a todos os seus membros. Com isso, a Corte afirma que a posição do Reino Unido se encontra dentro dos padrões internacionais (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 37).

Na sequência, os juízes observam que, no caso em questão, o processo não diz respeito a um contrato em execução, mas sim a uma alegação de discriminação durante o processo de seleção. Com relação a isso, a Corte pondera: 1) que a contratação de *staff* pode envolver matérias sensíveis para o país estrangeiro; 2) que não há precedentes de restrição à imunidade de jurisdição nessa fase do processo de contratação; e 3) que o Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, de 1991, mantém a imunidade jurisdicional quando se tratar de recrutamento, renovação de contrato ou recolocação de pessoal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 38).

Essa última disposição permaneceu na redação final do artigo 11.2.c, da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2004 (UNITED NATIONS, 2004-a).

Assim, a Corte decide que a outorga de imunidade jurisdicional para os Estados Unidos em foro britânico respeita a margem de apreciação deferida a cada Estado para limitar o acesso dos indivíduos a um tribunal, assim, sendo, não há a violação ao artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 39).

Com relação à violação do artigo 6.1 combinado com o artigo 14 (proibição de discriminação) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte constata que *Mary Fogarty* teve seu processo inviabilizado por dispositivos do *United Kingdom's State Immunity Act*, de 1978, os quais se aplicam independentemente das características pessoais do querelante. Assim sendo, não é possível afirmar que o direito de acesso a um tribunal foi restrito de forma discriminatória (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, § 42).

Com isso, a Corte Europeia de Direitos Humanos finalizou sua análise do caso, entendendo, por dezesseis votos contra um, que não houve violação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e, por unanimidade, que não houve violação do artigo 14 avaliado em conjunto com o artigo 6.1 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, p. 67).

Cabe apontar ainda alguns pontos de interesse no voto concorrente dos juízes *Caflisch*, *Costa* e *Vajic*. Os mesmos apontam razões pelas quais a imunidade de jurisdição deve ser observada no caso *Fogarty*, a saber: 1) trata-se de recrutamento de *staff* diplomático ou consular e não do cumprimento de um contrato; 2) a observância da imunidade de jurisdição não impede a aplicação de nenhum dispositivo da Convenção com valor de *jus cogens*; 3) por isso, a regra de imunidade deve prevalecer; 4) a não ser que se demonstre que a restrição ao direito de acesso a um tribunal é desproporcional, do ponto de vista do artigo 6.1 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, p. 68).

Desses pontos, destaca-se a afirmação de que os artigos 6.1 (acesso a um julgamento justo) e 14 (proibição de discriminação) não possuem caráter de *jus cogens*; e a ilação de que apenas quando não se tratar de normas cogentes é possível fazer um teste de proporcionalidade.

No julgamento *Fogarty*, há somente uma opinião dissidente, do juiz *Loucaides*, que afirma: 1) tratar-se a questão de uma controvérsia sobre direitos e obrigações civis, pois as funções para as quais a reclamante se candidatou possuíam caráter meramente secretarial e administrativo; 2) ainda que a mesma pudesse ser caracterizada como uma relação regida por direito público, isso não a excluiria da apreciação pelo judiciário do foro, pois o caso não versava sobre essa face do processo de contratação, mas sim sobre a ocorrência de discriminação; 3) o critério de exclusão da relação de trabalho regida por direito público da proteção do artigo 6.1 só se aplicaria a contratos em andamento e não a contratos em potencial; 4) as restrições à aplicação do artigo 6.1 devem ser interpretadas restritivamente e dado que a imunidade aplicável é ampla e impede o balanceamento dos interesses em conflito no caso concreto, a mesma torna-se uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal; 5) a reclamação de *Mary Fogarty* dizia respeito a uma violação de direitos humanos; 6) a inexistência de meios alternativos de compensação justifica o exercício de jurisdição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-b, p. 69-73).

É curioso que o juiz *Loucaides* não menciona em seu voto dissidente no caso *Fogarty* a categoria *jus cogens*, seja para nela incluir ou dela excluir algum direito. Pode-se notar, também, ao comparar seu voto dissidente neste caso com aquele proferido em *Al-Adsani*, que a argumentação é semelhante, tanto que lá o magistrado indica como argumento principal para determinar a violação do artigo 6.1, as abordagens por ele adotadas nos casos *Fogarty* e *McElhiney*.

Ou seja, pouco importa se o direito em questão é a proibição da tortura ou da discriminação, qualquer forma de imunidade ampla (*blanket immunity*), capaz de impedir a avaliação judicial de interesses em conflito, é uma limitação desproporcional do artigo 6.1. O juiz *Loucaides* identifica esses interesses em conflito como sendo, por um lado, os relacionados à imunidade de jurisdição e, por outro, os ligados ao direito material em discussão.

Ilustrativa dessa posição é a seguinte passagem em seu voto dissidente no caso *Al-Adsani*: “*The courts should be in a position to weigh the competing interests in favour of upholding an immunity or allowing a judicial determination of a civil right, after looking into the subject matter of the proceedings*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-a, p. 53).

Pelo exposto, pode-se concluir que o raciocínio do juiz *Loucaides*, caso prevalecesse, implicaria o fim da imunidade de jurisdição, uma vez que qualquer pleito poderia ser apresentado ao judiciário como envolvendo potencial violação de direitos

humanos, tanto daqueles materialmente em questão, como também da garantia mais básica de direito de acesso a um julgamento equitativo. Isso conduziria a um contrassenso, com a apreciação do mérito da causa tornando-se uma espécie de preliminar de si mesma, o que excederia a autorização do direito internacional ao foro competente, que permite ao mesmo realizar apenas um exame *prima facie* da natureza ou finalidade da relação jurídica em discussão, para determinar se um caso envolvendo Estado estrangeiro pode ou não ser processado no foro.

### 2.2.3 O caso *McElhinney*

A Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso *McElhinney* em 21 de novembro de 2001, junto com os casos *Al-Adsani* e *Fogarty*. Deve-se ressaltar que todos tiveram em comum o enfrentamento da questão da legitimidade e proporcionalidade da restrição do artigo 6.1 (direito de acesso a um tribunal) da Convenção Europeia de Direitos Humanos em relação com as normas que regulam a imunidade de jurisdição do Estado. Também é relevante destacar que cada um dos três envolveu um direito material distinto, a saber: no caso *Al-Adsani*, a proibição da tortura, reconhecida unanimemente como norma de *jus cogens*; no caso *Fogarty*, a proibição de discriminação, que é norma de direitos humanos, mas não é norma imperativa do direito internacional; no caso *McElhinney*, a garantia de indenização por lesões ou danos causados por Estado estrangeiro no território do foro (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c).

O caso *McElhinney* tem origem com a reclamação 31253/1996, contra a Irlanda e o Reino Unido, pela violação do artigo 6 (*Right to a fair trial*) da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §§ 1, 3).

O reclamante, um policial irlandês, *McElhinney*, que estava fora de serviço, dirigia seu jipe na companhia de outros dois passageiros e rebocava uma van sobre uma plataforma. Em seu trajeto da Irlanda do Norte para a Irlanda, o mesmo passou, na fronteira, por um posto de verificação de veículos, cuja barreira atingiu acidentalmente. Um dos soldados britânicos que guarneciam o posto aproximou-se do jipe e foi atingido pela van que estava sendo rebocada, sendo lançado em direção à barra do reboque e arrastado até que conseguiu erguer-se sobre a mesma. O reclamante alegou que não percebeu a presença do soldado e, ao ouvir tiros, pensou tratar-se de um atentado terrorista. Assim, continuou

dirigindo até encontrar um posto policial, onde se sentiu seguro para parar, já a mais de três quilômetros da fronteira, no povoado de *Muff*, onde o soldado chegou “*in a state of blind panic*”. Lá, o soldado ordenou que o reclamante e demais passageiros do veículo descessem do carro e se colocassem contra uma parede com as mãos para cima, nesse momento, o reclamante se voltou para o soldado, no intuito de esclarecer que era um policial e que “*there was no cause for alarm*”. O soldado então apontou sua pistola contra ele e puxou o gatilho duas vezes, mas a arma não disparou devido a um atolamento da munição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 7).

A polícia irlandesa deteve *McElhinney* sob suspeita de dirigir alcoolizado, sendo que ele se recusou a fornecer amostras de sangue e urina. No curso da investigação, a polícia ouviu setenta e uma testemunhas e concluiu que *McElhinney* mostrou “*a regrettable degree of recklessness*” ao abandonar o local do incidente no posto de verificação, colocando em risco a vida do soldado, que poderia ter caído da barra de reboque; a dos três ocupantes do jipe, que poderiam ter sido baleados; e a dos expectadores em *Muff*, com a presença do soldado armado e aterrorizado. Consta do relatório da polícia irlandesa, que a única explicação possível para o comportamento de *McElhinney* é que o mesmo estava embriagado. Após o incidente, a justiça irlandesa processou e condenou *McElhinney* por recusar-se a fornecer amostras de sangue e urina. Ele não enfrentou procedimento disciplinar na polícia, mas foi transferido para outra área (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 8-9).

Em 29 de junho de 1993, *McElhinney* processou, em foro irlandês, o soldado que tentou disparar contra ele e o Secretário de Estado Britânico para a Irlanda do Norte, sob alegação de que temeu por sua vida e sofreu choque pós-traumático por causa do incidente, pedindo indenização e “*punitive damages*”. O Reino Unido apontou que o processo era inviável, pois, em virtude da imunidade de jurisdição, os dois réus eram isentos da jurisdição irlandesa, o que foi confirmado pelo tribunal local (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 10-13).

*McElhinney* apelou, argumentando: 1) que a imunidade jurisdicional não se aplica a processos indenizatórios por lesões a indivíduos causadas no território do foro; 2) o princípio da reciprocidade, pois, nas mesmas circunstâncias, o *State Immunity Act* britânico, de 1978, não permitiria reconhecimento de imunidade à Irlanda; 3) que ainda que a imunidade se aplicasse ao caso, ela deveria ser afastada, pois tratava-se da violação ao direito constitucionalmente protegido à integridade física (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 14).



A Suprema Corte da Irlanda julgou o caso em 15 de dezembro de 1995 e rejeitou o recurso, pois: 1) o precedente invocado pelo apelante determinou que a imunidade fosse afastada nos casos de transações comerciais conduzidas por Estado estrangeiro, o que não era a hipótese suscitada no recurso; 2) o direito internacional público não afastou a imunidade do Estado estrangeiro quando a causa das lesões foi uma ação do Estado ou de seus agentes dentro de sua esfera de atividade soberana; 3) os dispositivos de legislações nacionais que o apelante suscitou só poderiam servir como evidência do direito doméstico dos respectivos Estados, mas não do direito internacional; 4) a exceção territorial é prevista no artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, de 1972, mas o artigo 31 da mesma afasta sua incidência em relação às atividades de forças militares no território de outro país (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 15).

Mais adiante na decisão, ao apresentar o direito aplicável, a Corte Europeia de Direitos Humanos mencionou o artigo 12 do Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, de 1991, que tratou da exceção territorial praticamente nos mesmos moldes que o artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado sem, no entanto, fazer a ressalva específica constante no artigo 31 desta última, relativa à sua inaplicabilidade à ação de forças armadas. No entanto, os juízes levaram em conta o comentário ao dispositivo, no qual a Comissão de Direito Internacional explicou que o objetivo primordial do dispositivo era permitir a responsabilização do Estado estrangeiro por lesões físicas seguráveis que o mesmo causasse no território do foro, com o intuito de evitar que as companhias de seguro utilizassem a imunidade como uma justificativa para não pagar as indenizações contratadas (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 19).

Com relação à incidência do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o governo britânico alegou que a existência de imunidade de jurisdição atinge o direito de processar do reclamante, pois implica a inexistência de direito material a discutir; o reclamante, por sua vez, argumentou pela incidência, pois o direito irlandês prevê a possibilidade de compensação, logo, a imunidade soberana representa tão somente uma barreira procedimental ao exercício da jurisdição local, mas não elimina a possibilidade jurídica de responsabilização pela lesão causada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §§ 21-22).

Os juízes, nesse ponto, acolheram o argumento do reclamante, recordando que o direito de acesso a um tribunal, por si, não garante a atribuição de qualquer conteúdo para direitos e obrigações civis na legislação dos Estados membros da Convenção Europeia de

Direitos Humanos. Por outro lado, se existe direito material argumentável, como no caso, a causa pode ser conhecida, entretanto, a existência de barreiras procedimentais afeta essa possibilidade. Tais barreiras, por sua vez, devem ter a sua operação controlada por sua compatibilidade com o artigo 6.1 que é, assim, aplicável ao caso. Nas palavras dos juízes: “*The grant of immunity is to be seen not as qualifying a substantive right but as a procedural bar on the national court’s power to determine the right*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 23-26).

Com relação à obediência ao artigo 6.1, o governo irlandês argumentou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria ser interpretada conforme o direito internacional público. Assim, se a jurisprudência dos tribunais irlandeses, à época, confirmava a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, salvo a hipótese da prática de ato de comércio (*acta jure gestionis*), a mesma permaneceria em relação à prática de atos governamentais (*acta jure imperii*). Além disso, o governo afirmou que a limitação de acesso do reclamante ao tribunal buscou realizar objetivos legítimos, a saber: adequar-se a princípios amplamente reconhecidos do direito internacional; e promover relações harmoniosas, respeito mútuo e entendimento entre as nações. Assim, tendo em vista as circunstâncias em que o Reino Unido exerceu seus poderes soberanos e a cautela com que os tribunais do foro avaliaram a aplicação da imunidade de jurisdição no caso, a Irlanda afirmou que agiu dentro dos limites de sua margem de apreciação. Por fim, o governo irlandês pontuou que *McElhinney* possuía um recurso judicial alternativo, pois poderia ter movido o processo na Irlanda do Norte (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §§ 27-29).

*McElhinney*, por sua vez, alegou que o direito internacional não mais reconhecia a imunidade de jurisdição na hipótese de lesões causadas no foro, o que era evidenciado pela legislação de diversos países, entre os quais Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Austrália, bem como pelo artigo 12 do Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, de 1991, e pelo artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado. Com relação a esta última, o reclamante apontou que seu artigo 31 mantinha a imunidade por atos de forças militares, mas apenas na hipótese em que a presença das mesmas houvesse sido autorizada pelo Estado foro, o que não era o caso do soldado atingido pelo reboque. O reclamante acrescentou que o direito internacional precisava ser compatibilizado com as garantias de direitos humanos e que a restrição ao direito de acesso a um tribunal nas circunstâncias do caso não perseguia um propósito legítimo, pois não havia evidência de que a continuidade do processo comprometeria as relações entre Irlanda e Reino Unido, além do que, se as circunstâncias se

invertissem, o Reino Unido não reconheceria a imunidade da Irlanda. Finalmente, o reclamante alegou que não possuía um remédio alternativo, pois queria pleitear uma indenização pelos disparos tentados em território irlandês e não pelos disparos efetuados em território britânico, assim, a regra *locus delicti* fazia da Irlanda o foro apropriado para a ação (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §§ 30-32).

Os juízes, ao analisar os argumentos das partes, ponderaram que o direito de acesso a um tribunal é uma pré-condição para que ocorra um julgamento equitativo, mas não é um direito absoluto, pois, por sua própria natureza, precisa ser regulado pelo direito do foro e sujeito a certas limitações, para isso, cada Estado goza de certa margem de apreciação. No entanto, é à Corte Europeia de Direitos Humanos que compete a decisão final em relação à compatibilidade das limitações em face das obrigações assumidas pelos Estados partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esse julgamento de compatibilidade envolve um exame da legitimidade do fim perseguido pela limitação e da proporcionalidade entre este fim e os meios empregados para alcançá-lo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §§ 33-34).

Com relação à legitimidade, a Corte apontou que a imunidade de jurisdição é parte do direito internacional, decorrente do princípio *par in parem non habet imperium* e cujo reconhecimento tem o legítimo propósito de obedecer ao direito internacional e promover boas relações entre os Estados, por meio do respeito à soberania. Quanto à proporcionalidade, a Corte invocou o artigo 31.3.c da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina que se deve levar em conta todas as normas relevantes do direito internacional aplicáveis às relações entre as partes, deste modo, o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não pode ser interpretado isoladamente. O seu caráter de norma de direitos humanos deve ser levado em conta, porém, a mesma deve ser interpretada em harmonia com outras normas de direito internacional, inclusive as relativas à imunidade de jurisdição; logo, uma restrição a um direito decorrente da observância de outra norma do direito internacional não é, em princípio, desproporcional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §§ 35-37).

A Corte observou, ainda, que a restrição da imunidade de jurisdição nas hipóteses de lesões ou danos causados por Estado estrangeiro no território do foro, de acordo com as evidências apresentadas, não é uma tendência universal e parece referir-se principalmente a lesões e danos passíveis de cobertura por seguro, decorrentes de acidentes de trânsito comuns, e não à atos decorrentes da autoridade soberana dos Estados, como no caso em questão. Nesse ponto, a apreciação da Suprema Corte Irlandesa ao confirmar a imunidade conferida ao Reino

Unido não se encontra fora dos padrões internacionais (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, §38).

Com relação à alegação de inexistência de meios de reparação alternativos, a Corte destacou que a demanda do reclamante contra o Reino Unido foi julgada inadmissível por não cumprir o requisito de esgotamento dos recursos internos, uma vez que foi opção do mesmo não acionar o judiciário britânico em busca de compensação, mesmo informado de que não havia barreiras para que o fizesse (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 39).

Com isso, a Corte decidiu, por doze votos a cinco, que a Irlanda, ao reconhecer a imunidade de jurisdição do Reino Unido, não excedeu sua margem de apreciação ao restringir o direito de acesso de um indivíduo a um tribunal e, portanto, não violou o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, § 40).

À decisão juntaram-se três opiniões dissidentes. A primeira delas é do juiz *Rozakis*, que discordou da avaliação da maioria em relação à proporcionalidade, diante da preferência da comunidade internacional por limitar a imunidade de jurisdição em relação a certas ações dos Estados, ou seja, o reconhecimento da imunidade serve a um propósito legítimo, mas diante dos interesses envolvidos, da evolução do direito internacional e das mudanças no direito da imunidade de jurisdição, o pedido de imunidade do Reino Unido perdeu muito de sua força. Além disso, o reclamante é irlandês, o que gera obrigação da Irlanda de protegê-lo; o ataque ocorreu no território desse país, o que reforça o vínculo jurisdicional; e há várias dificuldades para ajuizar a ação no Reino Unido. Com isso, o juiz *Rozakis* concluiu que o reclamante foi indevidamente privado de seu direito de acesso a um tribunal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, p. 86-88).

A segunda opinião dissidente é dos juízes *Caflisch*, *Cabral Barreto* e *Vajic*, que afirmaram que a imunidade de jurisdição não era mais uma regra geral, apontando como evidência o avanço da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição com as exceções relativas a atividades comerciais, contratos de trabalho, propriedade intelectual e reparação de lesões e danos. Com relação a esta última, os juízes dissidentes enfatizaram que diversas legislações nacionais previram a exceção territorial à imunidade, mencionando os dispositivos correspondentes nas legislações do Reino Unido, Estados Unidos e Austrália; a previsão também aparece no artigo 12 do Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, da Comissão de Direito Internacional, e no artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado; além disso, tanto o *Institut de Droit*

*International*, em 1991, quanto a *International Law Assotiation*, em 1994, incluíram a exceção territorial em suas contribuições para a codificação do direito internacional relativos às imunidades do Estado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, p. 88-90).

Quanto ao artigo 31, da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, que afasta a exceção territorial nos casos de lesões ou danos decorrentes da ação de forças militares, os juízes dissidentes afirmaram que o dispositivo é uma especificidade da Convenção e não representa direito internacional geral. Quanto ao comentário da *International Law Commission*, que afirma que o foco principal da exceção territorial são lesões e danos seguráveis, os juízes dissidentes apontaram que no mesmo comentário consta que o dispositivo é amplo o suficiente para acomodar outras formas de lesões e danos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, p. 90-91).

Cabe apontar que os juízes dissidentes não consideraram o quinto comentário da Comissão de Direito Internacional ao artigo 12, no qual se lê que o referido artigo não cobre casos em que não há dano físico. Embora a expressão “*physical damage*”, empregada no comentário, dê a ideia de restringir-se a danos à bens tangíveis, a palavra “*damage*” é empregado no texto dos comentários para referir-se tanto a “*physical injuries to persons*” quanto a “*damage to tangible property*”. O texto do comentário é o seguinte: “(5) *Article 12 does not cover cases where there is no physical damage. Damage to reputation or defamation is not personal injury in the physical sense, nor is interference with contract rights or any rights, including economic or social rights, damage to tangible property*” (UNITED NATIONS, 1991, p. 45).

Como se vê, o comentário não menciona especificamente “*post-traumatic shock*”, que foi a causa da ação de *McElhinney*, mas é plausível afirmar que o comentário acima se ajusta ao caso e que a violência ou lesão psicológica que o policial irlandês alegou ter sofrido não poderia constituir hipótese de exclusão da imunidade de jurisdição do Reino Unido.

Nesse mesmo sentido pode-se conferir a decisão da Suprema Corte do Canadá no caso *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, em que se discutiu o que pode ser considerado lesão individual para o propósito da aplicação da exceção territorial. Na decisão, o tribunal canadense afirmou que “*The ‘personal or bodily injury’ exception to state immunity does not apply where the alleged injury does not stem from a physical breach of personal integrity*” (CANADA, 2014, § 74).

De todo modo, na visão dos três juízes dissidentes, a exceção territorial já era, à época, uma norma consolidada do direito internacional que rege a imunidade do Estado, ou que constituía, no mínimo, uma tendência forte o suficiente para indicar a inexistência da

obrigação internacional de reconhecer a imunidade soberana nos casos de danos e lesões causados pela ação do Estado estrangeiro no território do Estado foro, não havendo, destarte, conflito entre direito à imunidade e direito de acesso a um tribunal. Sendo assim, o artigo 6.1 aplicava-se ao caso e a Irlanda deveria ter permitido acesso aos seus tribunais ao reclamante, cujos direitos, portanto, foram restringidos de modo incompatível com as obrigações decorrentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, p. 91-92).

A última opinião dissidente no caso foi a do juiz *Loucaides*, que acrescentou uma razão para configurar a violação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, traçando um paralelo com os casos *Al-Adsani* e *Fogarty*. O ponto comum é a afirmação de que uma noção de imunidade ampla e automática, que não permita o balanceamento dos interesses em conflito, isto é, da imunidade de jurisdição em relação aos direitos materiais que fundamentam cada caso, constitui uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal. Segundo o magistrado: “*In present democratic society an absolute immunity from judicial proceedings appears to be an anachronistic doctrine incompatible with the demands of justice and the rule of law*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, p. 92).

O juiz *Loucaides* acrescentou ainda em seu voto dissidente que a Convenção Europeia de Direitos Humanos é *lex specialis* em relação aos princípios gerais do direito internacional e não pode, portanto, ser afastado pelos mesmos, ainda mais quando não consistem em normas imperativas. Além disso, as restrições que podem ser aplicadas ao artigo 6.1 não podem comprometer o seu núcleo, por isso, restringir o direito de acesso a um tribunal sem atentar para a natureza do caso viola a Convenção. Por último, a maioria afirmou que havia alternativa para o reclamante obter reparação, no entanto, para *Loucaides*, a reclamação deveria ser avaliada tendo por referência apenas o sistema jurídico do Estado reclamado, pois as falhas de um sistema nacional não podem ser remediadas pela referência a outras ordens jurídicas. Assim, o fato do reclamante poder pleitear seus direitos no Reino Unido deveria ser irrelevante para a análise do caso. Segundo o magistrado, é injusto e estranho esperar que o reclamante buscasse uma jurisdição estrangeira para resolver a ausência de acesso a um tribunal em seu próprio país (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001-c, p. 93).

É possível extrair lições das posições majoritária e minoritária no caso *McElhinney*. O que a posição majoritária ensina é que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é um obstáculo procedimental para o exercício do poder jurisdicional do Estado foro regulado pelo direito internacional. Sendo assim, com base em suas obrigações

internacionais, interpretadas de acordo com sua prática judicial, o foro deve, em geral, restringir o direito de acesso a seus tribunais, que é um pré-requisito para a concretização do direito a um julgamento equitativo, quando o réu na causa for um Estado estrangeiro.

O cumprimento dessas obrigações pelo Estado foro, todavia, não é indiscriminada nem absoluta, pois deve ser compatível com os demais compromissos que o mesmo assumiu ao ratificar a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A última palavra quanto ao exame dessa compatibilidade pertence à Corte Europeia de Direitos Humanos, que, ao fazê-lo, leva em conta que a restrição ao direito de acesso a um tribunal se processa pelo Estado foro com certa margem de apreciação, que deve ter em vista o conjunto de suas obrigações internacionais, aí incluídas aquelas relativas à imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, por um lado, e aquelas relativas à Convenção Europeia de Direitos Humanos, por outro.

A posição dissidente, por seu turno, ensina que com a evolução da doutrina restritiva, não há mais que se manter a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro que causa lesões a indivíduos ou danos a propriedade no território do Estado foro, ainda que tais prejuízos resultem da ação de forças militares. Com isso, não há conflito do direito à imunidade com o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, porque a imunidade jurisdicional simplesmente não se aplica à hipótese, dada a exceção territorial. No entanto, ainda que haja possível incidência de imunidade, há que se pesar o reconhecimento da mesma com relação ao sacrifício dos direitos em jogo no caso em concreto, do contrário, a restrição do direito de acesso ao tribunal se dá de forma desproporcional, violando a Convenção.

O que se nota é que tanto a posição vencedora quanto a vencida reconhecem o papel de controle a ser exercido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à observância dos dispositivos da Convenção Europeia. A divergência decorre do reconhecimento do papel que a margem de apreciação e a interpretação contextual das obrigações têm a desempenhar. Por outro lado, tendo em vista o desenvolvimento da jurisprudência da Corte, a visão majoritária parece ter se consolidado.

#### 2.2.4 O caso *Kalogeropoulou*

A Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso *Kalogeropoulou* em 12 de dezembro de 2002. Os reclamantes alegaram que a Grécia e a Alemanha violaram o seu direito de acesso a um tribunal, conforme definido pelo artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dado que suas autoridades se recusaram a cumprir a sentença do Tribunal de Primeira Instância de *Livadia*, que transitou em julgado após o julgamento da Corte de Cassação no caso *Voiotia (Distomo Massacre case)* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 537).

Antes de apresentar a síntese do caso propriamente dita, cabe apontar que, com relação às supostas violações da Alemanha ao direito dos reclamantes de acesso a um tribunal, a Corte considerou a reclamação inadmissível, em votação unânime. Isso se deu porque os reclamantes não estavam sob jurisdição alemã, pois a Convenção estabelece um limite territorial ao seu alcance, cabendo a cada Estado membro garantir, em sua própria jurisdição, os direitos nela consignados. No caso, a participação de um Estado em um processo em outra jurisdição nacional não é, por si só, um exercício extraterritorial de jurisdição; ou seja, não se pode afirmar que a resistência da Alemanha à execução da sentença, na condição de parte, seja equivalente a uma violação do direito dos reclamantes de acesso a um tribunal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 551).

Nesse sentido, a Corte citou como antecedente a decisão quanto à admissibilidade que proferiu no caso *McElhinney v. Ireland and United Kingdom*, em que considerou a reclamação inadmissível, nos seguintes termos: “*the fact that the United Kingdom Government raised the defence of sovereign immunity before the Irish courts, where the applicant had decided to sue, does not suffice to bring him within the jurisdiction of the United Kingdom*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000, p. 7).

Quanto à Grécia, a Corte Europeia também rejeitou a reclamação, porém, teve oportunidade de avaliar a compatibilidade das ações deste país com as suas obrigações enquanto Estado parte na Convenção Europeia de Direitos Humanos. O caso *Kalogeropoulou* originou-se de um processo indenizatório que familiares das vítimas do massacre de *Distomo*, perpetrado por forças de ocupação nazistas em 1944, intentaram contra a Alemanha em 1995 junto aos tribunais gregos. A Alemanha recorreu após sua condenação em primeira instância e, perante a Corte de Cassação grega, alegou que, por ser um Estado soberano e dadas as prescrições do direito internacional costumeiro, os tribunais gregos não possuíam jurisdição para julgar o caso (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 538-539).

A Corte de Cassação não admitiu o recurso, tendo em vista a evolução da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição, evidenciada pela adoção da Convenção Europeia sobre



Imunidade do Estado, que codificou em seu artigo 11 a exceção territorial à imunidade soberana, cujos efeitos operam independentemente dos atos questionados serem de império ou de gestão. A Corte de Cassação reconheceu que, via de regra, a exceção territorial não se aplica a ação de forças militares, no entanto, tratando-se de crimes contra a humanidade, que vitimaram indivíduos fora do contexto de uma operação militar, considerou que o Terceiro Reich desvirtuou o exercício de sua soberania e violou normas de *jus cogens*, o que implicou que a Alemanha, com essa ação, tacitamente renunciou à sua imunidade jurisdicional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 539-540).

Os juízes da Corte Europeia relatam, na decisão do caso *Kalogeropoulou*, que houve uma dissidência na decisão da Corte de Cassação grega, na qual seu Presidente e mais três juízes apontaram que as ações de um Estado em um conflito armado não implicam o afastamento da imunidade de jurisdição, mesmo quando em consequência da violação de normas imperativas do direito internacional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 540).

Após a decisão da maioria da Corte de Cassação grega, a sentença tornou-se definitiva, surgindo a questão de sua execução. Esta, de acordo com o artigo 923 do Código de Processo Civil grego, só poderia ser promovida contra Estado estrangeiro mediante autorização do Ministro da Justiça, o qual, consultado, não respondeu a solicitação que os beneficiados pela sentença apresentaram. No entanto, esse revés não deteve os familiares das vítimas do massacre de *Distomo*, que deram início ao processo de execução a despeito do não cumprimento do requisito processual. Com o processamento da execução, a Alemanha compareceu em juízo para solicitar a suspensão do procedimento, o que conseguiu em recurso à Corte de Apelação de Atenas, que compreendeu, reformando a decisão de primeiro grau, que a restrição consignada no artigo 923 não contrariava o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos nem outras normas internacionais de direitos humanos. Essa decisão foi posteriormente confirmada pela Corte de Cassação grega, que, mencionando os casos *Al-Adsani* e *McElhinney* como antecedentes, afirmou que a limitação importa pelo direito processual grego era compatível com o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 540-542).

Em vista disso, os familiares das vítimas apresentaram reclamação junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando o descumprimento do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por causa da recusa das autoridades gregas e alemãs de cumprir a decisão que condenou a Alemanha ao pagamento de indenização. O governo alemão, como já dito, afirmou que os reclamantes não estavam sujeitos à sua jurisdição, o que

levou, posteriormente, à decisão pela inadmissibilidade da reclamação nesta parte. O governo grego, por seu turno, afirmou que o disposto no artigo 923 de seu Código de Processo Civil era compatível com suas obrigações internacionais, pois buscava realizar um propósito legítimo, isto é, servir à manutenção de relações exteriores harmoniosas, e os meios empregados eram proporcionais à consecução de tal fim (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 542-543).

Ao analisar o caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que o direito de acesso a um tribunal seria ilusório caso um sistema jurídico permitisse que uma decisão judicial se tornasse sem efeito, nesse sentido, a execução do julgado é parte integral do julgamento para efeitos do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No entanto, o direito de acesso aos tribunais não é absoluto, podendo sofrer limitações pois, por sua própria natureza, tal direito requer regulação por parte do Estado. Para esse fim, cada soberania dispõe de certa margem de apreciação, embora a decisão final quanto à observância dos requerimentos da Convenção pertence à Corte. Deste modo, é necessário que as restrições não reduzam o acesso do indivíduo a tal ponto que o núcleo do direito seja comprometido. Além disso, uma limitação não é compatível com o artigo 6.1 se não perseguir um fim legítimo e não guardar uma relação razoável de proporcionalidade entre os fins buscados e os meios empregados (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 545).

Tem-se com isso que a execução é parte integral do julgamento para os fins do direito de acesso a um tribunal, no entanto, tal direito não é absoluto e está sujeito a limitações, desde que estas persigam um fim legítimo e satisfaçam o requisito de proporcionalidade. A Corte compreendeu que o reconhecimento de imunidade à Alemanha em procedimentos civis, no caso em questão, buscava satisfazer o propósito legítimo de promover cortesia e boas relações internacionais de acordo com o direito.

No caso *Kalogeropoulou*, os reclamantes possuíam título jurídico para exigir compensação, mas não puderam obtê-la em razão da recusa do governo grego de dar seguimento à execução da sentença, o que constituiu uma restrição ao direito dos reclamantes de acesso a um tribunal. Para a Corte, a restrição é legítima, pois a imunidade de jurisdição é um instituto do direito internacional, decorrente do princípio *par in parem non habet imperium*, que busca cumprir o direito internacional e promover boas relações entre os Estados. Tendo isso em conta, não é possível presumir que medidas adotadas tendo em vista o cumprimento de uma norma de direito internacional público, como a imunidade de jurisdição, imponham uma restrição desproporcional a direitos, como o acesso a um tribunal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 545-546).

O que se extrai da argumentação da Corte, é que a Convenção Europeia deve ser interpretada de forma harmônica com outras regras de direito internacional, inclusive as relativas às imunidades jurisdicionais, assim, as ações de um Estado membro da Convenção Europeia que refletem normas geralmente reconhecidas de direito internacional público não podem ser automaticamente consideradas uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal previsto no artigo 6.1 da referida norma.

Quanto à afirmação dos reclamantes, de que a previsão de crimes contra a humanidade é uma norma tão fundamental que equivale a uma norma de *jus cogens* e, como tal, tem precedência sobre todos os princípios do direito internacional, inclusive a imunidade de jurisdição dos Estados, a Corte considerou que esta não é, ainda, uma concepção aceita no direito internacional, citando como antecedente a decisão no caso *Al-Adsani*. Assim, a recusa do Ministro da Justiça da Grécia de autorizar o início de procedimentos executórios contra bens da Alemanha não é uma interferência injustificada no direito de acesso a um tribunal dos reclamantes, particularmente porque a decisão estava sujeita a avaliação e confirmação pelos tribunais domésticos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 546-547).

Dito de outro modo, os reclamantes, com base no julgamento da Corte de Cassação Grega no caso *Distomo*, postularam que a proibição da prática de crimes contra a humanidade seria tão fundamental que constituiria uma norma imperativa do direito internacional com precedência sobre o princípio da imunidade estatal. No entanto, a Corte Europeia entendeu que não há aceitação generalizada no direito internacional de que um Estado não possui imunidade jurisdicional em relação procedimentos civis de indenização pelos danos decorrentes de crimes contra a humanidade. Assim, não se poderia impor ao Estado grego que afastasse a regra da imunidade estatal como obrigação decorrente da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A seguir, a Corte discutiu a violação do artigo 1º do Protocolo 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do direito ao gozo pacífico de bens, salvo certas condições e tendo em vista o interesse geral. Os reclamantes invocaram esta norma, pois a sentença condenatória contra a Alemanha ampliou o seu acervo de bens jurídicos, cujo gozo pacífico a decisão do governo grego comprometeu (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 547).

A Corte considerou que qualquer interferência do poder público no gozo de bens está sujeita ao exame de sua legalidade. A interferência em questão tinha previsão legal no artigo 923 do Código de Processo Civil Grego, de modo que, em princípio, estava satisfeito o requisito de legalidade. Coloca-se então a questão da legitimidade dessa interferência, ou seja,

de sua conformidade com o interesse público. A Corte entendeu que as autoridades públicas de um país estão em melhor posição que os juízes internacionais para definir o que é de interesse público, dispondo, para tanto, de uma certa margem de apreciação, salvo quando essa avaliação for manifestamente despropositada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 548).

A margem de apreciação é necessariamente ampla quando políticas econômicas, sociais e relações exteriores estão em questão. Logo, a decisão da Grécia em respeitar a imunidade da Alemanha é de interesse público. Com relação à proporcionalidade entre as medidas, adotadas em benefício do interesse público, e a necessidade de proteger direitos individuais fundamentais, deve haver uma relação razoável entre os meios empregados e os fins almejados, para cuja determinação o Estado dispõe de ampla margem de apreciação, que a Grécia não excedeu. Ademais, a inviabilidade de promover a execução naquele momento não invalidou a sentença condenatória, que poderia ser cumprida em outro momento ou em outra jurisdição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 549-550).

De fato, uma tentativa nesse sentido aconteceu poucos anos depois, quando os titulares da sentença no caso *Distomo* conseguiram a homologação e promoveram atos de execução da sentença contra *Villa Vigone*, bem de propriedade da Alemanha na Itália. O caso ensejou a participação da Grécia como interveniente no caso *Jurisdictional Immunities* que se processou junto à Corte Internacional de Justiça.

A Corte tratou ainda da alegação de suspeição do Presidente da Corte de Cassação Grega. A matéria é interessante, mas não é pertinente para esta pesquisa, basta que o leitor saiba que a Corte considerou essa parte das reclamações sem fundamento (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002, p. 552-554).

Na conclusão do julgamento *Kalogeropoulou*, a decisão foi pela improcedência da reclamação, reafirmando a linha argumentativa desenvolvida nos julgamentos dos casos *Al-Adsani*, *Fogarty* e *McElhinney*. Mais uma vez, o direito de acesso a um tribunal apareceu, em conjunto com outra norma material, em conflito com a imunidade de jurisdição do Estado. No entanto, embora o direito da imunidade tenha sido confirmado nesses episódios, firmou-se o entendimento de que o mesmo não exerce nenhuma influência sobre o direito material envolvido na controvérsia, constituindo tão somente um obstáculo procedimental ao prosseguimento da demanda, seja na fase de cognitiva, seja na executória.

Cabe apontar que cada um desses casos tratou de um direito material distinto, em conjugação com o direito de acesso a um tribunal, a saber: no caso *Al-Adsani*, a proibição da tortura; no caso *Fogarty*, a proibição de discriminação; no caso *McElhinney*, a

responsabilidade civil do Estado estrangeiro e; no caso *Kalogeropoulou*, a compensação por crimes de guerra. No caso *Jones*, que será visto a seguir, volta-se à questão da tortura e à discussão acerca da obrigação dos Estados de garantir o direito de reparação às suas vítimas.

### 2.3 O caso *Jurisdictional Immunities of the State* (2012)

A decisão da Corte Internacional de Justiça, em 2012, no caso *Jurisdictional Immunities*, fortaleceu a distinção entre a imunidade de jurisdição de agentes ou ex-agentes do Estado em matéria penal e a imunidade de jurisdição do Estado propriamente dito em matéria cível.

No caso, a Alemanha pediu a condenação da Itália por violar sua imunidade de jurisdição, assegurada pelo direito internacional, ao julgar, condenar, reconhecer sentença estrangeira e ordenar medidas executórias. As ações judiciais da qual resultaram esses atos tinham por objeto pedidos de indenização decorrentes da prática de crimes de guerra cometidos pelo *Reich* alemão no correr da Segunda Guerra Mundial.

Ao cabo, a Itália foi condenada, apesar do voto contrário do juiz Cançado Trindade, o que reforçou a tendência de confirmar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em matéria de reparação civil, mesmo em face de violações muito graves do direito internacional.

A seguir, analisa-se o conteúdo da sentença da Corte Internacional de Justiça, que traduz a percepção do direito regente da imunidade de jurisdição dos Estados naquele momento.

#### 2.3.1 Contexto e histórico do caso *Jurisdictional Immunities*

A Corte Internacional de Justiça julgou o caso *Jurisdictional Immunities* em 3 de fevereiro de 2012, decidindo que a Itália violou as imunidades jurisdicionais da Alemanha ao exercer jurisdição civil em relação a ações de reparação por crimes de guerra cometidos pelas forças militares alemãs na Segunda Guerra Mundial. Essa foi a primeira decisão da Corte relativa às imunidades estatais em matéria de jurisdição civil e identificou os contornos do

direito costumeiro que regia a matéria até aquele momento, além disso, a decisão enfrentou a aparente contradição entre as normas relativas às imunidades jurisdicionais e as normas imperativas do direito internacional (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a).

O processo teve início em 23 de dezembro de 2008, quando a Alemanha requereu à Corte que condenasse a Itália por violar obrigações decorrentes do direito internacional ao praticar os seguintes atos: julgar ações indenizatórias decorrentes de atos praticados por forças militares alemãs durante a Segunda Guerra Mundial; ordenar a adoção de medidas executórias contra propriedade do Estado alemão situada na Itália; e reconhecer como executáveis sentenças contra o Estado alemão prolatadas pelo judiciário da Grécia. Na sequência, a Alemanha requereu que a Corte determinasse à Itália para cessar as violações pelos meios que julgasse mais adequados (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 15).

A sentença da Corte divide-se em uma cronologia do procedimento, seguida de seis partes nas quais a análise do caso é substancialmente desenvolvida e, por fim, um item destinado à parte dispositiva da sentença. Das seis partes do desenvolvimento do arrazoado da Corte, a primeira consiste em uma exposição dos elementos históricos e dos fatos discutidos pelas partes; a segunda em uma delimitação do objeto da disputa; a terceira em uma discussão dos argumentos apresentados pela Itália; a quarta em uma análise das medidas executórias adotadas contra a Alemanha; a quinta em uma avaliação da licitude da homologação de sentenças gregas contra o Estado alemão pelo judiciário da Itália; e a sexta traz o posicionamento da Corte diante das considerações finais e medidas requeridas pela Alemanha.

Os relatos de dois incidentes processuais chamam atenção nos primeiros parágrafos da decisão. O primeiro deles é o pedido reconvenicional no qual a Itália requereu que a Corte se manifestasse quanto às reparações devidas às vítimas italianas de graves violações do direito humanitário praticadas pelas forças alemãs durante a II Guerra Mundial. A Corte não aceitou o pedido de reconvenção, pois o mesmo se referia a uma situação anterior à vigência da Convenção Europeia para Solução Pacífica de Controvérsias, de 1957, que constituiu a base para definição da jurisdição da Corte no caso (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 4-5).

Isso se deu porque o artigo 27 da referida convenção estipula que seus dispositivos não se aplicam a controvérsias relativas a fatos ou situações anteriores à sua entrada em vigor para as partes envolvidas. Dado que referida convenção só entrou em vigor entre Itália e Alemanha quando esta última a ratificou, em 18 de abril de 1961, as violações

praticadas durante a II Guerra Mundial restaram fora de seu escopo (COUNCIL OF EUROPE, 1957).

Nesse ponto, vale fazer referência ao voto dissidente do juiz Cançado Trindade, pela admissão da reconvenção com base na noção de delito permanente (*continuous situation*), emitido quando do julgamento do pedido de reconvenção feito pela Itália (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2010).

O pedido de reconvenção suscitou o problema da aplicação adequada das normas imperativas de direito internacional em relação às normas relativas à definição da jurisdição da Corte Internacional de Justiça. A discussão reapareceu posteriormente, quando as normas imperativas tiveram que ser diferenciadas das normas relativas à imunidade jurisdicional. Em ambos os casos, a Corte distinguiu entre a natureza material das normas imperativas e a natureza procedimental das normas relativas à competência ou à imunidade estatal. A adoção dessa linha de argumento permitiu à Corte afirmar que não há conflito entre normas de *jus cogens* e normas procedimentais porque as mesmas possuem naturezas distintas. Dessa forma, a Corte pôde resolver o conflito suscitado contornando a questão da hierarquia das normas envolvidas. A estratégia argumentativa foi razoável e convenceu a maioria dos juízes, mas não escapou de críticas dentro da própria Corte e no meio acadêmico.

O segundo incidente foi que a Grécia solicitou atuar no processo como interveniente, uma vez que uma parte da discussão no caso dizia respeito à legalidade da homologação da sentença proferida pelo judiciário grego no caso do massacre de *Distomo* e sua execução em foro italiano. Dado que nenhuma das partes fez objeção, a Corte aceitou o pedido de intervenção, limitando o mesmo às questões relativas à homologação e execução da referida sentença (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2011; 2012-a, §§ 6-10).

Quanto ao contexto histórico do caso, a Corte se referiu aos crimes de guerra cometidos pelas forças militares do *reich* alemão na Itália entre outubro de 1943 e o fim da Segunda Guerra Mundial. Cabe esclarecer que, em 25 de julho de 1943 o parlamento fascista votou uma moção solicitando ao Rei *Victor Emmanuel* que retomasse por completo seus poderes constitucionais. O Rei destituiu *Mussolini*, mandou prendê-lo e em seu lugar nomeou o General *Pietro Badoglio*, que negociou a paz com as potências aliadas. Em 8 de setembro foi declarado o armistício com as forças aliadas, seguido pela rápida ocupação alemã da maior parte da Itália. O novo governo italiano se refugiou no sul do país e declarou guerra à Alemanha no dia 13 de outubro de 1943 (ROYDE-SMITH, 2015).

Foi no cenário desse conflito que a Alemanha praticou os crimes de guerra mencionados no caso *Jurisdictional Immunities*, a saber, as deportações de civis italianos para

servir como mão de obra no esforço de guerra nazista. A Alemanha submeteu esses indivíduos a trabalhos forçados e negou aos mesmos o *status* de prisioneiros de guerra. Como se verá a seguir, esses indivíduos sofreram uma dupla injustiça, pois, no momento em que foram capturados e submetidos a trabalhos forçados, não tiveram reconhecido o *status* de prisioneiros de guerra e as garantias a ele relativos. Posteriormente, no momento de pleitear reparações, foram considerados, para efeitos de satisfação dos critérios de elegibilidade, como prisioneiros de guerra e excluídos das mesmas. Em suma, quando o *status* de prisioneiros poderia ter significado alguma vantagem ou proteção, este lhes foi negado, mas quando implicou em retirar-lhes acesso às reparações, o mesmo lhes foi outorgado. Foi contra essa situação, entre outras, que se manifestou Cançado Trindade em seu alentado voto dissidente (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-b).

Com o término da guerra, os países começaram a discutir as compensações devidas pelos crimes praticados. No entanto, os compromissos que foram estabelecidos e os critérios que foram adotados deixaram sem remédio milhares de italianos deportados para servir como mão-de-obra escrava. O primeiro acordo contendo disposições sobre reparações foi o Tratado de Paz de 1947, pelo qual a Itália renunciou em seu nome e no de seus nacionais a todas as reclamações contra a Alemanha ou contra nacionais alemães que não tivessem sido estabelecidas até 8 de maio de 1945 (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 22).

O dispositivo em questão está contido no artigo 77, § 4, do Tratado de Paz, *verbis*:

[77.4] Sem prejuízo dessas disposições e de quaisquer outras que sejam tomadas em favor da Itália e dos nacionais italianos pelas Potências que ocupam a Alemanha, a Itália renuncia, em seu nome e em nome dos nacionais italianos, a todas as reclamações contra a Alemanha e os nacionais alemães, que não tenham sido solucionadas até o dia 8 de maio de 1945 com exceção das que resultarem de contratos e outras obrigações que estavam em vigor, bem como dos direitos adquiridos antes do dia 1 de setembro de 1939. Essa renúncia será considerada como aplicável às dívidas e a todas as reclamações de caráter intergovernamental relativas a acordos concluídos durante o curso da guerra e a todas as reclamações relativas a perdas e danos ocorridos durante a guerra (BRASIL, 1948; UNITED NATIONS, 1947).

Alguns anos depois, em 1953, a Alemanha editou a Lei Federal de Indenização, destinada a disciplinar o pagamento de compensações às vítimas do nazismo. No entanto, a maioria dos italianos deportados e utilizados como mão de obra escrava não satisfaziam os requisitos da norma, ou por não se encaixar na definição de vítima ou por não possuir residência permanente na Alemanha. A Lei Federal de Indenização foi emendada em 1965, para incluir entre os beneficiários as vítimas de perseguição em razão de sua nacionalidade ou etnia, desde que comprovassem estar na situação de refugiados em 1º de outubro de 1953,



mais uma vez, a maioria dos italianos deportados não atendia o requisito (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 23).

Além disso, Alemanha e Itália celebraram dois acordos de compensação em 2 de junho de 1961 que entraram em vigor em 1963. Um deles dispôs sobre questões de natureza econômica (*Agreement on the Settlement of Certain Property Related, Economical and Financial Questions*), prevendo pagamento de compensação e contendo em seu artigo 2º cláusula pela qual o governo italiano declarava todas as reclamações contra o Estado alemão ou seus nacionais, decorrentes de circunstâncias ocorridas entre 1º de setembro de 1939 e 8 de maio de 1945, resolvidas, além de se comprometer a indenizar a Alemanha ou seus nacionais por quaisquer procedimentos iniciados por italianos relativos às mesmas. O outro acordo tratou de compensações a nacionais italianos submetidos à perseguição nazista (*Agreement on Indemnity in Favour of Italian Nationals Affected by National-Socialist Measures of Persecution*), prevendo o pagamento pela Alemanha de uma soma em dinheiro em benefício dessas vítimas e contendo declaração da Itália de que o pagamento efetuado era o acerto definitivo em relação àquelas questões (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 24-25).

Esses acordos não foram alvo do escrutínio da Corte, uma vez que esta entendeu que o caso era limitado à discussão das supostas violações praticadas pela Itália contra as imunidades jurisdicionais do Estado alemão. No entanto, Cançado Trindade, em seu voto dissidente, afirmou a independência entre os direitos a reparações de titularidade do Estado italiano e de titularidade de indivíduos, concluindo que o Estado não é competente para renunciar a direitos que não lhe pertencem, nos seguintes termos:

251. It would appear odd, if not surreal, if the domain of State immunity were to remain oblivious of such significant developments in recent years. The *titulaires* of the right to reparation for those grave violations are the individual victims who suffered them. As I sustained in my dissenting opinion (para. 178) in this Court's Order of 6 July 2010 (dismissing the Italian counter-claim) in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, States cannot at all waive rights that do not belong to them. One cannot at all turn one's back to significant developments in areas of international law, such as those of the international law of human rights and international humanitarian law, so as to deprive the human person of its right to redress. This would lead to manifest injustice (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-b, § 251).

Na decisão, a Corte menciona também que a Alemanha criou, em 2000, a Fundação Memória, Responsabilidade e Futuro, que, no período de 2001 a 2007, efetuou pagamentos de compensações a vítimas de trabalhos forçados. No entanto, de acordo com o artigo 11 da lei que criou a Fundação, a elegibilidade para recebimento da compensação não poderia se basear no *status* de prisioneiro de guerra. Por conta disso, a Fundação rejeitou os

pedidos de compensação de milhares de civis italianos que foram deportados e submetidos a trabalho escravo. Como dito acima, os italianos detidos tiveram seu *status* de prisioneiros de guerra negado quando de sua captura, deportação e utilização como mão-de-obra escrava, porém, tiveram esse *status* reconhecido quando da análise de sua elegibilidade para recebimento de uma compensação. Inconformados, os requerentes italianos acionaram o judiciário e o caso chegou à Corte Constitucional Alemã, que julgou, em 28 de junho de 2004, que o critério adotado pela Fundação não violava o direito à igualdade perante a lei e que o direito internacional público não previa um direito à compensação individual por trabalhos forçados. O caso, designado *Associazione Reduci v. Germany*, chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos, que decidiu, em setembro de 2007, que o mesmo era materialmente incompatível com as previsões da Convenção Europeia e, portanto, inadmissível (FOUNDATION REMEMBRANCE, RESPONSIBILITY AND FUTURE, 2015; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2007; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 26).

Com isso, pode-se constatar a ausência de opções dos italianos deportados e utilizados como mão-de-obra escrava para obter compensações pelas violações de seus direitos. A Itália empregou esse argumento em sua defesa no caso *Jurisdictional Immunities*, mas a Corte Internacional de Justiça não considerou a ausência de alternativas efetivas para discutir as compensações uma justificativa juridicamente válida para a violação das imunidades jurisdicionais da Alemanha. De todo modo, a questão reapareceu na decisão da *Corte Costituzionale Italiana* no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238*), em 2014.

Foi nesse contexto de insuficiência dos procedimentos de acesso a compensações que o caso *Ferrini* se desenrolou nos tribunais italianos. *Luigi Ferrini* era um civil italiano que, como milhares de outros, foi capturado na Itália e enviado a um campo de prisioneiros na Alemanha, onde foi submetido a trabalhos forçados. A sua situação de vítima de crime de guerra estava devidamente configurada, apesar disso, não satisfazia os requisitos estipulados para ter acesso às compensações oferecidas pela Alemanha. Assim, ele apresentou pedido de indenização junto ao Tribunal de *Arezzo*, em 23 de setembro de 1998. Em 3 de novembro de 2000, o referido Tribunal julgou seu pedido inadmissível, em respeito à imunidade jurisdicional da Alemanha. *Ferrini* levou o caso à Corte de Apelação de Florença, que rejeitou o recurso em 16 de novembro de 2000. Por fim, *Ferrini* recorreu à Corte de Cassação e finalmente conseguiu uma decisão favorável: em 11 de março de 2004, a Corte de Cassação decidiu que as imunidades jurisdicionais dos Estados não se aplicam quando se trata do

juízo de pedidos de compensação pela prática de crimes internacionais, afirmando, dessa forma, a jurisdição dos tribunais italianos para julgar o caso (ITALY, 2004).

Essa decisão levou os beneficiários da sentença emitida pela Corte de Cassação da Grécia no caso do massacre de *Distomo*, que não puderam executar a sentença nem na Grécia nem na Alemanha, a buscar o reconhecimento da sentença e sua execução perante os tribunais italianos. Disso resultou, em 13 de junho de 2006, o registro de hipoteca judicial contra *Vila Vigone*, propriedade do Estado alemão às margens do *Lago di Como*, onde funciona um centro cultural. A medida executória contra o imóvel da Alemanha foi suspensa em razão da ação na Corte Internacional de Justiça. Convém ainda ressaltar que a Corte Internacional de Justiça, em sua decisão, destacou que mesmo na Grécia a orientação em relação às imunidades jurisdicionais mudou a partir do julgamento do caso *Margellos*, em 2002, pela Suprema Corte Especial grega, que retomou a posição de reconhecer a imunidade de jurisdição dos Estados na hipótese de pedidos de compensação decorrentes de crimes de guerra (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 30-36; GREECE, 2002, p. 531-533).

Como se pode ver, as questões entre as vítimas de crimes de guerra e a Alemanha compõem uma história que remonta ao fim da II Guerra Mundial e que se desenrola ao longo de décadas, entre atribuição de reparações para uns e frustração de expectativas para outros. A partir desse contexto, passa-se a observação das questões em relação às quais a Corte Internacional de Justiça teve de decidir.

### 2.3.2 Objeto da disputa e violações às imunidades do Estado alemão

Na segunda parte da sentença, a Corte definiu o objeto da disputa: decidir se a Itália desrespeitou as imunidades jurisdicionais da Alemanha ao admitir ações civis de reparação pelas violações ao direito humanitário praticadas pelo *Reich* durante a Segunda Guerra Mundial; bem como ao adotar medidas constritivas contra propriedade alemã em solo italiano, a saber, *Villa Vigoni*; e também ao declarar executáveis na Itália sentenças emitidas pelo judiciário grego com base em circunstâncias análogas àquelas dos casos submetidos aos tribunais italianos. Definidas essas questões, a Corte deveria decidir se a Itália incorrera em responsabilidade internacional e, em caso positivo, determinar que a mesma adotasse as devidas medidas de reparação. Com relação ao objeto da disputa assim definido, a Itália

alegou que um Estado que falha em cumprir sua obrigação de reparar os danos resultantes de graves violações do direito humanitário e não oferece às vítimas meios efetivos de pleitear tais reparações deve ser destituído do direito de invocar a sua imunidade de jurisdição perante os tribunais do Estado de nacionalidade das vítimas, ao que a Alemanha respondeu que essa alegação era semelhante à que fora rejeitada quando do pedido reconvenicional e que o tema das reparações estava fora do âmbito da jurisdição da Corte. A Itália replicou que a rejeição da reconvenção não impedia que o argumento do inadimplemento da obrigação de reparar fosse contemplado no contexto da defesa apresentada. Por fim, a Corte decidiu apreciar como ponto de direito se a alegada falha de um Estado em cumprir com seus deveres de reparação afeta o gozo de suas imunidades jurisdicionais perante tribunais estrangeiros (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 36-51).

Firmado o ponto relativo ao objeto da disputa, a Corte passou a análise, no terceiro item da sentença, das supostas violações às imunidades jurisdicionais da Alemanha nos processos perante os tribunais italianos. Esse é o item mais importante e mais extenso e é nele que o argumento da decisão é desenvolvido, para ser aplicado nos itens posteriores às questões das medidas de execução e ao reconhecimento das sentenças gregas.

A Corte afirmou que a Alemanha praticou crimes graves contra o direito humanitário e que reconheceu sua responsabilidade, no entanto, observou que o objeto da disputa não era a reparação devida pela prática de tais crimes, mas sim a obrigação do foro italiano de respeitar as imunidades jurisdicionais alemãs nas ações civis intentadas pelas vítimas. Tanto a Alemanha quanto a Itália reconheceram que a imunidade de jurisdição era regulada pelo direito internacional e que não constituía mera questão de cortesia. A Corte determinou também que entre as partes a matéria era regida por direito costumeiro, o qual deveria ser determinado de acordo com o artigo 38.1.b do Estatuto da Corte (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 52-55).

Os julgadores fizeram referência aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, que em 1980 apontou o caráter costumeiro do regramento das imunidades jurisdicionais, *verbis*:

26. It should be observed, at this point, that the rule of State immunity, which was formulated in the early nineteenth century and was widely accepted in common law countries as well as in a large number of civil law countries in Europe in that century, was later adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States (UNITED NATIONS, 1980, p. 147).

Dando seguimento ao raciocínio, a Corte afirmou que a imunidade de jurisdição decorre do princípio da igualdade soberana dos Estados, tal qual define a Carta das Nações

Unidas, a saber: “[Art.] 2.1 A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus membros”. Por outro lado, cada Estado possui soberania sobre o seu território, donde decorre a jurisdição sobre os eventos que nele ocorrem e sobre as pessoas que nele se encontrem. Assim, pode-se afirmar que da soberania decorrem os dois postulados aparentemente conflitantes diante dos quais a Corte Internacional de Justiça teve que se posicionar: o da igualdade soberana, do qual resulta o preceito da imunidade de jurisdição do Estado; e o da soberania territorial, do qual advém o próprio poder jurisdicional (BRASIL, 1945; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 57).

A questão colocada é se a imunidade jurisdicional do Estado é uma regra ou uma exceção. A Comissão de Direito Internacional se deparou com a mesma questão, conforme o relato de suas atividades na sessão de 1980. Naquela ocasião, a formulação de uma regra geral relativa às imunidades jurisdicionais dos Estados esbarrou com as divergências relativas ao fundamento teórico da mesma, que poderia ser expresso como uma exceção à regra básica da soberania territorial, ou como uma decorrência das inter-relações entre soberania territorial e igualdade soberana. De todo modo, fosse como exceção, fosse como interação, a regra geral envolveria em sua formulação o pressuposto consentimento do Estado foro em não exercer o seu poder jurisdicional sobre outro Estado soberano, ou sobre sua propriedade, mesmo quando o ato *sub judice* tivesse ocorrido no território do foro. Uma outra abordagem possível seria assumir a existência de uma regra geral prevendo a imunidade jurisdicional do Estado e submetê-la a exceções em determinadas circunstâncias. No decorrer daquela sessão, a Comissão considerou necessário indicar a existência, no direito internacional costumeiro, de uma regra geral prevendo as imunidades jurisdicionais do Estado, adotando-a como ponto de partida para os trabalhos que viriam (UNITED NATIONS, 1980, p. 142).

Deve-se apontar que parte da doutrina entende que a definição da imunidade de jurisdição como regra ou exceção possui importância relativa, pois a resposta a questão sempre dependerá da regra adotada como referência (TZANAKOPOULOS & METHYMAKI, 2017).

Outra questão que a Corte Internacional de Justiça enfrentou foi quanto ao direito aplicável ao deslinde da controvérsia. De acordo com a argumentação alemã, o direito a aplicar era aquele que regulou as imunidades jurisdicionais entre 1943 e 1945, quando ocorreram os fatos que originaram os processos nos tribunais italianos. A Itália, por sua vez, posicionou-se pela aplicabilidade do direito vigente à época em que os processos indenizatórios foram aceitos por seus tribunais. A Corte resolveu o ponto quando delimitou o objeto da controvérsia à análise da licitude do exercício de jurisdição da Itália sobre a

Alemanha e seus bens, articulando seu entendimento à luz do disposto no artigo 13 dos Projeto de Convenção (*Draft Articles*) sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, que determina que a compatibilidade de um ato com o direito internacional só pode ser aferida pelo direito vigente à época em que o ato em questão ocorreu. No caso, fez-se necessário diferenciar entre os atos relevantes da Alemanha e os da Itália. Os atos da Alemanha ocorreram entre 1943 e 1945 e, portanto, era o direito vigente naquele momento que deveria ser considerado ao avaliar sua compatibilidade com o direito internacional. Já os atos relevantes da Itália aconteceram quando seus tribunais negaram imunidade de jurisdição à Alemanha em 2004. Dado que o objeto do caso *Jurisdictional Immunities* dizia respeito às decisões dos tribunais italianos, o direito aplicável era o vigente quando as mesmas foram prolatadas. Além disso, a Corte Internacional de Justiça pontuou, recordando o caso *Arrest Warrant*, que o direito das imunidade jurisdicionais é de natureza procedimental e completamente distinto do direito substantivo que define se determinada conduta é lícita ou ilícita. Esses argumentos justificaram a aplicação do direito relativo à imunidade jurisdicional do Estado vigente quando da instituição dos processos contra a Alemanha no judiciário italiano (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-a, §§ 58, 60).

De acordo com o artigo 13 da minuta de convenção sobre responsabilidade internacional dos Estados, uma violação ao direito internacional somente se configura quando, no momento da prática do ato, o Estado estiver vinculado a uma obrigação pela qual deveria agir de outra forma. O texto do dispositivo é o seguinte: “*Article 13. International obligation in force for a State. An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs*” (UNITED NATIONS, 2002).

A Corte entendeu que os fatos *sub judice* não eram os crimes de guerra ocorridos na época da Segunda Guerra, mas sim o exercício de jurisdição da Itália sobre a Alemanha em ações relacionadas à reparação pela prática desses crimes, desse modo, o direito a aplicar-se era aquele vigente no momento em que a Itália praticou os atos que supostamente desrespeitaram a imunidade de jurisdição da Alemanha.

Além disso, a Corte reiterou seu *dictum* no caso *Arrest Warrant* quando enfatizou que a imunidade de jurisdição, naquele caso prerrogativa de um Ministro das Relações Exteriores, não significa que o seu beneficiário está fora do alcance da justiça, pois a imunidade de jurisdição e a responsabilização são conceitos distintos, enquanto a primeira é de natureza procedimental, a segunda é de natureza material. Assim, a imunidade de

jurisdição impede a persecução judicial por um certo período ou em relação a certos delitos, mas não implica a exoneração da responsabilidade pelos atos praticados. *Verbis*:

60. The Court emphasizes, however, that the *immunity* from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-a, § 60).

No que interessa neste momento, essa passagem quer dizer que o direito material aplicável à responsabilização da Alemanha pelos crimes de guerra praticados é independente do direito que poderá reger o procedimento por meio do qual as reparações relativas àqueles crimes serão definidas. Também por isso, a Corte resolveu que o direito aplicável ao caso era aquele vigente para reger as obrigações recíprocas dos Estados no campo das imunidades jurisdicionais no momento em que a Itália praticou os atos impugnados pela Alemanha.

Prosseguindo no arrazoado, a Corte constata que as partes, embora discordando quanto à abrangência e à extensão das normas relativas à imunidade de jurisdição, reconhecem e aplicam a distinção entre atos de império e atos de gestão, ecoando o direito costumeiro que influencia a redação da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens (2004), da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado (1972) e do projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados (1983). Essa distinção reflete a prática estatal que restringe a imunidade jurisdicional em relação aos atos ditos de gestão, preservando-a diante da prática de atos de império (UNITED NATIONS, 2004-a; COUNCIL OF EUROPE, 1972; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1983; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 59).

De modo similar, as partes percebem que o caso não envolve a distinção dos atos do Estado em atos de império e atos de gestão e, logo, não diz respeito à restrição das imunidades jurisdicionais dos Estados pela prática destes últimos. Os atos praticados pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial, que dão origem as ações apreciadas pelos tribunais italianos, são sem dúvida ilícitos, mas nem por isso deixam de ser atos de império. A passagem da sentença é digna de citar:

The Court is not called upon to address the question of how international law treats the issue of State immunity in respect of *acta jure gestionis*. The acts of the German armed forces and other State organs which were the subject of the proceedings in the Italian courts clearly constituted *acta jure imperii*. The Court notes that Italy, in response to a question posed by a Member of the Court, recognized that those acts had to be characterized as *acta jure imperii*, notwithstanding that they were unlawful. The Court considers that the terms “*jure imperii*” and “*jure gestionis*” do

not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power (*jus imperii*) or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities (*jus gestionis*). To the extent that this distinction is significant for determining whether or not a State is entitled to immunity from the jurisdiction of another State's courts in respect of a particular act, it has to be applied before that jurisdiction can be exercised, whereas the legality or illegality of the act is something which can be determined only in the exercise of that jurisdiction. Although the present case is unusual in that the illegality of the acts at issue has been admitted by Germany at all stages of the proceedings, the Court considers that this fact does not alter the characterization of those acts as *acta jure imperii* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 60).

É importante destacar que esse reconhecimento de crimes de guerra como atos de império distancia-se do posicionamento, que os juízes *Higgins, Kooijmans e Buergenthal* manifestam em sua opinião conjunta no caso *Arrest Warrant* (2002), de não reconhecer crimes graves contra o direito internacional como atos oficiais, seja porque os mesmos fogem às atividades normais do Estado, seja porque não se enquadram em funções que apenas o Estado pode realizar. Na ocasião, o trio de magistrados aponta a crescente percepção de que a existência de causas que se relacionam ao Estado ("*State-related motives*") não são suficientes para determinar que certa conduta constitui um ato estatal no exercício de função pública e, portanto, por não ser verdadeiro ato de império, a ele não se aplica a imunidade jurisdicional (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-b, § 85).

Na verdade, o instituto evoluiu em outro sentido. Os crimes internacionais cometidos por agentes do Estado frequentemente são atos oficiais do Estado e reconhecidos como tais, no entanto, as imunidades jurisdicionais *ratione materiae* deixaram de aplicar-se à sua persecução penal, pois as razões pelas quais a imunidade seria conferida aos indivíduos responsáveis por tais condutas tornaram-se inaplicáveis. A primeira razão dessa mudança é que o princípio geral de que apenas o Estado, e não seus agentes, poderia ser responsabilizado por atos oficiais não mais se aplica a atos que configurem crimes internacionais, sendo que os princípios e precedentes consolidados no campo do direito internacional penal demonstram essa perspectiva. A segunda razão é que, com o desenvolvimento das normas que permitiram às cortes domésticas exercer jurisdição universal sobre certos crimes internacionais cometidos por agentes do Estado no exercício de suas atribuições oficiais, tornou-se sem sentido manter as imunidades justamente nos casos em que tal modalidade de jurisdição foi prevista. Esse argumento é o que melhor explica a decisão no caso *Pinochet* (1999), que ilustra bem o impacto das obrigações de processar ou julgar constantes na Convenção contra a Tortura. Porém, deve-se ressaltar que essa evolução ocorreu em decorrência de obrigações assumidas pelos Estados, tanto no estabelecimento da jurisdição penal de tribunais internacionais, quanto



na definição das obrigações de processar ou julgar que constituem o cerne das hipóteses de jurisdição universal das cortes domésticas (AKANDE, 2004, p. 415-417).

Portanto, é a maneira como se deu a evolução do instituto das imunidades que explica a diferença de tratamento de casos na esfera penal e na esfera civil, bem como a diferença de abordagem quando no polo passivo encontra-se um indivíduo ou um Estado. Essa distinção faz toda diferença na compreensão do julgamento da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*.

A Itália, no entanto, apesar de reconhecer que os crimes de guerra praticados pela Alemanha são atos soberanos, argumentou que a imunidade de jurisdição não se aplicaria aos mesmos, pois consistem em atos ilícitos, que causaram morte, danos corporais e prejuízos materiais no território do foro. Além disso, os crimes de guerra não foram simples atos ilícitos, foram violações de *jus cogens* para as quais o Estado perpetrador não ofereceu às vítimas meios viáveis para obtenção de reparação (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 61).

A Corte Internacional de Justiça analisou cada componente desse argumento e ao fim o considerou em seu efeito conjunto. Essa tarefa, levada a efeito nos parágrafos 62 a 108 da decisão, representa a principal contribuição da decisão para a determinação do direito vigente sobre as imunidades jurisdicionais dos Estados ao tempo do julgamento.

### 2.3.3 Exceção territorial

A Itália, na primeira parte do argumento, afirmou que a prática de um ato ilícito no território do foro seria uma circunstância capaz de afastar a imunidade jurisdicional do Estado. Essa é a chamada exceção territorial à imunidade de jurisdição. A discussão travada disse respeito à aplicabilidade da mesma a atos de império em geral e a atos de forças militares em particular, bem como ao seu caráter, ou não, de direito costumeiro (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 62).

O argumento de exceção territorial encontra-se previsto tanto na Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, em seu artigo 11, quanto na Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, em seu artigo 12. Assim rezam os respectivos dispositivos:

Article 11. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

Article 12. Personal injuries and damage to property. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission (UNITED NATIONS, 2004-a).

Deve-se ressaltar que a Itália, na época do litígio, não era parte em nenhuma das duas convenções, aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens somente em 2013 e permanece fora da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado (UNITED NATIONS, 2004-a; COUNCIL OF EUROPE, 1972).

Uma possível explicação para a não adesão da Itália à Convenção Europeia sobre Imunidade é que esta, em seu artigo 31, dispõe que a exceção territorial não se aplica a ação de forças militares, nos seguintes termos:

Article 31. Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

Por outro lado, em sua argumentação no caso *Jurisdictional Immunities*, a Itália interpretou esse dispositivo como sendo de eficácia restrita às atividades de forças armadas presentes no território do foro com a anuência de seu governo. Além disso, afirmou que dez países, na época, contavam com legislação sobre imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, a saber: África do Sul, Argentina, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Israel, Japão, Paquistão, Reino Unido e Singapura. Destes, apenas a legislação do Paquistão não prevê a exceção territorial. Dos que a preveem, apenas Reino Unido e Singapura afastam a exceção territorial na hipótese de atos de forças armadas. Essas constatações extraídas das Convenções acima mencionadas, bem como relativas às legislações de certos Estados, foram apresentadas como evidência do caráter costumeiro da exceção territorial (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 62).

A Alemanha, por seu turno, argumentou que os artigos 11 da Convenção Europeia e 12 da Convenção das Nações Unidas, que restringem a imunidade jurisdicional aplicável aos atos de império praticados no território do foro, não constituem direito costumeiro e que, ainda que assim fosse, os mesmos não se aplicariam à ação de forças militares. O

posicionamento foi reforçado com a constatação de que, salvo os casos no judiciário italiano e o episódio singular do caso *Distomo* (2000) na Grécia, nenhum tribunal nacional negou imunidade aos atos praticados pelas forças armadas de um Estado estrangeiro (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 63).

Ao analisar os argumentos das partes, a Corte Internacional de Justiça apontou, de início, que a exceção territorial teve origem em casos relativos a acidentes automobilísticos e foi generalizada para outras ocorrências de danos seguráveis, ou seja, tratava-se de uma restrição à imunidade jurisdicional aplicável a eventos cuja resolução estava subordinada ao sistema jurídico do foro, ou seja, a atos de gestão (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 64).

Em apoio a essa visão, a Corte menciona a decisão do Supremo Tribunal da Áustria no caso *Holubek* (1961), cujo trecho relevante é o seguinte:

[...] an act must be deemed to be a private act where the State acts through its agencies in the same way as a private individual can act. An act must be deemed to be a sovereign act where the State performs an act of legislation or administration (makes a binding decision). [...] By operating a motor car and using the public roads the defendant moves in spheres in which private individuals also move. In these spheres the parties face one another on a basis of equality, and there is no indication here of any supremacy and subordination. It follows that, so far as liability for damage is concerned, the foreign State must be treated like a private individual (AUSTRIA, 1961).

Por outro lado, a Corte observa que os países que dispõem de legislação relativa às imunidades não distinguem atos de império e atos de gestão para fins de aplicação da exceção territorial, tampouco a Convenção Europeia ou a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens apresentam tal distinção. Com relação a esta última, a Comissão de Direito Internacional afirma, no relatório de atividades de 1991, em seus comentários ao Projeto de Convenção (Draft Articles), que a exceção territorial não se limita a atos de gestão, embora aponte haver prática estatal em sentido inverso (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 64).

A passagem relevante no relatório da Comissão de Direito Internacional é a seguinte:

The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection [...] irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperii* or *jure gestionis*. This distinction has been maintained in the case law of some States involving motor accidents in the course of official or military duties. While immunity has been maintained for acts *jure imperii*, it has been rejected for *acts jure gestionis*. The exception proposed in article 12 makes no such distinction [...] (UNITED NATIONS, 1991, p. 45).

Entretanto, mesmo com a indicação da Comissão de Direito Internacional de que a exceção territorial prevista no artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre as

Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens não contemplava a distinção entre atos de império e atos de gestão, a Corte Internacional de Justiça assinalou que outros países, além da Alemanha, apontaram que o intuito de aplicar a exceção territorial a atos de império, constante no referido artigo 12, não correspondia ao costume internacional que regulava a matéria (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 64).

Em seguida, a Corte Internacional de Justiça analisou se os artigos 12, da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição, e 11, da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, que preveem a exceção territorial, seriam aplicáveis à ação de forças militares.

Quanto ao artigo 11, sua aplicação a atos de forças militares é afastada na própria Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, em seu artigo 31, supracitado, e essa interpretação é corroborada em seu Relatório Explicativo. Segue, mais uma vez, o dispositivo convencional:

Article 31

Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

Eis a passagem pertinente constante do *Explanatory Report to the European Convention on State Immunity*, que esclarece a exclusão da incidência do artigo 11 em relação à ação de forças militares, inclusive no caso de conflito armado, *verbis*:

Article 31

116. The Convention is not intended to govern situations which may arise in the event of armed conflict; nor can it be invoked to resolve problems which may arise between allied States as a result of the stationing of forces. These problems are generally dealt with by special agreements [...] (COUNCIL OF EUROPE, 1972).

No que se refere ao artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, embora o seu texto não afaste expressamente sua aplicação em relação à atuação de forças armadas, isso foi pontuado no comentário ao artigo constante na minuta apresentada em 1991, *verbis*: “[...] *nor does it [article 12] apply to situations involving armed conflicts*” (UNITED NATIONS, 1991, p. 46).

Além disso, o comentário foi corroborado pelo Presidente do Comitê *Ad Hoc* sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, professor *Gerhard Hafner*, na apresentação de seu relatório ao Comitê Jurídico da Assembleia Geral das Nações Unidas em 2004, nos seguintes termos:

36. One of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention. The general understanding had always prevailed that they were not. In any case, reference should be made to the Commission’s

commentary on article 12, stating that “neither did the article affect the question of diplomatic immunities, as provided in article 3, nor did it apply to situations involving armed conflicts” (A/46/10, p. 114). It had to be borne in mind that the preamble stated that the rules of customary international law continued to govern matters not regulated by the provisions of the Convention (UNITED NATIONS, 2004-b, § 36, grifo do autor).

Em síntese, foi por conta desses elementos que a Corte Internacional de Justiça concluiu que o artigo 12 da Convenção sobre Imunidades não permite afirmar que o direito internacional costumeiro consagrou a aplicação da exceção territorial a atividades militares (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 67-69).

A Corte Internacional de Justiça examinou também a prática estatal representada pela legislação dos dez países mencionados pela Itália, bem como pela jurisprudência de países como Alemanha, Bélgica, Brasil, Eslovênia, França, Grécia, Polônia, Sérvia, considerou também decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e concluiu que o conjunto das decisões era predominantemente favorável à imunidade jurisdicional dos Estados em ações reparatorias por morte, lesões ou danos patrimoniais causados pela ação de forças armadas, mesmo no território do foro (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 73-77).

É relevante citar o posicionamento afinal adotado pela Corte:

77. In the Court’s opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State. That practice is accompanied by *opinio juris*, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity. The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States in connection with the work of the International Law Commission regarding State immunity and the adoption of the United Nations Convention or, so far as the Court has been able to discover, in any other context asserting that customary international law does not require immunity in such cases (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 77, grifo do autor).

Em outras palavras, a prática estatal e a *opinio juris* são no sentido de que os atos de império, em particular aqueles realizados por forças militares na condução de um conflito armado, continuam ao abrigo da imunidade de jurisdição em matéria de reparação civil, ainda que tenham ocasionado mortes, lesões a indivíduos ou danos a propriedade no território do Estado foro.

#### 2.3.4 Violações de normas imperativas do direito internacional

Dando continuidade à análise da decisão, tem-se que, na segunda parte do argumento, a Itália destacou a relevância do objeto das demandas apreciadas pelo foro, pois as forças armadas alemãs praticaram, durante a Segunda Guerra Mundial, inúmeras violações graves a normas imperativas do direito internacional, em face das quais as vítimas não puderam obter as reparações devidas até os dias atuais. Tais circunstâncias justificariam, segundo a Itália, que a imunidade jurisdicional da Alemanha fosse afastada no julgamento desses casos. Ao analisar o ponto, a Corte Internacional de Justiça afirmou que reconhecia a gravidade dos atos que a Alemanha praticara. No entanto, pontuou que estabelecer uma relação de dependência entre o direito à imunidade jurisdicional e a gravidade da conduta considerada colocava um problema lógico, pois a imunidade de jurisdição é uma questão preliminar por natureza, que impede o conhecimento do mérito da demanda, logo, tal mérito não poderia ser considerado para efeitos de afastar a própria imunidade de jurisdição. O posicionamento da Corte, nesse ponto, foi o seguinte:

82. At the outset, however, the Court must observe that the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem. Immunity from jurisdiction is an immunity not merely from being subjected to an adverse judgment but from being subjected to the trial process. It is, therefore, necessarily preliminary in nature. Consequently, a national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established. If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 82).

Ainda com relação à importância dos direitos violados, a Corte Internacional de Justiça apontou que o precedente firmado no caso *Pinochet* (1999), apesar do peso que a Corte de Cassação Italiana atribuiu ao mesmo no julgamento do caso *Ferrini* (2004), não era relevante para o deslinde do caso, pois a questão relativa à imunidade de um ex-chefe de Estado à jurisdição penal é algo inteiramente diferente da questão relativa à imunidade jurisdicional do próprio Estado em uma ação de natureza civil. Sem falar que a Convenção Contra a Tortura, que fora fundamental para estabelecer a racionalidade que acabou por

prevalecer no caso *Pinochet*, não tinha impacto no caso *Jurisdictional Immunities*. Nesse ponto, o raciocínio da Corte foi o seguinte:

87. The Court does not consider that the United Kingdom judgment in *Pinochet* (No. 3) [...] is relevant, notwithstanding the reliance placed on that judgment by the Italian Court of Cassation in *Ferrini*. *Pinochet* concerned the immunity of a former Head of State from the criminal jurisdiction of another State, not the immunity of the State itself in proceedings designed to establish its liability to damages. The distinction between the immunity of the official in the former type of case and that of the State in the latter case was emphasized by several of the judges in *Pinochet* (Lord Hutton at pp. 254 and 264, Lord Millett at p. 278 and Lord Phillips at pp. 280-281). In its later judgment in *Jones v. Saudi Arabia* [...], the House of Lords further clarified this distinction, Lord Bingham describing the distinction between criminal and civil proceedings as “fundamental to the decision” in *Pinochet* (para. 32). Moreover, the rationale for the judgment in *Pinochet* was based upon the specific language of the 1984 United Nations Convention against Torture, which has no bearing on the present case (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 87).

Nesse ponto, é de ressaltar o impacto que a natureza penal ou civil dos procedimentos tem sobre a aplicação do instituto da imunidade de jurisdição, sendo esse talvez o ponto de maior relevância para a compreensão da evolução do mesmo nessas duas primeiras décadas do século XXI. Os procedimentos penais contra agentes do Estado, quando decorrentes do compromisso de extraditar ou julgar presente em diversas convenções, em particular a Convenção contra a Tortura, não ferem as imunidades jurisdicionais dos Estados. Nesse tipo de caso, prevalece a orientação firmada no caso *Pinochet* (UNITED KINGDOM, 1999).

Com relação aos procedimentos de natureza civil contra agentes do Estado, estes têm sido sucessivamente rejeitados pelas cortes nacionais, e mesmo na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em sentido contrário, deve-se levar em conta as decisões em tribunais norte-americanos envolvendo o ex-Ministro da Defesa e ex-Primeiro Ministro da Somália *Mohamed Ali Samantar*, das quais as mais importantes são a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em 2010 e a decisão da *Court of Appeals (4th Circuit)* em 2012. A primeira decidiu que o *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976, aplica-se apenas aos Estados e seus órgãos e não a seus agentes, cujas imunidades continuam regidas pela *common law*. A segunda decidiu que, de acordo com a legislação doméstica e o direito internacional, agentes públicos de outros países não têm direito à imunidade quando se tratar de violações de *jus cogens*. Essa decisão sofreu dois pedidos de revisão (*certiorari*), os quais foram negados pela Suprema Corte, em 2014 e 2015 (UNITED STATES, 1976, 2010, 2012, 2014-a, 2015).

De todo modo, convém salientar algumas peculiaridades do caso *Samantar*, assinaladas no *Statement of Interest* submetido pelo Departamento de Estado norte-americano

com parecer contrário à outorga de imunidade, e referido na decisão de 2012. O primeiro aspecto destacado foi que *Samantar* era ex-agente de um Estado que no momento do julgamento não possuía um governo reconhecido para pleitear imunidade ou para manifestar-se quanto ao caráter oficial dos atos discutidos no caso, o que eliminava o risco de ofender um Estado estrangeiro ao exercer jurisdição sobre um de seus agentes. O segundo aspecto ressaltado foi que *Samantar* adquiriu *status* de residente permanente, que lhe conferia a proteção do direito dos Estados Unidos, mas também o tornava sujeito à jurisdição dos tribunais norte-americanos, dada a presença de um vínculo com o foro e seu sistema judiciário, ainda mais em face de um processo no qual dois dos autores eram americanos naturalizados (UNITED STATES, 2012, §§ 37-38).

Por outro lado, a decisão no caso *Samantar* não vincula os tribunais de apelação de outros circuitos, havendo decisões posteriores, como o caso *Rosenberg v Pasha*, que a *Court of Appeals (2nd Circuit)* julgou em 2014, afirmando que a decisão de 2012 no caso *Samantar* foi contra o precedente por ela estabelecido no caso *Matar v. Dichter*, de 2009, e reiterando os termos da mesma, pelos quais, no contexto da *common law*, o judiciário deve ser deferente em relação às determinações do poder executivo em relação à imunidade de jurisdição estrangeira e que a mesma não preclui em face de um pleito baseado em violação de *jus cogens* (UNITED STATES, 2014-b).

Quanto às ações compensatórias contra Estados soberanos, a orientação firmada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* (2012) foi contrariada pela *Corte Costituzionale* da Itália no caso *Simoncioni (Sentenza 238/2014)*. Dessa forma, o que se pode afirmar, para o momento, é que o tema das imunidades jurisdicionais dos Estados e seus agentes em matéria civil está sujeito a novos desdobramentos nos próximos anos, apesar de ainda ser preponderante a prática que reconhece a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros e seus agentes em matéria cível, quando de tratar da prática de atos oficiais, mesmo quando estes ofenderem normas imperativas do direito internacional.

Ainda considerando as possíveis transformações do regime das imunidades em face da necessidade de viabilizar reparações quando da violação a *jus cogens*, pode-se considerar ainda um elemento que a Itália apresentou perante a Corte Internacional de Justiça. Trata-se da reforma empreendida pelos Estados Unidos em seu *Foreign States Immunities Act*, em 1996, que excluiu a imunidade para determinados atos praticados por Estados patrocinadores do terrorismo. No entanto, a Corte pontuou que a legislação americana constituía, à época do julgamento, um caso excepcional, pois nenhuma outra legislação



nacional continha previsão semelhante (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 88).

Por outro lado, deve-se apontar que pouco mais de um mês após a publicação da sentença no caso *Jurisdictional Immunities*, o Canadá adotou previsão legislativa semelhante à norte-americana, o *Justice for Victims of Terrorism Act* (CANADA, 2012).

Dando continuidade, constata-se que nem a Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado (1972), nem a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens (2004), nem o projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados (1983) preveem a limitação das imunidades jurisdicionais dos Estados em razão da gravidade dos atos por eles praticados (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 89).

Nesse contexto, a Corte Internacional de Justiça recordou que a *International Law Commission* chamou atenção, em 1999, para a ocorrência de diversos casos, ocorridos principalmente no Reino Unido e nos Estados Unidos, nos quais se argumentou que violações de direitos humanos com caráter de *jus cogens* tornavam inaplicável a imunidade de jurisdição, apesar de que, na maioria deles, o foro reconheceu o pedido de imunidade jurisdicional. A Comissão também destacou a modificação supramencionada na legislação dos Estados Unidos e o julgamento do caso *Pinochet* e apontou que tais eventos não foram considerados quando da apresentação do Projeto de Convenção (Draft Articles) sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, mas que não deveriam ser ignorados. A passagem a seguir sintetiza bem essa posição da Comissão:

4. In the past decade, a number of civil claims have been brought in municipal courts, particularly in the United States and the United Kingdom, against foreign Governments, arising out of acts of torture committed not in the territory of the forum State but in the territory of the defendant and other States. 5. In support of these claims, plaintiffs have argued that States are not entitled to plead immunity where there has been a violation of human rights norms with the character of *jus cogens*. 6. National courts, in some cases, have shown some sympathy for this argument. 7. However, in most cases, the plea of sovereign immunity has succeeded. 8. Since these decisions were handed down, two important developments have occurred which give further support to the argument that a State may not plead immunity in respect of gross human rights violations. 9. First, the United States has amended its Foreign Sovereign Immunities Act to include a new exception to immunity. This exception, introduced by section 221 of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, provides that immunity will not be available in any case: “in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage-taking . . .”. A Court will decline to hear a claim if the foreign State has not been designated by the Secretary of State as a State sponsor of terrorism under federal legislation or if the claimant or victim was not a national of the United States when the act occurred. [...] 11. Secondly, the Pinochet case has emphasized the limits of immunity in respect of gross human rights violations by State officials. 12. Although the judgment of the House of Lords in that case only holds that a *former* head of State is not entitled to immunity in respect of acts of

torture committed in his own State and expressly states that it does not affect the correctness of decisions upholding the plea of sovereign immunity in respect of civil claims, as it was concerned with a criminal prosecution, there can be no doubt that this case, and the widespread publicity it received, has generated support for the view that State officials should not be entitled to plead immunity for acts of torture committed in their own territories in both civil and criminal actions. 13. The developments examined in this appendix are not specifically dealt with in the draft articles on jurisdictional immunities of States and their property. Nevertheless they are a recent development relating to immunity which should not be ignored (UNITED NATIONS, 1999-a, p, 172).

Em seguida, o Grupo de Trabalho, constituído no âmbito do Comitê Jurídico da Assembleia Geral das Nações Unidas (*Legal Committee*) apreciou o relatório da Comissão e opinou que a hipótese de violação de *jus cogens* ainda não se encontrava madura o suficiente para dar fundamento a um esforço de codificação, nos seguintes termos:

47. It was generally agreed that this issue [the existence or non-existence of immunity in the case of violation by a State of *jus cogens* norms of international law], although of current interest, did not really fit into the present draft articles. Furthermore, it did not seem to be ripe enough for the Working Group to engage in a codification exercise over it. In any case, it would be up to the Sixth Committee itself, rather than the Working Group, to decide what course of action, if any, to take on the issue (UNITED NATIONS, 1999-b, p. 6).

A Corte Internacional de Justiça recordou ainda dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Al Adsani* (2001) e *Kalogeropoulou* (2002), concluindo que um Estado não perde sua imunidade jurisdicional por ser acusado de sérias violações ao direito internacional (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 90-91).

Deve-se ressaltar que o julgamento se limitou a considerar as imunidades do Estado, excluindo expressamente do alcance do julgamento a responsabilização criminal de seus agentes, como se pode ler a seguir:

91. The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case (UNITED NATIONS, 2012-a, § 91).

Outro dado relevante a apontar, é que a hipótese de responsabilização civil dos agentes do Estado não é mencionada no texto da decisão do caso *Jurisdictional Immunities*. É ponto para debate se isso significa o reconhecimento implícito da possibilidade desse tipo de imunidade desenvolver-se de forma independente ou, ao contrário, se a omissão significa que não há dúvida quanto às imunidades civis dos agentes receberem o mesmo tratamento das imunidades estatais. A prática nos casos *Al Adsani*, decidido em 2001, e *Jones v. UK*,

decidido em 2014, ambos da Corte Europeia de Direitos Humanos, revela que o *obiter* constante no parágrafo 91 deve ser interpretado no segundo sentido, o de manter os agentes escudados pelo mesmo tipo de proteção conferido aos Estados em relação a procedimentos civis de reparação de danos.

No entanto, deve-se chamar a atenção para a decisão no caso *Samantar*, em 2012, com *certiorari* negado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2014 e 2015, a qual, embora represente apenas a posição da *Court of Appeals* do *4th Circuit*, à qual se contrapõe a posição da *Court of Appeals* do *2nd Circuit*, revela que a discussão nos tribunais relativa ao afastamento de imunidades jurisdicionais de ex-agentes do Estado em processos compensatórios de natureza civil, quando da violação de normas imperativas do direito internacional, ainda não está encerrada, ao menos nos tribunais norte-americanos.

Essa consideração nos leva à análise das relações entre imunidades jurisdicionais e *jus cogens*. A Itália postulou que há conflito entre as normas de direito humanitário, que tem natureza de *jus cogens*, e as normas que conferem imunidade jurisdicional aos Estados por atos de império que as contrariem, daí decorrendo que as imunidades estatais devem ser afastadas nestes casos (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 92).

No entanto, na visão da Corte Internacional de Justiça não há conflito entre normas de *jus cogens* e as normas que determinam que um Estado respeite a imunidade de jurisdição de outro, *verbis*:

93. [...] there is no conflict between those rules [*jus cogens*] and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 93).

*Fox e Webb* consideram que a rejeição pela Corte Internacional de Justiça da violação de normas imperativas como uma nova exceção às imunidades jurisdicionais dos Estados representou uma rejeição à expansão da doutrina restritiva das imunidades e reafirmou o caráter absoluto da imunidade dos atos praticados na condução de conflitos armados, ainda que estes constituam crimes de guerra (FOX; WEBB, 2013, p. 86, 543).

Segundo a Corte Internacional de Justiça, o dever de reparar é independente das regras para que isso aconteça, em outras palavras, a substância é distinta do procedimento. Além disso, ao levar em conta a prática estatal, a Corte considerou duvidoso que exista um direito à compensação individual de todas as vítimas como regra cogente do direito internacional público, como se pode ler a seguir:

94. [...] The duty to make reparation is a rule which exists independently of those rules which concern the means by which it is to be effected. The law of State immunity concerns only the latter; a decision that a foreign State is immune no more conflicts with the duty to make reparation than it does with the rule prohibiting the original wrongful act. Moreover, against the background of a century of practice in which almost every peace treaty or post-war settlement has involved either a decision not to require the payment of reparations or the use of lump sum settlements and set-offs, it is difficult to see that international law contains a rule requiring the payment of full compensation to each and every individual victim as a rule accepted by the international community of States as a whole as one from which no derogation is permitted (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 94).

Referindo-se ainda à independência entre normas de fundo e normas procedimentais, a Corte Internacional de Justiça afirmou que o fato de existir uma norma imperativa do direito internacional não implica automaticamente na existência de uma norma estabelecendo jurisdição relativa à sua violação. A Corte afirmou, também, que não há regra costumeira que implique no afastamento da imunidade estatal em decorrência da violação de normas imperativas do direito internacional (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 95).

O posicionamento de que a existência de uma norma imperativa do direito internacional não implica automaticamente a existência de uma norma estabelecendo jurisdição relativa à sua violação já havia sido esposado na decisão no caso *Armed Activities*, nos seguintes termos:

64. [...] the mere fact that rights and obligations *erga omnes* may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute. The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2006, § 64).

Com relação à inexistência de regra costumeira que implique no afastamento da imunidade estatal em decorrência da violação de normas imperativas do direito internacional, a posição encontra-se no arrazoado desenvolvido no caso *Arrest Warrant*, como se pode ler a seguir:

58. The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2002-a, § 58).

Reforçando tal perspectiva, a Corte Internacional de Justiça mencionou diversos casos para corroborar a independência entre normas materiais e normas procedimentais, isto é, entre as normas que regulam substancialmente a resolução de um caso e as normas que regem a competência para julgá-lo, espaço em que se localizam as normas relativas à imunidade jurisdicional dos Estados, a saber:

In addition, this argument about the effect of *jus cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts of the United Kingdom (*Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 AC 270 ; *ILR*, Vol. 129, p. 629), Canada (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, *DLR*, 4th Series, Vol. 243, p. 406 ; *ILR*, Vol. 128, p. 586), Poland (*Natoniewski*, Supreme Court, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299), Slovenia (case No. Up-13/99, Constitutional Court of Slovenia), New Zealand (*Fang v. Jiang*, High Court, [2007] NZAR, p. 420 ; *ILR*, Vol. 141, p. 702) and Greece (*Margellos*, Special Supreme Court, *ILR*, Vol. 129, p. 525), as well as by the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom* and *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (which are discussed in paragraph 90 above), in each case after careful consideration (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 96).

Ao cabo, a conclusão da Corte Internacional de Justiça com relação aos efeitos da violação de normas imperativas do direito internacional sobre a aplicação das normas que regulam a imunidade de jurisdição dos Estados foi a seguinte: *Accordingly, the Court concludes that even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of jus cogens rules, the applicability of the customary international law on State immunity was not affected* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 97).

Portanto, a análise do segundo argumento italiano culminou com a conclusão por parte da Corte Internacional de Justiça de que mesmo em face da violação de normas imperativas do direito internacional, as normas costumeiras regentes da imunidade de jurisdição dos Estados conservam a sua incidência.

### 2.3.5 Ausência de recurso alternativo para as vítimas

Seguindo a análise da decisão, chega-se ao terceiro argumento, no qual a Itália alegou que a jurisdição doméstica era o último recurso disponível para os seus nacionais vítimas dos crimes de guerra praticados pela Alemanha e aos quais negou-se toda alternativa eficaz para obter compensação. Nessa condição, a ausência de outros caminhos para obter reparação justificaria negar imunidade jurisdicional à Alemanha nos processos compensatórios apreciados pelos tribunais italianos. O fato do *status* de prisioneiros de

guerra, que não foi reconhecido e respeitado na época da prática dos crimes contra o direito humanitário, haver sido levado em conta posteriormente como justificativa para negar o pagamento de compensações às vítimas, tornava ainda mais contundente a necessidade das cortes domésticas em foro italiano atuarem de forma compensatória diante da denegação de justiça aos seus nacionais (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 98-99).

A Corte Internacional de Justiça não aceitou esse argumento, justificando que não existe norma internacional que condicione a imunidade à existência de meios alternativos eficazes para obtenção de reparação. Além disso, ainda que essa condição existisse, haveria excepcional dificuldade para sua aplicação, ainda mais no caso em questão, no qual a questão das compensações foi objeto de extensas negociações entre os governos, dos quais resultaram diversos acordos. A seguir a lógica proposta pela Itália, a Corte observou, a imunidade jurisdicional do Estado só subsistiria enquanto estivessem em curso negociações que permitissem vislumbrar uma boa possibilidade de êxito (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 101-102).

Dois problemas decorrem dessa lógica: o primeiro é a auto-atribuição de competência aos tribunais de uma das partes para aferir o sucesso das negociações e o quão satisfatórias são as soluções encontradas, tarefa que um tribunal doméstico não está bem situado para realizar. O segundo é que, se os Estados acordam a liquidação das compensações por meio do pagamento de um valor global (*lump sum settlement*), como usualmente ocorre após uma guerra, determinar se um requerente em particular faz jus à compensação requer uma investigação acerca dos detalhes do acordo e de como o Estado que recebeu a compensação, i.e. o próprio foro, utilizou tais recursos. Assim, se o Estado foro decidiu empregar tais recursos para reconstruir sua infraestrutura e economia, ao invés de distribuir o dinheiro aos seus nacionais vítimas de crimes de guerra, é difícil, segundo o arrazoado da Corte, perceber como esse fato fornece título jurídico às vítimas para postular contra o Estado estrangeiro que pagou a indenização ao seu Estado foro (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 102).

Dessas considerações, pode-se concluir que não há norma internacional que condicione o respeito à imunidade jurisdicional ao êxito em negociações; que não é adequado que uma das partes em uma negociação bilateral se posicione como árbitro do processo; que a forma como os recursos transferidos foram utilizados é uma questão que envolve o foro e seus nacionais, mais do que o Estado que transferiu os recursos. Assim, uma solução possível para o caso, que respeitaria as obrigações da Itália perante o direito internacional e ao mesmo tempo garantiria o acesso a apreciação judicial das compensações devidas aos cidadãos

italianos vítimas de crimes de guerra seria o reconhecimento da imunidade jurisdicional à Alemanha, acompanhado do questionamento judicial da responsabilidade civil do próprio Estado italiano perante essas vítimas.

A responsabilização civil do Estado italiano pode ser suscitada, uma vez que, para cumprir com suas obrigações perante o direito internacional, ou seja, para respeitar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, a Itália tem de necessariamente impedir o acesso das vítimas de crimes de guerra, cometidos pela Alemanha em solo italiano durante a II Guerra Mundial, a um procedimento efetivo para obtenção de compensações pelas mortes, lesões e danos sofridos. Ressalte-se que essa solução não é de todo inédita, pois apresenta significativos pontos em comum com a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado, na forma em que esta tem sido aplicada pelo Conselho de Estado da França.

Particularmente interessante para o caso é o precedente estabelecido pelo Conselho de Estado francês no caso *Compagnie Générale d'Énergie Radio-Électrique* (FRANCE, 1966).

Assim sendo, é possível cogitar opções para o deslinde da questão das compensações às vítimas de crimes de guerra praticados pelo Eixo durante a Segunda Guerra Mundial que não excluam a negociação entre os países envolvidos, nem violem as normas do direito internacional relativos às imunidades jurisdicionais dos Estados, nem posicionem um Estado soberano como julgador do êxito ou fracasso de negociações internacionais. Abordagens com essas características são mais apropriadas e eficazes que a solução adotada pela *Corte Costituzionale* da Itália em 2014, no caso *Simoncioni* (*Sentenza* 238).

Como visto, a Corte Internacional de Justiça rejeitou o argumento da ausência de opções viáveis como uma razão para afastar a imunidade jurisdicional da Alemanha, assim como os argumentos relativos à subordinação das normas relativas às imunidades jurisdicionais dos Estados às normas de *jus cogens* e as considerações de que a gravidade das violações ensejaria o afastamento da imunidade jurisdicional. Ao mesmo tempo, a Corte reconheceu que isso poderia comprometer as possibilidades dos requerentes que receberam provimentos judiciais em foro italiano de obter reparações. Por outro lado, a Corte apontou que a decisão não tencionava solucionar o problema substancial das compensações e que tal tema continuava aberto a possíveis negociações entre as partes. Ainda assim, concluiu que, tomadas isoladamente ou em conjunto, as alegações da Itália não justificavam a sua conduta, acrescentando que balancear tais fatores com a proteção da imunidade estatal implicaria desconsiderar a natureza preliminar do instituto da imunidade de jurisdição. Por conta dessas

considerações, ao concluir a terceira parte da sentença, a Corte considerou que a Itália violou o direito internacional (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 104-108).

A respeito dessa seção da sentença, *Fox* ressalta que a responsabilidade internacional diz respeito à atribuição dos atos de uma pessoa natural ou jurídica ao Estado, ao passo que a imunidade atua como uma barreira a que atos do Estado possam ser apreciados por uma jurisdição estrangeira. O direito à imunidade, portanto, não se perde em decorrência da gravidade do dano, de sua qualificação como crime pelo direito internacional, ou pela ausência de formas alternativas de compensação. Do mesmo modo, a responsabilidade permanece inalterada pela outorga de imunidade, ainda que esta torne indisponíveis os procedimentos para determinação das consequências daquela (FOX, 2014, p. 347).

Dessa forma, a responsabilidade internacional e a imunidade jurisdicional são institutos que operam em esferas distintas. A primeira tem origem e incidência no plano internacional e trata-se de uma cominação de natureza material, que surge em consequência do descumprimento de uma obrigação de um Estado em relação a outro ou em relação à própria comunidade internacional. A segunda origina-se de norma costumeira internacional, porém realiza-se no plano doméstico, sob a forma de um óbice formal, que impede a formação da relação processual no foro entre um particular e um Estado estrangeiro.

### 2.3.6 Licitude das medidas executórias e da homologação da sentença grega

Em seguida, a Corte Internacional de Justiça analisou a licitude das medidas constritivas adotadas pelo judiciário italiano contra *Villa Vigoni*, imóvel de propriedade da Alemanha. Tais medidas decorreram das providências solicitadas por requerentes gregos que intentaram o reconhecimento e a execução da sentença obtida no caso *Distomo* (2000). A Alemanha alegou que a medida violava sua imunidade jurisdicional, sendo que a Itália nada opôs quanto a esse ponto. No entanto, a Itália suspendeu, mas não cancelou, as medidas executórias em andamento, o que demonstrava a persistência da disputa (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 109-112).

Ao iniciar suas considerações, a Corte Internacional de Justiça afirmou que mesmo quando ocorre uma condenação contra um Estado em circunstâncias nas quais este não pôde valer-se de suas imunidades jurisdicionais, isso não implica necessariamente que tal Estado esteja sujeito à execução forçada daquela sentença. No mesmo sentido, ainda que o



Estado réu em outra jurisdição nacional tenha consentido em ver-se processado, isso também não implica que tal anuência se estenda automaticamente à execução do julgado. De ambas as hipóteses, o que se conclui é que as normas que regulam as imunidades de jurisdição e de execução são distintas e devem ser aplicadas de forma independente. No caso em questão, o exame da legalidade da adoção de medidas executórias contra *Villa Vigoni* efetuou-se sem que fosse necessário apreciar se a Grécia feriu o direito internacional ao condenar a Alemanha no caso *Distomo* (2000). Do mesmo modo, a apreciação da legalidade da decisão que homologou tal sentença tornando-a executável em foro italiano foi uma análise distinta da regularidade das medidas executórias em si, tornando-se alvo de tópico específico na sentença, como será visto adiante (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 113-114).

Em síntese, os Estados gozam de amplas imunidades quanto a medidas executórias, sendo que esse campo das imunidades é regido por normas costumeiras independentes das que regulam a imunidade de jurisdição e que devem ser aplicadas de forma autônoma (FOX, 2014, p. 358).

Exemplo das diferenças significativas entre as duas espécies do gênero imunidades do Estado é que, quando se trata de imunidade à jurisdição, a natureza da transação é mais importante que a sua finalidade para determinar a sujeição ou não do Estado estrangeiro à justiça do foro, em sentido oposto, quando se trata de determinar a imunidade de um bem do Estado à medida constritiva, o propósito para o qual o mesmo se destina é mais importante que a natureza da relação que esteve na origem do procedimento executório (MADRUGA FILHO, 2008, p. 313-317).

Em sua argumentação, a Alemanha alegou que o artigo 19 da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens (2004) reflete norma de direito costumeiro que regula as imunidades estatais em relação a medidas constritivas que venham a ser intentadas após uma condenação. O mencionado artigo estipula com razoável detalhe que medidas de execução só podem ser adotadas contra um Estado com o seu consentimento expresso, ou quando houver designação específica de propriedade para satisfazer eventual condenação, ou quando a execução recair sobre propriedade situada no foro e ligada à entidade que seja parte no litúgio, desde que não destinada a propósito governamental não-comercial. *Verbis*:

Article 19 - State immunity from post-judgment measures of constraint.  
No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

- (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated: (i) by international agreement; (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or
- (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or
- (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed (UNITED NATIONS, 2004-a).

No entanto, a Corte Internacional de Justiça considerou controvertido que referido artigo tenha codificado o direito internacional costumeiro relativo à matéria, afirmando, por outro lado, que existem pelo menos alguns critérios bem estabelecidos pela prática internacional e que devem ser satisfeitos para que possa ser promovida a execução contra propriedade do Estado, como se pode ler a seguir:

Indeed, it suffices for the Court to find that there is at least one condition that has to be satisfied before any measure of constraint may be taken against property belonging to a foreign State: that the property in question must be in use for an activity not pursuing government non-commercial purposes, or that the State which owns the property has expressly consented to the taking of a measure of constraint, or that that State has allocated the property in question for the satisfaction of a judicial claim [...] (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 118).

Como se pode ler acima, a divergência com relação à codificação promovida pelo artigo 19 da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens diz respeito ao grau de detalhamento que a mesma traz a critérios que, em termos gerais, já estão bem assentados pela prática dos Estados. No entanto, isso é relevante pois os termos da Convenção são mais estritos que aqueles decorrentes da prática internacional e, nesse sentido, é possível afirmar que o direito costumeiro que rege o instituto das imunidades é mais maleável e aberto a construções hermenêuticas, justamente porque precisa acomodar uma prática estatal que é convergente, sem dúvida, mas que está longe de ser uniforme.

No entanto, por mais que haja divergências na prática dos tribunais dos Estados, não há dúvida de que, no caso, o bem sujeito a medidas executórias, *Villa Vigoni*, era utilizado para fins governamentais sem nenhum caráter comercial, tanto que nenhum dos Estados contendores colocou esse fato em questão. Por isso, a Corte Internacional de Justiça concluiu que ao impor um gravame ao imóvel em questão, a Itália violou sua obrigação de respeitar a imunidade devida à Alemanha (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 119-120).

Na quinta parte da sentença, a Corte Internacional de Justiça analisou a licitude da homologação das sentenças gregas no caso *Distomo* (2000) diante das normas que

disciplinavam a imunidade de jurisdição dos Estados. A primeira decisão foi do Tribunal de Primeira Instância de *Livadia*, que determinou que a Alemanha indenizasse os requerentes. A segunda decisão foi da Suprema Corte Grega, que rejeitou a apelação da Alemanha, condenando-a ao pagamento das custas do recurso. Os requerentes gregos solicitaram então aos tribunais italianos o reconhecimento das sentenças, de modo a promover sua execução, já que não foi possível fazê-lo perante os tribunais gregos ou alemães. O Tribunal de Apelação de Florença reconheceu as sentenças e a Corte de Cassação Italiana rejeitou os recursos em sentido contrário. Isso ensejou discussão perante a Corte Internacional de Justiça acerca da legalidade tanto das sentenças condenatórias gregas quanto das sentenças italianas que as reconheceram (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 121-123).

Nesse ponto, a Corte Internacional de Justiça observou que a questão relativa à legalidade da adoção de medidas constritivas é diferente da questão relativa à legalidade do reconhecimento das sentenças gregas. Evidentemente, ambas as questões se relacionam, no entanto, tratam de temas distintos. A primeira diz respeito à imunidade de execução e a segunda refere-se à imunidade de cognição, tratando especificamente da possibilidade de o reconhecimento das sentenças gregas constituir, em si, uma violação das prerrogativas soberanas da Alemanha (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 124).

Assim, diferentemente da análise das medidas constritivas, o foco na questão da homologação da sentença voltou a ser a imunidade jurisdicional. Nesse ponto, a dificuldade residiu no fato de, por se tratar de pedido de homologação de sentença, já existia decisão anterior, estrangeira, quanto à manutenção ou não das imunidades jurisdicionais naquele caso. Ambas as partes argumentaram, ainda que em sentido inverso, que a legalidade do reconhecimento dependia da legalidade das sentenças originais (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 126).

No entanto, mesmo reconhecendo que o foro de homologação possa avaliar a regularidade formal da decisão, deixando de declará-la executável caso chegue à conclusão de que a mesma foi obtida com desrespeito à imunidade jurisdicional do Estado que houver figurado como réu, a Corte Internacional de Justiça decidiu abordar a questão a partir de um ângulo distinto, evitando decidir se os julgados no caso *Distomo* (2000) violaram ou não a imunidade jurisdicional da Alemanha. Isso porque tal decisão implicaria uma avaliação dos direitos e obrigações de um terceiro Estado, a Grécia, que não era parte no processo. Dessa forma, a Corte decidiu analisar se a própria Itália violara a imunidade alemã ao homologar a sentença, e não se a sentença em si continha algum defeito (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 127).

Os juízes ponderaram que quando um tribunal nacional recebe um pedido de reconhecimento de uma sentença estrangeira contra um terceiro Estado, tal pedido implica um requerimento para que o foro exerça jurisdição sobre esse terceiro Estado, logo, o pedido de reconhecimento deve ser visto como um processo contra esse terceiro Estado, contra o qual a sentença foi proferida (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 128).

Isso condiz com o disposto no artigo 6.2 da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, que dispõe que um processo perante um tribunal do Estado foro é contrário ao Estado estrangeiro quando: a) a autoridade local determina a citação desse Estado estrangeiro como parte naquele processo ou; b) quando a autoridade local conduz um processo no qual não cita o Estado estrangeiro como parte, mas cujo desenvolvimento por ter efeito sobre propriedade, bens, direitos, interesses ou atividades desse Estado estrangeiro. A aplicação do dispositivo ao processo de reconhecimento de sentença estrangeira implica que tal pedido de homologação se dirige efetivamente contra o Estado em face do qual o tribunal de origem preferiu a sentença em questão (UNITED NATIONS, 2004-a; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 129).

Assim, dado que o processo de reconhecimento é um processo contra um Estado estrangeiro, o tribunal do foro deve indagar se esta soberania, que a homologação da sentença estrangeira afetar, goza de imunidade, conforme a natureza do caso. Portanto, o tribunal do foro deve questionar se, caso os requerentes o acionassem para decidir quanto ao mérito de um processo com objeto semelhante, o direito internacional o obrigaria a outorgar imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro. A Itália não realizou este exame e, por isso, violou a imunidade soberana da Alemanha, pois seus tribunais teriam a obrigação de reconhecer a imunidade alemã caso os requerentes os acionassem para decidir um caso semelhante (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 131-132).

Após descrever a aplicação da imunidade jurisdicional em face das medidas de execução contra patrimônio da República Federal da Alemanha e em face da homologação das sentenças originárias do judiciário grego, passa-se a breve observação da parte dispositiva da sentença da Corte Internacional de Justiça e dos reflexos da mesma na jurisdição italiana.

### 2.3.7 A decisão e seus desdobramentos

A sexta e última parte da decisão no caso *Jurisdictional Immunities* trata das considerações finais da Alemanha e das medidas que a mesma requereu. A Corte deu razão aos pedidos da Alemanha e declarou: que a Itália violou a imunidade de jurisdição a que a Alemanha fazia jus conforme o direito internacional ao admitir e julgar pedidos de indenização decorrentes de violações do direito humanitário; que a Itália também violou a imunidade jurisdicional alemã ao adotar medidas executórias contra *Villa Vigoni*; que a Itália violou a imunidade alemã ao reconhecer como executáveis as sentenças gregas decorrentes de processos indenizatórios resultantes de violações semelhantes às supramencionadas (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 135).

Assim sendo, a Itália feriu o direito das imunidades e isso implicou na sua responsabilização internacional. Como forma de reparação, a Itália deveria tornar sem efeito as sentenças e medidas judiciais que atingiram a imunidade jurisdicional do Estado alemão, com a utilização dos meios que considerasse mais adequados (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 136-137).

Ao fim, a parte dispositiva da sentença declarou a ilegalidade do exercício de jurisdição da Itália sobre a Alemanha ao conhecer os pedidos de reparação, ao admitir a adoção de medidas executórias e ao reconhecer a executoriedade das sentenças gregas; e determinou que a Itália adotasse as providências necessárias para garantir o respeito às imunidades jurisdicionais conferidas pelo direito internacional à Alemanha (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 139).

Sobre a sentença, *Andrea Bianchi* afirmou: “*At last we have certainty. After almost twenty years of heated debate on how to reconcile the law of state immunity with human rights, we now know. State cannot be sued for serious human rights violations before the municipal courts of another state*”. Dito de outro modo, ao decidir, a Corte Internacional de Justiça cumpriu o seu papel, a sentença pode ou não gerar entusiasmo quanto ao seu conteúdo, mas cumpre o papel de declarar o direito vigente, bem como de reconhecer que o mesmo se encontra em uma fase de transição (BIANCHI, 2012).

Para *Bianchi*, a Corte Internacional de Justiça quis reiterar o direito vigente e ninguém esperava seriamente um resultado diferente, por diversas razões: 1) a Alemanha claramente tinha o direito ao seu lado, embora isso não o coloque acima de questionamentos, pois não há nada de inerentemente correto ou incorreto em uma decisão judicial, que é sempre uma escolha que os juízes realizam em um certo contexto no qual atuam diversos fatores; 2) deve-se considerar a plateia para a qual a Corte fala e a cujas expectativas a mesma deve atender, assim, ao manifestar-se para uma plateia de profissionais do direito internacional, é

difícil esperar um pronunciamento que fira a sensibilidade dos Estados, que são os seus únicos clientes; 3) a Corte é sempre cautelosa quanto aos efeitos sistêmicos de suas decisões e, nesse caso, uma decisão que autorizasse indivíduos a buscar compensações contra Estados perante os tribunais domésticos de outros Estados por violações de direitos humanos abriria os portões para uma enxurrada de processos nos tribunais nacionais que poderia perturbar todo o sistema internacional (BIANCHI, 2012).

Por fim, embora *Bianchi* reconheça o bom senso e o pragmatismo da decisão da Corte, ele considera que a mesma poderia chegar a uma decisão mais equilibrada, que preservasse em alguma medida o direito de acesso a um tribunal, ou a exigência de meios alternativos de reparação. Ele conclui com um elogio à atuação de Cançado Trindade e seu incansável trabalho de aculturar os tribunais em que atua e a própria comunidade de jusinternacionalistas, em sua visão, esse trabalho é particularmente relevante “[not] so much for me or for any other more or less established member of the profession, but for all those students who approach the study of international law and want to believe in the redeeming force of human rights and universal justice for a better world” (BIANCHI, 2012).

Em sentido semelhante é a posição de *McGregor*, “[...] the decision in *Germany v. Italy* provides the definitive pronouncement on the relationship between state immunity and alleged human rights violations under general international law”. No entanto, a mesma aponta dois fatores do direito internacional contemporâneo que ameaçam a longevidade do julgamento: 1) a apreciação de instituições internacionais especializadas em direitos humanos tende a produzir *lex specialis* contrária à imunidade estatal quando se configurar a ausência de um foro alternativo para apreciar supostas violações aos mesmos; 2) o aprofundamento da responsabilização individual no direito internacional pode impedir a aplicação do precedente à imunidade *ratione materiae* em processos civis quando, diante de fatos iguais, a mesma puder ser negada em processos penais (MCGREGOR, 2013, p. 145).

Com relação à visão de *McGregor*, deve-se apontar que os relatórios e estudos de instituições internacionais especializadas em direitos humanos, a exemplo da Comissão contra a Tortura, são pareceres jurídicos qualificados e influentes, que merecem cuidadosa apreciação, mas não constituem *lex specialis* ou alguma outra forma de obrigação jurídica. Nesse mesmo sentido, mas com maior ênfase, é a manifestação de *Lord Hoffman*, no caso *Jones*, vale citar:

[...] the Committee against Torture [...] has various functions, including [...] to ‘make such general comments... as it may consider appropriate’ [...], but as an interpretation of article 14 or a statement of international law, I regard it as having no value [...]. The committee has no legislative powers (UNITED KINGDOM, 2006, § 56-57).

Ainda em relação à conclusão de *McGregor*, com relação à aplicabilidade da decisão no caso *Jurisdictional Immunities* em processos civis envolvendo as imunidades *ratione materiae* de agentes estatais, discutiu-se o assunto no caso *Jones* e a decisão foi que as imunidades jurisdicionais dos agentes do Estado integram a própria imunidade estatal.

Dessa forma, a decisão da Corte Internacional de Justiça encontrou, como esperava *Bianchi*, significativa deferência da parte de Estados e profissionais do direito internacional, inclusive, destaque-se, do Estado italiano.

Em consequência da decisão da Corte Internacional de Justiça, a Corte de Cassação Italiana decidiu em 21 de janeiro de 2014 o caso *Germany v. Ferrini and Ferrini* e aplicou a decisão do caso *State Immunities* para reverter a decisão no caso *Ferrini v. Germany*, (2004), extinguindo o processo de conhecimento relativo ao pedido de indenização pelos crimes de guerra cometidos pela Alemanha e que estivera em andamento nos tribunais italianos desde então (ITALY, 2014-b).

Mas a reviravolta não tardou, embora de uma origem e com um alcance diferentes dos imaginados por *McGregor*. Em 21 de janeiro de 2014, mesma data da decisão da Corte de Cassação, o Tribunal de Florença encaminhou a consulta constitucional que veio a constituir o caso *Simoncioni (Sentenza 238)*, em cuja decisão a *Corte Costituzionale* da Itália tornou sem efeitos, apenas em sua jurisdição, a decisão da Corte Internacional de Justiça.

Curiosamente, uma semana antes da reclamação, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso *Jones v. United Kingdom*, que reiterou a linha argumentativa que a mesma desenvolveu nos casos *Al-Adsani*, *Fogarty*, *McElhinney* e *Kalogeropoulou*, e confirmou que os Estados e seus agentes não podem ser alvo de processos de reparação civil perante os tribunais de outros Estados, mesmo em face de graves violações do direito internacional.

#### **2.4 Confirmação da jurisprudência acerca da imunidade em matéria cível na Corte Europeia de Direitos Humanos: o caso *Jones* (2014)**

A Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso *Jones v. United Kingdom* em 14 de janeiro de 2014, decidindo, por seis votos a um, que o Reino Unido não violou o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao reconhecer imunidade de

jurisdição à Arábia Saudita e a seus agentes em ação indenizatória. A decisão reafirmou a regência distinta das imunidades jurisdicionais em matéria civil e em matéria penal; reiterou a validade do teste de legitimidade e proporcionalidade como critério para determinar a razoabilidade da restrição ao direito de acesso a um tribunal decorrente da imunidade de jurisdição estatal; e esclareceu que a imunidade de jurisdição do Estado em matéria civil é coextensiva à imunidade jurisdicional de seus agentes.

Assim como a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, essa decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos reiterou uma compreensão do direito internacional costumeiro e do direito das imunidades jurisdicionais que alguns críticos consideram demasiado conservadora, particularmente por sustentar uma concepção forte das imunidades jurisdicionais dos agentes estatais.

Nesse sentido, *Mazzeschi* apresenta uma crítica contundente das teorias tradicionais da imunidade funcional dos agentes do Estado e aponta que as bases conceituais na decisão *Jones* são frágeis e que seu exame da prática internacional é parcial. Em sua visão, a Corte Europeia de Direitos Humanos expõe, sem nenhuma reflexão crítica, uma concepção teórica obsoleta da imunidade funcional dos agentes do Estado, que não tem mais lugar no direito internacional contemporâneo, e aceita passivamente a abordagem jurisprudencial que identifica a imunidade dos agentes do Estado com a imunidade do próprio Estado (MAZZESCHI, 2015).

Em sentido contrário, *Buzzini* aponta que os pressupostos de *Mazzeschi* o levam a ignorar ou deturpar as evidências contrárias à sua posição e que a maior parte dos Estados compartilha as posições que ele considera ultrapassadas, a saber, que a dimensão pessoal das imunidades estatais *ratione materiae* serve para: proteger a organização administrativa de cada país; garantir o princípio da não-interferência em assuntos estrangeiros; e assegurar a jurisdição exclusiva dos Estados em relação a seus próprios agentes (BUZZINI, 2015).

*Webb*, por sua vez, aponta que *Mazzeschi*: 1) restringe demasiadamente o alcance do termo “*State official*”, limitando-o a indivíduos que usufruem ou usufruíram de imunidade jurisdicional *ratione personae*, em detrimento da análise da natureza oficial dos atos praticados que é o marco distintivo das imunidades *ratione materiae*; 2) limita as imunidades de forças militares às previsões de tratados, quando tais imunidades são parte do direito internacional costumeiro; 3) apresenta evidências fracas, pois menciona casos nos quais o Estado não invocou a imunidade dos indivíduos processados, casos que dizem respeito à imunidade do Estado e não de agentes, casos cujas decisões constituem violações do direito internacional, casos em que a imunidade em questão é *ratione personae* e não *ratione*



*materiae*, casos cuja decisão se refere à aplicação da Convenção contra a Tortura (WEBB, 2015).

No fim de suas considerações, *Webb* afirma que é importante considerar as evidências em seu contexto, para delas retirar o real significado, por outro lado, reconhece a importância das críticas de *Mazzeschi* para a reflexão sobre as novas configurações das imunidades jurisdicionais dos Estados, *verbis*:

These points may be pedantic, but in an area of law in which a small number of cases can change the landscape, it is important to assess State practice and opinio juris on a case by case basis.

Pisillo *Mazzeschi*'s arguments should be taken seriously. While I do not believe that they represent *lex lata*, I hope that they will form a vital part of the dialogue as the *lex ferenda* develops (WEBB, 2015).

De volta à descrição do caso propriamente dito, o mesmo consistiu em duas reclamações junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, a primeira, tentada por *Jones*, que lhe deu nome, e a segunda, tentada por *Mitchell*, *Sampson* e *Walker*, todos eles nacionais britânicos. As duas reclamações denunciaram detenção e aprisionamento ilegais e tortura, ocorridos em 2001, no território da Arábia Saudita e sob autoridade de seu Ministério do Interior, mediante ação de agentes públicos daquele país. Todas as vítimas buscaram mover ações reparatorias em foro britânico: em 2002, *Jones* tentou processar o Ministério do Interior da Arábia e o Tenente-Coronel *Abdul Aziz*; em 2003, *Mitchell*, *Sampson* e *Walker* tentaram processar o Ministro do Interior da Arábia Saudita, o Vice-Diretor da prisão onde ficaram encarcerados e dois policiais (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 7-9, 11).

*Jones* promoveu a citação da Arábia Saudita, que alegou e teve reconhecida a sua imunidade de jurisdição, mas não obteve autorização da *High Court* para promover a citação do Tenente-Coronel *Abdul Aziz* no exterior. *Mitchell*, *Sampson* e *Walker* também não obtiveram autorização para fazer citar no exterior os agentes públicos que os detiveram e torturaram. Em ambos os casos, a *High Court* entendeu que a imunidade jurisdicional da Arábia Saudita se estendia àqueles agentes públicos e seus atos. Com isso, todos os requerentes recorreram à *Court of Appeal* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 10, 12-13).

A seguir, vê-se o tratamento que os casos receberam após os recursos à *Court of Appeal*, na qual o foco da discussão deslocou-se da questão da imunidade jurisdicional para a questão da adequação do foro para processar os agentes do Estado estrangeiro, e colocou em evidência o impacto do caso nas relações diplomáticas entre Reino Unido e Arábia Saudita,

bem como a incidência do princípio *forum non conveniens*. Essa mudança de foco, entretanto, não encontrou eco quando da apreciação do caso na *House of Lords*.

#### 2.4.1 O caso Jones na jurisdição britânica

A *Court of Appeal* reuniu os dois casos e tornou pública sua decisão em 2004, inadmitindo o recurso de *Jones* para promover a citação da Arábia Saudita no exterior, de acordo com a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Al-Adsani*, e considerando que o artigo 14.1 da Convenção contra a Tortura, que obriga os Estados-Partes a garantir às vítimas um meio de reparação, não se aplica se a tortura é praticada por um Estado estrangeiro em seu próprio território. Com relação aos agentes públicos sauditas, a *Court of Appeal* admitiu os recursos para autorizar a citação dos mesmos no exterior, pois o relator do caso, *Lord Justice Mance*, com quem concordaram *Lord Phillips* e *Lord Justice Neuberger*, considerou que o artigo 1º da Convenção contra a Tortura serve apenas para identificar os autores e o contexto em que praticaram o crime, e não para dar à tortura um caráter oficial ou afirmar que o torturador agiu em nome do Estado e, portanto, poderia abrigar-se sob o manto da imunidade jurisdicional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 14-16).

Além disso, *Lord Justice Mance* não aceitou que as diferenças entre os direitos penal e civil justificariam um tratamento específico para as imunidades em cada um dos contextos, pois tanto na responsabilização penal quanto na responsabilização civil dos agentes públicos, não haveria razão para afirmar que o Estado poderia ser chamado a responder pela ação dos mesmos. Nesse ponto, a *Court of Appeal* afastou-se das posições de *Lord Millett* e *Lord Phillips of Worth Matravers* no caso *Pinochet*, para avançar outra linha argumentativa, segundo a qual, a questão não seria de imunidade, mas sim relativa a adequação do foro para processar aqueles indivíduos, levando em conta fatores como o impacto das questões suscitadas em termos de política externa e a incidência do princípio *forum non conveniens* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 17-18, 53-55).

Essa outra linha argumentativa revela-se particularmente interessante para os que cogitam extinguir a imunidade de jurisdição do Estado e de seus agentes e substituí-la por um mecanismo processual mais condizente com o estado atual da ordem jurídica internacional. O foco passaria às questões de aplicação das regras relativas ao exercício da jurisdição, com espaço para a consideração dos impactos políticos do caso em termos de relações

internacionais. No entanto, nota-se que há várias questões desafiadoras a elucidar, caso se trilhe esse caminho, quanto à interação entre as regras domésticas e as regras internacionais que regulam o exercício jurisdicional, à autonomia e distinção entre as normas relativas ao exercício da jurisdição e à imunidade soberana, à natureza do procedimento para aferir e decidir quanto à sensibilidade de certa matéria em termos de relações internacionais, se preliminar ou de mérito, à deferência do poder judiciário quanto aos pareceres dos órgãos responsáveis pelas relações exteriores. Enfim, a abordagem é interessante, mas as questões que suscita indicam que se está diante de uma questão de *lege ferenda* e não de *lege lata*, sendo mais propícia a discussões de índole parlamentar ou acadêmica do que a fundar decisões judiciais.

Relata ainda a Corte Europeia de Direitos Humanos que *Lord Justice Mance* não identificou nenhum princípio consolidado do direito internacional que desse ao Estado o direito de invocar imunidades em um processo movido diretamente contra seus agentes públicos e não contra si, seu Chefe de Estado ou diplomatas. Em apoio a essa posição, ele mencionou a prática norte-americana e o *obiter* na opinião separada dos juízes *Higgins*, *Kooijmans* e *Buergenthal* no caso *Arrest Warrant* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 19).

Adiante, o magistrado britânico admitiu que, em princípio, o foro não deve interferir nas questões internas de outros Estados, mas ponderou que há circunstâncias, principalmente na seara dos direitos humanos, em que é necessário avaliar a conduta de países estrangeiros, particularmente se os mesmos não oferecem as garantias previstas no artigo 14 da Convenção contra a Tortura. Nessa hipótese, a manutenção da imunidade de agentes do Estado viola o direito de acesso a um tribunal previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 20-21).

Ao cabo do relato do julgamento na *Court of Appeal*, consta que *Lord Phillips* assinalou sua concordância com a argumentação desenvolvida e acrescentou que pedidos de reparação contra agentes públicos que praticaram tortura, em situações nas quais o Estado goze de imunidade, não acarretam responsabilidade solidária do Estado, pois apenas a responsabilidade individual dos agentes está em questão (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 22).

Essa perspectiva é deveras interessante, pois é um dos argumentos frequentes para a defesa do exercício de jurisdição sobre agentes do Estado na hipótese da prática de crimes graves contra o direito internacional. A afirmação básica é que, da mesma forma que a responsabilidade penal de agentes do Estado não afeta a soberania do mesmo, a

responsabilização individual civil também não o faria. No entanto, a questão não é tão simples, pois, quando se pensa no âmbito penal, o reconhecimento da possibilidade do exercício de jurisdição não decorre da ausência de impactos potenciais desse exercício na esfera das atividades soberanas do Estado, mas sim de compromissos específicos assumidos em tratados internacionais, cujo exemplo mais frequente é o da Convenção contra a Tortura. Quando se trata do âmbito civil, a possibilidade de responsabilização estritamente pessoal de agentes do Estado pela prática de crimes graves pode se revelar problemática em vista de relações de hierarquia, ou do grau de conhecimento e controle que uma autoridade tem ou deveria ter sobre a ação de seus subordinados.

Ante a decisão da *Court of Appeal*, a Arábia Saudita recorreu para a *House of Lords*, em benefício de seus agentes públicos. *Jones*, por sua vez, recorreu contra a decisão que o impediu de promover a citação do Estado saudita no exterior (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 24).

Em seu julgamento, a *House of Lords* manteve a decisão da *Court of Appeal* em relação à imunidade jurisdicional da Arábia Saudita, e reformou a decisão quanto à autorização para a citação de seus agentes públicos no exterior. Conduzindo a decisão, *Lord Bingham* afirmou haver riqueza de autoridade, no Reino Unido e alhures, para demonstrar que o Estado tem direito de invocar a sua imunidade em benefício de seus agentes e que o direito do Estado à imunidade não pode ser contornado com o artifício de processar os seus agentes públicos em seu lugar, e acrescentou: “*international law does not require, as a condition of a State’s entitlement to claim immunity for the conduct of its servant or agent, that latter should have been acting in accordance with his instructions or authority*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 25-26).

*Lord Bingham* apontou que a tortura, nas circunstâncias do artigo 1º da Convenção contra a Tortura, é um ato oficial ou governamental. E, ao comentar a posição norte-americana de não reconhecer a imunidade de agentes do Estado quando se tratar de violações de *jus cogens*, afirmou que se trata de uma posição unilateral dos Estados Unidos que não granjeou apoio na comunidade internacional, conforme a própria visão dos juízes *Higgins*, *Kooijmans* e *Buergethal*, em sua opinião separada no caso *Arrest Warrant* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 28-29).

Cabe apontar, também, que essa posição é controversa entre os próprios tribunais norte-americanos, havendo uma divisão entre as *Courts of Appeal* de diferentes distritos quanto ao impacto de violações de *jus cogens* sobre a imunidade de agentes públicos de

Estados estrangeiros. Nesse sentido, *Christopher Totten*, em edição de 2016 do *Duke Journal of Comparative & International Law*, comenta:

Interestingly, in the years since *Samantar* was decided, a circuit split has emerged on whether to recognize an exception to conduct-based immunity for foreign officials in the case of alleged *jus cogens* violations. The Fourth Circuit, relying on its own and international precedent, determined that a *jus cogens* exception existed, while the Second Circuit concluded that immunity persevered even in the face of *jus cogens* violations (TOTTEN, 2016, p. 543).

Ainda no julgamento na *House of Lords*, a Arábia Saudita apresentou quatro argumentos fundamentais em defesa de sua imunidade jurisdicional: 1) a decisão no caso *Arrest Warrant* confirmou a possibilidade de um Estado invocar sua imunidade em benefício de um Ministro de Relações Exteriores em exercício, acusado de crimes contra a humanidade, portanto, a proibição da tortura não é automaticamente superior a todas as demais normas de direito internacional; 2) o artigo 14 da Convenção contra a Tortura não criou jurisdição civil universal; 3) a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens não estabeleceu nenhuma exceção à imunidade em ações civis decorrentes da prática de tortura; 4) não há evidência de que os Estados reconheceram alguma obrigação de exercer jurisdição universal civil sobre casos decorrentes de violações de normas imperativas do direito internacional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 30).

Quanto aos agentes do Estado saudita, a *Court of Appeal* cometeu dois erros, na visão de *Lord Bingham*: o primeiro foi afastar-se sem razão do precedente firmado no caso *Propend Finance Ltd v. Sing and another*, de 1997, que estabeleceu que as ações de agentes estatais devem ser consideradas atos do próprio Estado, pois do contrário a proteção que o *State Immunity Act* proporciona seria enfraquecida, uma vez que um país só pode agir por meio de seus agentes, cujas imunidades integram e são parte essencial da imunidade do próprio Estado. O segundo erro foi afirmar que uma ação civil contra um agente estatal que praticou os crimes descritos no artigo 1º da Convenção contra a Tortura não afetaria a soberania estrangeira mais do que uma ação penal contra o mesmo agente, ignorando que um Estado não responde criminalmente perante o direito internacional ou o direito britânico e, portanto, não é diretamente afetado por um procedimento penal contra seu agente, além disso, a ação penal contra um agente público por tortura funda-se em uma exceção expressa à regra geral da imunidade e, finalmente, uma ação civil contra torturadores vinculados ao Estado o afeta diretamente, pois os atos daqueles agentes são atribuíveis ao mesmo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 31-32).

Ambos os erros decorreram da má interpretação da decisão no caso *Pinochet*, de 1999, que disse respeito apenas à matéria penal, que, por força de disposições da Convenção

contra a Tortura está sujeita ao mecanismo de jurisdição universal, o que não é o caso da matéria civil, para a qual não existe ainda uma jurisdição universal chancelada pelo direito internacional. É por isso que, na visão de *Lord Bingham*, a distinção entre processos de natureza civil e penal é de fundamental importância e não pode ser deixada de lado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 33-34).

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em seguida, relatou brevemente a posição de *Lord Hoffmann*. Este magistrado concordou com o julgamento e acrescentou que não há conflito entre imunidade soberana e proibição da tortura, pois a imunidade não justifica a tortura, apenas impede o exercício da jurisdição do foro sobre o Estado estrangeiro que a praticou e, portanto, desloca a solução do caso para outras formas de resolução de controvérsias. Assim, só pode haver conflito entre imunidade de jurisdição e proibição da tortura se houver uma regra procedimental, decorrente desta última norma, que estipule a prática de tortura como hipótese em que excepcionalmente se autoriza o exercício da jurisdição do foro sobre o Estado estrangeiro, o que não era o caso até aquele momento (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 35).

A seguir, a sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos elenca e descreve brevemente diversos documentos e decisões relevantes para a análise do caso no direito britânico, no direito internacional e no direito comparado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 39-154).

Note-se que a jurisdição britânica reafirmou e esclareceu diversos aspectos de seu julgamento anterior no caso *Pinochet*, bem como manifestou seu entendimento quanto ao funcionamento da prerrogativa da imunidade quando se trata de matéria civil. A seguir, vê-se como a discussão colocou-se perante a jurisdição especializada em direitos humanos.

#### 2.4.2 Posições das partes ante a Corte Europeia de Direitos Humanos

Ante o revés na jurisdição britânica, as vítimas de tortura acionaram a Corte Europeia de Direitos Humanos, pois em sua visão, a decisão da *House of Lords*, de reconhecer a imunidade jurisdicional da Arábia Saudita e de seus agentes, constituiu uma restrição desproporcional em seu direito de acesso aos tribunais previsto no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 3, 158-160).

O Reino Unido contestou a admissibilidade da reclamação, pois o costume internacional impunha aos Estados a obrigação de respeitar as imunidades jurisdicionais uns dos outros, salvo determinadas exceções. O legislador britânico, por sua vez, codificou esta obrigação internacional e suas exceções no *Sovereign Immunity Act*, de 1978. Logo, dado que a Arábia Saudita fazia jus a imunidade jurisdicional, por ser um Estado soberano, e como não incidia, no caso, nenhuma hipótese que afastasse tal prerrogativa, o resultado era que não havia jurisdição a ser exercida em foro britânico contra o país estrangeiro. Assim, a Corte devia rejeitar a reclamação, pois o direito de acesso a um tribunal garante o exercício da jurisdição quando esta existe, mas não é capaz de criar, por si próprio, uma hipótese de exercício jurisdicional não prevista em lei. Assim, como não se pode reclamar da violação de um direito que não existe, a reclamação era inadmissível (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 161-162).

Essa foi a posição da *House of Lords*, em 2000, ao decidir o caso *Holland v. Lampen-Wolfe*, no qual a autora e o réu eram cidadãos norte-americanos que prestavam serviços ao governo daquele país em uma base militar no Reino Unido. A autora acionou o foro britânico acusando o réu de a haver difamado em um memorando de avaliação, ao que o réu invocou sua imunidade jurisdicional. Na ocasião, a *House of Lords* compreendeu que quando um Estado goza de imunidade de jurisdição, a mesma se estende aos que atuam oficialmente em seu nome; que, embora o *State Immunity Act* não se aplique a processos relacionados à atuação de forças armadas de um Estado estrangeiro, a *common law* reconhece a imunidade decorrente da prática de atos soberanos, o que era o caso; e que a imunidade jurisdicional não configura uma violação do artigo 6.1 da Convenção Europeia, pois implica a inexistência de jurisdição e não um empecilho ao seu exercício (UNITED KINGDOM, 2000, p. 369-372, 383-384).

Em 2006, no julgamento do caso *Jones* pela *House of Lords*, a abordagem foi um pouco diferente. *Lord Bingham* reiterou a posição de que a imunidade jurisdicional implicava a ausência de jurisdição e não um obstáculo ao seu exercício, por isso, tinha dificuldade em admitir que o reconhecimento de imunidade à Arábia Saudita e aos seus agentes significasse uma restrição ao artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois, conforme o princípio *par in parem non habet imperium*, “[...] the rule of international law is not that a state should not exercise over another state a jurisdiction which it has but that (save in cases recognised by international law) a state has no jurisdiction over another state”. No entanto, o magistrado britânico concluiu que deveria ser deferente ao julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Al-Adsani*, em 2001, no qual esta decidiu que a imunidade do

Estado estrangeiro constitui uma barreira ao exercício da jurisdição cuja legitimidade e proporcionalidade devem ser avaliados tendo em vista o direito de acesso a um tribunal (UNITED KINGDOM, 2006, § 14).

Com isso, pode-se perceber que, no plano doméstico, embora ressalve a compreensão de que a imunidade estatal é uma questão de ausência de jurisdição e não um obstáculo ao exercício da mesma, a *House of Lords* adequou seu entendimento ao julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Al-Adsani*. Por outro lado, no plano internacional, ao questionar a admissibilidade das reclamações de *Jones* e de *Mitchell, Sampson* e *Walker*, o governo britânico reiterou a compreensão de que, conforme a *common law*, as exceções à imunidade criam hipóteses de competência jurisdicional, ao passo que a incidência de imunidade implica a inexistência de competência do foro para julgar o caso.

De toda forma, a Corte Europeia manteve seu entendimento e confirmou o teor de seu julgamento anterior, no caso *Al-Adsani*, em que pontuou que a imunidade de jurisdição não elimina a jurisdição nem qualifica o direito material em discussão, mas tão somente constitui um obstáculo procedimental, cuja legitimidade e proporcionalidade podem ser alvo de escrutínio em face das obrigações constantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em particular o direito de acesso a um tribunal. Com isso, a Corte Europeia julgou o caso admissível (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 164).

Quanto ao mérito, *Jones* alegou que qualquer restrição de seu direito de acesso a um tribunal deveria ser legítima e proporcional, e apontou três fatores que ampliavam o ônus de justificá-la: 1) a amplitude da imunidade conferida; 2) a gravidade da violação perpetrada e; 3) a inexistência de meios alternativos para a obtenção de compensação. Com isso ele destacava a necessidade de sopesar a imunidade jurisdicional em questão com o objeto específico da ação indenizatória (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 166-168).

*Mitchell, Sampson* e *Walker*, por sua vez, alegaram que não havia norma de direito internacional que determinasse a incidência de imunidade de jurisdição no caso e, ainda que houvesse, sua natureza e *status* seriam insuficientes para justificar uma restrição proporcional ao direito de acesso a um tribunal. Além disso, os agentes sauditas não integravam a noção de Estado e, portanto, a ação contra eles não era uma ação contra a Arábia Saudita. Em apoio a este ponto, afirmaram que a noção de Estado constante do *State Immunity Act* britânico não correspondia à concepção do direito internacional costumeiro; referiram a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Samantar*, pela qual a imunidade de agentes do Estado é regida pela *common law* e não pelo *Foreign Sovereign Immunities Act*; e afirmaram



que o artigo 2.1 da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens inclui no conceito de Estado apenas agentes que usufruem de imunidade *ratione personae* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 169-170).

Além disso, os reclamantes levantaram um ponto muito interessante ao alegar não haver simetria entre as normas internacionais relativas à imunidade de jurisdição e as relativas à responsabilidade internacional, pois o fato do ato de um agente estatal poder ser atribuído diretamente ao Estado, de acordo com o direito internacional, não quer dizer que apenas o Estado é responsável pela prática do ato perante o direito doméstico. Nesse sentido, há atos que ensejam a responsabilidade do Estado, mas não são cobertos por imunidade jurisdicional. Além disso, um Estado não é obrigado a cumprir uma sentença estrangeira contra seus agentes públicos, portanto, não há como dizer que uma ação contra um agente atinja indiretamente o Estado ao qual ele serve (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 171).

A alegação, no entanto, apresenta alguns pontos problemáticos. O primeiro deles é que a asserção tradicional do direito internacional, ao contrário do que postulam os reclamantes, é que a responsabilidade coletiva do Estado absorve a responsabilidade individual de seus agentes; a exceção a essa regra é a possibilidade de responsabilização individual que caracteriza o direito penal internacional, cuja origem foi uma concessão da técnica jurídica diante de imperativos de ordem moral e política.

O segundo ponto problemático é que, embora existam atos que o Estado pratica e que não estão protegidos por imunidade jurisdicional, como nas hipóteses dos ditos atos de gestão, os agentes que praticam esses atos em nome do Estado seguem resguardados e imunidades à jurisdição do foro, ou seja, essa parte da alegação não atinge as imunidades dos agentes estatais.

O terceiro ponto problemático é que o Estado não existe, ele é uma ficção jurídica que atua única e exclusivamente por meio de seus agentes, logo, qualquer coação contra estes pode viciar a sua atuação em nome do ente soberano. Exemplo disso é a corrupção do agente ou a ameaça a sua integridade física, que acarretam a invalidade de seus atos oficiais. Processos judiciais ou atos executórios contra agentes públicos podem ter o mesmo efeito com consequências negativas para a higidez das relações internacionais.

Os reclamantes prosseguiram em sua argumentação, com a afirmação de que as normas sobre responsabilidade e imunidade do Estado servem a fins diferentes e, portanto, o conceito de atos oficiais não é necessariamente o mesmo nos dois contextos. Assim, há atos

oficiais que atraem imunidade e outros que não. Exemplo disso é o conceito de tortura na Convenção contra a Tortura, em que o caráter oficial serve para identificar o ato, mas não para caracterizá-lo, ou para atribuir a responsabilidade exclusivamente ao Estado. Do mesmo modo, se um agente estatal pratica atos que violam *jus cogens*, não se aplica ao mesmo imunidade de jurisdição. Nesse sentido, os reclamantes citaram os casos: *Voiotia (Distomo Massacre case)*, *Ferrini*, *Furundzija*, *Filartiga*, *Samantar* e afirmaram que o julgamento em *Jurisdictional Immunities* se aplica apenas às imunidades dos Estados, mas não às de seus agentes. Com isso, os reclamantes instaram a Corte Europeia de Direitos Humanos a rejeitar o exemplo da Corte Internacional de Justiça e buscar uma abordagem menos formalista para balancear o conflito entre normas imperativas e imunidade de jurisdição no contexto do direito de acesso a um tribunal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 172).

Como se vê, os reclamantes insistiram na tese de que a tortura não é um ato oficial, pois se trata de um crime. Esse modo de ver a tortura como oficial para fins de sua tipificação e como não oficial quando isso implicar alguma prerrogativa para o réu é uma abordagem paradoxal que a *House of Lords* rejeitou no caso *Pinochet*. A outra tese que se destaca na passagem é a da separação entre a imunidade do Estado e a imunidade dos agentes do Estado, assertiva que é, na prática, incompatível com o funcionamento do instituto da imunidade de jurisdição.

Com relação ao caso *Voiotia (Distomo Massacre case)*, a Corte de Cassação grega mudou o seu posicionamento em relação às imunidades no caso *Margellos* (2002). A decisão no caso *Ferrini*, por sua vez, é contrária ao direito internacional, conforme a decisão da Corte Internacional de Justiça. A decisão em *Furundzija* trata de matéria penal e tocou o aspecto da reparação civil apenas em *obiter dictum*. Quanto aos casos *Filartiga* e *Samantar*, cabe apontar que em nenhum deles o Estado estrangeiro invocou sua imunidade de jurisdição e que os réus residiam no foro; além disso, a previsão do *Alien Tort Claims Act* é uma peculiaridade do direito dos Estados Unidos; e, finalmente, a decisão em *Samantar* relativa à inexistência de imunidade quando se tratar de violação de *jus cogens* é controversa no seio da própria jurisdição americana.

Ao concluir seu posicionamento, os reclamantes alegaram que a distinção de processos na esfera cível e na esfera penal é irrelevante e não justifica uma abordagem diferenciada da imunidade de jurisdição nos dois tipos de casos. Nesse sentido, mencionaram que há tribunais que no exercício de competência penal podem impor o pagamento de indenizações, e também que a Convenção contra a Tortura, ao eliminar a imunidade em matéria penal, também a eliminou em matéria civil. Deste modo, quando o artigo 4.2 da

referida convenção fala de penas apropriadas, está ali incluído também o pagamento de indenizações reparatórias; da mesma forma, quando o artigo 14 afirma a obrigação do Estado-parte de garantir à vítima de tortura o direito à reparação e à indenização, não limita a jurisdição aos atos de tortura praticados na jurisdição do foro. Em síntese, a posição dos reclamantes foi que a imunidade de jurisdição não pode impedir que o foro condene um agente público estrangeiro ao pagamento de reparações pela prática de tortura, onde quer que esta tenha sido cometida (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 173).

O governo do Reino Unido, ao responder, afirmou que reconhecer a imunidade da Arábia Saudita cumpriu o propósito legítimo de promover a civilidade e as boas relações entre os dois países. Na realização desse propósito, o país possui uma margem de apreciação em relação à configuração do direito de acesso a um tribunal, que permite ao mesmo ajustar-se às suas obrigações internacionais. No caso, o Reino Unido postulou que se conservou dentro dos limites de padrões internacionalmente aceitáveis e acrescentou que, em relação a existência de meios alternativos de compensação, o país violaria o direito internacional se criasse uma exceção à imunidade jurisdicional para remediar a falha do Estado estrangeiro que possuía jurisdição sobre o caso, mas se recusou a exercê-la (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 174).

Quanto ao reconhecimento de imunidade jurisdicional para os agentes públicos sauditas, o Reino Unido afirmou que é um preceito consolidado do direito internacional que o Estado faz jus à imunidade jurisdicional pelos atos oficiais de seus agentes tanto se o réu na ação for um desses agentes quanto se o réu na ação for o próprio Estado. Logo, a questão não é se a imunidade jurisdicional se estende ao agente, mas sim se o agente integra o conceito de Estado. Assim, a posição britânica é que há simetria entre o direito da responsabilidade internacional e o direito da imunidade de jurisdição, *verbis*: “*Accordingly, if an act was attributable to the State so that the State bore responsibility for it on the international plane, the same act was to be treated as the State’s act for the purposes of the international law right of State immunity in proceedings in a municipal court*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 175).

O Reino Unido acrescentou que a *Court of Appeal* e a *House of Lords* acertaram ao rejeitar o argumento de que o *status* de *jus cogens* da proibição da tortura criou obrigação dos Estados não reconhecerem imunidade jurisdicional quando estiver em jogo a sua violação. As razões para rejeitar o argumento foram que: 1) a imunidade de jurisdição não justifica a prática de tortura; 2) o referido argumento foi rejeitado sempre que invocado em tribunais internacionais; 3) a questão foi levantada nas negociações da Convenção das Nações Unidas

sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, nas quais se concluiu que o direito internacional costumeiro não admitia a exceção de *jus cogens*; 4) quase todos os tribunais nacionais que confrontaram o argumento, o rejeitaram; 5) as posições isoladas da Grécia, Itália e dos Estados Unidos não constituem uma prática generalizada no direito internacional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 176).

O Reino Unido também contestou o argumento de que a tortura não é um ato oficial para fins de imunidade, pois não constitui um ato de gestão, ou algum tipo de ato comercial ou uma relação de ordem privada, uma vez que é praticada no uso de atribuições, poderes e recursos do Estado soberano. Ademais, conforme a Convenção contra a Tortura, a mesma só se caracteriza quando a prática é de um agente público ou pessoa que atue como tal. Finalmente, é regra do direito internacional que se um agente público sob autoridade estatal tortura um nacional de outro Estado, isso implica a responsabilidade internacional do Estado sob cuja autoridade se cometeu o crime (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 177).

Com relação à obrigação do artigo 14 da Convenção contra a Tortura, o Reino Unido afirmou que os Estados só estão vinculados à mesma quando a tortura for cometida sob sua jurisdição. As partes expressaram esse entendimento durante as negociações do referido artigo, mas acabaram por omiti-lo na versão final da convenção, por engano, de acordo com o governo britânico, a saber: “*The Government’s view was that this omission was a mistake, and they referred in this regard to the US declaration to the Convention against Torture concerning its understanding of the territorial scope of Article 14*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 178).

O Reino Unido reconheceu que os agentes públicos sauditas poderiam lá ser processados criminalmente, no entanto, há razões para diferenciar essa possibilidade de exercício de jurisdição penal da possibilidade de exercício de jurisdição civil, a saber: 1) as previsões da Convenção contra a Tortura exigem que os Estados-partes processem criminalmente, ou extraditem, agentes estrangeiros pela prática de tortura no exterior, mas não estabelecem nada parecido para procedimentos civis; 2) no caso *Pinochet* as imunidades foram afastadas em decorrência de previsões específicas da Convenção contra a Tortura e não por conta de uma exceção de *jus cogens* à imunidade jurisdicional; 3) a responsabilidade penal do indivíduo não é parte da responsabilidade internacional do Estado, ao passo que a responsabilidade civil pela prática de atos oficiais é vinculada à própria responsabilidade do Estado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 179).

A Corte Europeia de Direitos Humanos passa a seguir a análise dos argumentos dos terceiros intervenientes, entre os quais encontrava-se a Anistia Internacional. Os intervenientes enfatizaram que a imunidade dos Estados é distinta da imunidade de seus agentes públicos. Assim sendo, a prática de tortura gera tanto responsabilidade individual quanto estatal e ambas são distintas, de modo que o processo contra o indivíduo não equivale a uma ação contra o Estado. Da mesma forma, a condenação do agente público só é executável contra o mesmo, não contra o Estado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 180-182).

Cabe aqui apontar que esse raciocínio é plausível em matéria penal, em que vigora o princípio da pessoalidade da pena, ou seja, de que a punição não ultrapassa a pessoa do condenado. No entanto, em matéria de responsabilidade civil, o direito de cada Estado impõe um grau variável de responsabilização à administração pública pelos atos ilícitos que seus agentes praticarem desviando-se do correto exercício de seus poderes oficiais, de modo que não é viável afirmar que uma sentença contra um agente público não teria efeitos jurídicos contra o Estado ao qual ele serve.

Além disso, ainda que fosse possível acionar unicamente os agentes públicos e isolar completamente o Estado de responsabilização por suas condutas, isso eliminaria o caráter funcional da imunidade de jurisdição, pois, uma vez que o Estado só age por meio de seus agentes, excluir os mesmos da imunidade soberana equivaleria, na prática, a eliminar o instituto.

Prosseguindo na distinção entre as responsabilidades estatal e individuais, os intervenientes alegaram que o reconhecimento de imunidade *ratione materiae* aos agentes sauditas: 1) violou as obrigações assumidas pelo Reino Unido na Convenção contra a Tortura, cujos objetivos são responsabilizar e punir os torturadores, ainda mais em face da ausência de vias alternativas para obtenção de compensação; 2) não foi um ato legítimo nem proporcional, pois não contribuiu para o adequado funcionamento do Estado, ainda mais que a responsabilidade do Estado não estava em questão, mas apenas a de seus agentes (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 183-184).

Em sua conclusão, os intervenientes afirmaram que quanto mais ampla a imunidade, mais robusto deve ser o seu fundamento, pois é incompatível com o estado de direito excluir da jurisdição dos tribunais uma categoria de ações cíveis ou uma categoria de indivíduos sem o controle da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tratando-se de tortura, exige-se uma abordagem particularmente restrita das limitações ao acesso a um tribunal, ainda

mais em face da ausência de outras vias para buscar compensação (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 185).

Em síntese, as vítimas de tortura alegaram que a decisão de reconhecer a imunidade da Arábia Saudita e de seus agentes foi uma restrição desproporcional ao seu direito de acesso a um tribunal. *Jones* enfatizou a extensão da imunidade, a gravidade da tortura e a inexistência de alternativas de reparação. *Mitchell, Sampson e Walker* alegaram que o direito internacional não determinava a imunidade jurisdicional dos agentes sauditas, que estes não integravam o Estado e que se um agente estatal viola *jus cogens*, não faz jus à imunidade de jurisdição. Os reclamantes alegaram também que a Convenção contra a Tortura, ao eliminar a imunidade em matéria penal, também a eliminou em matéria civil. Por seu turno, o Reino Unido afirmou que o direito internacional impõe respeito à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro, cujo conceito inclui os seus agentes, portanto, sua decisão cumpriu um propósito legítimo de forma razoável, mesmo em face da prática de um crime internacional.

Assim colocou-se o debate, que a Corte Europeia enfrentou à luz de suas competências e de sua jurisprudência anterior, da forma como se vê no próximo item.

#### 2.4.3 A apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos

Após apreciar os argumentos das partes, a Corte Europeia de Direitos Humanos inicia propriamente a sua análise do caso e sua primeira afirmação é que o direito de acesso a um tribunal não é absoluto, pois por sua natureza requer regulação por parte do Estado foro. Este, por sua vez, detém certa margem de apreciação ao implementar tal regulação, sujeito ao controle final da Corte quanto ao respeito ao núcleo do direito, que se verifica avaliando a legitimidade do propósito de qualquer limitação e a proporcionalidade entre os fins almejados e os meios empregados. Assim sendo, nos casos em que a imunidade soberana restringe o acesso a um tribunal, a Corte entende que lhe cabe determinar se as circunstâncias do caso justificam a restrição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 186-187).

Cabe observar que esse teste em duas etapas – legitimidade e proporcionalidade – para apreciação da compatibilidade de uma restrição de acesso a um tribunal com o disposto no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos teve sua primeira aplicação em

matéria de imunidade de jurisdição em face de graves violações do direito internacional no caso *Al-Adsani*.

Com relação à legitimidade, a Corte Europeia afirma que a imunidade de jurisdição é um instituto do direito internacional que decorre do princípio *par in parem non habet iudicium*, pelo qual um Estado não pode submeter outro à sua jurisdição. O reconhecimento da imunidade entre entes soberanos atende o propósito legítimo de obedecer ao direito internacional de modo a promover cortesia e boas relações entre os Estados (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 188).

Quanto à proporcionalidade da restrição, a Corte Europeia considera que Convenção deve ser interpretada em harmonia com as demais normas do direito internacional, inclusive aquelas relativas à imunidade jurisdicional. Assim, medidas adotadas pelo foro que reflitam normas usualmente aceitas do direito internacional não são, em princípio, uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal. Assim como o direito de acesso a um tribunal é inerente ao direito a um julgamento equitativo, algumas restrições ao mesmo também são inerentes, entre as quais as que decorrem da imunidade estatal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 189).

Nessa etapa de sua apreciação do caso *Jones*, a sentença da Corte Europeia menciona diversas decisões anteriores, sempre no contexto da avaliação de restrições ao direito de acesso a um tribunal, previsto no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, com destaque para os casos *Fogarty*, *McElhinney*, *Al-Adsani* e *Kalogeropoulou* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 186-190).

Especificamente na decisão no caso *Al-Adsani*, a Corte Europeia rejeitou a proposição de que os Estados não fariam *jus* à imunidade de jurisdição em relação a ações de reparação civil por atos de tortura praticados fora da jurisdição do foro. Em *Jones*, a questão que se colocou foi se a decisão em *Al-Adsani* estaria superada, por não haver avaliado substancialmente a proporcionalidade da restrição ao direito de acesso a um tribunal, tendo em vista as peculiaridades do caso. Indagou-se também se a imunidade outorgada em *Al-Adsani* refletiu adequadamente as normas do direito internacional. Em seu arrazoado, a Corte Europeia recordou que não está vinculada a seus precedentes, mas que é de interesse da segurança jurídica, previsibilidade e igualdade perante a lei que não deve afastar-se deles sem um bom motivo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 191-194).

E conclui que o teste de legitimidade e proporcionalidade elaborado em *Al-Adsani* continua uma abordagem adequada para a aplicação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de

Direitos Humanos, levando em conta as obrigações da mesma e interpretando-as, tanto quanto possível, em harmonia com as demais normas do direito internacional. *Verbis*:

In elaborating the relevant test under article 6 § 1 in its *Al-Adsani* judgment, the Court was acting in accordance with its obligation to take account of the relevant rules and principles of international law and to interpret the Convention so far as possible in harmony with other rules of international law of which it forms part [...]. The Court is therefore satisfied that the approach to proportionality set out by the Grand Chamber in *Al-Adsani* [...] ought to be followed (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 195).

De acordo com a Corte Europeia, a reclamação de *Jones* quanto à violação de seu direito de prosseguir com a ação contra a Arábia Saudita é semelhante à questão que se colocou no caso *Al-Adsani*. A decisão deste caso, à época, foi que o reconhecimento de imunidade ao *Kuwait* cumpriu o propósito legítimo de obedecer ao direito internacional e promover cortesia e boas relações entre os Estados e era compatível com o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois refletia as normas usuais regentes da imunidade de jurisdição. O que restava saber, em *Jones*, era se quando da decisão da *House of Lords*, em 2006, os padrões do direito internacional teriam se alterado de modo a configurar uma exceção à imunidade na hipótese da prática de tortura (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 196).

Diversas jurisdições nacionais já enfrentaram a questão da formação de uma exceção à imunidade de jurisdição dos Estados quando de uma violação a normas de *jus cogens*. No caso *Jones*, a Corte Europeia entendeu que não era necessário examinar em detalhe os precedentes domésticos, pois a Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* decidiu que, pelo menos até fevereiro de 2012, não se formou uma exceção de *jus cogens* à imunidade jurisdicional. Deste modo, a aplicação pelos tribunais britânicos das disposições do Ato de 1978 (*State Immunity Act*) no sentido de sustentar o pedido de imunidade do Reino da Arábia Saudita em 2006 não foi uma restrição injustificada ao acesso do reclamante a um tribunal, disso resultou não haver violação ao artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 197-198).

Vale observar que nessa passagem a Corte Europeia declara que a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Alemanha v. Itália* possui autoridade no que toca à determinação do teor do direito internacional costumeiro.

A essa altura da sentença restava determinar, quanto aos agentes sauditas, se o reconhecimento da imunidade dos mesmos constituiu uma restrição ao direito de acesso a um tribunal compatível com o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme



o teste que a Corte Europeia estabeleceu no julgamento do caso *Al-Adsani*. A diferença no caso *Jones* foi a ênfase que se atribuiu às ações que os reclamantes moveram contra indivíduos. No entanto, para a Corte Europeia, a imunidade que os envolveu era a mesma imunidade que o Estado invocou e à qual poderia renunciar, se assim quisesse. Assim, o reconhecimento de imunidade para os agentes foi, simplesmente, reconhecimento de imunidade para o Estado ao qual os mesmos se vinculavam e constituiu uma aplicação razoável do direito internacional, da qual resultou uma limitação legítima ao direito dos reclamantes de acesso a um tribunal (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 199-200).

Disse a Corte Europeia que a obediência ao direito internacional da imunidade de jurisdição não constitui, em princípio, uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal. Restava determinar, então, se o reconhecimento de imunidade *ratione materiae* pelo Reino Unido aos agentes sauditas decorreu de uma obrigação internacional e se a prática de tortura configurava uma exceção a tal regra (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 201).

A Corte Europeia de Direitos Humanos julgou, em *Jones*, da mesma forma que a Corte Internacional de Justiça o fez em 2012, ou seja, que o reconhecimento de imunidade *ratione materiae* para agentes do Estado reflete normas de direito internacional público. O raciocínio parte da questão de saber se a concessão de imunidade *ratione materiae* aos agentes do Estado reflete regras geralmente reconhecidas de direito internacional público. Na decisão *Jones*, a Corte Europeia apontou já haver aceito anteriormente que a concessão de imunidade ao Estado reflete tais regras, assim, uma vez que o Estado não pratica atos por si mesmo, mas apenas por meio de indivíduos que atuam em seu nome, nas hipóteses nas quais o Estado pode invocar a imunidade *ratione materiae*, o ponto de partida é, necessariamente, que a mesma imunidade se aplica aos seus agentes. Se fosse de outra forma, a imunidade do Estado sempre poderia ser contornada através de processo direcionado às pessoas dos agentes estatais. A Corte acrescentou, ainda, que este entendimento pragmático se refletiu na definição de "Estado" da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, de 2004, que prevê que o termo inclui os representantes do Estado que atuam nessa qualidade. Do mesmo modo, *Kolodkin*, Relator Especial da Comissão de Direito Internacional, em seu segundo relatório sobre "*immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*", afirma ser amplamente reconhecido que a imunidade dos agentes do Estado é a regra geral e que a ausência de imunidade em um caso particular depende de estabelecer a existência de uma regra especial ou de prática e *opinio juris* que

indiquem o surgimento de exceções à regra geral (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 202).

Na passagem, a Corte Europeia remete o leitor à definição de Estado que consta no artigo 2.1.b.iv da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, e ao Comentário de 1991 da Comissão de Direito Internacional. Na decisão, essas passagens aparecem do seguinte modo:

76. Article 5 provides as a general principle that a State enjoys immunity from the jurisdiction of the courts of another State. Article 2(1)(b)(iv) defines “State” as including representatives of the State acting in that capacity. The ILC commentary to the provision in the 1991 Draft Articles (where it appeared as Article 2(1)(b)(v)) explains:

‘(17) The fifth and last category of beneficiaries of State immunity encompasses all the natural persons who are authorized to represent the State in all its manifestations, as comprehended in the first four categories mentioned in paragraphs 1 (b) (i) to (iv). Thus, sovereigns and heads of State in their public capacity would be included under this category as well as in the first category, being in the broader sense organs of the Government of the State. Other representatives include heads of Government, heads of ministerial departments, ambassadors, heads of mission, diplomatic agents and consular officers, in their representative capacity. The reference at the end of paragraph 1(b)(v) to ‘in that capacity’ is intended to clarify that such immunities are accorded to their representative capacity *ratione materiae*.’ (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 76, grifos do autor).

Com relação à referência ao Segundo Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre “*immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*”, apresentado em 2011, o mesmo é citado da seguinte forma:

96. In his second report, Mr Kolodkin considered the different views regarding the immunity of State officials from foreign jurisdiction. He explained:

‘18. Despite the existence in the doctrine of a different point of view, it is fairly widely recognized that immunity from foreign jurisdiction is the norm, i.e. the general rule, the normal state of affairs, and its absence in particular cases is the exception to this rule. What is important is that if a case concerns senior officials, other serving officials or the acts of former officials performed when they were in office, in an official capacity, then the existence of an exemption from or an exception to this norm, i.e. the absence of immunity, has to be proven, and not the existence of this norm and consequently the existence of immunity. Since immunity is based on general international law, its absence ... may be evidenced either by the existence of a special rule or the existence of practice and *opinio juris*, indicating that exceptions to the general rule have emerged or are emerging ...’ (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 96, grifos do autor).

Assim sendo, pode-se afirmar que o parágrafo 202 da decisão coloca as imunidades de jurisdição dos Estados e de seus agentes como partes integrantes do mesmo mecanismo, e significa que estas últimas não possuem espaço para um desenvolvimento independente e estão, portanto, vinculadas à evolução do instituto das imunidades em matéria civil como um todo.

Em sentido oposto, em seu comentário a decisão no caso *Jones, Webb* afirma que essa simetria entre o Estado e seus agentes, e entre a imunidade estatal e a atribuição de

responsabilidade está enfraquecendo. Em apoio a essa posição ela menciona a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Samantar v. Yousuf* (2010), que afirma que agentes do Estado não cabem na definição de Estado constante no *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA). Na visão de *Webb*, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao tratar dessa decisão nos parágrafos 122 a 124 da decisão *Jones* não elaborou uma argumentação convincente. Além disso, há circunstâncias nas quais a imunidade jurisdicional do Estado e a imunidade jurisdicional dos agentes do Estado não se alinham automaticamente, a exemplo das hipóteses nas quais um Estado é considerado responsável por um ato de gestão, mas mesmo assim os agentes envolvidos permanecem imunes à jurisdição estrangeira caso tenham atuado no exercício de suas atribuições oficiais. Segundo *Webb*, essa dissonância é desenvolvida de modo particularmente persuasivo pelos reclamantes no caso *Jones*, conforme aparece no parágrafo 171 da sentença (WEBB, 2014).

Cabe conferir os elementos que *Webb* extrai do caso *Samantar*. Quanto ao parágrafo 171, ao apresentar o posicionamento das partes, acima, destacou-se os seus pontos problemáticos, que são, em síntese: a concepção predominante de que a responsabilidade coletiva do Estado absorve a responsabilidade individual de seus agentes; a constatação de que a existência de atos de gestão não diz respeito à imunidade dos agentes estatais; o fato de que o Estado só atua por meio de seus agentes, de modo que qualquer coação contra estes pode viciar a sua atuação em nome do ente soberano.

Com relação aos comentários da Corte Europeia nos parágrafos 122 a 124 da decisão, estes não esboçam argumentação alguma, apenas sintetizam a visão favorável à existência da exceção de *jus cogens* à imunidade de jurisdição constante na decisão do caso *Samantar* em 2012, na *Court of Appeals (4th Circuit)*.

Além dos parágrafos acima mencionados, vale destacar o parágrafo 203, que *Webb* não menciona, no qual a Corte Europeia cita precedentes de tribunais domésticos que confirmam que os agentes do Estado usufruem da mesma proteção que o Estado em si e no qual elabora um pouco mais sobre a decisão *Samantar*, de 2010. Nesta, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que os agentes do Estado não se abrigam sob a definição de Estado constante no *Foreign Sovereign Immunities Act*. Por outro lado, na mesma decisão a Suprema Corte afirmou que as imunidades dos agentes são regidas pela *common law*, pois o direito codificado no *act* é apenas uma parte das normas relativas a imunidade de jurisdição vigentes naquele país. Posteriormente, em 2012, a *Court of Appeal (4th Circuit)* decidiu que, em princípio, os agentes estatais usufruem de imunidade pelos atos desempenhados no exercício de suas atribuições oficiais (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 203).

Em outras palavras, a decisão em *Samantar*, no ano de 2012, foi pela existência de uma exceção de *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado, mas não eliminou a imbricação entre a imunidade do Estado e a de seus agentes. É importante salientar que uma tese, a da existência de exceção de *jus cogens* à imunidade, não implica a outra, a da inexistência de simetria entre a imunidade do Estado e a de seus agentes.

Ao verificar-se as próprias decisões, constata-se que, de fato, a decisão da Suprema Corte Norte-Americana, de 2010, decidiu que o *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976, aplica-se apenas aos Estados e seus órgãos e não a seus agentes, cujas imunidades continuam regidas pela *common law*. Também se constata que essa decisão foi complementada, em 2012, pela decisão da *Court of Appeals (4th Circuit)*, que decidiu que agentes públicos de outros países não têm direito à imunidade quando se tratar de violações de *jus cogens*. Por outro lado, nesse último caso, o Departamento de Estado Norte-Americano ofereceu parecer contrário ao reconhecimento de imunidade para *Samantar*, por outros fundamentos, a saber: 1) que *Samantar* era ex-agente de um Estado que no momento do julgamento não possuía um governo reconhecido para pleitear imunidade ou para manifestar-se quanto ao caráter oficial dos atos discutidos no caso; 2) que *Samantar* adquiriu *status* de residente permanente, que lhe conferia a proteção do direito dos Estados Unidos, mas também o tornava sujeito à jurisdição dos tribunais norte-americanos (UNITED STATES, 1976, 2010, 2012, §§37-38).

Diante disso, em que pese a clara intenção da *Court of Appeals (4th Circuit)* de criar uma jurisprudência que elimine a imunidade de agentes do Estado nas hipóteses de violações de normas imperativas do direito internacional, não se sabe o que aconteceria se o Departamento de Estado houvesse emitido parecer favorável ao reconhecimento da imunidade de *Samantar*, tendo em vista a deferência com que se espera que os tribunais norte-americanos tratem as manifestações do poder executivo em matérias afetas à política externa.

Nesse sentido, há pelo menos uma decisão posterior em sentido contrário à decisão no caso *Samantar*. Trata-se do caso *Rosenberg v. Pasha*, que a *Court of Appeals (2nd Circuit)* julgou em 2014, afirmando que a decisão de 2012 no caso *Samantar* foi contra o precedente por ela estabelecido no caso *Matar v. Dichter*, de 2009, e reiterando os termos da mesma, pelos quais, no contexto da *common law*, o judiciário deve ser deferente em relação às determinações do poder executivo em relação à imunidade de jurisdição estrangeira e que a mesma não preclui em face de um pleito baseado em violação de *jus cogens* (UNITED STATES, 2014-b).

Assim sendo, pode-se afirmar que a decisão em *Samantar* não é uma decisão representativa da posição dos Estados Unidos, mas tão somente do Tribunal de Apelação do Quarto Circuito, e que há decisão posterior, do Tribunal de Apelação do Segundo Circuito, em sentido oposto, de modo que a posição deste país em relação à imunidade de jurisdição de ex-agentes de Estados estrangeiros em face de violações de *jus cogens* segue em aberto até que a jurisprudência dos diversos circuitos se alinhe ou sobrevenha uma decisão da Suprema Corte.

Ainda com relação a indissociabilidade entre as imunidades do Estado e de seus agentes, a Corte Europeia, no parágrafo 203, além de referir jurisprudência doméstica de diversos países nesse sentido, menciona também a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Djibouti v. France*, no qual esta determinou que cabe ao Estado estrangeiro alertar o foro de que determinados atos são oficiais, no intuito de garantir a correta apreciação de sua imunidade e de seus agentes (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 203).

Assim, a Corte Europeia compreendeu que as evidências disponíveis apontavam para a unidade da imunidade de jurisdição dos Estados e de seus agentes, *verbis*:

204. The weight of authority at international and national level therefore appears to support the proposition that State immunity in principle offers individual employees or officers of a foreign State protection in respect of acts undertaken on behalf of the State under the same cloak as protects the State itself (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 204).

Note-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos trabalhou em sua decisão de modo a apresentar o direito de acesso a um tribunal no contexto da imunidade de jurisdição, apontou as decisões anteriores de sua própria lavra, com destaque para o precedente firmado em *Al-Adsani*, e aplicou os preceitos assim ilustrados à questão relativa à imunidade da Arábia Saudita e de seus agentes. Com relação a esses últimos, fez-se necessário enfrentar de modo mais específico as questões concernentes à extensão de seus atos oficiais, principalmente em face de violações de *jus cogens* e da prática de tortura.

#### 2.4.4 Existência de restrições especiais às imunidades de agentes estatais em casos de tortura

O pressuposto estabelecido até então pela Corte Europeia de Direitos Humanos foi que indivíduos só se beneficiam de imunidade jurisdicional *ratione materiae* pelo exercício de suas atribuições oficiais, assim “[the] fact that there is no general *jus cogens*

*exception as regards State immunity rules is therefore no determinative as regards claims against named State officials”* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 205).

Em seguida, a Corte Europeia considerou a prática de tortura e apontou que a Convenção contra a Tortura elenca como um dos elementos de sua definição ser o ato infligido por um agente público ou pessoa agindo nessa capacidade. Deste modo, à primeira vista, a tortura pode ser praticada como um ato oficial para fins de imunidade jurisdicional. Nesse mesmo sentido foi a posição da *House of Lords*, que rejeitou de forma unânime a posição de *Lord Mance*, no julgamento do caso *Jones* na *Court of Appeal*, de que a tortura, por ser um crime, não poderia constituir um ato oficial (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 206).

Na sequência, apontou-se que o projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados determina que os atos que órgãos estatais ou agentes públicos no exercício de autoridade governamental praticam são atribuíveis ao próprio Estado. Em seu arrazoado, os reclamantes concordam que os atos de tortura contra eles acarretam a responsabilidade internacional da Arábia Saudita, mas que isso se refere apenas à obrigação de reparar o dano no plano internacional. Isso não excluiria, na visão dos mesmos, a responsabilidade individual dos agentes que praticaram tais atos, conforme o artigo 58 do projeto. Ilustrativa dessa asserção, segundo os mesmos, é a existência de responsabilidade individual penal, que se mantém mesmo diante da natureza oficial dos delitos praticados. Ou seja, nem todo ato oficial atrai imunidade de jurisdição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 207).

Nesse sentido vale recordar o teor do artigo 58 do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, *verbis*: “*Article 58. Individual responsibility. These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State*”. Nos comentários que a Comissão de Direito Internacional elaborou, explicita-se que os artigos do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados não tratam de questões relacionadas à responsabilidade de indivíduos no exercício de competências estatais, e ressalta-se que a possibilidade de responsabilização dos mesmos é uma realidade na esfera penal e que é possível que futuros desenvolvimentos possam ocorrer em relação à responsabilidade de indivíduos em jurisdição cível (UNITED NATIONS, 2001, p. 142).

Os reclamantes também alegaram que qualquer imunidade jurisdicional foi eliminada com a vigência da Convenção contra a Tortura, cujo artigo 14 é uma previsão de jurisdição universal civil. Em reforço, afirmaram que essa é a posição do Comitê contra a Tortura. Em sentido diverso, ponderou a Corte Europeia, não há decisões de tribunais

internacionais que sustentem essa posição, além do que, tribunais do Canadá e Reino Unido a rejeitaram. Os Estados Unidos, por sua vez, ao ratificar a Convenção contra a Tortura fizeram uma reserva expressando o entendimento de que o artigo 14 só se aplica a atos de tortura praticados no foro. A Corte Europeia concluiu que a criação de jurisdição universal civil pela Convenção contra a Tortura é uma questão que está longe de ser resolvida, *verbis*: “*The question whether the Convention against Torture has given rise to universal civil jurisdiction is therefore far from settled*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 208).

O texto do artigo 14 da Convenção contra a Tortura, em sua literalidade, permite a interpretação que os reclamantes invocaram, pois, de fato, não explicita que a obrigação do dispositivo se restringe aos atos de tortura que aconteçam sob a jurisdição do Estado foro. É o que se pode conferir na redação do Decreto 40, de 1991, que o incorporou a ordem jurídica brasileira:

ARTIGO 14.

1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.

2. O disposto no presente Artigo não afetará qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais (BRASIL, 1991).

Seguindo adiante, a Corte Europeia apontou que a imunidade de jurisdição por atos de tortura é um tema que pouco aparece em instrumentos internacionais. A *International Law Commission* chegou a discutir o assunto e constatou que há uma tendência a afirmar que os Estados não fazem *jus* à imunidade por atos de tortura que pratiquem em seu próprio território, seja perante a jurisdição penal, seja perante a jurisdição civil. No entanto, a Comissão não propôs na ocasião uma emenda ao então projeto de Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens pois, embora constatasse a referida tendência, não houve consenso a respeito. A Corte Europeia fez também referência à Resolução de 2009 do *Institut de Droit International*, que instou os Estados a renunciar a imunidade de jurisdição quando seus agentes cometessem crimes internacionais e declarou que a imunidade *ratione materiae* não se aplica a crimes internacionais, inclusive em jurisdição civil (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 209).

Cabe destacar, na passagem acima, que a *International Law Commission*, no exercício de sua atividade de realizar estudos que possam contribuir para a codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional, constatou uma tendência, uma possibilidade de formação de norma, mas não uma norma costumeira vigente. Quanto às

resoluções do *Institut de Droit International*, apesar de sua inegável importância, as mesmas constituem contribuições doutrinárias, sugestões para o desenvolvimento do direito internacional, ou seja, também não constituem direito vigente. Destarte, pode-se afirmar que a exclusão da imunidade de jurisdição pela prática de tortura era uma discussão, ou, na melhor hipótese, uma possibilidade de norma costumeira em formação, mas que ainda não integrava o conjunto das obrigações internacionais até aquele momento.

A Corte Europeia pontuou que há pouca jurisprudência doméstica resultante de ações contra agentes estatais estrangeiros por violação de *jus cogens* e citou alguns casos de países de *common law* favoráveis à manutenção da imunidade dos agentes, a saber: *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, *Quebec Court of Appeal*, Canadá; *Fang and Others v. Jiang Zemin and Others*, *High Court*, Nova Zelândia; *Zhang v. Jiang Zemin and Others*, *New South Wales Court of Appeal*, Austrália (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 210; CANADA, 2012; NEW ZEALAND, 2006 ; AUSTRALIA, 2010).

A Corte Europeia mencionou a seguir as decisões norte-americanas nos casos *Belhas v. Ya'Alon (D.C. Circuit)*, de 2008, e *Matar v. Dichter (2nd Circuit)*, de 2009, oriundas de diferentes *Courts of Appeal*, que mantiveram a imunidade *ratione materiae* de agentes estrangeiros acusados de violações de *jus cogens*. No entanto, a situação tornou-se menos clara com a decisão da Suprema Corte no caso *Samantar*, de 2010, que, como dito alhures, decidiu que o *Foreign Sovereign Immunities Act* não se aplica aos agentes de Estados estrangeiros, cujas imunidades se regulam pela *common law*. Após esta decisão, a *Court of Appeals* do 4º Circuito, em 2012, aplicou a *common law* ao caso e entendeu que não há imunidade de jurisdição para agentes de Estados estrangeiros que violaram *jus cogens*. Ocorre que, em 2014, na decisão em *Rosenberg v Pasha*, a *Court of Appeals* do 2º Circuito confirmou sua posição de que não há exceção de *jus cogens* à imunidade de jurisdição de agentes estatais. Assim sendo há uma divisão entre os tribunais norte-americanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 211; UNITED STATES, 2008, 2009, 2010, 2012, 2014).

Nesse ponto da decisão, a Corte Europeia volta-se para a jurisdição penal, em que há *obiter dicta* em apoio à concepção de que cometer tortura não pode enquadrar-se no exercício de atribuições oficiais, e menciona as posições dos *Lords Browne-Wilkinson* e *Hutton* no caso *Pinochet*, de 1999, e a discussão Suíça no caso *Nezzar*, de 2012. Menciona ainda a decisão holandesa no caso *Bouterse*, de 2000, em que a exclusão de crimes graves como exercício das atribuições de um Chefe de Estado foi determinante para a exclusão da imunidade *ratione materiae*. Além disso, a Corte Europeia refere-se aos estudos da Comissão



de Direito Internacional sobre a imunidade de agentes do Estado em matéria penal, na condução dos quais o relator especial *Kolodkin*, em seu segundo relatório, apontou que há uma visão bastante compartilhada de que crimes graves contra o direito internacional não podem ser considerados atos oficiais e, portanto, não gozariam da proteção diante da jurisdição penal decorrente de imunidade *ratione materiae*. Sua sucessora na relatoria especial, *Concepción Escobar Hernández*, apontou que os membros da Comissão se dividiram quanto à questão (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, §§ 212, 100; NETHERLANDS, 2000; SWITZERLAND, 2012).

Destaca-se que a polêmica não diz respeito à responsabilização penal dos crimes graves contra o direito internacional, mas sim se a prática dos mesmos exclui o caráter oficial do ato. A disputa assume especial relevância no contexto da responsabilização civil e a Corte Europeia de Direitos Humanos assinalou que a discussão restava inconclusiva à época, o que impedia afirmar que o reconhecimento da imunidade dos agentes sauditas pelos tribunais britânicos configurava um desvio em relação aos preceitos do direito internacional, *verbis*:

However, while this is a matter which no doubt requires some further reflection in the context of judicial decisions on immunity or activities of international law bodies, it is not in itself sufficient reason for this Court to find that the grant of immunity in the present case did not reflect generally recognized rules of public international law (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 212).

Na visão da Corte Europeia, configura-se, à época, tendência à formação de uma exceção à imunidade de agentes estatais no direito internacional público quando se trata de pedidos de reparação civil em face da prática de tortura. No entanto, a posição predominante é a de que a imunidade de jurisdição do Estado não pode ser contornada acionando os seus agentes públicos em seu lugar. E a Corte acrescenta:

Taking the applicants' arguments at their strongest, there is evidence of recent debate surrounding the understanding of the definition of torture in the Convention against Torture; the interaction between State immunity and the rules on attribution in the Draft Articles on State Responsibility; and the scope of Article 14 of the Convention against Torture [...]. However, State practice on the question is in a state of flux, with evidence of both the grant and the refusal of immunity *ratione materiae* in such cases (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 213).

No caso *Jones*, a *House of Lords* procedeu a uma análise cuidadosa dos argumentos dos reclamantes em relação a uma exceção à regra da imunidade em decorrência da prática de tortura e concluiu que o direito internacional costumeiro ainda não contempla tal exceção à imunidade *ratione materiae* de agentes do Estado. Assim, o julgamento britânico não foi incorreto nem arbitrário (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 214).

Com isso, a Corte Europeia de Direitos Humanos decide, por seis votos a um, que o reconhecimento de imunidade aos agentes sauditas no caso *Jones* reflete as normas vigentes

no direito internacional e não constitui uma restrição injustificada do direito dos reclamantes de acesso a um tribunal. Por outro lado, a Corte reconhece que o tema passa por desenvolvimentos e deve permanecer sob escrutínio dos Estados membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, § 215).

A decisão fez-se acompanhar por uma opinião concorrente, do juiz albanês *Ledi Bianku*, no sentido de que a Câmara deveria ter encaminhado o caso ao Tribunal Pleno para que o mesmo avaliasse se o teste firmado no precedente *Al-Adsani* carecia de revisão (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, p. 61).

Há também que considerar-se o voto dissidente da juíza búlgara *Zdravka Kalaydjieva*, que considerou correto que antes do julgamento do caso *Jurisdictional Immunities*, em 2012, e do Comentário Geral n.3, de 2012, do Comitê contra a Tortura, não se havia ainda cristalizado uma exceção de *jus cogens* à regra da imunidade de jurisdição dos Estados (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, p. 62).

Por outro lado, a juíza *Kalaydjieva* funda o seu dissenso no ponto relativo aos agentes do Estado, em relação aos quais: 1) questiona como é possível afastar a imunidade em questões laborais e mantê-la quando se trata de reparações decorrentes da prática de tortura; 2) tem dificuldade em aceitar que as diferenças entre direito penal e direito civil justifiquem uma aplicação diferenciada da imunidade de jurisdição do Estado; 3) reluta em admitir que um processo civil contra um torturador tenha maior impacto nas relações internacionais entre dois países que o respectivo processo penal; 4) hesita em aceitar que, presente um torturador na jurisdição do foro, este possa ser penalmente acionado, mas, presente uma vítima, esta não possa acionar civilmente o seu torturador; e 5) indaga se o teste *Al-Adsani* foi corretamente empregado na parte da reclamação relativa aos agentes sauditas, que é uma questão nova (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, p. 62-63).

Em seu comentário à decisão, *Webb* aponta que ao manter a imunidade nos casos de tortura, a decisão *Jones* confirma uma situação peculiar, na qual se afasta a imunidade nas hipóteses de atividades comerciais, danos à pessoa (*personal injuries*) cometidos no Estado foro e disputas trabalhistas, mas, por outro lado, sustenta-se a mesma com firmeza na hipótese da prática de tortura, e remete à opinião dissidente da juíza *Kalaydjieva*. Para *Webb*, as distinções que se firmam entre os diferentes casos de imunidade, entre casos civis e criminais, entre aspectos procedimentais e substanciais, entre relações de trabalho e direitos humanos, dificilmente podem ser reconciliadas com movimentos mais amplos em defesa da responsabilização no plano internacional (WEBB, 2014).

Também em sua dissidência, a juíza *Kalaydjieva* considera lamentável a conclusão da maioria de considerar a imunidade dos agentes parte da imunidade do próprio Estado, pois tal decisão, segundo ela, é contrária aos princípios do direito internacional que preveem a responsabilização individual dos torturadores; e também discorda que, dado que um Estado não pode agir por si mesmo, mas apenas por meio de seus agentes, sempre que a imunidade puder ser invocada pelo Estado, o ponto de partida deve ser que a imunidade *ratione materiae* se estende aos seus agentes, pois, a seu ver, a aplicação desse raciocínio à tortura é inadmissível, pois estende a impunidade a agentes sem distinção ou justificativa adequada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, p. 63).

Nesse mesmo sentido é a visão de *Webb*, para quem a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Jones*, ao manter a imunidade jurisdicional de agentes do Estado mesmo em face de alegações de tortura, ampliou o significado do julgamento da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* e contrariou as tendências de responsabilização de agentes estatais de baixo escalão por violações graves de direitos humanos e de diversificação das modalidades de imunidade jurisdicional (WEBB, 2014).

Em outras palavras, para *Webb*, a decisão da Corte Europeia no caso *Jones v. United Kingdom* expõe um impasse no desenvolvimento atual do direito internacional que, ao mesmo tempo que evolui rumo a padrões mais rigorosos de acompanhamento e responsabilização pela violação de direitos no plano internacional, sustenta um padrão paralelo no que se refere à manutenção da imunidade de jurisdição em casos de tortura.

Por fim, constata-se que a maioria apertada do caso *Al Adsani*, que a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou em 2001, teve o seu argumento confirmado por ampla maioria pela Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, que a mesma julgou em 2012, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Jones v. UK*, em sua decisão de 2014. Assim, em que pese a continuidade das divergências e críticas, e o fato de que o direito internacional continua seu processo evolutivo, pode-se afirmar que o conteúdo do direito das imunidades jurisdicionais encontra-se razoavelmente estabelecido.

### 3 O DIREITO INTERNACIONAL DIANTE DAS ORDENS CONSTITUCIONAIS

A decisão italiana no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238*) é o reverso da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*. Nesta, o direito à compensação das vítimas de crimes de guerra foi afastado em vista do obstáculo representado pela imunidade de jurisdição do Estado. Naquela, sacrificou-se o direito que rege as relações de independência e harmonia entre os Estados para prestigiar os direitos fundamentais consagrados na ordem jurídica doméstica.

No entanto, a decisão da *Corte Costituzionale* Italiana no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238/2014*) não constitui exatamente uma inovação na jurisprudência constitucional europeia, estando calcada em decisões da própria *Corte Costituzionale* Italiana, nos casos *Frontini* (1973), *Granital* (1984), *Fragd* (1989), *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (2007). Do mesmo modo, a decisão em *Simoncioni* (*Sentenza 238*) apresenta alguma ressonância com as decisões do Tribunal Constitucional Alemão nos casos *Solange I* (1974), *Solange II* (1986), *Görgülü* (2004) e Tratado de Lisboa (2009) (ITALY, 1973, 1984, 1989, 2014; GERMANY, 1974, 1986, 2004, 2009).

Esses precedentes surgiram no contexto das relações entre o Direito Comunitário Europeu e as ordens constitucionais de Alemanha e Itália, ou então, como nos casos *Görgülü*, *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* e *E.P. v. Comune di Avellino*, de potenciais conflitos entre essas ordens constitucionais e a Convenção Europeia de Direitos Humanos conforme a interpreta a Corte Europeia de Direitos Humanos.

A doutrina internacionalista revela algum desconforto e discordância com a linha argumentativa dessas decisões, pois todas elas reconduzem a ordenação jurídica à questão de sua compatibilidade com a ordem constitucional do foro e resguardam o exercício dessa competência para as jurisdições constitucionais, o que faz ressurgir a velha abordagem dualista das relações entre o direito internacional e o direito doméstico (PETERS, 2014).

Pior que isso, o predomínio das jurisdições constitucionais frustra o predomínio normativo do direito internacional sobre o direito interno e torna menos efetiva a coordenação de interesses, o equilíbrio e a paz nas relações entre os Estados. Por outro lado, é possível afirmar que essas doutrinas representam uma reação dos Estados no sentido de garantir a identidade e a preservação dos valores fundamentais que suas ordens jurídicas consagram. Assim, a exposição desses casos e dos fundamentos de suas decisões é necessária para a compreensão adequada na decisão no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238*).

### 3.1 Formação e aplicação da doutrina da proteção equivalente

As decisões nos casos *Solange I* e *Solange II* lançaram as bases da doutrina da proteção equivalente, cujo requisito essencial é que a atribuição de poderes estatais a órgãos internacionais deve preservar um grau de proteção dos direitos fundamentais compatível com o que é assegurado pela Constituição Alemã.

Corolário da doutrina é que, em todo o relacionamento do Estado alemão com o direito internacional, resguarda-se a competência do Tribunal Constitucional para aferir a compatibilidade de normas e decisões de organismos internacionais em face dos direitos e garantias fundamentais que caracterizam a ordem jurídica da Alemanha.

O mecanismo utilizado em *Solange I*, *Solange II*, *Görgülü* e Tratado de Lisboa é o incidente de consulta, ou procedimento de referência preliminar, ou questão prejudicial, pelo qual o órgão judicante, diante de uma questão controversa que envolva o direito constitucional, o direito comunitário, ou direitos humanos, interrompe o processo e remete a questão ao órgão competente para dirimir as questões de interpretação relativas àquele corpo normativo. Cabe apontar que no caso do Tratado de Lisboa também se utilizou o procedimento para resolução de conflitos de competência.

No caso do direito constitucional, o órgão de referência é o Tribunal Constitucional. No caso do direito comunitário, o órgão de referência é o Tribunal de Justiça Europeu. No caso de direitos humanos, o órgão de referência é a Corte Europeia de Direitos Humanos. Em *Solange I* e *Solange II*, o órgão judicante suscita os tribunais de referência em sequência, primeiro com a indagação sobre o direito comunitário, para em seguida suscitar a questão constitucional. Em *Görgülü*, o órgão judicante depara-se com a incidência de decisões concomitantes e contraditórias de outros órgãos, tanto da jurisdição doméstica quanto da Corte Europeia de Direitos Humanos, para ao cabo remeter à questão ao Tribunal Constitucional.

No caso da constitucionalidade do Tratado de Lisboa, tem-se uma situação diferente, pois o caso chega ao Tribunal Constitucional em procedimento de controle de constitucionalidade, ante o questionamento de alterações no exercício de competências dos órgãos legislativos alemães. Nesta circunstância, coube ao Tribunal Constitucional definir os parâmetros de interpretação e os limites a certas cláusulas do Tratado de Lisboa, de forma a:

compatibilizar sua leitura com os princípios fundamentais da Constituição Alemã; declarar a compatibilidade vertical de determinados dispositivos, de modo a reiterar sua validade; e declarar a inconstitucionalidade de partes da legislação que operacionalizava a norma internacional, e que não atendiam certos preceitos constitucionais.

Em todos os casos há um ponto em comum: a manutenção da competência do Tribunal Constitucional Alemão para apreciar normas e decisões do direito internacional ou do direito comunitário à luz de sua compatibilidade com princípios fundamentais da ordem constitucional alemã. Outra característica marcante da doutrina da proteção equivalente é o reconhecimento, em princípio, da prioridade na aplicação das normas decorrentes de compromissos internacionais, o que leva a um esforço persistente de equilibrar os dispositivos por meios de restrições interpretativas ou de restrições à aplicação dos mesmos.

Desta forma, a doutrina da proteção equivalente, embora reserve ao Tribunal Constitucional a última palavra quanto à definição daquilo que é ou não compatível com os direitos fundamentais da Constituição Alemã, valoriza os compromissos e obrigações internacionais e os considera com atenção, de modo a preservar a proximidade e a compatibilidade da ordem doméstica e da ordem internacional.

### 3.1.1 Proposição da doutrina da proteção equivalente: o caso *Solange I*

O caso *Solange I* é um caso em dois tribunais e suscita a questão do relacionamento entre tribunais nacionais e tribunais europeus. Trata-se do caso *no. 11/70* do Tribunal de Justiça Europeu e do caso *no. 2 BvL 52/71* do Tribunal Constitucional Alemão. Ambos os casos lidam com um possível conflito entre um regulamento europeu sobre exportação e importação de produtos agrícolas e certas garantias fundamentais consagradas no direito comunitário europeu e na Constituição Alemã (EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 1970; GERMANY, 1974).

Mais do que a questão de fundo, o que interessa no caso, para os propósitos desta tese, é o exame da relação entre o direito comunitário e o direito constitucional e a construção, por parte do Tribunal Constitucional Alemão, da doutrina da proteção equivalente ou doutrina *solange*.

De todo modo, cabe apontar que a lide decorreu de regulamentos da Comunidade Econômica Europeia, predecessora da atual União Europeia, que estabeleceram um sistema de

licenciamento para exportação de produtos agrícolas. Tal sistema previa que, ao obter uma licença, a empresa exportadora deveria efetuar um depósito junto à autoridade competente em seu respectivo país. A partir desse momento, se a quota total autorizada não fosse exportada dentro do prazo determinado, a empresa perderia o depósito, salvo em caso de força maior (GERMANY, 1974, p. 384).

Em 1970, uma empresa de comércio internacional (*Internationale Handelsgesellschaft mbH*) requereu ao Tribunal Administrativo de *Frankfurt* a anulação da decisão de perda de depósito pelo não cumprimento da obrigação de exportar no prazo de validade da sua licença de exportação. O Tribunal Administrativo considerou que os regulamentos comunitários que criaram o sistema de licenciamento de exportação constituíam uma violação de certos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Alemã e, com o objetivo de dirimir a questão, suspendeu o processo e remeteu o caso para o Tribunal de Justiça Europeu, para que o mesmo se manifestasse, em procedimento de referência preliminar, sobre a validade das disposições em causa (EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 1970, p. 371-372).

Ao manifestar-se perante o Tribunal de Justiça Europeu, o Advogado Geral argumentou que a legalidade de medidas que a Comunidade adote só pode ser avaliada com base no direito comunitário e não em normas de direito nacional, mesmo que sejam normas constitucionais. Com isso, pediu ao Tribunal de Justiça que reafirmasse que o direito comunitário assegurava, por si e em todas as circunstâncias, a proteção dos direitos humanos reconhecidos como fundamentais. Finalmente, afirmou que o sistema de depósitos era necessário para o regular funcionamento do mercado de cereais na Comunidade e constituía a medida menos restritiva que poderia ser adotada para esse fim (EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 1970, p. 369-370).

Em sua decisão, o Tribunal de Justiça Europeu confirmou que a validade das medidas da Comunidade só poderia ser avaliada à luz do direito comunitário, pois do contrário esse sistema jurídico seria colocado em questão. Também confirmou que o direito comunitário respeitava direitos humanos fundamentais, pois se inspirava nas tradições constitucionais dos Estados membros e, portanto, teve de assegurar tais direitos em sua estrutura e objetivos. Finalmente, confirmou que o sistema de depósitos era necessário e constituía a medida menos restritiva possível e, assim, não violava nenhum direito fundamental (EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 1970, p. 378-381).

O Tribunal de Justiça Europeu notificou o Tribunal Administrativo de *Frankfurt* de sua decisão e este mais uma vez suspendeu o processo e encaminhou o caso para o

Tribunal Constitucional Alemão, para julgamento em procedimento de referência preliminar quanto à constitucionalidade dos regulamentos comunitários. Na submissão, o Tribunal Administrativo afirmou que não concordava com a decisão do Tribunal Europeu e que considerava que o sistema de depósito infringia direitos fundamentais e era, portanto, inconstitucional (GERMANY, 1974, p. 386).

O Tribunal Constitucional Alemão considerou, por cinco votos a três, que a questão constitucional era admissível, mas que os regulamentos comunitários em questão não eram incompatíveis com a Constituição.

O Tribunal Constitucional afirmou que, no caso, nada apoiava a sugestão de que as normas comunitárias estivessem em conflito com a Constituição Alemã e que o direito comunitário não era parte do sistema jurídico nacional ou do direito internacional, mas sim constituía um sistema jurídico independente com fontes autônomas (GERMANY, 1974, p. 387-389).

O Tribunal Constitucional Alemão acrescentou que, em princípio, as duas ordens jurídicas, a comunitária e a nacional, eram independentes e paralelas e, portanto, cabia ao Tribunal Europeu e demais órgãos comunitários competentes, decidir acerca da força obrigatória, interpretação e respeito ao direito comunitário, ao passo que as mesmas questões, em relação ao direito nacional, eram da competência dos órgãos nacionais, entre estes o próprio Tribunal Constitucional. Assim sendo, no caso de conflito entre as duas ordens jurídicas, não seria suficiente apontar a precedência do direito comunitário para justificar que esta deveria sempre prevalecer em relação à ordem doméstica, pois os Estados membros não estavam vinculados à ordem europeia de modo unilateral, uma vez que a ordem europeia estava obrigada a solucionar os conflitos que pudessem surgir com os preceitos constitucionais dos Estados membros (GERMANY, 1974, p. 388-390).

O dispositivo da Constituição Alemã (artigo 24.1) que fala de transferência de soberania para as instituições comunitárias não deve ser interpretado ao pé da letra, mas apenas como uma previsão para a abertura da ordem jurídica alemã para normas comunitárias de efeito direto, que são aquelas que, após sua edição pelos órgãos comunitários competentes, adquirem eficácia nos Estados membros independentemente de processo de incorporação à ordem jurídica doméstica. O artigo em questão não permite alterações no direito comunitário que possam modificar a estrutura da ordem constitucional (GERMANY, 1974, p. 389-390). A redação do dispositivo é a seguinte:

Artigo 24 – Transferência de direitos de soberania [...]

(1) A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei (GERMANY, 1949).



O Tribunal Constitucional ressaltou que a garantia de direitos fundamentais é uma característica intrínseca da Constituição Alemã e que o artigo 24.1 da mesma não permite que essas garantias sejam restritas sem possibilidade de controle. No momento da decisão, em 1974, as instituições europeias não contavam com um parlamento eleito perante o qual as instituições comunitárias fossem responsáveis, ou com uma carta de direitos segura e substancialmente comparável ao conjunto de direitos fundamentais que a Constituição Alemã consagrava. Assim, enquanto (*as long as, solange*) esse nível de segurança jurídica não fosse atingido no curso do processo de integração europeu, a reserva contida no artigo 24.1 permaneceria (GERMANY, 1974, p. 389-391).

Assim, no caso de um hipotético conflito entre a ordem jurídica comunitária e as garantias aos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã, a garantia aos direitos fundamentais prevaleceria enquanto (*as long as, solange*) os órgãos comunitários competentes não solucionassem tal conflito (GERMANY, 1974, p. 390-392).

O Tribunal Constitucional acrescentou que jamais poderia manifestar-se quanto à validade de uma norma comunitária. No máximo, poderia concluir que tal norma não poderia ser aplicada pelas autoridades alemãs devido à incompatibilidade das mesmas com direitos fundamentais. Apesar do Tribunal Europeu afirmar, já naquele momento, que possuía jurisdição para proteger direitos fundamentais conforme o direito comunitário, somente o Tribunal Constitucional era competente para proteger direitos fundamentais assegurados pela Constituição e nenhum tribunal poderia retirar dele esse dever. Além disso, não feria o direito da integração o fato dos Estados membros possuírem em suas constituições garantias mais fortes às liberdades de seus cidadãos que as previstas pelo direito comunitário. Por isso, uma questão constitucional oriunda de um tribunal alemão após o mesmo receber notificação de uma decisão do Tribunal Europeu era admissível (GERMANY, 1974, p. 392-393).

Quanto ao mérito da questão, os juízes do Tribunal Constitucional Alemão concordaram, de modo unânime, que o sistema europeu de licenciamento de exportações não prejudicava a livre iniciativa ou o direito de escolher uma profissão nem tampouco estipulava exigências excessivamente onerosas (GERMANY, 1974, p. 367).

Cabe ainda apontar que três dos oito juízes votaram contra a admissibilidade da questão constitucional por compreender que o artigo 24.1 da Constituição Alemã, objetivamente interpretado, permitia a transferência de poderes soberanos às instituições europeias e exigia que os atos soberanos que tais instituições praticassem fossem

reconhecidos pela Alemanha, impedindo que tais atos fossem passíveis de exame de constitucionalidade (GERMANY, 1974, p. 399-400).

Segundo esses magistrados, a transferência de poderes soberanos só seria possível se a comunidade supranacional se vinculasse aos mesmos princípios fundamentais e inalienáveis presentes na Constituição Alemã. Em sua visão, essa exigência estava satisfeita com relação à Comunidade Econômica Europeia, pois o Tribunal de Justiça Europeu havia repetidas vezes enfatizado que a observância dos direitos fundamentais integrava os princípios que a mesma era obrigada a observar. Além disso, naquele momento todos os Estados que integravam a comunidade haviam ratificado a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual passaria a ser utilizada para aferir os princípios jurídicos fundamentais comuns aos diferentes sistemas jurídicos dos países membros da Comunidade (GERMANY, 1974, p. 399-401).

Os magistrados dissidentes criticaram a posição da maioria pois esta poderia, segundo eles, conduzir a uma situação na qual determinadas normas comunitárias poderiam ser aplicáveis em alguns Estados membros e em outros não, o que colocaria em questão a existência da comunidade e a própria noção de unificação europeia. Finalmente, afirmaram que a possibilidade do Tribunal Constitucional Alemão avaliar a aplicabilidade de legislação comunitária a partir do exame de sua compatibilidade com direitos fundamentais constitucionais equivalia a exercer o controle de validade do próprio direito comunitário, o que excedia sua competência (GERMANY, 1974, p. 401-402).

No entanto, apesar desse posicionamento, o Tribunal Constitucional Alemão manteve, e mantém até os dias de hoje, sua prerrogativa de avaliar, em última instância, se as normas comunitárias respeitam o princípio da proteção equivalente, oferecendo um grau de proteção aos direitos fundamentais compatível com as exigências e características da ordem jurídica da Alemanha. Por outro lado, à medida que as instituições e o sistema jurídico comunitário evoluíram tornou-se possível ampliar o grau de deferência ao mesmo, como se pode ler a seguir.

### 3.1.2 Confirmação da doutrina da proteção equivalente: o caso *Solange II*

Em 22 de outubro de 1986, o Tribunal Constitucional Alemão apreciou o caso *Solange II* (*No 2 BvR 197/83*), que conferiu maior autonomia ao sistema jurídico da

Comunidade Europeia ao reduzir as hipóteses de admissibilidade de revisão constitucional de suas normas. A decisão permaneceu fiel aos pressupostos da jurisprudência firmada em 1974, na decisão do caso *Solange I*, que afirmou que a manutenção de um nível de proteção aos direitos fundamentais equivalente ao que a ordem constitucional alemã proporcionava era uma condição para a eficácia da presunção de superioridade das normas e decisões judiciais e administrativas comunitárias.

O caso *Solange II* teve por objeto um pedido de licença para a importação de cogumelos para a Comunidade Econômica Europeia, que o Departamento Alemão de Alimentação e Silvicultura recusou em 1976. A empresa requerente (*Wünsche Handelsgesellschaft*) questionou a validade dos regulamentos comunitários que motivaram o indeferimento da licença junto ao Tribunal Administrativo de *Frankfurt*, que julgou o pedido improcedente. A decisão ensejou um recurso interlocutório ao Supremo Tribunal Administrativo Alemão, o qual, em resposta ao recurso, suspendeu o processo e solicitou um julgamento em procedimento de referência preliminar ao Tribunal de Justiça Europeu sobre a validade das normas em questão. A decisão do Tribunal Europeu foi pela validade dos regulamentos, com o que o Supremo Tribunal Administrativo Alemão encerrou o caso e se recusou a reiterar a consulta ao Tribunal Europeu para maiores esclarecimentos ou a encaminhar consulta preliminar sobre a matéria ao Tribunal Constitucional Alemão (GERMANY, 1986, p. 408-418).

A decisão ensejou uma reclamação constitucional por parte da empresa, sob a alegação de que o Tribunal de Justiça Europeu não considerou do modo devido suas alegações e que, portanto, o julgamento deste foi incorreto e incompleto, o que constituiu uma violação aos direitos constitucionais fundamentais da proteção judicial e do direito de acesso a um tribunal. O argumento da empresa foi que o Tribunal Europeu deveria assegurar o respeito em seus procedimentos aos princípios da Constituição Alemã, além de que, sendo o mesmo competente para apreciar o caso, o Supremo Tribunal Administrativo não poderia deixar de devolver-lhe o caso para maiores esclarecimentos. A empresa também alegou que as exigências do sistema de licenciamento violavam os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proporcionalidade, que tinham precedência sobre a legislação comunitária, de modo que o Supremo Tribunal Administrativo deveria ter decidido pela inaplicabilidade dos regulamentos europeus por violarem direitos constitucionais fundamentais que têm precedência ante as normas comunitárias conflitantes (GERMANY, 1986, p. 418-419).

Dessa forma, o Tribunal Constitucional deveria, conforme o precedente estabelecido em 1974, i.e. em *Solange I*, declarar os regulamentos inaplicáveis por violarem

direitos fundamentais ou renovar a consulta ao Tribunal de Justiça para um novo julgamento em procedimento de referência preliminar.

Em decisão unânime, o Tribunal Constitucional decidiu que as alegações de violações ao direito de proteção judicial, ao direito de acesso a um tribunal e à vedação de tribunais de exceção eram admissíveis, mas as indeferiu quanto ao mérito; quanto às alegações relativas a violações dos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade, julgou-as inadmissíveis (GERMANY, 1986, p. 419, 426, 437).

Ao julgar a reclamação, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que o Tribunal Europeu era a corte que os Tratados da Comunidade Europeia legalmente instituíram para conhecer aquela espécie de caso e que esta atribuição de competência era conforme o artigo 101.1 da Constituição da Alemanha, que diz:

Artigo 101 - Proibição de tribunais de exceção

(1) São proibidos os tribunais de exceção. Ninguém pode ser privado de seu juiz legal.

(2) Tribunais para matérias especiais só podem ser instituídos por lei (GERMANY, 1949).

Assim sendo, o Tribunal Europeu, em diversos casos, exerceu sua competência e aplicou suas regras processuais ao decidi-los em última instância, no exercício de sua independência judicial. Da mesma forma, nesses casos, as regras processuais que o Tribunal Europeu aplicou satisfizeram os requisitos do devido processo em um estado de direito, em particular, tais regras processuais asseguraram o direito à audiência, o direito a apresentar e contestar argumentos e provas relativos ao objeto da causa, bem como o direito de escolher livremente assistência jurídica especializada (GERMANY, 1986, p. 419-421).

Seguindo em seu arrazoado, o Tribunal Constitucional pontuou que o Tribunal Europeu não era uma instituição alemã, mas uma instituição comum às Comunidades Europeias. Por isso, o entrelaçamento funcional das jurisdições do Tribunal Europeu e dos Estados membros, aliado ao fato do direito comunitário integrar a ordem jurídica aplicável pelos tribunais da Alemanha, conferiram ao Tribunal Europeu o caráter de juízo natural e o situou sob a proteção do artigo 101.1, da Constituição Alemã, no que se refere ao exercício de suas competências. Isso é particularmente relevante, no caso, em relação à previsão do direito comunitário de que o Tribunal de Justiça Europeu detinha autoridade final, em relação aos tribunais dos Estados membros, para decidir quanto à interpretação e a validade das normas de direito comunitário. Assim sendo, as ordens jurídicas dos Estados membros e a ordem jurídica comunitária não se justapuseram sem comunicação, mas, ao contrário, interligaram-se de diversas formas e se abriram a efeitos recíprocos. Esta conclusão do Tribunal

Constitucional se harmonizava com a obrigação da Alemanha, conforme o direito internacional, de tomar todas as medidas possíveis para cumprir as obrigações que decorreram dos tratados que regiam a integração europeia. Assim, a Alemanha cumpriu suas obrigações em relação à competência do Tribunal Europeu e à sua supremacia para decidir quanto à interpretação e à validade do direito comunitário incorporando-o à sua ordem constitucional (GERMANY, 1986, p. 420-422).

Adiante, o Tribunal Constitucional se referiu ao seu julgamento no caso *Solange I*, em que declarou que o artigo 24.1 da Constituição, que tratou da transferência de soberania para instituições interestatais, tornou possível na ordem jurídica alemã o efeito direto, que consiste na possibilidade de certas normas comunitárias se tornarem eficazes na ordem jurídica dos Estados membros sem necessidade de passar por um processo de incorporação. A redação do dispositivo é a seguinte:

Artigo 24 – Transferência de direitos de soberania [...]

(1) A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei (GERMANY, 1949).

No arrazoado, o Tribunal Constitucional ponderou que nem o artigo 24.1 da Constituição Alemã, nem o direito internacional continham quaisquer regras que estabelecessem a aplicação direta de normas convencionais oriundas de organizações internacionais ou que determinassem que o Estado alemão deveria dar prioridade a tais disposições convencionais em relação às disposições do direito local. Assim, mesmo um tratado que conferisse prioridade às suas disposições em face da legislação doméstica necessária, para sua eficácia, de uma norma de incorporação ao direito interno. Por isso, para obter esses efeitos em relação aos Tratados da Comunidade Europeia, a Alemanha promulgou atos de acessão aos mesmos, que os tornaram eficazes na ordem doméstica, em particular os dispositivos relativos ao efeito direto do direito comunitário e à sua proeminência em face do direito interno (GERMANY, 1986, p. 425-428).

O Estado alemão produziu essas normas de incorporação de modo compatível com sua Constituição, a partir de seus artigos 24.1, já mencionado, e 59.2, que diz:

Artigo 59 - Poder de representação internacional

[...]

(2) Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou envolvam matérias da legislação federal, requerem a aprovação ou a intervenção dos respectivos órgãos competentes de legislação federal, sob a forma de uma lei federal.

Para acordos administrativos aplicam-se por analogia as disposições relativas à administração federal (GERMANY, 1949).

Em seguida, ressaltou-se que a Constituição, ao possibilitar a transferência de soberania para uma organização internacional, através de seu artigo 24.1, não permitia que a mesma ocorresse com prejuízo de suas partes estruturais, em especial, dos princípios jurídicos relativos aos direitos fundamentais. Consequentemente, uma transferência de soberania para uma organização internacional como a Comunidade Europeia, cujos poderes poderiam violar direitos fundamentais, só poderia ocorrer caso essa organização oferecesse garantias aos mesmos que, em substância e eficácia, fossem semelhantes aos que a Constituição proporcionava (GERMANY, 1986, p. 427-428).

Ou seja, somente a garantia de uma proteção equivalente àquela que a Constituição já oferecia é que viabilizaria a transferência de competências estatais, nas três esferas de governos, às instituições comunitárias. Consequentemente, a permanência da vinculação e respeito a essas instituições e suas regras segue condicionada à manutenção de padrões de garantias a direitos fundamentais compatíveis com a ordem constitucional alemã.

Em seguida, o Tribunal Constitucional referiu-se novamente ao caso *Solange I*, no qual decidiu que o direito comunitário não evidenciava a presença das garantias necessárias para prevenir a violação de direitos fundamentais. Portanto, era necessário, de acordo com a reserva implícita no artigo 24.1 da Constituição Alemã, que fosse possível a revisão da compatibilidade constitucional do direito comunitário, e que tal revisão permanecesse até que a Comunidade Europeia adotasse um catálogo de direitos, por meio de um parlamento democraticamente eleito, com validade e alcance comparáveis à proteção que a ordem jurídica alemã oferecia (GERMANY, 1986, p. 428-430).

Nesse ponto se evidencia, novamente, a formação da doutrina da proteção equivalente, cuja satisfação configura os requisitos para o funcionamento autônomo das instituições europeias. Ao mesmo tempo, nota-se que o direito constitucional segue como o ponto de referência em relação ao qual torna-se possível aferir a qualidade da ordem jurídica comunitária.

O Tribunal Constitucional assinalou então que, após o julgamento do caso *Solange I*, estabeleceu-se no seio da Comunidade Europeia um certo grau de proteção dos direitos fundamentais com caráter permanente e cujo conteúdo e modo de aplicação eram comparáveis aos padrões constitucionais alemães. Isso se evidenciava pelo fato de que todas as principais instituições europeias reconheceram formalmente, em abril de 1977, por meio de declaração conjunta do Conselho, da Comissão e do Parlamento da Comunidade, a obrigação de respeitar os direitos fundamentais, em especial os que as Constituições dos Estados

membros e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 consagraram, no exercício de suas competências e na busca dos objetivos comunitários (GERMANY, 1986, p. 429-432).

O Tribunal Europeu desenvolveu os princípios dessa proteção dos direitos fundamentais em sua jurisprudência, incorporou-os ao direito comunitário e os aplicou em diversas situações. Além disso, as competências e normas processuais do Tribunal Europeu asseguraram o acesso ao mesmo, bem como a revisão judicial e a execução adequadas da aplicação do direito comunitário, o que garantiu, de modo geral, a proteção efetiva dos direitos fundamentais (GERMANY, 1986, p. 430-431).

O Tribunal Constitucional acrescentou ainda que o direito comunitário satisfaz o requisito, estabelecido em *Solange I*, de aprovar um catálogo de direitos fundamentais por um parlamento democraticamente eleito, o que aconteceu em 1974, quando todos os Estados membros se tornaram partes na Convenção Europeia de Direitos Humanos, após a aprovação de seus respectivos parlamentos. No mesmo sentido, da parte da Comunidade, deu-se a declaração conjunta, acima mencionada, do Conselho, da Comissão e do Parlamento Europeus que reconheceu a obrigação de respeitar os direitos fundamentais constantes nas Constituições dos Estados membros e na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Juntas, as ratificações à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a declaração conjunta dos principais órgãos comunitários foram reconhecimento parlamentar suficiente de um catálogo europeu de direitos fundamentais (GERMANY, 1986, p. 434-435).

Desse modo, o Tribunal Constitucional adotou a posição de que, enquanto (*as long as, solange*) o direito comunitário e, em especial, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu assegurarem uma proteção eficaz dos direitos fundamentais, à qual o exercício dos poderes soberanos comunitários estiver sujeita e que seja substancialmente similar à proteção que a Constituição Alemã oferece, o Tribunal Constitucional não exercerá jurisdição em relação à aplicabilidade ou constitucionalidade da legislação comunitária (GERMANY, 1986, p. 436-437).

Percebe-se com isso que a doutrina da proteção equivalente, da forma como se apresentou no caso *Solange I*, persiste em seus fundamentos, mas que sua aplicação avançou para reconhecer que a ordem europeia satisfaz os requisitos de proteção aos direitos fundamentais que a ordem jurídica alemã exige e que, enquanto assim for, o Tribunal Constitucional Alemão não fará o controle de constitucionalidade da legislação comunitária, ante a presunção de que esta respeita e provê um padrão de garantias suficiente.

### 3.1.3 Posição das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos no direito alemão: o caso *Görgülü*

O caso *Görgülü* (*No 2 BvR 1481/04*) é similar aos casos anteriores, pois também discute a relação entre as obrigações internacionais do Estado e a ordem jurídica local. No entanto, é diferente dos mesmos, pois não diz respeito a relação entre a ordem doméstica e o direito comunitário europeu. Seu objeto é a relação entre as obrigações decorrentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o princípio constitucional que consagra a independência dos tribunais alemães.

Esse julgamento, de 14 de outubro de 2004, também conhecido como “*Turkish Citizen G v. Naumburg Higher Regional Court*”, é a primeira ocasião em que o Tribunal Constitucional Alemão explica como as instituições jurídicas alemãs devem aplicar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em seus processos. A decisão estabelece um meio termo entre o princípio constitucional que consagra a independência dos tribunais locais e o princípio do direito internacional que prescreve a primazia das obrigações convencionais sobre a ordem doméstica.

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso *Görgülü* é que um tribunal local deve levar em consideração as obrigações internacionais, pois estas integram a ordem doméstica e, assim sendo, compõem o acervo de normas e precedentes que o julgador tem de enfrentar para resolver de forma metodologicamente justificável, ou seja, com fundamento adequado, uma questão judicial. Convém ressaltar que essa solução retira a relação da ordem interna com a ordem internacional do plano automático da obediência e da hierarquia e a situa no plano argumentativo da deferência e da relevância.

O requerente, um cidadão turco, não soube do nascimento de seu filho em 25 de agosto de 1999, pois interrompera contato com a mãe em julho daquele mesmo ano. A mãe da criança não o identificou como pai para as autoridades e entregou o menino para adoção no dia seguinte ao seu nascimento, de modo que a criança esteve sob os cuidados dos pais adotivos desde o quarto dia de vida. Em outubro de 1999, o requerente tomou conhecimento do nascimento e de que o menino fora entregue para adoção, a partir daí ele buscou perfilhá-lo e obter sua guarda, o que levou a uma disputa judicial contra os pais adotivos. O tribunal local decidiu a favor do requerente em março de 2001, mas esta decisão foi revertida pelo Tribunal Regional Superior de *Naumburg* em junho do mesmo ano, com a exclusão de seus direitos de acesso à criança pelo período de um ano, com base no melhor interesse da criança. O



requerente então buscou o Tribunal Constitucional Alemão que, em decisão de julho daquele ano, recusou-se a admitir seu recurso (GERMANY, 2004, §§ 2-4).

Em setembro de 2001, o requerente solicitou acesso ao seu filho junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, sob alegação de que os tribunais alemães violaram o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que protege o direito à vida familiar, ao forçar uma adoção a despeito dos direitos do pai biológico de criar seu filho. Em fevereiro de 2004, de modo unânime, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu a favor do requerente. Em relação à guarda, reiterou sua jurisprudência segundo a qual nos casos em que existem laços familiares com uma criança, o Estado deve agir de forma a garantir a reunião do pai ou mãe natural com seu filho. Com relação ao direito de acesso, decidiu que a suspensão das visitas por um ano era uma medida desproporcional, que excedia a margem de discricionariedade das autoridades alemãs (GERMANY, 2004, §§ 9-12).

Em decisão posterior, o Tribunal Regional Superior de *Naumburg* recusou-se a aplicar a decisão Corte Europeia de Direitos Humanos, afirmando que esta decisão vinculava apenas o Estado alemão, enquanto sujeito de direito internacional público, e não os órgãos, autoridades e juízes domésticos responsáveis pela administração da justiça, que eram independentes, conforme o artigo 97.1 da Constituição Alemã (GERMANY, 2004, § 17).

O requerente contestou esta decisão junto ao Tribunal Constitucional Alemão, sob a alegação de violações de seus direitos fundamentais à dignidade, à igualdade perante a lei e à família, conforme previsão na Constituição Alemã, e de seu direito fundamental a um processo equitativo, consignado na Convenção Europeia de Direitos Humanos (GERMANY, 2004, § 17; 1949).

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a decisão do Tribunal Regional Superior de *Naumburg* foi contrária ao artigo 6º da Constituição e sua interpretação à luz do princípio do estado de direito, pois não levou suficientemente em consideração o julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos (GERMANY, 2004, §§ 28-29). A redação do dispositivo é a seguinte:

Artigo 6 - Matrimônio - Família – Filhos

- (1) O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal.
- (2) A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública.
- (3) Contra a vontade dos responsáveis por sua educação, os filhos só podem ser separados da família em virtude de lei, quando falharem os encarregados da tutela ou no caso de os filhos correrem o risco de abandono por outros motivos.
- (4) Toda mãe tem o direito à proteção e à assistência da comunidade.
- (5) Para os filhos ilegítimos, a legislação tem de criar as mesmas condições de desenvolvimento físico e espiritual e de posição na sociedade, como para os filhos legítimos (GERMANY, 1949).

Em sua apreciação, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que, embora a Convenção Europeia de Direitos Humanos fosse um tratado cuja operação se dava entre os Estados partes no plano do direito internacional público, no sistema jurídico alemão, ou seja, no plano interno, ela possuía o caráter de legislação federal. Assim, o efeito vinculante de uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos se estendia a todos os órgãos do Estado e lhes impunha o dever, dentro de suas esferas de competência, de fazer cessar qualquer violação à Convenção (GERMANY, 2004, §§ 30-32).

O Tribunal Constitucional prosseguiu e afirmou que um acordo cujo objetivo era a proteção regional dos direitos humanos expressava um compromisso da Constituição Alemã em relação ao direito internacional. Assim, dever-se-ia considerar, na solução do caso, que a Constituição conferiu às regras do direito internacional uma primazia em relação à legislação doméstica ordinária. Por outro lado, essa primazia não tornou os tratados autoexecutáveis no seio do sistema jurídico alemão, pois sua Constituição se estruturou a partir da noção de que a relação entre o direito internacional e o direito interno acontecia entre dois sistemas jurídicos distintos e que a natureza desse relacionamento só podia ser determinada, do ponto de vista do direito interno, tendo em conta as próprias normas do direito interno. Consequentemente, o direito que decorria dos acordos internacionais se aplicava no plano doméstico somente quando já se houvesse operado a sua incorporação ao sistema jurídico interno na forma adequada e em conformidade com o direito constitucional (GERMANY, 2004, §§ 33-36).

Desse modo, os julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos eram obrigatórios no plano do direito internacional, cabendo a cada Estado determinar por si mesmo como daria efeito a tais pronunciamentos decisórios. No caso específico da Alemanha, a sua ordem jurídica demandava que cada autoridade alemã levasse essas decisões em consideração (GERMANY, 2004, §§ 37-46).

Assim sendo, prosseguiu o Tribunal Constitucional em sua decisão, a obrigatoriedade de uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre um determinado órgão do Estado dependia da área de competência desse órgão. E ressaltou que um órgão estatal não tinha o direito de desconsiderar a jurisdição constitucional ou a obrigatoriedade da legislação ordinária, mas, ao mesmo tempo, possuía o dever de levar em conta as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Esse posicionamento implicava, para o órgão público em questão, tomar conhecimento tanto dos dispositivos pertinentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos quanto das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que incidiam sobre a sua esfera de competência e aplicar as mesmas conforme o caso, desde que essa maneira de agir não violasse normas de hierarquia superior, em

particular normas de direito constitucional. Enfim, afirmou que o controle de constitucionalidade da interpretação e aplicação de acordos internacionais que tivessem sido incorporados ao sistema jurídico doméstico com força de legislação ordinária era regido pelos mesmos princípios que definiam a autoridade do Tribunal Constitucional para apreciar a constitucionalidade de decisões judiciais (GERMANY, 2004, §§ 47-63).

Especificamente, em sua decisão, o Tribunal Constitucional definiu que o princípio que vincula o juiz ao sistema normativo, constante no artigo 20.3 da Constituição Alemã, inclui a obrigação de levar em conta as garantias previstas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos, como parte de uma hermenêutica jurídica metodologicamente justificável, pois tais normas integram a legislação ordinária que o judiciário tem a obrigação de fazer cumprir (GERMANY, 2004, § 53). Diz o referido dispositivo:

Artigo 20 - Princípios constitucionais – Direito de resistência

[...]

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

[...] (GERMANY, 1949).

Assim, a aplicação do direito deve ter em conta as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, para isso, os órgãos estatais precisam considerar os efeitos das mesmas sobre o sistema jurídico nacional. Isso é particularmente relevante quando se trata de subsistemas da ordem jurídica doméstica cujos efeitos legais foram balanceados para buscar alcançar um certo grau de equilíbrio entre diferentes direitos fundamentais (GERMANY, 2004, § 57).

Essa parte da decisão suscitou alguns temores entre internacionalistas, pois poderia levar a um menor grau de efetividade da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que permitiria a um tribunal local divergir do direito internacional quando ocorresse um conflito com um segmento bem balanceado do sistema jurídico local. Nessa hipótese, caberia ao legislador evitar a violação do direito internacional ou fazê-la cessar (MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 168-169).

Dessa forma, o Tribunal Constitucional Alemão concluiu que a decisão do Tribunal Regional Superior de *Naumburg* não levou suficientemente em conta a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos e com isso violou o artigo 6º da Constituição e o princípio do estado de direito. A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos deveria ter levado o Tribunal de *Naumburg* a considerar se, e até que ponto, o direito de visita do

requerente ao seu filho poderia ser assegurado, tendo em vista ao mesmo tempo, o respeito aos melhores interesses da criança (GERMANY, 2004, §§ 64-70).

Com isso, o Tribunal Constitucional Alemão devolveu o processo ao Tribunal de *Naumberg*, para uma nova decisão em uma Câmara diferente da que proferiu a decisão anterior (GERMANY, 2004, §§ p. 386).

Observa-se no caso *Görgülü* que o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que tanto a falha em levar em conta uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos quanto a sua efetivação de modo esquemático, com a violação de normas de hierarquia superior, podem desrespeitar os direitos fundamentais e o princípio do estado de direito. Assim, o juízo firmou a obrigação dos tribunais alemães considerar os efeitos das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos no sistema jurídico nacional. Em outras palavras, essas decisões são parte relevante do conjunto de normas e precedentes que devem ser interpretados e aplicados pelos tribunais, no entanto, não gozam de uma eficácia automática e independente do contexto jurídico local.

#### 3.1.4 O caso da Constitucionalidade do Tratado de Lisboa

O caso do Tratado de Lisboa resultou da reunião de seis processos (*Nos 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 and 2 BvR 182/09*) que o Tribunal Constitucional Alemão julgou em 30 de junho de 2009 (GERMANY, 2009, p. 561).

O objeto desses processos foi a legislação alemã que aprovou e tornou operacional na ordem doméstica o Tratado de Lisboa, que foi a resposta dos Estados membros da União Europeia à rejeição, em 2005, por meio de referendos na França e nos Países Baixos, do tratado que pretendia estabelecer uma constituição para a Europa. Quando se tornou claro que o Tratado Constitucional não entraria em vigor, os Estados membros o substituíram pelo Tratado de Lisboa, que retinha grande parte de seu conteúdo, mas abandonava qualquer simbologia ou pretensão constitucional. Ainda assim, o Tratado de Lisboa trouxe mudanças importantes na estrutura e funcionamento da União Europeia, inclusive a atribuição de personalidade jurídica à mesma. Os vinte e sete Estados membros da União Europeia assinaram o Tratado de Lisboa em 13 de dezembro de 2007, após o que o mesmo deveria passar por procedimentos de ratificação em cada um deles (GERMANY, 2009, §§ 1-3, 29-32).

Em 2008, o Parlamento Alemão (*Bundestag*) e o Conselho Federal Alemão (*Bundesrat*) concordaram com a Lei de Aprovação do Tratado de Lisboa, no entanto, no momento em que este último deveria entrar em vigor, constatou-se que a Emenda Constitucional aos artigos 23 e 45 da Constituição Alemã e a Lei de Extensão e Fortalecimento dos Direitos do Parlamento e do Conselho Federal relativos à União Europeia, necessários à vigência do tratado, ainda estavam pendentes (GERMANY, 2009, §§ 78-79).

O artigo 23 dispõe sobre a colaboração da Alemanha para a unificação da Europa, situando-a em relação à necessidade de proteção de direitos fundamentais e submetendo-a ao princípio da subsidiariedade. O artigo 45 determina que o Parlamento Alemão nomeie uma comissão para assuntos da União Europeia que pode receber autorização para exercer algumas das competências do mesmo (GERMANY, 1949).

A razão das pendências é que indivíduos e grupos de parlamentares solicitaram medidas liminares ou interpuseram ações para evitar que a Alemanha se vinculasse ao Tratado de Lisboa. Como resultado, a Chefia de Estado afirmou que não assinaria o documento de ratificação até que o Tribunal Constitucional Alemão decidisse sobre o mérito das questões. Dessas medidas judiciais, duas eram relativas a conflitos de competência (*Organstreit*) e quatro eram reclamações constitucionais (GERMANY, 2009, §§ 98-99).

Todos esses processos constitucionais contestaram a Lei de Aprovação e dois deles a Emenda Constitucional e a Lei de Extensão. Os reclamantes alegaram a violação do artigo 38 da Constituição Alemã, que lhes conferia, como alemães com direito ao voto, o direito de concorrer nas eleições para o Parlamento, de participar do processo de legitimação da autoridade estatal em nível federal e de influenciar em seu exercício. Eles sustentaram ainda que a transferência de poderes para a União Europeia com a Lei de Aprovação atentaria contra esses direitos, pois iria retirar a legitimação e o exercício da autoridade do Estado da influência dos requerentes. Tal atentado transgrediria os limites à autorização constitucional para o processo de integração constante nos artigos 23.1 e 79.3 da Constituição Alemã e, sendo assim, não se justificava (GERMANY, 2009, §§ 100-101).

De acordo com o artigo 38.1, “[os] deputados do Parlamento Federal alemão são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto. São representantes de todo o povo, independentes de quaisquer encargos e instruções e subordinados unicamente à sua consciência” (GERMANY, 1949).

O artigo 23.1, por sua vez, diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e ao princípio da subsidiariedade no âmbito da União Europeia, nos seguintes termos:

Artigo 23 - União Europeia – Proteção dos direitos fundamentais – Princípio da subsidiariedade

(1) Para a realização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribuirá para o desenvolvimento da União Europeia, que está comprometida com os princípios democráticos, de Estado de direito, sociais e federativos e com o princípio da subsidiariedade e que garante uma proteção dos direitos fundamentais, comparável em sua essência à garantia constante nesta Lei Fundamental. Para tal, a Federação pode transferir direitos de soberania através de lei com anuência do Conselho Federal. Para a criação da União Europeia, bem como para as alterações dos tratados constitutivos e de todas as normas correlatas, através dos quais esta Lei Fundamental venha a ser modificada ou complementada em seu conteúdo ou que ensejarem tais mudanças ou complementações, aplica-se o artigo 79 §2 e 3 (GERMANY, 1949).

Por seu turno, o artigo 79 trata das alterações à Constituição Alemã, e em seu parágrafo 3, estatui que “[uma] modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20” (GERMANY, 1949).

Os requerentes alegaram que houve violação do princípio da democracia, que a Constituição Alemã consagra nos artigos 23.1 e 79.3, em dois aspectos: 1) prejuízo às competências do Parlamento; 2) falta de legitimidade democrática na União Europeia. Além disso, o Tratado de Lisboa cruzou, segundo os mesmos, um limite que iria tornar insignificantes as competências originais do legislador alemão, o que equivaleria ao abandono das próprias competências estatais. Afirmaram também que as bases democráticas da União Europeia não conseguiram acompanhar o processo de integração. Finalmente, alegaram que com a Lei de Aprovação a Alemanha perderia a sua condição de Estado (GERMANY, 2009, §§ 103-104, 108, 111).

Os requerentes nos processos de conflito de competência (*Organstreit*) contestaram a Lei de Aprovação e, em algumas partes, as leis que a acompanharam. Entre outras coisas, alegaram que estas normas violaram o seu *status* jurídico como membros do Parlamento, conforme o artigo 38.1 da Constituição Alemã. Também solicitaram que o Tribunal Constitucional declarasse que a Lei de Aprovação violou os direitos do Parlamento enquanto órgão legislativo, uma vez que transferiu os poderes relativos à tomada democrática de decisões para além do permitido pelos Artigos 23.1 e 79.3 da Constituição Alemã, o que tornou tal transferência inconstitucional (GERMANY, 2009, § 132).

Com relação ao artigo 38, o mesmo abre o título da Constituição Alemã relativo ao Parlamento e dispõe sobre as eleições. Em seu parágrafo 1, consta que “[os] deputados do Parlamento Federal alemão são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto. São representantes de todo o povo, independentes de quaisquer encargos e instruções e subordinados unicamente à sua consciência” (GERMANY, 1949).

Após considerar o teor das queixas relativas a violações de competência, o Tribunal Constitucional decidiu que um dos conflitos suscitados era inadmissível. Quando ao outro, que dizia respeito à violação de poderes do Parlamento relativo ao emprego das forças armadas alemãs, considerou-o admissível, porém infundado e por isso acabou por rejeitá-lo (GERMANY, 2009, p. 561, §194).

Com relação às reclamações constitucionais, o Tribunal Constitucional as considerou admissíveis na medida em que alegaram a violação do princípio da democracia, a perda do caráter de Estado da República Federal da Alemanha e a violação do princípio do *welfare state*; e basearam-se no artigo 38.1 da Constituição Alemã. Considerou-se as mesmas também parcialmente procedentes porque, apesar do Tratado de Lisboa, da Lei de Aprovação e da Emenda à Constituição cumprirem os requisitos constitucionais, a Lei de Extensão violou o artigo 38.1 e o artigo 23.1 da Constituição Alemã, pois não elaborou de modo satisfatório os direitos de participação dos órgãos legislativos alemães. Cabe apontar que o Tribunal Constitucional rejeitou como infundados todos os demais aspectos das reclamações (GERMANY, 2009, p. 561-562).

Assim, o Tribunal Constitucional decidiu que a Alemanha só poderia depositar o instrumento de ratificação do Tratado de Lisboa após reformular e colocar em vigor uma versão da Lei de Extensão que tratasse os direitos de participação política de modo constitucionalmente adequado, conforme as especificações que o mesmo elaborou em seu julgamento (GERMANY, 2009, p. 562).

O Tribunal Constitucional apontou que o parâmetro para controle constitucional foi o direito ao voto, que a Constituição Alemã consagra no artigo 38.1, enquanto elemento concreto do princípio da democracia, que integra os princípios constitucionais que o artigo 79.3 da Constituição Alemã declara invioláveis e insuscetíveis de balanceamento com outros interesses jurídicos. Desse ponto de vista, uma violação da identidade constitucional (*Verfassungsideutität*), que o artigo 79.3 da Constituição Alemã codifica infringiria o poder constituinte originário, pois o povo não concedeu nenhum poder para alterar estes princípios constitucionais essenciais (GERMANY, 2009, §§ 208-218).

Por outro lado, o Tribunal Constitucional ressaltou que a Constituição Alemã e o princípio da democracia abrem-se ao objetivo de integrar a Alemanha em uma ordem pacífica internacional e europeia. Isso permite que exista um sistema para a formação de decisões políticas distinto daquele determinado pela Constituição Alemã, mas que tem como limite a inalienável identidade constitucional do Estado. Assim, o princípio da abertura para a Europa permite ampla transferência de poderes soberanos para a União Europeia, desde que se

mantenha a soberania nacional e que os Estados membros não percam a sua capacidade política e social de moldar as suas próprias condições de vida (GERMANY, 2009, §§ 219-226).

Em seguida, o Tribunal Constitucional afirmou que a Constituição Alemã não concede aos órgãos que atuam em nome da Alemanha o poder de ingressar em um Estado federado europeu, pois essa medida configura uma transferência irrevogável de soberania e, portanto, está reservada a uma manifestação direta de vontade do povo alemão (GERMANY, 2009, § 228).

Nesse sentido, ressaltou o Tribunal Constitucional, concebe-se a União Europeia como uma associação de Estados nacionais soberanos, assim, somente estes podem alterar as características fundamentais do processo de integração. Da mesma forma, são os povos dos Estados membros, ou seja, os cidadãos de cada um deles, os protagonistas do processo de legitimação democrática, de modo que os Estados membros permanecem os senhores dos tratados e a União Europeia não é um Estado federal (GERMANY, 2009, §§ 229-231, 272, 325).

Mesmo assim, é de esperar que se forme uma opinião política independente no plano europeu e que o mandato de integração incorpore os conceitos de *acquis communautaire*, poderes implícitos e *effet utile*. No entanto, as etapas da integração são, em princípio, revogáveis. Por conseguinte, caso um Estado membro decida retirar-se do processo de integração, nem a União Europeia nem os demais Estados membros podem impedi-lo. Além disso, o princípio da atribuição (*principle of conferral*) é um princípio do direito europeu, bem como do direito dos Estados membros, de modo que a Constituição Alemã não permite que a União Europeia receba competência para determinar ou ampliar os seus próprios poderes (*kompetenz-kompetenz*). É muito importante que se respeite o princípio da atribuição e que o programa de integração regional seja suficientemente preciso, pois poderes amplos e abrangentes não podem ser outorgados (GERMANY, 2009, §§ 233-234, 236, 239).

Note-se que o Tribunal Constitucional Alemão esclarece em que condições os poderes que os Estados membros atribuíram aos órgãos comunitários devem ser exercidos e que também compreende que a União Europeia, em decorrência de seus objetivos e estrutura, desenvolve com o tempo uma dinâmica própria de funcionamento, guiada por interesses comunitários relativamente autônomos. Assim, há uma tensão entre o adequado exercício das competências no plano europeu, que exige um grau elevado de autonomia, e a manutenção das identidades constitucionais dos Estados membros.



Esse tipo de raciocínio, diante desse tipo de tensão, também está presente na relação entre o direito internacional e os direitos internos, com a diferença, que aparentemente está a reduzir-se, que o sistema internacional está mais distante do dia-a-dia das ordens domésticas e, portanto, permite um maior espaço de acomodação aos seus comandos normativos. No entanto, na medida em que o direito internacional se expande, se diversifica e perde o seu caráter de ordem jurídica de coordenação das ordens domésticas, para assumir diversas pretensões de regular matérias antes afetas ao domínio reservado dos Estados, os questionamentos relativos aos campos de atuação das ordens jurídicas nacionais e internacional, aos seus campos de contato e sobreposição e às relações de hierarquia entre as mesmas tornam-se mais frequentes.

Opina-se que a tendência dos Estados, diante de hipotéticos conflitos entre suas ordens domésticas e a ordem internacional, é atribuir a solução dos mesmos aos seus tribunais constitucionais, com todos os inconvenientes que um controle constitucional das normas internacionais pode trazer.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que o programa de integração da União Europeia deve ser suficientemente preciso. Dado que o povo não decide diretamente, a legitimação democrática só pode ser obtida por meio da responsabilidade parlamentar. Uma atribuição ampla de competência para o exercício da autoridade pública, em particular se tal exercício tiver efeito obrigatório para as ordens jurídicas nacionais, não pode ser outorgada pelos órgãos legislativos alemães. Na medida em que os Estados membros elaboram direito convencional que permita a reforma de tratados sem um procedimento de ratificação e mediante a participação exclusiva ou predominante das instituições europeias, ainda que atenda a requerimento de unanimidade e respeite o princípio da atribuição (*principle of conferral*), incide uma especial responsabilidade sobre os corpos legislativos alemães, em acréscimo à atuação do poder executivo (*Federal Government*), no contexto de participação que, na Alemanha, tem de ser internamente observado conforme as exigências do artigo 23.1 da Constituição, que diz respeito à responsabilidade pela integração, e que pode ser invocado em quaisquer procedimentos perante o Tribunal Constitucional (GERMANY, 2009, § 236).

Ou seja, os órgãos legislativos alemães não podem renunciar às suas competências essenciais, que lhes foram designadas pelo povo. Assim sendo, a outorga de um poder de reforma dos tratados europeus, sem exigência de ratificação posterior, deve incluir a participação e a supervisão efetiva das casas parlamentares dos Estados membros. Isso é

necessário para que se respeite o princípio de participação democrática, por isso, qualquer violação desse preceito poder ser suscitada em jurisdição constitucional.

Do mesmo modo, aplica-se o requisito constitucional de promulgação da legislação conforme o artigo 23.1 da Constituição Alemã quando se transferem poderes soberanos e também quando ocorrer qualquer modificação dos textos que formam a base do direito primário europeu. Portanto, para que se aprovelem procedimentos de revisão simplificados que atinjam tais poderes ou normas, são necessárias salvaguardas adequadas, que preservem a participação dos órgãos legislativos alemães (GERMANY, 2009, §§ 239, 242-243).

O Tribunal Constitucional considerou possuir um duplo papel. Por um lado, a revisão *ultra vires* é possível se ocorrerem transgressões óbvias dos limites das competências que os Estados membros delegaram, desde que se frustrate a solução jurídica perante as instituições da União Europeia. Por outro lado, o Tribunal Constitucional deve preservar o conteúdo essencial inviolável da identidade constitucional. Isto não contradiz o princípio da cooperação leal porque, diante do aprofundamento do processo de integração, é a única forma de salvaguardar as estruturas constitucionais fundamentais e a soberania dos Estados membros. Além disso, a primazia de aplicação do direito da União Europeia decorre do exercício de poderes constitucionais, cuja fidelidade e compatibilidade podem ser alvo de controle de constitucionalidade (GERMANY, 2009, § 240).

O Tribunal Constitucional segue e afirma que o princípio da democracia estabelece limites ao conteúdo das competências soberanas que os Estados membros podem delegar para a União Europeia. Isso não significa que seja possível determinar de início quais poderes soberanos devem necessariamente permanecer com o Estado. Assim, em princípio, pode-se delegar competências até mesmo em áreas que tradicionalmente são parte central das competências estatais (GERMANY, 2009, §§ 247-248).

Apesar disso, os Estados membros têm que manter espaço suficiente para a configuração política de suas condições de vida econômica, cultural e social. Isso ocorre porque as decisões relativas ao direito penal, ao monopólio do poder de polícia e das atividades militares, as decisões fundamentais em matéria de receitas e despesas públicas e as relativas ao estado de bem-estar social, as decisões culturalmente importantes em matéria de direito de família, sobre as escolas e o sistema educacional e relativas às comunidades religiosas são particularmente importantes para a capacidade de um Estado constitucional moldar-se democraticamente. Assim, a transferência de competências nessas áreas é possível, desde que se dê de forma restrita (GERMANY, 2009, §§ 249-260).

Em seguida, a Corte Constitucional aponta que a cláusula de salvaguarda da estrutura e o princípio da democracia impõem requisitos constitucionais ao processo de tomada de decisão e à organização da União Europeia. Enquanto o princípio da atribuição é respeitado, a legitimação que os parlamentos e governos nacionais proporcionam, e que o Parlamento Europeu complementa e aprova, é em princípio suficiente. Se, no entanto, ultrapassar-se o limite que caracteriza um Estado federal, o que não é o caso nas circunstâncias em análise, surgem a necessidade de satisfazer exigências democráticas mais rigorosas (GERMANY, 2009, §§ 261-265).

A Constituição Alemã não exige congruência estrutural, ou seja, que existe correspondência entre as instituições nacionais e as instituições europeias. A autodeterminação democrática no plano supranacional não precisa apresentar as mesmas formas que a Constituição Alemã define para o Estado Alemão, permitindo-se a derrogação dos princípios organizacionais nacionais. Uma vez que a União Europeia exercita apenas autoridade pública derivada, não precisa adequar-se completamente aos requisitos democráticos que seus Estados membros devem satisfazer. No entanto, a União Europeia deve adequar-se aos princípios democráticos proporcionais ao seu *status* e função (GERMANY, 2009, §§ 227, 266-271).

O Tribunal Constitucional destaca que o Conselho da Europa não é uma instituição parlamentar, mas sim um órgão de representação dos Estados-Membros, e, assim, não precisa constituir-se de forma proporcional, mas sim conforme o princípio da igualdade dos Estados. O Parlamento Europeu, por seu turno, é um órgão de representação dos povos, que os cidadãos da União Europeia elegem diretamente, e constitui uma fonte adicional de legitimação democrática, no entanto, não pode e não precisa adequar-se aos padrões de funcionamento dos parlamentos nacionais no que diz respeito à sua composição. A Comissão Europeia também não precisa cumprir de forma rigorosa os requisitos de um governo plenamente responsável (*accountable*) ante seus cidadãos. Em lugar das formas de legitimação democrática estatais, a União Europeia é livre para buscar suas próprias formas de suplementação democrática por meio de formas novas e adicionais para a tomada de decisões políticas de forma transparente ou participativa (GERMANY, 2009, §§ 271-272).

Com relação à Lei de Aprovação, o Tribunal Constitucional considera a mesma compatível com a Constituição Alemã, pois não viola o direito de voto, uma vez que através da eleição de representantes para o Parlamento e o Conselho Federal, o povo continua a decidir as questões políticas essenciais. Além disso, a eleição do Parlamento Europeu é um meio complementar de participação política que proporciona suficiente legitimidade ao

sistema de poderes que os Estados membros conferiram à União Europeia e que não precisa aplicar a regra da igualdade de oportunidades de sucesso, uma vez que não se trata do órgão de representação política de um povo soberano. Enfim, o grau de legitimidade da União Europeia também é adequado aos requisitos constitucionais, desde que se respeite o princípio da atribuição. Com a Lei de Aprovação, a Alemanha não abandona a sua soberania e, do mesmo modo, o Tratado de Lisboa não afeta a questão da legitimação democrática (GERMANY, 2009, §§ 274-288).

O Tribunal Constitucional analisa ainda diferentes meios de legitimação da autoridade pública europeia e conclui que, quando se compara os mesmos com os requisitos da democracia nos Estados, há um déficit que não se justifica, pois este poderia ser compensado por outras disposições do Tratado de Lisboa. No entanto, como se mantém o princípio de atribuição, os Estados membros permanecem os mestres do tratado e assim preserva-se a sua autoridade soberana, de modo que se pode compreender que o Tratado de Lisboa é compatível com os requisitos da Constituição Alemã (GERMANY, 2009, §§ 298-305).

Adiante, o Tribunal Constitucional afirma que as disposições individuais do Tratado de Lisboa, como os procedimentos de revisão simplificados, as cláusulas-ponte ou a cláusula de flexibilidade, não põem em questão a transferência de poderes soberanos. Assim, o procedimento de revisão simplificado não altera a exigência da Constituição Alemã para a publicação de uma lei conforme o artigo 23.1 da Constituição. Portanto, para que a Alemanha aprove o procedimento de revisão simplificado, é necessário o voto favorável de dois terços dos membros do Parlamento e de dois terços dos votos do Conselho Federal (GERMANY, 2009, §§ 306-312).

O Tribunal Constitucional comenta ainda que as cláusulas-ponte podem conduzir à votação por maioria qualificada no Conselho da Europa e a uma mudança do processo legislativo, que deixa de ser especial e passa a ser ordinário. Nestas circunstâncias, os órgãos legislativos alemães têm de exercer a sua responsabilidade pela integração, por meio da produção da legislação necessária para que a Alemanha aprove essas mudanças. Essa exigência não se aplica nos casos das cláusulas-ponte especiais, que estabelecem competências legislativas bem delimitadas pelo próprio texto do tratado. No entanto, nesses casos, os órgãos legislativos alemães têm outro papel a desempenhar no cumprimento de sua responsabilidade pela integração, qual seja, têm de aprovar a Emenda Constitucional necessária para que a Alemanha aprove no Conselho da Europa as cláusulas-ponte especiais (GERMANY, 2009, §§ 313-321).

Em seguida, o Tribunal Constitucional decide que não é possível interpretar o Tratado de Lisboa de modo a nele incluir a capacidade para determinar ou ampliar os seus próprios poderes (*kompetenz kompetenz*), de forma que a cláusula de flexibilidade do artigo 352 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia significa que o programa de integração continua previsível e ainda pode ser determinado pelos órgãos legislativos alemães. Portanto, a utilização da cláusula de flexibilidade requer, por força da Constituição Alemã, ratificação pelo Parlamento e pelo Conselho Federal alemães (GERMANY, 2009, §§ 322-328).

O Tribunal Constitucional recorda que o direito de se retirar da União Europeia aparece pela primeira vez no direito primário e enfatiza a soberania dos Estados membros, de modo que o processo de integração europeia não é irreversível (GERMANY, 2009, §§ 329-330).

O Tribunal Constitucional ressalta que o Tratado de Lisboa não estabelece primazia absoluta para a aplicação do direito da União Europeia, o que seria constitucionalmente questionável. No mesmo sentido, são as legislações nacionais, ao atribuir efeito aos tratados, que tornam a jurisprudência dos tribunais europeus vinculantes, bem como admitem a primazia da aplicação do direito da União Europeia. Deste modo, a Corte Constitucional é capaz de julgar inaplicável direito da União Europeia na Alemanha em circunstâncias excepcionais, se esta for a única maneira de evitar a violação de princípios fundamentais da Constituição Alemã (GERMANY, 2009, §§ 331-343).

Acrescente-se ainda que, na visão do Tribunal Constitucional, o Tratado de Lisboa não afeta o território ou a cidadania do Estado alemão (GERMANY, 2009, §§ 344-350).

Em seguida, o Tribunal Constitucional estabelece princípios para o exercício de alguns poderes que o Tratado de Lisboa transfere para a União Europeia. Em áreas de especial importância para a democracia, como o direito penal ou as normas relativas às forças armadas, deve-se interpretar os poderes que o Tratado de Lisboa transfere de modo restrito e não extensivo, além de que a utilização desses poderes exige justificativa específica. O Tribunal Constitucional reitera que só é possível empregar tais poderes com a participação ou aprovação obrigatórias dos órgãos legislativos alemães (GERMANY, 2009, §§ 351-369, 381-391).

O Tribunal Constitucional avaliou as disposições do Tratado de Lisboa sobre a política comercial comum e o investimento estrangeiro direto e considerou que as mesmas

não apresentam problemas de compatibilidade constitucional (GERMANY, 2009, §§ 370-380).

Com relação ao princípio do estado de bem-estar social, o Tratado de Lisboa não o afetou de modo constitucionalmente censurável. No entanto, com relação ao procedimento de parada de emergência, o representante alemão só pode exercer seu direito no Conselho Europeu se receber instruções dos órgãos legislativos alemães (GERMANY, 2009, §§ 392-400).

A Emenda à Constituição Alemã não apresenta problema de forma ou conteúdo, sendo assim constitucional. O direito de interpor uma ação subsidiária com quórum mínimo de um quarto dos membros do Parlamento Alemão e o poder de delegação que a Emenda prevê não violam os princípios democráticos (GERMANY, 2009, §§ 401-405).

A Lei de Extensão, por outro lado, viola o artigo 38.1, bem como o artigo 23.1 da Constituição, em relação aos direitos de participação dos órgãos legislativos alemães. A Lei de Extensão não cria as condições para a participação do Parlamento e do Conselho de Estado Alemães no procedimento de monitoramento do respeito ao princípio da subsidiariedade nem no procedimento de rejeição de emendas aos tratados por meio dos mecanismos previstos nas cláusulas-ponte. Como mencionado anteriormente, as alterações de dispositivos convencionais sem um procedimento de ratificação constituem uma responsabilidade específica dos órgãos legislativos e a participação dos mesmos nesses processos de alteração deve adequar-se aos requisitos constitucionais. A Lei de Extensão não cumpre esses requisitos, pois não estabelece os direitos necessários para que os órgãos legislativos desempenhem suas atribuições conforme determina a Constituição da Alemanha (GERMANY, 2009, §§ 406-419).

Como se pode ver, a decisão no caso do Tratado de Lisboa representa a aplicação da doutrina da proteção equivalente no intuito de resguardar as prerrogativas constitucionais dos órgãos políticos da República Federal da Alemanha. Cabe apontar que a metodologia segue a de avaliar se os dispositivos podem sofrer interpretação que os torne conformes ao texto constitucional, reservando-se a declaração de inconstitucionalidade apenas para aspectos específicos em que se identifica que o nível de deferência à ordem jurídica alemã está abaixo dos parâmetros jurídicos que caracterizam sua ordem jurídica.

Ante os casos expostos, tem-se que a doutrina da proteção equivalente propõe um diálogo construtivo entre a ordem interna e a ordem internacional, baseada em um tratamento deferente à esta última e em busca de seu aprimoramento. A seguir, observa-se a doutrina

irmã, do *controlimiti*, e como a mesma se organizou e os aspectos que a distinguem da doutrina *solange*.

### 3.2 Ensaio da aplicação da doutrina do *controlimiti*

A doutrina do *controlimiti* postula que há valores na Constituição italiana que prevalecem em face do direito internacional e afirma a competência última da *Corte Costituzionale* para o julgamento de tais casos.

A *Corte Costituzionale* apresentou a doutrina do *controlimiti* no julgamento do caso *Frontini* (1973) e a confirmou na decisão do caso *Granital* (1984). A sentença no caso *Fragd* (1989) discutiu sua aplicação em face do direito de acesso a um tribunal e as decisões nos casos *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (2007) trataram de sua aplicação em relação a decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Esses casos envolveram conflitos entre o direito internacional e dispositivos da Constituição Italiana e sua discussão se deu em sede de procedimento incidental de controle de constitucionalidade.

Ao introduzir a análise dessas decisões, deve-se assinalar que o direito internacional adentra a ordem jurídica italiana por meio de diferentes dispositivos constitucionais, conforme os quais opera efeitos distintos nesse ordenamento.

Assim, os princípios gerais de direito e as normas costumeiras internacionais produzem efeitos na ordem jurídica italiana por conta do artigo 10.1 de sua Constituição, que diz: “O ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas”. Essa dicção constitucional atribui a essas categorias de normas a capacidade de operar efeitos sem a necessidade de atos legislativos que as incorporem à ordem doméstica.

O direito comunitário, por sua vez, recebe sua força do artigo 11 da Constituição Italiana, que reza: “A Itália [...] consente, em condições de paridade com os outros Estados, as limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações”. Assim, entende-se que o direito comunitário corresponde a uma limitação à soberania italiana que possibilita a criação de uma ordem jurídica supranacional e diretamente aplicável pelo juiz local.

Quanto às obrigações internacionais decorrentes de tratados, estas operam seus efeitos e se distinguem do direito comunitário em razão do artigo 117.1 da Constituição

Italiana, que estatui: “O poder legislativo é exercido pelo Estado e pelas regiões no respeito da Constituição assim como pelos vínculos provenientes do ordenamento comunitário e das obrigações internacionais”. Compreende-se que a dicção estabelece distinção entre as obrigações decorrentes de tratado e a legislação oriunda do direito comunitário. Por isso, as obrigações internacionais de origem convencional não constituem ordem jurídica supranacional, nem possuem efeito direto na ordem interna e, portanto, necessitam que legislação doméstica promova sua incorporação à ordem jurídica italiana.

Essa compreensão acerca da eficácia das normas internacionais se integra à elaboração de seu controle em sede de jurisdição constitucional, que origina a doutrina do *controlimiti*, cuja evolução observa-se brevemente a seguir.

Os casos *Frontini* (1973) e *Granital* (1984) discutiram a imposição de tarifas aduaneiras e definiram as questões da aplicação direta dos regulamentos da então Comunidade Econômica Europeia, de sua operação na ordem italiana independentemente de normas de incorporação e da possibilidade de controle de sua constitucionalidade apenas na hipótese de violação a garantias constitucionais fundamentais, com a qual funda a doutrina do *controlimiti*.

O caso *Fragd* (1989) reiterou a jurisprudência anterior, discutiu a compatibilidade da definição dos efeitos temporais de uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu com o artigo 24.1 da Constituição Italiana, que trata do direito de acesso a um tribunal, e firmou, no que interessa à doutrina do *controlimiti*, que o exercício regular das competências que os tratados comunitários atribuíram ao Tribunal Europeu não enseja exame de constitucionalidade.

Por sua vez, os casos *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (2007) discutiram os efeitos de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos na ordem italiana, e definiram que estas, assim como outras obrigações internacionais que decorrem de tratados, não constituem uma ordem supranacional e, portanto, não gozam das características de efeito direto ou de preferência de aplicação em relação à legislação doméstica. Assim, para defender a eficácia de uma norma decorrente de um tratado internacional é necessário conferir se a mesma é compatível com a Constituição Italiana e, em seguida, suscitar a inconstitucionalidade da legislação doméstica por violação indireta do artigo 117.1 da Constituição Italiana.

Em todos esses casos afirma-se a competência da *Corte Costituzionale* para apreciar a constitucionalidade de normas decorrentes do direito internacional. No caso do direito comunitário ou do direito internacional geral, esse exame se restringe à



compatibilidade com princípios constitucionais fundamentais. No caso de obrigações internacionais decorrentes de tratados, esse exame abrange a compatibilidade com todos os dispositivos constitucionais.

Nesses casos, também se elucida: que o direito comunitário não revoga o direito interno italiano, pois pertence a outro sistema jurídico, mas afasta a sua aplicação pelo juiz ordinário; que o direito internacional geral incorpora-se automaticamente como direito constitucional, em virtude do artigo 10.1, e assim revoga e impede a produção de legislação com ele incompatível; que as obrigações internacionais que decorrem de tratados, e das decisões de tribunais internacionais que os mesmos instituem, precisam de legislação interna que os incorpore, a qual possui *status* de legislação intermediária, i.e. abaixo da Constituição, mas que não pode ser revogada pela legislação ordinária.

Cabe destacar que, em todas as hipóteses, deve-se buscar a interpretação que permita compatibilizar a legislação doméstica, o direito internacional e as disposições constitucionais. Somente se esse exercício de interpretação se revelar inviável é que se torna possível travar a discussão acerca da constitucionalidade.

Dessa forma, a doutrina do *controlimiti* ressalva a supremacia dos valores constitucionais, de modo mais ou menos abrangente, conforme as normas em questão, ao passo que reconhece, em princípio, que deve haver deferência para com as obrigações resultantes do direito internacional.

### 3.2.1 Posição do direito comunitário entre as fontes do direito italiano: o caso *Frontini v. Ministero delle Finanze* (1973)

O caso *Frontini* (no. 183/73) foi a primeira ocasião em que a *Corte Costituzionale* se defrontou com a questão da posição dos tratados comunitários no sistema jurídico italiano e foi a primeira elaboração da doutrina do *controlimiti*. Na decisão, afirmou-se que os regulamentos europeus não estavam em conflito com a soberania do Estado, pois o artigo 11 da Constituição os resguardava, uma vez que autorizava, em igualdade de condições com outras nações, limitações à soberania para alcançar a paz e a justiça entre as nações. Por outro lado, não se admitiria tais limitações se as mesmas violassem princípios fundamentais da ordem constitucional ou direitos fundamentais dos indivíduos, situação em que a *Corte*

*Costituzionale* declarou possuir poderes para controlar a constitucionalidade das normas dos tratados europeus (DICOSOLA, 2007, p. 3).

Com relação ao contexto do caso, trata-se de uma questão constitucional na qual *Commercio Prodotti Alimentari Sri*, um importador de queijos para a Itália, e *Franco Frontini*, seu agente de carga (*forwarding agent*), interpuseram recurso junto ao Tribunal de Turim contra a imposição de uma tarifa de importação que o Conselho da Comunidade Econômica Europeia instituiu por meio de seus regulamentos, com efeito direto no sistema jurídico italiano, ou seja, aplicáveis sem necessidade de processo de incorporação. Ao apreciar o recurso, o tribunal declarou que os regulamentos impugnados, em si, não eram atos oriundos do exercício de competências legislativas do governo central ou das regiões italianas e, portanto, não eram passíveis de revisão constitucional. Por outro lado, a Lei de Ratificação do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, de 1957, que inseriu a Itália no sistema jurídico comunitário, era legislação doméstica que o Estado italiano aprovou no exercício de suas competências soberanas e estava, portanto, sujeita ao exame de sua compatibilidade constitucional (ITALY, 1973, p. 516-517).

Cabe ressaltar, desde logo, que no caso *Frontini* a *Corte Costituzionale* considerou válida a Lei de Ratificação do Tratado da Comunidade Econômica Europeia e regular a utilização das competências previstas em seu artigo 189. A importância do precedente decorre não da decisão no caso específico, mas dos critérios que estipulou para o exercício do controle de constitucionalidade, pois especificou que o exercício de poderes comunitários dentro dos limites constantes nos tratados que os estabeleceram deveria ocorrer sem obstáculos e que a atuação do Tribunal reservava-se a eventuais abusos que pudessem ameaçar princípios fundamentais da ordem jurídica italiana.

Além disso, apresenta-se nessa decisão uma característica da doutrina do *controlimiti*, que é o exame indireto da constitucionalidade de normas originárias de obrigações internacionais e, particularmente, de normas de direito comunitário. Uma vez que o Estado italiano concorda por meio de tratados internacionais em conferir determinadas competências a certos órgãos europeus, e devido a esses órgãos serem distintos do Estado italiano e atuarem em outra esfera jurídica, tendo por base não as normas constitucionais, mas sim os tratados constitutivos que compõem a legislação primária europeia, não é possível, na visão da *Corte Costituzionale*, proceder ao exame da constitucionalidade do exercício das competências legislativas comunitárias. Assim, o artifício que se emprega é realizar o controle das normas internas que realizam a incorporação das obrigações internacionais na ordem jurídica italiana e, assim, controlar também os efeitos decorrentes dessas normas de

incorporação. Ou seja, o caminho que a doutrina do *controlimiti* encontra é buscar o vício de inconstitucionalidade não na norma comunitária em si, mas na norma interna ou nos efeitos decorrentes da norma interna que torna eficaz a obrigação impugnada na ordem jurídica italiana.

*Frontini e Prodotti Alimentari* impugnaram o artigo 189 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, que estabeleceu a competência do Conselho Europeu para aprovar regulamentos gerais, dentro de sua esfera de competência, obrigatórios e diretamente aplicáveis em todos os Estados membros. Reproduziu-se esse dispositivo, sem alterações, nos tratados que sucederam o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, de modo que a disposição corresponde atualmente ao artigo 288, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, *verbis*:

Artigo 288

Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos (UNIÃO EUROPEIA, 2016, grifo do autor).

Desse modo, o artigo 189 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia conferiu amplos poderes legislativos para que a Comunidade editasse normas diretamente aplicáveis na ordem jurídica doméstica dos Estados membros. Em consequência, o dispositivo afastava a incidência de diversos mecanismos de controle e salvaguarda do processo legislativo que a Constituição Italiana previa, e ainda prevê, em seus artigos 23 e 70 a 77.

O conteúdo dos mesmos, em brevíssima síntese, é o seguinte: o artigo 23 estipula que “[nenhuma] prestação pessoal ou patrimonial pode ser imposta, a não ser com base na lei”; o artigo 70 estabelece que as duas casas do parlamento exercem a função legislativa; o artigo 71 determina que o governo, os parlamentares, o povo, ou as instituições e órgãos que a constituição indica exercem a iniciativa legislativa; o artigo 72 trata do processo legislativo; o artigo 73 refere-se à promulgação das leis; o artigo 74 permite que o Presidente da República devolva uma lei ao parlamento para uma nova deliberação; o artigo 75 prevê a realização de referendo, mediante proposta popular ou de Conselhos Regionais, para a revogação de leis; o artigo 76 proíbe a delegação do exercício da função legislativa ao governo, salvo por tempo

limitado e em assuntos definidos; o artigo 77 proíbe ao governo emitir decretos com valor de lei, salvo delegação legislativa ou em casos extraordinários (ITALY, 1948; 1973, p. 516-517).

Assim, ante o possível conflito entre a atribuição de efeito direto na ordem jurídica italiana de normas comunitárias, conforme a previsão do artigo 189 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, e as salvaguardas constitucionais ao processo legislativo, constantes nos artigos 23 e 70 a 77 da Constituição Italiana, a *Corte Costituzionale* aceitou manifestar-se acerca da validade da Lei de Ratificação do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, de 1957, nos seguintes termos:

In the reference [order], on the assumption that Community regulations have general application and are binding in their entirety and directly applicable in all member States, it is noted that the introduction into our system of a new source of primary legislative process, external to the machinery for legislative activity laid down in Articles 70, 76 and 77 of the Constitution, enacted by an ordinary statute rather than by a ‘constitutional statute’, could imply an unauthorised removal of legislative power from the normal constitutionally authorised state organs (ITALY, 1973, p. 517).

O procedimento que o Tribunal de Turim empregou para esse fim foi um incidente de constitucionalidade, previsto no artigo 134 da Constituição Italiana, que prevê a competência da *Corte Costituzionale* para julgar “[...] sobre as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, tendo força de lei, do Estado e das Regiões [...]” (ITALY, 1948).

Com isso, suspendeu-se o processo relativo à imposição de tarifas alfandegárias e enviou-se a questão para a *Corte Costituzionale*, para que a mesma pudesse apreciar a validade da Lei de Ratificação na parte em que supostamente atingia as normas constitucionais que previam mecanismos de controle legislativo. Na análise, dever-se-ia considerar se tal efeito se justificava à luz do artigo 11 da Constituição Italiana, que admite limitações à soberania quando necessárias para assegurar a paz e a justiça entre as nações, *verbis*:

Art. 11 A Itália repudia a guerra como instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com os outros Estados, as limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade (ITALY, 1948, grifo do autor).

A *Corte Costituzionale* decidiu que a Lei de Ratificação do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, de 1957, não violou a Constituição e que os regulamentos individuais emitidos nos termos do artigo 189 não estavam sujeitos à revisão constitucional, desde que se confinassem à matéria, essencialmente econômica e comercial, que os Estados

membros confiaram às instituições responsáveis pelo processo de integração (ITALY, 1973, p. 525).

Em sua fundamentação a *Corte Costituzionale* afirmou que o artigo 11 da Constituição seria privado de seu conteúdo normativo específico se fosse necessária uma emenda constitucional para cada limitação de soberania. Assim sendo, como os objetivos do Tratado da Comunidade Econômica Europeia eram compatíveis com o artigo 11 da Constituição, a sua ratificação e implementação poderiam ser realizadas por meio de legislação ordinária, ainda que o mesmo implicasse uma transferência parcial de poderes legislativos soberanos para a Comunidade Europeia (ITALY, 1973, p. 521).

Em seguida, a *Corte Costituzionale* apontou que os regulamentos emitidos pelas instituições comunitárias nos termos do artigo 189 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia faziam parte do sistema jurídico comunitário, que era autônomo e distinto dos sistemas jurídicos dos Estados membros. Nesse sentido, os requisitos fundamentais de igualdade e segurança jurídica exigiam que os regulamentos comunitários tivessem eficácia obrigatória e aplicação direta, como atos com força de lei em todos os Estados membros, sem necessidade de atos legislativos de incorporação ou aplicação (ITALY, 1973, p. 522).

Adiante, a *Corte Costituzionale* afirmou que, em consonância com a lógica do sistema de integração, a regulamentação comunitária, enquanto fonte imediata de direitos e obrigações para os Estados membros e para as pessoas, não deveria estar sujeita a nenhuma medida interna que adiasse a sua entrada em vigor ou que a derogasse de qualquer forma. Daí decorria que os atos das instituições comunitárias não estavam sujeitos a fiscalização jurisdicional para demonstrar a sua compatibilidade com as disposições constitucionais italianas que regem a legislação doméstica. Em vez disso, tais atos regulamentares se governavam pelo Tratado da Comunidade Econômica Europeia, que representava a norma comunitária fundamental (ITALY, 1973, p. 522-523).

Por fim, a *Corte Costituzionale* afirmou que o artigo 11 da Constituição Italiana permitia as limitações de soberania necessárias para que o processo de integração europeu atingisse seu objetivo. A *Corte Costituzionale* ressaltou que o Tratado da Comunidade Econômica Europeia limitava apenas a soberania da Itália no domínio das relações econômicas, assim, se o artigo 189 fosse alguma vez interpretado de modo a dar às instituições comunitárias o poder de violar os princípios fundamentais da Constituição ou os direitos inalienáveis do homem, o Tribunal se reservava o direito de revisar a compatibilidade de suas disposições frente a Constituição (ITALY, 1973, p. 525).

Como se nota, a decisão assentou as premissas da doutrina do *controlimiti*, mas não a aplicou. Nas decisões que se seguiram, empregou-se a doutrina do *controlimiti* como um controle potencial ao direito comunitário ou ao direito internacional, de forma a, por vezes, impor um diálogo com o Tribunal de Justiça Europeu ou com a Corte Europeia de Direitos Humanos, como se vê a seguir.

### 3.2.2 Aplicação direta do direito comunitário: caso *Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato* (1984)

A sentença no caso *Granital* (no. 170/84) confirmou a doutrina do *controlimiti*, que a *Corte Costituzionale* introduziu no caso *Frontini*. O caso consistiu em uma questão constitucional incidente em um processo no qual uma empresa italiana recorreu ao Tribunal de Gênova para que o mesmo declarasse indevida a cobrança de uma diferença tarifária decorrente da aplicação de um regulamento da Comunidade Econômica Europeia. No processo, constatou-se um possível conflito entre, por um lado, o decreto presidencial que adequou a legislação interna da Itália à interpretação que o Tribunal de Justiça Europeu deu ao regulamento comunitário e, por outro, as disposições do Tratado da Comunidade Econômica Europeia que determinavam a aplicação imediata dos regulamentos comunitários e a aplicação retroativa das decisões interpretativas do Tribunal Europeu. Cabe destacar, desde logo, que a *Corte Costituzionale* julgou a questão constitucional inadmissível, em respeito a aplicação direta da ordem jurídica comunitária, porém ressaltou a possibilidade de efetuar o controle constitucional das normas que os órgãos de integração expedissem caso as mesmas violassem princípios fundamentais da Constituição Italiana ou direitos humanos inalienáveis (DICOSOLA, 2007, p. 4).

O caso teve seus antecedentes em 1972, quando *Spa Granital* importou para a Itália quinhentas toneladas de malte do Canadá. Ao fazê-lo, ocorreu a imposição de uma tarifa agrícola, que a empresa pagou após exercer o direito de optar pela data mais favorável para o cálculo do valor devido, conforme facultava um decreto presidencial de 1965. No entanto, o regulamento comunitário 120 de 1967 (CEE 120/1967) era aplicável à transação e, em 1976, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o interpretou no sentido de exigir que o cálculo do valor das tarifas agrícolas tivesse por base uma data pré-definida, o que criou uma situação mais onerosa para a *Granital*. Em 1977, como consequência dessa decisão do

Tribunal Europeu, as autoridades italianas solicitaram o pagamento da diferença no valor da tarifa, o que levou a empresa a pedir que o Tribunal de Gênova declarasse que essa diferença tarifária não era devida. Em 1978, publicou-se um outro decreto presidencial que adequava a legislação italiana à interpretação que o Tribunal Europeu dera ao regulamento comunitário, com efeito a partir de setembro de 1976, data da publicação dessa decisão interpretativa no Diário Oficial Europeu. Assim, de acordo com o decreto de 1978, a decisão interpretativa do Tribunal Europeu não afetava a situação da *Granital* (ITALY, 1984, p. 528).

No entanto, em abril de 1979, o Tribunal de Gênova suspendeu o processo e remeteu à *Corte Costituzionale* a questão da constitucionalidade do decreto presidencial de 1978, alegando que ele violava o artigo 11 da Constituição Italiana. Argumentou-se que o decreto também era incompatível com o princípio do efeito direto dos regulamentos comunitários, nos termos do artigo 189, e com a exigência de dar um efeito retroativo às decisões interpretativas do Tribunal de Justiça Europeu, conforme o artigo 177, ambos do Tratado da Comunidade Econômica Europeia (ITALY, 1984, p. 530).

Sobre esses dispositivos legais, tem-se que: o artigo 11 prevê, além do repúdio à guerra, que a Itália, em condições de igualdade com outros países, concorda com as limitações à soberania necessárias para a edificação de uma ordem jurídica internacional que assegure a paz e a justiça entre as nações; o artigo 189 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, que é o atual artigo 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estabelece, entre outras coisas, que os regulamentos que as instituições europeias adotam tem caráter geral e são obrigatórios e diretamente aplicáveis em todos os países membros da União Europeia; já o artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia reproduz com algumas mudanças em seu artigo 267, estabelece a competência do Tribunal de Justiça Europeu para decidir incidentalmente sobre “[...] a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União” quando um órgão jurisdicional de um Estado membro suscitar esse tipo de questão (ITALY, 1948; UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Em sua decisão, a *Corte Costituzionale* julgou a questão constitucional inadmissível, pois compreendeu que os tribunais italianos deveriam aplicar as disposições dos regulamentos comunitários relativos aos casos perante eles mesmo em face de disposições em contrário presentes na legislação nacional (ITALY, 1984, p. 537).

Com essa decisão, a *Corte Costituzionale* alterou a abordagem que até então adotava, de tratar a superveniência de regulamentos comunitários como matéria de conflito de leis no tempo, que tinha como resultado a revogação da lei nacional anterior e, com relação à

superveniência de norma doméstica, de tratá-la como um caso de desrespeito ao artigo 11 da Constituição, que exigia a instauração de um incidente de controle de constitucionalidade para que se declarasse a nova legislação doméstica inválida. Com a decisão, o mecanismo de operação do direito comunitário tornou-se mais ágil, pois o mesmo deixou de se comunicar com o direito doméstico e, assim, não mais ocasionava revogação ou inconstitucionalidade, mas sim a inaplicabilidade do direito doméstico que invadisse a esfera de incidência do regulamento comunitário, fosse este anterior ou posterior.

Essa mudança se deu da seguinte forma: ao fundamentar a decisão, a *Corte Costituzionale* apontou que, em caso de conflito entre a legislação nacional e um regulamento comunitário posterior, operava-se a revogação da legislação nacional, de modo que os tribunais nacionais eram obrigados a aplicar o regulamento comunitário. Por outro lado, quando uma disposição da legislação doméstica entrava em conflito com uma disposição de direito comunitário previamente promulgada, a *Corte Costituzionale* compreendia que tal disposição da legislação nacional violava o artigo 11 da Constituição e só poderia ser removida por uma declaração de inconstitucionalidade. A *Corte Costituzionale* ponderou que essa posição precisava ser reexaminada tendo em vista os princípios constitucionais que regiam a relação entre o direito comunitário e o direito local (ITALY, 1984, p. 532-533).

Nesse reexame, a *Corte Costituzionale* partiu da compreensão que a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica doméstica eram separadas e independentes, mas tinham de ser coordenadas de acordo com as exigências do Tratado da Comunidade Econômica Europeia. Esta coordenação decorria do fato de que a lei que incorporou o Tratado transferiu às instituições comunitárias, nos termos do artigo 11 da Constituição, os poderes que estas exerciam no âmbito de suas esferas de competência. Dessa forma, a Itália deveria aplicar diretamente, em sua ordem jurídica, as regras que os regulamentos comunitários continham, e do mesmo modo deveriam proceder todos os outros Estados membros. Por sua vez, o direito doméstico se abria para permitir que aquelas regras entrassem em vigor na Itália na forma em que as instituições comunitárias competentes as promulgaram (ITALY, 1984, p. 533).

Sendo assim, o conflito com disposições do direito doméstico não poderia constituir um obstáculo ao reconhecimento da força obrigatória que o Tratado da Comunidade Econômica Europeia conferia aos regulamentos comunitários enquanto fontes de normas diretamente aplicáveis. Tais normas comunitárias, as quais eram diretamente aplicáveis, entravam e permaneciam em vigor na Itália sem que alterações no direito local pudessem alterar seus efeitos. Desta forma, não fazia diferença se tais normas domésticas fossem



promulgadas antes ou depois das normas comunitárias, pois, em cada caso, o regulamento comunitário determinava a solução de acordo com a natureza da situação em questão. Assim, dado que um regulamento comunitário vigorava como uma medida jurídica comunitária, o mesmo não revogava ou invalidava uma disposição do direito local com o qual fosse incompatível, mas simplesmente impedia que aquela disposição fosse levada em conta para a resolução de um caso perante o juiz nacional (ITALY, 1984, p. 534-535).

Deve-se ressaltar, novamente, que a solução não foi pela inconstitucionalidade do decreto presidencial de 1978, mas pela impossibilidade de sua aplicação judicial, que, segundo a *Corte Costituzionale*, restava inviável tendo em vista a existências de normas comunitárias que dispunham de forma diversa e deveriam ser observadas dentro de sua esfera específica de incidência. A decisão, na prática, atribuía maior agilidade para a aplicação do direito comunitário e preservava a sua estabilidade, pois sua proteção ante possíveis mudanças posteriores do direito doméstico não mais necessitaria aguardar o julgamento de uma questão constitucional incidental. Nesse sentido, leia-se:

Community regulations, whether they follow or proceed in time the ordinary laws with which they are incompatible, must therefore always be applied. National courts responsible for the application of such regulations are entitled to have recourse to the procedure for obtaining a preliminary ruling on questions of interpretation under Article 177 of the Treaty. The fundamental requirement of legal certainty, consistently acknowledged in the jurisprudence of this [Constitutional] Court, can only be satisfied in this way. That requirement imposes an obligation to ensure equality and uniformity in the criteria adopted for the application of Community regulations throughout the territory of the European Community (ITALY, 1984, p. 535).

Não obstante, a *Corte Costituzionale* afirmou que a relação entre o direito comunitário e o direito nacional não ficou completamente fora do âmbito de suas competências, pois o mesmo continuou a ser competente para exercer os seus poderes de revisão constitucional na possibilidade, que o mesmo reconheceu improvável, de que uma regulamentação comunitária violasse os princípios fundamentais do ordenamento jurídico italiano e os direitos inalienáveis do homem ou, no caso da aprovação de disposições do direito doméstico, de que estas impedissem ou prejudicassem a observância contínua dos princípios fundamentais subjacentes ao Tratado da Comunidade Econômica Europeia (ITALY, 1984, p. 536).

Nessa passagem final da decisão, a *Corte Costituzionale* reitera o entendimento que manifestou no caso *Frontini*, de que, se expedidos no âmbito das competências conferidas aos órgãos responsáveis pelo processo de integração, os regulamentos comunitários não podem ser alvo de controle de constitucionalidade. Além disso, fez também a ressalva de que as normas comunitárias que possam vir a ameaçar direitos fundamentais sujeitam-se ao

controle de sua compatibilidade com a Constituição Italiana. Tal ressalva é significativa para a compreensão da *Sentenza 238/2014*, no caso *Simoncioni*, que se discute adiante.

### 3.2.3 Violação de direitos fundamentais pelo direito comunitário: caso *Fragd v. Amministrazione delle Finanze dello Stato* (1989)

O caso *Fragd* (no. 232/1989) foi um incidente de constitucionalidade que o Tribunal de Veneza suscitou em um processo no qual a empresa autora questionava um pagamento à aduana italiana referente à exportação, em julho de 1980, de certa quantidade de glicose em pó para a Alemanha, conforme critérios que a União Europeia fixou na legislação comunitária. No entanto, dois meses depois do pagamento, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias declarou que a regulamentação comunitária que continha os referidos critérios era inválida, com efeitos a partir do julgamento, ou seja, a declaração de invalidade só implicava um direito de restituição às empresas que efetuaram pagamentos às autoridades nacionais depois da decisão (ITALY, 1989, p. 541).

Apesar dessa ressalva, a recorrente instaurou um processo nos tribunais italianos contra as autoridades alfandegárias, com base na sentença do Tribunal Europeu. Na ação, pedia o reembolso de parte dos valores que pagou, a seu ver, indevidamente. O Tribunal de Veneza remeteu ao Tribunal Europeu a questão da validade e do efeito do regulamento comunitário em causa e este, em decisão de maio de 1985, confirmou que o regulamento era inválido, mas reiterou que a declaração de invalidade só permitia pôr em causa os pagamentos posteriores a outubro de 1980 (ITALY, 1989, p. 539).

O Tribunal de Veneza considerou-se incapaz de aceitar o acórdão do Tribunal de Justiça e submeteu à *Corte Costituzionale* a questão de saber se as disposições do artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, relativas ao reenvio prejudicial, na forma como se incorporaram ao ordenamento jurídico italiano, violavam o princípio fundamental que o artigo 24 da Constituição consagrou, segundo o qual “Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos”. Segundo o Tribunal de Veneza, o Tribunal Europeu ocasionou a violação do artigo 24 da Constituição Italiana ao estender os poderes que o artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia lhe conferiu, por meio de analogia com o disposto no artigo 174 do mesmo tratado, o que lhe permitiu limitar

os efeitos da declaração de invalidade do regulamento, de modo a excluir seus efeitos no processo perante o foro, ou seja, o órgão jurisdicional de reenvio (ITALY, 1989, p. 542).

Nesse ponto, cabe recordar que o reenvio prejudicial, ou procedimento de referência preliminar, é o instituto do direito da integração europeia por meio do qual um tribunal local, diante de uma questão que envolva a interpretação ou a validade de normas comunitárias, deve pedir ao Tribunal de Justiça Europeu que se manifeste sobre a mesma, de forma a assegurar a aplicação uniforme de tais normas. O órgão de reenvio ao qual a decisão se refere é o tribunal doméstico que encaminhou a consulta ao Tribunal Europeu. O reenvio é prejudicial porque, uma vez que haja manifestação sobre a questão de interpretação ou validade, tal manifestação vincula o órgão de reenvio e passa a compor o próprio direito europeu.

Cabe recordar que o artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia corresponde, com algumas alterações, ao atual artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que estabelece a competência do Tribunal de Justiça Europeu para julgar os casos de reenvio prejudicial relacionados à interpretação dos tratados comunitários e à validade e interpretação dos atos oriundos das instituições, órgãos e organismos comunitários (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Quanto ao artigo 174 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, o mesmo corresponde, sem alterações, ao atual artigo 264 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e sua redação é a seguinte: “Se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia anulará o ato impugnado. Todavia, o Tribunal indica, quando o considerar necessário, quais os efeitos do ato anulado que se devem considerar subsistentes” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Em sua decisão, a *Corte Costituzionale* considerou a questão constitucional que o Tribunal de Veneza suscitou inadmissível por falta de relevância, uma vez que a ação que *Fragd* intentou foi posterior à declaração de nulidade (ITALY, 1989, p. 547).

Cabe apontar, como se pode ver nos fundamentos que se sintetizou a seguir, que a *Corte Costituzionale* asseverou a sua competência em relação a matéria, isto é, em relação à guarda de princípios e direitos essenciais à ordem jurídica italiana, e que inadmitiu a questão constitucional por uma questão temporal, qual seja, para fazer jus à restituição, *Fragd* teria de ter questionado a regulação antes da declaração de invalidade, o que não foi o caso.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a decisão interessa pois reiterou a possibilidade de exercício de controle da constitucionalidade de atos oriundos das instituições comunitárias

quando houvesse violação de princípios fundamentais ou direitos humanos inalienáveis consagrados na ordem jurídica italiana.

Ao expor os fundamentos de sua decisão, a *Corte Costituzionale* afirmou que o Tribunal de Justiça Europeu, em sua jurisprudência, reconheceu que os direitos fundamentais garantidos pelos sistemas jurídicos dos Estados membros constituíam uma parte essencial e integral da ordem jurídica comunitária. Apesar disso, a *Corte Costituzionale* ressaltou que permanecia competente para verificar se uma norma do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, tal como as instituições comunitárias a interpretaram e aplicaram, estava em conflito com os princípios fundamentais da Constituição italiana ou violava direitos humanos inalienáveis (ITALY, 1989, p. 542).

Em decorrência disso, a *Corte Costituzionale* concluiu que era competente para julgar a reclamação e avaliar a constitucionalidade das leis que implementaram as normas comunitárias em discussão, pois um conflito entre normas comunitárias e princípios constitucionais essenciais, apesar de altamente improvável, ainda poderia acontecer. Além disso, assinalou-se que não era possível afirmar categoricamente que todos os princípios fundamentais da ordem constitucional italiana figuravam entre os princípios comuns às ordens jurídicas dos outros Estados-Membros e estavam, portanto, incluídos na ordem jurídica comunitária. Assim, conforme sua própria jurisprudência, a *Corte Costituzionale* reiterou que estava fora de dúvida que o artigo 24 da Constituição Italiana abrigava um princípio fundamental da ordem jurídica daquele Estado que consagrava o direito dos indivíduos à proteção judicial (ITALY, 1989, p. 543).

Sendo assim, cabia examinar, segundo a *Corte Costituzionale*, a existência de infração ao artigo 24 da Constituição Italiana. Admitiu-se, de início, que o sistema de proteção judicial que a ordem jurídica comunitária oferecia era completamente válido e adequado, pois o artigo 173 e seguintes do Tratado da Comunidade Econômica Europeia instituía o direito de acionar o Tribunal de Justiça Europeu e o estendiam não só aos Estados membros e instituições comunitárias como também às pessoas naturais ou jurídicas. Além disso, o artigo 177 do Tratado garantia proteção judicial total e completa ao indivíduo, pois autorizava os tribunais nacionais, e obrigava os de última instância, a solicitar ao Tribunal de Justiça Europeu que julgasse questões prejudiciais relativas à validade e interpretação dos atos das instituições comunitárias sempre que o tribunal do foro considerasse tal decisão preliminar necessária para julgar adequadamente um caso. Com relação às questões prejudiciais, ou processo de referência preliminar, previstas no artigo 177, o Tribunal Europeu entendeu que possuía a faculdade, nos termos do artigo 174, de decidir quais dos efeitos de um regulamento

anulado deveriam ser considerados definitivos. Uma decisão deste tipo não poderia, só por si, sofrer objeção, pois constituía exercício regular de uma competência atribuída ao Tribunal Europeu pelo direito comunitário primário (ITALY, 1989, p. 543-544).

Cabe assinalar que o artigo 173 do Tratado de Comunidade Económica Europeia corresponde, com vários acréscimos e supressões, ao artigo 263 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e preserva o seu teor no que diz respeito ao acesso de indivíduos e pessoas jurídicas ao Tribunal Europeu, como se pode ler:

Artigo 263 - [...]. Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Em seguida, a *Corte Costituzionale* prosseguiu, pontuando que o processo de referência preliminar, que o artigo 177 do Tratado da Comunidade Europeia previa, era vital para a criação de um sistema abrangente de proteção judicial capaz de garantir os direitos das pessoas ao abrigo do direito comunitário. Verificou-se, entretanto, uma contradição entre, por um lado, o carácter essencial de uma decisão prejudicial, que envolve uma ligação necessária entre o processo no Tribunal Europeu e o processo no foro, que é o órgão jurisdicional de reenvio e; por outro, a hipótese de que tal decisão prejudicial possa não ter qualquer efeito no processo que lhe deu causa, mesmo que essa decisão prejudicial contenha uma declaração de nulidade (ITALY, 1989, p. 544).

Nesse ponto, a *Corte Costituzionale* desenvolveu um raciocínio que apontava, em princípio, que a contradição acima identificada poderia conduzir à constatação de inconstitucionalidade. No entanto, deve-se ter em mente que o caso *Fragd* não atendia ao requisito que se indicou no parágrafo anterior, pois não foi ele o processo a dar causa à declaração de nulidade do regulamento comunitário em questão.

O argumento continha duas considerações: a primeira era a de que o direito a um julgamento equitativo seria destituído de seu conteúdo essencial se um juiz, em dúvida quanto à aplicação de uma regra, suspendesse o processo, suscitasse uma questão prejudicial e obtivesse do tribunal de referência uma decisão que declarasse a invalidade daquela regra dali por diante e, ao mesmo tempo, determinasse que a lide fosse solucionada com a aplicação da mesma; a segunda consideração era a de que, ante a eventual violação de um princípio fundamental, seria impossível invocar as necessidades imperativas de aplicação uniforme do direito comunitário e de segurança jurídica para sustentar os efeitos de uma decisão do Tribunal Europeu. Em conclusão, a solução que a *Corte Costituzionale* vislumbrou foi que

nem a aplicação uniforme do direito comunitário nem a segurança jurídica seriam comprometidas se os julgamentos do Tribunal Europeu que contivessem uma declaração de invalidade de determinada regra produzissem seus efeitos no processo principal que deu origem ao procedimento de referência preliminar, bem como em outros processos pendentes em tribunais domésticos antes da declaração de invalidade, ao passo que permaneceriam, quanto às demais situações, os efeitos da regra anteriores à declaração de sua invalidade (ITALY, 1989, p. 544-545).

Nesse ponto, a *Corte Costituzionale* salientou os pontos que a levaram a decidir pela inadmissibilidade da questão prejudicial. Em primeiro lugar, a interpretação do artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia estava bem estabelecido na jurisprudência do Tribunal Europeu, principalmente em relação à preservação dos efeitos temporais de regulamentos declarados inválidos, além disso, o Tribunal Europeu estava ciente das sérias consequências que resultariam da impossibilidade do foro aplicar ao julgamento do processo principal uma declaração de invalidade decorrente de uma procedimento de referência preliminar (ITALY, 1989, p. 545-546). Nesse sentido, leia-se:

The conclusion to be drawn is that the Court of Justice acknowledges the peculiar position of the main proceedings in respect of a preliminary ruling made at the request of a referring court. On the other hand, the Court affirms that in principle the effects of a declaration of invalidity do not extend to the main proceedings since events prior to the declaration are unaffected by it (ITALY, 1989, p. 546).

Em segundo lugar, *Fragd* questionou o regulamento comunitário junto aos tribunais italianos apenas em 1982, após a declaração do Tribunal Europeu de que o mesmo era inválido, ou, nos termos da sentença da *Corte Costituzionale*:

An examination of the text of the judgment rendered by the Court of Justice clearly shows that the invalidity of the part of the regulation under review was already established by judgment 145/79 of 15 October 1980. It follows that the judgment of 22 May 1985 was limited to confirming that invalidity. As to its effects, that judgment simply upholds the content and provisions of the earlier judgment (ITALY, 1989, p. 546).

Assim sendo, uma violação ao artigo 24 da Constituição Italiana só ocorreria caso as normas que incorporaram o artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia à ordem jurídica italiana permitissem ao Tribunal Europeu limitar os efeitos de sua decisão no procedimento de referência preliminar de modo a impedir a sua utilização na decisão do processo principal. No entanto, não foi esse o caso, uma vez que o Tribunal de Justiça já havia declarado em decisão anterior que as disposições do regulamento controvertido eram inválidas, de modo que a decisão a título prejudicial, formulada a pedido do juiz de reenvio, limitou-se a confirmar uma declaração de invalidade anterior. Portanto, não havia relação

entre a ação principal e o procedimento interlocutório, o que levou a *Corte Costituzionale* a decidir pela inadmissibilidade da reclamação constitucional, ou procedimento de referência preliminar constitucional, por ausência de relevância (ITALY, 1989, p. 547).

Destaca-se mais uma vez que o Tribunal Constitucional Italiano confirmou a doutrina do *controlimiti*, mas não a utilizou, fiel a determinação de respeitar o direito comunitário e as decisões de seus órgãos, ressalvada a necessidade extrema de proteger direitos essenciais à sua ordem jurídica. A mesma lógica se operou em face do direito europeu dos direitos humanos, como se vê a seguir.

### 3.2.4 Hierarquia da Convenção Europeia de Direitos Humanos entre as fontes do Direito Italiano

As decisões nos casos *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007), que a *Corte Costituzionale* decidiu no mesmo dia, e no mesmo sentido, trataram do *status* da Convenção Europeia de Direitos Humanos na hierarquia das fontes do direito italiano, à luz do artigo 117.1 da Constituição Italiana, que diz: “O poder legislativo é exercido pelo Estado e pelas regiões no respeito da Constituição assim como pelos vínculos provenientes do ordenamento comunitário e das obrigações internacionais” (ITALY, 1948, grifo do autor).

Em ambos os casos o objeto da discussão foi o método adequado para definir o valor da indenização pela desapropriação de propriedade imobiliária em benefício do interesse da coletividade, diante de um conflito entre o critério que a Corte Europeia de Direitos Humanos construiu em seus precedentes, o qual consagrava o valor de mercado do imóvel, e a fórmula que resultou de dispositivo da *Legge* 359/1992, que resultava em indenização abaixo do valor de mercado. Em ambos os casos, o direito à propriedade e a sua adequada fruição foi objeto de apreciação e a decisão da *Corte Costituzionale* declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da legislação doméstica por violação indireta do artigo 117.1 da Constituição Italiana (ITALY, 2007-a, 2007-b).

Deve-se ressaltar que o artigo 117.1 consagra o princípio de que o legislador, ao exercer os seus poderes, deve respeito à Constituição, ao ordenamento comunitário e às obrigações internacionais. Ou seja, a legislação ordinária deve guardar compatibilidade, primeiramente em relação às normas constitucionais e, em segundo lugar, em relação àquelas

normas que se situam em um plano intermediário, acima do ordinário e abaixo do constitucional. Entre as normas intermediárias, o princípio de deferência, que o artigo 117.1 consagra, distingue entre o direito comunitário diretamente aplicável e as obrigações internacionais decorrentes de tratados.

Essa distinção entre direito comunitário e obrigações internacionais decorre de emenda constitucional que, em 2001, inseriu a referência ao ordenamento comunitário no artigo 117.1 da Constituição Italiana. Nas decisões *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007), a *Corte Costituzionale* compreendeu que tal referência significava que os efeitos da ordem comunitária e os efeitos das obrigações internacionais eram diferentes uns dos outros na ordem jurídica da Itália. No caso da ordem comunitária, tratava-se de adesão a uma ordem jurídica supranacional, à qual o Estado entregava parte de sua soberania, inclusive no plano legislativo, e preservava apenas o *controlimiti* em relação aos princípios fundamentais de sua ordem constitucional, de modo que, em caso de diferenças entre o direito nacional e o direito europeu diretamente aplicável, o juiz deveria aplicar este último. Quanto às obrigações internacionais, que a *Corte Costituzionale* compreendia como as decorrentes de tratados internacionais, as mesmas não produziam normas de efeito direto, mas sim obrigações que o Estado deveria respeitar, de forma que o juiz, em caso de discrepância entre o direito interno e as obrigações decorrentes de tratados, deveria aplicar o direito interno ou submeter uma questão de constitucionalidade com base em violação indireta ao artigo 117.1 (DICOSOLA, 2007, p. 2, 6-7).

Em outras palavras, a opção de não aplicar a norma interna só está disponível para o julgador quando a mesma estiver em conflito com normas comunitárias diretamente aplicáveis. Quando em conflito com obrigações internacionais, o recurso disponível é a reclamação constitucional.

O julgamento de ambos os casos aconteceu no mesmo dia e foi a primeira ocasião em que a *Corte Costituzionale* discutiu a posição da Convenção Europeia de Direitos Humanos na hierarquia das fontes do direito italiano. Na ocasião, concluiu-se que a Convenção não é um sistema jurídico supranacional e, portanto, não cria normas diretamente aplicáveis na jurisdição dos Estados membros, como se pode ler no seguinte trecho do caso *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007):

By adhering to the Community treaties, Italy became part of a broader supra-national “legal order”, ceding part of its sovereignty, including legislative powers, in the fields covered by those treaties, subject only to the limit of the mandatory nature of the principles and fundamental rights guaranteed in the Constitution. The ECHR [European Convention on Human Rights] on the other hand does not create a supra-national legal order and does not therefore produce provisions directly



applicable in the signatory states. It therefore has the status of a multilateral international treaty – albeit with special characteristics which will be discussed below – creating “obligations” for the signatory states, but not the incorporation of the Italian legal system into a broader system with organs capable of passing legislation which is binding, *omisso medio*, on all internal authorities of the Member States (ITALY, 2007-a, § 3.3).

Dessa forma, a decisão foi que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não goza dos efeitos de primazia e de aplicação direta que a ordem italiana conferiu ao direito da União Europeia, ou seja, o juiz italiano não pode afastar de pronto a aplicação da norma local que esteja em conflito com o tratado internacional, no caso, a Convenção, e deve, nessa hipótese, encaminhar o caso à *Corte Costituzionale* para que esta verifique se tal conflito acarreta indiretamente uma violação do artigo 117.1 da Constituição e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da norma local.

A *Corte Costituzionale* esclarece, na decisão do caso *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007), o sentido de diversas referências que a Constituição Italiana faz ao direito internacional, no intuito de demonstrar que a supranacionalidade e o efeito direto são características exclusivas do direito comunitário.

De início, aponta que o artigo 10.1 da Constituição, pelo qual “[o] ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas”, não se aplica a tratados, mas apenas ao direito internacional geral, isto é, aos princípios gerais de direito e ao direito costumeiro internacional, como a jurisprudência italiana constantemente reiterou. Como resultado, tratados, inclusive as obrigações que constam da Convenção Europeia de Direitos Humanos conforme as interpreta a Corte Europeia de Direitos Humanos, não recebem hierarquia constitucional através do artigo 10.1 (ITALY, 2007-b, § 6.1).

Em seguida, na mesma decisão, aponta que há outras normas na Constituição Italiana que atribuem hierarquia constitucional a certos tratados, como o artigo 10.2, que se refere a tratados que afetam a condição jurídica do estrangeiro, e o artigo 7º, que trata dos acordos com a Santa Sé. No entanto, tais dispositivos só se aplicam àqueles temas especificamente. Nesse ponto, a *Corte Costituzionale* recorda que as obrigações da Convenção Europeia de Direitos Humanos às quais reconheceu hierarquia constitucional são relacionadas à condição jurídica do estrangeiro, ou seja, encontram-se no escopo do artigo 10.2 (ITALY, 2007-b, § 6.1).

Logo depois, acrescenta que o artigo 11 da Constituição, ao determinar que a Itália “[...] consente, em condições de paridade com os outros Estados, as limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações [...]”, provê fundamentos apenas para a hierarquia constitucional do direito da União Europeia

e não se aplica à Convenção Europeia de Direitos Humanos, pelas seguintes razões: a) o artigo 11 dispõe sobre transferência de soberania, o que é impensável na seara dos direitos fundamentais; b) o Conselho da Europa é uma instituição distinta da Comunidade Europeia; c) a Comunidade Europeia não aderiu à Convenção Europeia de Direitos Humanos (ITALY, 2007-b, § 6.1).

Com relação à terceira razão para não aplicar o artigo 11 da Constituição Italiana à Convenção Europeia de Direitos Humanos, cabe apontar que algumas dúvidas surgiram após a vigência do Tratado de Lisboa, em 2009, que introduziu um novo artigo 6º ao Tratado da União Europeia, cujos parágrafos que aqui interessam têm o seguinte teor:

Artigo 6º

[...]

2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Alguns juízes italianos compreenderam que esse dispositivo do Tratado da União Europeia, que permitia a acessão da mesma à Convenção Europeia de Direitos Humanos tornava esta última, *ipso iure*, parte do direito comunitário, com efeito direto e primazia em relação ao direito doméstico (MARTINICO, 2012, p. 415).

No entanto, a mudança no Tratado da União Europeia não alcançou o efeito de alterar a visão da *Corte Costituzionale* sobre o tema, pois a dinâmica de funcionamento das normas de direito comunitário e das normas de direitos humanos se submetem a lógicas distintas, de acordo com as decisões *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007), como se pode ler a seguir:

The following decision no. 80/2011 confirmed that the review of legislation on the ground of conventionality belongs to the exclusive competence of the Constitutional Court. The Court clearly reaffirmed that the mechanism set up by the “twin” judgements [no. 348/2007 and no. 349/2007] does not change as a result of the entry into force of the Treaty of Lisbon. Again, doubts have arisen as to whether the ECHR [European Convention on Human Rights] could have the same position and force of EU [European Union] law due to Article 6 of the Treaty of Lisbon. The Constitutional Court reiterated that Article 11 It. Const. [Italian Constitution] is confined to EU law and does not apply to the ECHR (COZZI, 2016, p. 39).

Nesse sentido, vale a leitura do seguinte trecho da *Sentenza 80/2011* da *Corte Costituzionale*, que inclusive remete a outras decisões que a mesma adotou após a vigência do Tratado de Lisboa:

In the light of the above considerations, the Court must therefore conclude that, in cases such as that at issue in the main proceedings, the court cannot consider itself

entitled to set aside *omisso medio* the national provisions considered to be incompatible with Article 6(1) ECHR, as hypothesised by the private party. Conversely, the principles asserted in this regard by this Court starting from judgments no. 348 and 349 of 2007 remain entirely valid. Moreover, these principles have also been repeatedly reasserted by the Court even after the entry into force of the Treaty of Lisbon (judgments no. 1 of 2011 and no. 196, no. 187 and no. 138 of 2010), including in relation to the question at issue in this case (judgment no. 93 of 2010) (ITALY, 2011, § 5.6, grifo do autor).

Assim sendo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos não possui hierarquia constitucional, mas pode oferecer base à revisão constitucional, quando houver um conflito entre a mesma e a legislação nacional, se isso implicar a violação indireta do artigo 117.1, que consagra o princípio da deferência do legislador à Constituição, ao direito comunitário diretamente aplicável e às obrigações internacionais decorrentes de tratados. O exercício de revisão consiste em verificar se as normas da Convenção, conforme a Corte Europeia de Direitos Humanos as interpreta, oferecem um grau de proteção aos direitos fundamentais ao menos equivalente àquele que a Constituição Italiana assegura.

Segundo explicou a *Corte Costituzionale*, em *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007), compreende-se que o artigo 117.1 da Constituição Italiana posiciona os tratados que obrigam a Itália em uma categoria intitulada de normas intermediárias (*norme interposte*), a meio caminho entre as normas constitucionais e as normas ordinárias. Disso se segue que, diferentemente das normas de direito comunitário, um conflito entre qualquer tratado sob a regência do artigo 117.1, inclusive o sistema de regras da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e o direito ordinário doméstico exige que os tribunais o encaminhem para a *Corte Costituzionale*, quando tal conflito não encontrar solução por meio de interpretação. Nesse sentido, as normas do sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos não são diretamente aplicáveis (ITALY, 2007-b, § 6.2).

Outra consequência desse caráter de norma intermediária é que, qualquer tratado, inclusive a Convenção Europeia de Direitos Humanos, precisa ser compatível com a Constituição Italiana. Mesmo a Convenção Europeia, que possui características especiais, como a não-reciprocidade de suas obrigações e o fato de instituir um tribunal próprio, goza da mesma hierarquia dos outros tratados que obrigam a Itália. Além disso, cabe à *Corte Costituzionale* determinar se as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme as interpreta a Corte Europeia de Direitos Humanos, asseguram uma proteção aos direitos fundamentais ao menos equivalente à da ordem constitucional italiana. Para isso, é necessário sopesar as exigências dos acordos internacionais e as da Constituição (ITALY, 2007-b, § 6.2).

Esse balanceamento, sob a forma processual de revisão constitucional, não se limita à possível violação de princípios e direitos fundamentais que a Constituição Italiana protege, mas se estende, também, a quaisquer conflitos entre dispositivos constitucionais e normas intermediárias decorrentes de tratados. Ou seja, a aplicação da doutrina do *controlimiti* opera com maior amplitude diante das obrigações internacionais que se originam de acordos internacionais.

A *Corte Costituzionale* esclarece, em *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007), que a força obrigatória que a Constituição Italiana atribui à Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, não lhes dá força de direito constitucional ou as imuniza do exame de sua constitucionalidade. Na verdade, é justamente porque os acordos internacionais complementam um princípio constitucional, enquanto mantêm um *status* inferior, que é necessário que respeitem a Constituição. Nesse ponto, as normas convencionais, incorporadas como normas intermediárias, diferem das normas comunitárias, pois estas se sujeitam a controle de constitucionalidade apenas em relação à violação de princípios e direitos fundamentais, ao passo que aquelas se sujeitam a controle de constitucionalidade em razão de qualquer discrepância com a Constituição (ITALY, 2007-a, § 4.7).

Note-se aqui o paralelo possível entre as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, que têm por base a Convenção Europeia de Direitos Humanos, e as decisões da Corte Internacional de Justiça, que têm por base seu Estatuto, que é parte integrante da Carta das Nações Unidas. A *Corte Costituzionale* desenvolveu e aplicou esse paralelo quando exerceu, na decisão do caso *Simoncioni* (*Sentenza* 238/2014), controle de constitucionalidade sobre as normas domésticas que incorporaram à ordem jurídica italiana a decisão no caso *Jurisdictional Immunities*, de 2012.

Ainda na decisão em *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007), a *Corte Costituzionale* esclarece que a exigência de que as obrigações internacionais que decorrem de tratados respeitem a Constituição é absoluta e inderrogável para evitar o paradoxo de um dispositivo legislativo ser declarado inconstitucional com base em uma norma intermediária, a qual, por sua vez, viole a Constituição. Assim, em todas as questões que resultarem de alegações de incompatibilidade entre norma intermediária e norma ordinária interna, é necessário determinar se cada uma delas respeita a Constituição. Portanto, se uma norma intermediária violar a Constituição, a *Corte Costituzionale* deve providenciar, conforme os procedimentos usuais, a sua remoção da ordem jurídica italiana (ITALY, 2007-a, § 4.7).

Outro fator a considerar é que, como as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos tornam-se operacionais por meio da interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos, o exame constitucionalidade deve considerar o seu teor após a interpretação e não em sua literalidade. Deve-se enfatizar também que os julgamentos do Tribunal de Estrasburgo não são incondicionalmente vinculantes para o propósito de verificação da constitucionalidade das leis nacionais. Tal controle precisa sempre visar estabelecer um equilíbrio razoável entre os deveres decorrentes das obrigações internacionais, como determina o artigo 117.1 da Constituição Italiana, e a salvaguarda dos interesses que a Constituição resguarda em seus outros artigos (ITALY, 2007-a, § 4.7).

Em síntese, a eficácia completa das normas intermediárias condiciona-se à sua compatibilidade com a ordem constitucional italiana, que não pode ser alterada por fontes externas, especialmente se estas não forem criadas por organizações internacionais em relação às quais a Itália aceitou limitações à sua soberania, como as previstas no artigo 11 da Constituição Italiana (ITALY, 2007-a, § 4.7).

*Cataldi* criticou as decisões *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007), pois, segundo ele, as mesmas adotaram uma abordagem excessivamente rígida e fechada em relação à aplicação das normas e decisões oriundas do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, o que impede os magistrados italianos de aplicar diretamente tais normas e precedentes para afastar a aplicação do direito doméstico que porventura se encontre em conflito com as mesmas. A atribuição de competência exclusiva à *Corte Costituzionale* para apreciação da compatibilidade das normas internas com a obrigação principiológica de obediências às normas internacionais prevista no artigo 117.1 pode limitar a aplicação ou justificar a não aplicação de normas de direitos humanos (CATALDI, 2007, p. 292-304).

Por outro lado, a despeito da crítica, a tendência da *Corte Costituzionale* é limitar o *status* supranacional ao direito europeu diretamente aplicável, isto é, aos regulamentos comunitários, e resolver os conflitos entre a legislação interna e as obrigações internacionais por meio do procedimento de referência preliminar com base na verificação de violação indireta do artigo 117.1 da Constituição Italiana, bem como do exame de compatibilidade das obrigações internacionais com os demais interesses albergados no texto constitucional.

Neste sentido, destaca-se que o julgamento no caso *Simoncioni* (*Sentenza* 238/2014), que se discute a seguir, é um exercício do controle de constitucionalidade de obrigações internacionais, no caso as normas sobre imunidade de jurisdição, *vis a vis* os princípios fundamentais da ordem constitucional italiana, especialmente o direito de acesso a

um tribunal, o qual ocorre dentro dos parâmetros que a jurisprudência da *Corte Costituzionale* firmou para doutrina do *controlimiti*.

### 3.3 Imunidade jurisdicional em face do *controlimiti*: o caso *Simoncioni*

O caso *Simoncioni*, que culminou com a *Sentenza n. 238*, de 2014, é uma reclamação que o Tribunal de Florença submeteu à *Corte Costituzionale* da Itália na qual questionou a validade das normas que incorporaram a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* à ordem jurídica desse país. O julgamento envolveu dois princípios caros à ordem jurídica italiana: de um lado, a obrigação de obediência ao direito internacional, do outro, o direito fundamental de acesso a um tribunal; e concluiu pela inconstitucionalidade das normas que incorporaram a sentença internacional, sem, no entanto, afetar a eficácia da mesma fora da jurisdição italiana (ITALY, 2014-a).

Cabe ressaltar que essa foi a primeira vez em que a *Corte Costituzionale* empregou efetivamente a doutrina do *controlimiti* para retirar da ordem jurídica italiana uma obrigação internacional. Até então, como se viu nos casos anteriores, ocorria a afirmação e a discussão de tal possibilidade e seus critérios, mas o resultado era a manutenção dos efeitos do direito internacional.

Essa solução dualista gerou diversas reações, em um amplo espectro que vai da crítica à defesa da decisão da *Corte Costituzionale* e passa por diversas análises. Como exemplos, pode-se mencionar *Palombella* (2015), que considera que a decisão reverteu uma tendência conservadora e uma argumentação formalista; *Peters* (2014), que aponta que a decisão fortalece o unilateralismo em face do universalismo; e *Fontanelli* (2014), para quem a decisão lança a Itália contra as Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça, a Alemanha e o direito internacional em geral.

A doutrina brasileira mais abalizada retrata as dificuldades que suscita a decisão no caso *Simoncioni*, pois ao mesmo tempo que compreende o sentido da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, deixa-se seduzir pela adequação tópica da decisão da *Corte Costituzionale*, como se pode ler a seguir:

Exemplo dessa vanguarda é o caso *Ferrini*, que admitiu a execução de bem de Estado estrangeiro por violação de direitos humanos, decidido pela Corte de Cassação italiana. Decisão posterior da Corte Internacional de Justiça da Haia, todavia, sustentou que o princípio da imunidade deveria prevalecer no caso. Ratificando a observação de que os Estados estão na dianteira dessa flexibilização é

a recente decisão da Corte Constitucional italiana (outubro de 2014) recusando-se a cumprir o julgado da CIJ. Por mais que, em tese, seja criticável o desrespeito à decisão da CIJ, no caso concreto, a inobservância é justificável (TIBÚRCIO, 2016, p. 278-279).

Essa tensão entre o geral e o particular, entre o direito em vigor e a decisão adequada ao caso concreto, já se apresenta na própria *Sentenza 238*, de 2014, pelo que se faz necessário descrevê-la e aos seus fundamentos, bem como é importante expor algumas das reações à mesma, em busca de compreender o seu impacto para a interação entre o direito internacional e o direito interno, no contexto específico da relação entre a imunidade de jurisdição e o direito de acesso a um tribunal.

Evidentemente, a *Sentenza 238* não resolve o problema, ao contrário, cria um impasse, cujos contornos se revelam com clareza nas discussões da conferência ítalo-germânica que teve como tema "*Remedies against immunity? Reconciling international and domestic law after the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014*" que o *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, o *German-Italian Centre for European Excellence Villa Vigoni* e o *Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione* promoveram entre 11 e 13 de maio de 2017, em *Villa Vigone*, Itália (MAX PLANCK INSTITUTE, 2017).

Assim, passa-se à descrição e discussão da *Sentenza 238* e dos desafios jurídico-políticos que ela introduz.

### 3.3.1 A consulta constitucional e os argumentos das partes

A *Corte Costituzionale* da Itália emitiu a *Sentenza n. 238* em 22 de outubro de 2014, com a qual decidiu o caso *Simoncioni v. Germany* (ITALY, 2014-a). Trata-se de uma questão constitucional que o Tribunal de Florença submeteu em relação às normas internas que obrigaram os juízes italianos a cumprir a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, de 3 de fevereiro de 2012.

Nessa decisão, a Corte Internacional de Justiça declarou que o exercício de jurisdição pelos tribunais italianos sobre a Alemanha nos casos relativos a crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos pelo regime nazista em território italiano feriu as normas costumeiras internacionais que regem as imunidades jurisdicionais dos Estados.

Como consequência desse julgamento, a Itália deveria deixar de conhecer novos casos sobre a matéria, extinguir os processos em andamento e desconstituir as sentenças já emitidas.

Conforme consta do item 1.1 da *Sentenza n. 238, Ritenuto in fatto*, o caso teve origem em 2012, quando *Furio Simoncioni, Duilio Bergamini* e os herdeiros de *Luigi Capissi* acionaram a Alemanha perante o Tribunal de Florença em busca de reparações por crimes cometidos pelo exército nazista após o armistício de 8 de setembro de 1943, entre a Itália e as potências aliadas. Na ocasião, forças do exército nazista capturaram os requerentes em território italiano e os levaram para a Alemanha, onde os submeteram a trabalhos forçados em campos de concentração. *Simoncioni* e *Bergamini* recuperaram a liberdade com o fim da guerra, ao passo que *Capissi* morreu em um dos campos de *Kahla-Thuringia* e o enterraram em uma vala comum. Em sua defesa, a Alemanha alegou a ausência de jurisdição do tribunal florentino, pois, de acordo com a decisão no caso *Jurisdictional Immunities*, a Itália deveria assegurar que seus tribunais respeitassem a imunidade jurisdicional da Alemanha nos casos que tivessem por objeto a obtenção de reparação por crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos pelas forças do *Reich* na Segunda Guerra Mundial. Diante da situação, no dia 21 de janeiro de 2014, o Tribunal de Florença questionou a constitucionalidade das normas que o impediam de exercitar jurisdição sobre o caso (ITALY, 2014-a).

Assim, conforme o *Ritenuto in fatto*, item 1, da *Sentenza n. 238*, o Tribunal de Florença questionou a constitucionalidade: 1) da norma de direito internacional costumeiro que a ordem jurídica italiana incorporou em decorrência do parágrafo primeiro do artigo 10º, de sua Constituição, a qual confere imunidade aos Estados por atos de império que consistam em crimes contra a humanidade e crimes de guerra, conforme interpretação da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*; 2) do artigo 1º da Lei 848, de 1957, que incorpora a Carta das Nações Unidas à ordem jurídica italiana e, com ela, o seu artigo 94, que determina ao juiz nacional que obedeça aos julgamentos da Corte Internacional de Justiça; 3) do artigo 3º da Lei 5/2013, que incorpora a Convenção sobre as Imunidades do Estado à ordem jurídica italiana, o qual determina o cumprimento das decisões da Corte Internacional de Justiça relacionadas às imunidades jurisdicionais dos Estados (ITALY, 2014-a).

A *Corte Costituzionale* avaliou a compatibilidade desses dispositivos legais, que impediam a prestação jurisdicional, em relação aos artigos 2º e 24 da Constituição Italiana.

O artigo 2º dispõe sobre o reconhecimento e proteção de direitos humanos invioláveis e tem a seguinte redação: “A República reconhece e garante os direitos inalienáveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se



desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social” (ITALY, 1948, grifo do autor).

O artigo 24, por sua vez, trata do direito de acesso a um tribunal e a uma solução judiciária efetiva, princípios do estado de direito na Itália, *verbis*:

Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos.

A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento.

São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição.

A lei determina as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários (ITALY, 1948, grifo do autor).

Consta na *Sentenza n. 238, Ritenuto in fatto*, em seu item 1.2, que, ao encaminhar a consulta constitucional, o Tribunal de Florença destacou que a questão central era determinar se a ordem jurídica italiana exigia que as cortes locais se negassem a examinar casos relativos a reparações por crimes de guerra praticados pelas forças armadas de países estrangeiros em seu território (ITALY, 2014-a).

No exame, conforme o item 1.2, *Ritenuto in fatto*, o Tribunal de Florença indicou que a *Corte Costituzionale* deveria levar em conta: a mudança de orientação da Corte de Cassação, que passou a julgar conforme a decisão no caso *Jurisdictional Immunities*; o comportamento do legislador italiano, que inseriu na Lei 5/2013, que autorizou a ratificação da Convenção sobre as Imunidades do Estado, o artigo 3º, o qual determinou que os juízes locais deveriam abster-se de qualquer exercício de jurisdição em relação às condutas especificadas na decisão da Corte Internacional de Justiça, ainda que isso implicasse a desconstituição de decisões interlocutórias sobre competência ou de decisões de fundo nelas baseadas (ITALY, 2014-a).

Ainda, como consta no item 1.2, *Ritenuto in fatto*, dever-se-ia considerar o *dictum* da Corte Internacional de Justiça de que não há conflito entre normas substantivas cogentes e normas procedimentais relativas às imunidades dos Estados, uma vez que estas atuam em planos distintos. Em relação a esse postulado, o Tribunal de Florença argumentou que se a interpretação do teor e alcance do *jus cogens* é uma atribuição exclusiva da Corte Internacional de Justiça, a verificação da constitucionalidade da outorga indiscriminada de imunidade jurisdicional em detrimento dos direitos fundamentais das vítimas é uma atribuição do foro, sendo duvidoso que tal prática seja compatível com a Constituição Italiana ou com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (ITALY, 2014-a).

Cabe apontar que, nesse ponto, a *Corte Costituzionale* posiciona-se de forma contrária à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que afirmou em *Al-Adsani*

e reiterou em *Kalogeropoulou e Jones*, que as restrições ao direito de acesso a um tribunal em razão da imunidade de jurisdição dos Estados, mesmo em face de violações graves do direito internacional, são razoáveis e atendem aos requisitos de legitimidade e proporcionalidade (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001, 2002, 2014).

Por fim, ainda no item 1.2, *Ritenuto in fatto*, o Tribunal de Florença invocou decisões da própria *Corte Costituzionale* em que esta declarou: 1) que em caso de conflito entre regras gerais do direito internacional e preceitos fundamentais da ordem jurídica italiana, esta última prevalece (julgamento 48/1979); 2) que a tendência da ordem jurídica italiana de receber as normas geralmente reconhecidas pelo direito internacional é limitada pela necessidade de preservar sua identidade e, em particular, seus valores constitucionais (julgamento 73/2001); 3) que o artigo 24, que trata do acesso a um tribunal, é um princípio supremo da ordem constitucional italiana (julgamento 18/1982); 4) que quando o direito internacional conflita com a Constituição deixa de ser referência para o legislador (julgamento 311/2009); 5) que ante a impossibilidade de atingir a legalidade da norma internacional em si, isso resulta na inconstitucionalidade da norma de incorporação (julgamentos 348 e 349/2007) (ITALY, 2014-a).

A Alemanha não compareceu perante a *Corte Costituzionale*, no entanto, no item 2, *Ritenuto in fatto*, informa-se que o *Presidente del Consiglio dei Ministri*, por meio da *Avvocatura Generale dello Stato* contestou o pedido de revisão constitucional. A *Avvocatura* alegou preliminarmente: 1) que as normas alvo de exame constituíam costume internacional cuja formação era anterior à vigência da Constituição e, portanto, estavam fora da possibilidade de revisão de sua compatibilidade com a ordem constitucional italiana; 2) que a definição da jurisdição é preliminar ao julgamento do mérito da causa e que definir a jurisdição com base na violação de norma de *jus cogens* seria inverter a ordem lógica existente entre as questões de índole procedimental e de fundo (ITALY, 2014-a).

Quanto ao mérito, a *Avvocatura* alegou: 1) que o artigo 10º, parágrafo primeiro, da Constituição Italiana, ao incorporar as normas de direito internacional atribui às mesmas status constitucional, portanto, o aparente conflito das normas de imunidade com o artigo 24 é resolvido pela aplicação do critério da especialidade; 2) que o artigo 11 da Constituição expressa o consentimento da Itália, em condições de igualdade com os demais Estados, com as limitações à sua soberania necessárias para uma ordem que promova paz e justiça entre as nações, o que implica a aceitação das normas costumeiras relativas às imunidades jurisdicionais dos Estados (ITALY, 2014-a).

Consta no item 3, *Ritenuto in fatto*, que os requerentes nos pedidos de reparação compareceram perante a *Corte Costituzionale*, reafirmaram diversos dos argumentos do Tribunal de Florença e acrescentaram: 1) que a Alemanha rejeitara pedidos anteriores de reparação e outras formas de compensação, o que deixou as vítimas sem alternativas para terem suas pretensões julgadas; 2) que os princípios e disposições constantes nos artigos 1º, parágrafo 3º e 55, alínea *c* da Carta das Nações Unidas, no artigo 14 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e na Resolução 60/147 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas deveriam ser levados em conta no julgamento; 3) que o princípio da não-intervenção não poderia ser efetivado em detrimento de direitos fundamentais; 4) que os dispositivos cuja constitucionalidade era questionada feriam não só a Constituição Italiana como também o direito internacional (ITALY, 2014-a).

Após essa breve descrição das questões que os requerentes apresentaram, passa-se à análise da solução que a Corte Constitucional Italiana deu ao caso.

### 3.3.2 A Apreciação das questões jurídicas e a decisão no caso *Simoncioni*

No item 1, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* relata que, ao solicitar o exame de constitucionalidade, o Tribunal de Florença não solicitou a suspensão da imunidade de execução nos casos sob exame, restringindo-se a questionar a permanência da imunidade de jurisdição diante de crimes de guerra e maciças violações aos direitos humanos, *verbis*: “*Inoltre, lo stesso giudice rimettente limita le questioni sollevate alla giurisdizione relativa alla cognizione della pretesa risarcitoria, non anche alla esecuzione*” (ITALY, 2014-a).

Assim, a *Corte Costituzionale*, em sua decisão, não faz referência à imunidade de execução, de modo que, em princípio, os juízes italianos podem receber e julgar processos de conhecimento, mas a parte da decisão da Corte Internacional de Justiça relativa à imunidade de execução segue intacta. Por outro lado, é possível supor que os juízes interpretem a decisão ampliativamente, de modo a que seus efeitos atinjam também a imunidade executória. Na primeira hipótese, a condução de um processo de conhecimento, embora fira a decisão da Corte Internacional de Justiça, tem impacto relativamente pequeno nas relações entre Itália e Alemanha. Na segunda hipótese, a imposição de alguma medida de caráter construtivo, caso ocorra, tem chance significativa de gerar repercussões na esfera das relações internacionais.

No item 2.1, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale*, ao apreciar a primeira questão preliminar suscitada pela *Avvocatura*, reafirmou o seu papel de órgão ao qual compete com exclusividade a revisão judicial da compatibilidade de qualquer norma em relação à Constituição (julgamento 1/1956), incluindo as normas do direito internacional costumeiro, independentemente dessas normas terem sido incorporados ao sistema jurídico italiano antes de sua vigência (ITALY, 2014-a).

A seguir, no item 2.2, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* foi lacônica ao se posicionar quanto à segunda questão preliminar, relativa à inversão lógica entre questões procedimentais e questões substanciais, e limitou-se a afirmar que a objeção carecia de fundamento, pois a determinação da competência exige necessariamente que se considere os argumentos que os requerentes apresentam para fundar seu pedido, *verbis*: “*Anche questa eccezione non è fondata, per il semplice motivo che un’eccezione relativa alla giurisdizione richiede necessariamente una valutazione del petitum in base alla prospettazione della domanda, come formulata dalle parti*” (ITALY, 2014-a).

No exame de mérito, a partir do item 3, *Considerato in diritto*, analisou-se primeiramente os efeitos decorrentes do artigo 10º, parágrafo primeiro, da Constituição Italiana, que estabelece a conformação da ordem local ao direito internacional. Reza o dispositivo: “O ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas” (ITALY, 1948, grifo do autor).

Nos itens 3.1 e 3.2, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* esclareceu que a interpretação dada pela Corte Internacional de Justiça ao direito internacional costumeiro é realizada no exercício de uma competência jurídica específica e como tal não está sujeita à revisão por cortes domésticas. No entanto, na esfera doméstica, compete à *Corte Costituzionale* verificar a compatibilidade do direito costumeiro das imunidades dos Estados conforme interpretado pela Corte Internacional de Justiça em relação aos princípios fundamentais da ordem constitucional e aos direitos humanos, os quais, limitam a introdução de normas geralmente reconhecidas de direito internacional ou, conforme a doutrina do *controlimiti*, refreiam a incorporação de direito da União Europeia na ordem jurídica italiana (ITALY, 2014-a).

Essa é a única passagem na *Sentenza n. 238*, em que aparece o termo *controlimiti*. Na passagem, em meio a um breve apontamento de precedentes da *Corte Costituzionale*, destaca-se a importância dos princípios fundamentais da ordem constitucional e dos direitos humanos como elementos irrenunciáveis que identificam a ordem constitucional italiana, *verbis*:

3.2.– Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali “controlimiti” all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988) (ITALY, 2014-a, grifo do autor).

No entanto, na visão de *Andrea Pin*, por trás da teoria do *controlimiti*, a *Corte Costituzionale* não quer simplesmente proteger valores cruciais da ordem constitucional italiana, mas sim impulsionar uma mudança no direito internacional, o que é perceptível quando esta reconhece o valor jurídico do julgamento da Corte Internacional de Justiça no plano internacional, mas retira sua eficácia no plano doméstico dado que o mesmo viola preceitos constitucionais essenciais, enquanto afirma que os tribunais domésticos contribuem para a formação do direito internacional e que aguarda que um novo costume advenha de decisões como a sua, como se pode ler, no item 3.3, *Considerato in diritto*: “[...] *this may also contribute to a desirable – and desired by many – evolution of international law itself*” (PIN, 2014; ITALY, 2014-a).

A *Corte Costituzionale* afirmou, a seguir, no item 3.3, *Considerato in diritto*, que o direito internacional costumeiro das imunidades jurisdicionais dos Estados era originalmente absoluto, mas que sofreu evolução na primeira metade do século XX, principalmente com a distinção entre atos de império e atos de gestão, fruto, em boa parte, do desenvolvimento da teoria ítalo-belga da imunidade restritiva. Após citar diversas decisões da primeira década do século XX, a *Corte Costituzionale* afirmou que a ela cabe assegurar o respeito à Constituição e rever a compatibilidade das normas relativas às imunidades dos Estados. Se do resultado dessa análise sobrevier nova restrição ao alcance das imunidades, a mesma afetará em um primeiro momento apenas a ordem doméstica italiana, mas poderá contribuir para a evolução do direito internacional (ITALY, 2014-a).

Na sequência, no item 3.4, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* afirmou que o controle de compatibilidade é essencial para o funcionamento do parágrafo primeiro do artigo 10º da Constituição, pois, se houver conflito entre o direito internacional e os preceitos fundamentais da ordem jurídica italiana, a incorporação da norma internacional sequer chega a acontecer (ITALY, 2014-a).

Assim, o controle de constitucionalidade é continuamente exercido para preservar a integridade da ordem jurídica italiana, como se pode ler no julgamento 183/1973 da *Corte Costituzionale*, no caso *Frontini v. Ministero delle Finanze*:

[...] It is hardly necessary to add that by Article 11 of the Constitution limitations of sovereignty are allowed solely for the purpose of the ends indicated therein, and it should therefore be excluded that such limitations of sovereignty, concretely set out in the Rome Treaty, signed by countries whose systems are based on the principle of the rule of law and guarantee the essential liberties of citizens, can nevertheless give the organs of the EEC an unacceptable power to violate the fundamental principles of our constitutional order or the inalienable rights of man. And it is obvious that if ever Article 189 [of the Rome Treaty] had to be given such an aberrant interpretation, in such a case the guarantee would always be assured that this Court would control the continuing compatibility of the Treaty with the abovementioned fundamental principles [...] (ITALY, 1973, p. 525).

Também no item 3.4, *Considerato in diritto*, na visão de *Pin*, identifica-se referência aos princípios do direito internacional, conforme constam no artigo 38.1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, quando a *Corte Costituzionale* afirma: “*Né è contestabile che il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo*”. Na opinião desse autor, a defesa da ordem interna, a doutrina do *controlimiti* e os princípios gerais do direito são poderosos fundamentos de legitimação do julgamento italiano (PIN, 2014; ITALY, 2014-a).

Ao seguir a leitura do item 3.4, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* reafirma que os preceitos de referência na consulta são os dos artigos 2º e 24, o primeiro de natureza substantiva, o segundo de natureza instrumental, ambos indissociáveis, invioláveis e supremos. O direito à proteção judicial pode ser limitado pela imunidade de jurisdição do Estado quando razões de interesse público prevalecerem sobre o artigo 24, mas essas razões devem ser claramente evidenciadas no caso concreto. No caso *Simoncioni (Sentenza 238)*, o sacrifício absoluto do direito à proteção judicial não encontra justificativa, pois a imunidade jurisdicional protege a soberania e não atos ilegais. Em razão disso, negar proteção judicial às vítimas de crimes de guerra e crimes contra a humanidade representa um sacrifício completamente desproporcional de dois direitos fundamentais (ITALY, 2014-a).

Nesse sentido, ainda no item 3.4, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* aponta o que, a seu ver, constitui o limite material da imunidade de jurisdição, *verbis*:

A imunidade à jurisdição de outros Estados é defensável do ponto de vista jurídico e mais ainda do ponto de vista lógico e pode, portanto, justificar no plano constitucional o sacrifício do princípio da proteção judicial de direitos invioláveis garantidos pela Constituição, mas apenas quando relacionada – substancial e não apenas formalmente – às funções soberanas do Estado estrangeiro, isto é, ao exercício de seus poderes governamentais.

O respeito a princípios fundamentais e direitos humanos invioláveis [...] em si mesmo exclui que ações como deportações, trabalho escravo e massacres, reconhecidos como crimes contra a humanidade, possam justificar o sacrifício absoluto na ordem jurídica interna da proteção judicial dos direitos invioláveis das vítimas desses crimes (ITALY, 2014-a, tradução do autor).

Ou seja, no âmbito da imunidade jurisdicional do Estado, o direito de acesso a um tribunal pode ser restrito se superado por um interesse público conflitante. No entanto, a preservação de relações internacionais pacíficas não é, na visão da *Corte Costituzionale*, um interesse público que possa justificar o sacrifício absoluto do direito das vítimas de crimes internacionais amparados pelos artigos 2º e 24 da Constituição Italiana. O princípio da imunidade de jurisdição, que protege o Estado contra a interferência indevida no exercício de suas funções governamentais, não pode ser invocado para conferir garantias jurisdicionais para a prática de crimes contra a humanidade, porque eles não guardam nenhuma relação com o exercício típico de poderes governamentais. Isso é ainda mais relevante quando nenhuma outra forma de reparação está disponível, como a própria Corte Internacional de Justiça reconheceu em relação aos crimes de guerra cometidos pela Alemanha nazista.

Em apoio a essa linha de raciocínio, a *Corte Costituzionale* mencionou, no fim do item 3.4, *Considerato in diritto*, a decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Kadi*, que estabeleceu o princípio de que todos os atos da União Europeia estão sujeitos à revisão de sua compatibilidade em relação aos direitos fundamentais reconhecidos pela mesma, ainda quando se tratar de atos cujo propósito seja implementar resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. No caso, o Tribunal de Justiça Europeu julgou pela anulação de um regulamento do Conselho da Europa que visava cumprir a determinação de congelar os ativos de determinados indivíduos indicados em uma lista do Conselho de Segurança das Nações Unidas como possíveis terroristas, pois as obrigações decorrentes de um acordo internacional não podem comprometer o princípio de que todos os atos da União Europeia devem respeitar os direitos fundamentais (EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 2013; ITALY, 2014-a).

A *Corte Costituzionale* mencionou a decisão no caso *Kadi* para reforçar a ideia de que um sistema jurídico deve zelar pela integridade de suas normas fundamentais, mesmo em face do cumprimento de obrigações decorrentes do direito internacional. O caso adquiriu notoriedade por considerar o sistema jurídico europeu como um sistema distinto do sistema jurídico das Nações Unidas, em uma abordagem dualista.

Dessa forma, no item 3.5, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* concluiu que a impossibilidade de proteção judicial, na situação presente no caso *Simoncioni* (*Sentenza*

238), contraria os artigos 2º e 24 da Constituição, assim, o disposto no parágrafo primeiro do artigo 10º não opera seus efeitos e as normas relativas às imunidades jurisdicionais dos Estados que contrariam tais preceitos não adquirem validade na ordem jurídica italiana, ou seja, nem chegam a existir, não se podendo sequer falar de sua inconstitucionalidade (ITALY, 2014-a).

Em seguida, a *Corte Costituzionale* tratou do questionamento relativo ao artigo 1º da Lei 848/1957, que é uma norma de incorporação, de natureza infraconstitucional, por meio da qual deu-se o ingresso da Carta das Nações Unidas na ordem jurídica italiana e, com ela, de seu artigo 94, que define a obrigatoriedade das decisões da Corte Internacional de Justiça nos casos em que sua jurisdição foi aceita pelas partes litigantes. *Verbis*:

Artigo 94

1. Cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte. [...]
2. Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença (BRASIL, 1945).

Com relação a este dispositivo, no item 4, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* ponderou que, sem prejuízo das demais obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas, o artigo 1º da Lei 848/1957 é inconstitucional, pois obriga os juízes italianos a obedecer a decisão no caso *Jurisdictional Immunities*, que declarou que o exercício de jurisdição sobre a Alemanha nos casos relativos aos pedidos de reparação pelos crimes de guerra cometidos pelo regime nazista no território italiano é contrário ao direito das imunidades dos Estados. A obediência ao artigo 94 da Carta das Nações Unidas, nesses casos, deve ser afastada pois esse dispositivo não pode ser interpretado no sentido de autorizar violações aos artigos 2º e 24 da Constituição. A *Corte Costituzionale* ressaltou, por outro lado, que as demais obrigações decorrentes do artigo 94 da Carta não são afetados pela decisão (ITALY, 2014-a).

Em seguida, a *Corte Costituzionale* examinou a constitucionalidade do artigo 3º da lei 5/2013. Esta lei tem por objeto a incorporação da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens ao direito italiano. O seu artigo 3º, especificamente, foi inserido para adaptar o ordenamento italiano à decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, e possui a seguinte redação:

Artigo 3 – Execução das sentenças da Corte Internacional de Justiça

1. Para efeito do artigo 94, parágrafo 1º, da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945 e tornada aplicável pela Lei 848, de 17 de agosto de 1957, quando a Corte Internacional de Justiça, em sentença que julgou um processo do qual era parte o Estado italiano, excluir a sujeição de certas condutas de



outro Estado à jurisdição civil, o juízo perante o qual pender controvérsia relativa a tais condutas deverá, de ofício, ainda que já tenha estabelecido sua competência em decisão interlocutória irrecorrível, e em qualquer estágio ou grau do processo, declarar-se incompetente.

2. A sentença transitada em julgado em contradição com a sentença da Corte Internacional de Justiça referida no parágrafo 1º, ainda que anterior, poderá ser rescindida, além das hipóteses previstas no artigo 395 do Código de Processo Civil, também por carência de jurisdição civil, sendo que, em tal caso, não se aplica o artigo 396 do referido código (ITALY, 2013, tradução do autor).

Em sua análise, no item 5.1, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* entendeu que o disposto no artigo 3º fere o disposto nos artigos 2º e 24 da Constituição Italiana, pois priva as vítimas das condutas mencionadas nas decisões da Corte da Haia dos meios judiciais para obter reparação. Esse sacrifício absoluto do direito de acesso a um tribunal e do direito a um recurso efetivo é insustentável, pois significa proteger o exercício ilícito de poderes governamentais por Estados estrangeiros que resultem na prática de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e violações de direitos humanos. Além disso, o artigo 3º também é incoerente com o que estabelece a Convenção sobre as Imunidades dos Estados, confirmado pela declaração interpretativa feita pelo governo italiano ao ratificar a convenção, explicitamente excluindo a aplicação da mesma em relação aos danos e lesões resultantes das atividades de forças armadas no território do foro (ITALY, 2014-a).

Quando menciona a Convenção sobre Imunidades, a *Corte Costituzionale* se refere ao artigo 12 da mesma, que, como já visto, afasta as imunidades jurisdicionais nos casos de ações indenizatórias por morte, ferimentos ou danos à propriedade tangível, causados por ação ou omissão do Estado estrangeiro no território do foro, desde que o autor das mesmas estivesse lá presente no momento em que estas aconteceram. A Convenção sobre Imunidades, entretanto, não menciona atividades militares, portanto, o entendimento explícito que exclui a aplicação da mesma em relação aos danos e lesões resultantes das atividades de forças armadas no território do foro, ao qual a *Corte Costituzionale* se refere, encontra-se na declaração interpretativa do governo da Itália, ao aceder, em 6 de maio de 2013, à Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens, em que este país afirma:

Italy. Declaration: [...] In depositing the present instrument of ratification, the Italian Republic wishes to underline that Italy understands that the Convention will be interpreted and applied in accordance with the principles of international law and, in particular, with the principles concerning the protection of human rights from serious violations. In addition, Italy states its understanding that the Convention does not apply to the activities of armed forces and their personnel, whether carried out during an armed conflict as defined by international humanitarian law, or undertaken in the exercise of their official duties. Similarly, the Convention does not apply where there are special immunity regimes, including the ones concerning the status of armed forces and associated personnel following the armed forces, as well

as immunities *ratione personae* of other State officials according to international law [...] (UNITED NATIONS, 2013, grifo do autor).

No entanto, lê-se a declaração interpretativa do governo italiano, mais acertadamente, em sentido contrário ao afirmado pela *Corte Costituzionale*, ou seja, a não aplicação da Convenção sobre as Imunidades às forças armadas e suas atividades significa que as regras costumeiras relativas às imunidades continuam regendo a matéria. Ressalte-se, nesse sentido, que a declaração não exclui a incidência das normas costumeiras ou de convenções específicas relativas à imunidade jurisdicional, até porque é impossível a um Estado alterar ou derogar unilateralmente normas do direito internacional e, ainda mais, pretender fazê-lo por meio de uma declaração interpretativa incidente em um tratado internacional.

Com isso, e em relação ao conteúdo do direito costumeiro internacional que rege as imunidades jurisdicionais dos Estados, pode-se afirmar que a interpretação do direito que a Corte Internacional de Justiça realizou no caso *Jurisdictional Immunities* é determinante para estabelecer o alcance e o sentido das normas que regulam a matéria. Em outras palavras, se os dispositivos da Convenção sobre Imunidades Jurisdicionais não se aplicam às atividades de forças militares, aplica-se o direito costumeiro; se há dúvidas quanto ao teor do direito costumeiro, deve-se atentar para a determinação do mesmo em sua aplicação pelo tribunal competente.

Além disso, a declaração interpretativa, lida no contexto do artigo 3º da Lei 5/2013, assume um significado distinto do apontado pela *Corte Costituzionale*. Note-se que a declaração interpretativa e a Lei 5/2013 são atos produzidos pelo Estado italiano em um momento em que o mesmo atua com deferência em relação à ordem internacional, o que faz ao ratificar a convenção sobre imunidades e ao providenciar o cumprimento de uma decisão sobre o mesmo tema. Ou seja, a declaração interpretativa informa que a ação de forças militares segue sob a regência das normas internacionais costumeiras, o que descarta na hipótese a incidência das normas convencionais.

De toda forma, isso não é suficiente para comprometer o argumento desenvolvido em sede de controle de constitucionalidade, pois a questão constitucional não é definir o que afirmou o Estado italiano por meio de seus órgãos de representação diplomática, ou por meio de seu poder legislativo, mas sim determinar se os efeitos dessas afirmações na ordem jurídica interna são compatíveis com a Constituição. A questão que emerge é que o argumento da *Corte Costituzionale* só se sustenta à custa de um notável insulamento da ordem jurídica italiana. Em termos mais pragmáticos, o que opera é a constatação de um ponto isolado de

dissonância entre a ordem italiana e a ordem internacional, que, no mais, seguem a sua existência normal e harmônica.

Assim, no item 6, *Considerato in diritto*, a *Corte Costituzionale* declarou o artigo 3º da Lei 5/2013 e o artigo 1º da Lei 848/1957 inconstitucionais naquilo em que obrigaram o foro italiano a seguir a norma costumeira que conferia imunidade jurisdicional a Estados estrangeiros pela prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade de acordo com o julgamento da Corte Internacional de Justiça, sendo ordenado que os casos voltassem ao Tribunal de Florença para que fossem apreciados quanto ao mérito (ITALY, 2014-a).

Especula-se quanto ao que acontecerá quando os tribunais italianos tomarem novas decisões em consonância com a decisão da *Corte Costituzionale*, em particular quando essas decisões passarem à fase executória. Destacam-se dois aspectos, o primeiro é a desobediência à decisão da Corte Internacional de Justiça, que redundará na responsabilidade internacional da Itália. O segundo é a viabilidade de execução de tais decisões e seus efeitos na relações entre Alemanha e Itália.

### 3.3.3 A *Sentenza* 238 e a questão do dualismo jurídico

A argumentação da *Corte Costituzionale* evoca a jurisprudência que o Tribunal Constitucional Alemão lançou no caso *Solange I* (1974), cuja decisão considera que a precedência do direito comunitário não é uma justificativa suficiente para que o mesmo deva sempre prevalecer sobre o direito constitucional alemão. Na decisão, interpreta-se o artigo 25 da Constituição Alemã no sentido de definir que as regras gerais do direito internacional têm precedência apenas sobre a legislação federal ordinária e que podem, enquanto partes de um sistema jurídico distinto, ser questionadas quando se chocarem com a ordem pública daquele país. Além disso, o Tribunal Constitucional afirma, naquela decisão, que o vínculo da Alemanha com a comunidade não é unilateral, pois esta também tem a obrigação de construir um sistema jurídico comunitário compatível com os preceitos enraizados no direito constitucional alemão. Entre as conclusões do caso, interessa particularmente a afirmação de que evidenciar um conflito entre a ordem pública interna e o direito comunitário não seria uma violação de obrigação internacional, mas, ao contrário, seria um modo de acionar os mecanismos comunitários capazes de solucioná-lo no plano político (GERMANY, 1974, p. 389-390).

Outro interessante argumento que a *Corte Costituzionale* avança, com base em seus próprios precedentes, afirma que o parágrafo primeiro do artigo 10º da Constituição Italiana, que prevê que a ordem jurídica italiana deve conformar-se ao direito internacional geralmente reconhecido, tem como limite a própria Carta Constitucional, enquanto garantia da identidade da República Italiana. Ou seja, o ordenamento jurídico italiano reconhece o direito internacional até o limite da manutenção de suas características fundamentais, tais quais consagradas no texto constitucional. O argumento é curioso, pois sua consequência lógica é reiterar que existe um controle de compatibilidade do direito internacional em relação à Constituição. Tal controle só é possível ante o pressuposto da superioridade da ordem constitucional em relação à ordem internacional. No entanto, essa afirmação da *Corte Costituzionale* contradiz o preceito costumeiro, codificado no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de que o direito internacional obriga os Estados a ele vinculados e que o direito interno não pode ser invocado como justificativa para descumprir uma norma internacional.

Ao que parece, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados contém uma cláusula implícita, que acrescenta: “o direito internacional não pode ser descumprido enquanto (*solange*) não contrariar um preceito fundamental da ordem jurídica doméstica”. Esse é um preceito estranho à forma como se pensa o funcionamento da ordem jurídica internacional, para a qual é um ponto pacífico a prevalência da mesma sobre as ordens domésticas.

Nesse sentido, uma visita à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, é esclarecedora, pois lá consta, de forma expressa, na Parte III, relativa à “Observância, Aplicação e Interpretação de Tratados”, na Seção 1, que trata da “Observância de Tratados”, em seu artigo 27: “Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46” (BRASIL, 2009-a, grifo do autor).

Não há dúvida quanto ao teor da norma, ele é cristalino, não é possível alegar um preceito da ordem interna para desobedecer a uma obrigação decorrente de um tratado internacional. No entanto, o dispositivo ressalva a previsão do artigo 46 da mesma Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que se encontra na Parte V, relativa à “Nulidade, Extinção e Suspensão da Execução de Tratados”, em sua Seção 2, que se intitula “Nulidade de Tratados”. Supõe-se que o dispositivo possua alguma relevância, para merecer uma menção que perturba a clareza do artigo 27, portanto, convém citá-lo. Reza o artigo 46:

Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé (BRASIL, 2009-a, grifo do autor).

O artigo 46 estabelece que não é possível ao Estado alegar a violação de uma norma doméstica relativa à competência para celebrar um tratado como razão para invalidá-lo, exceto se a violação for evidente e disser respeito a normas de importância fundamental. Em outras palavras, questões formais relativas à competência para celebrar um tratado não são motivo suficiente para invalidar a obrigação internacional, no entanto, questões relacionadas à essa competência e substancialmente relevantes o são. Como o dispositivo se refere expressamente à disposições sobre competência, está-se diante de uma hipótese de nulidade do tratado e não de um permissivo para o seu descumprimento. Nesse sentido, leia-se o comentário de Macedo:

[...] cabe ressaltar que a frase final do art. 27 [...] não constitui propriamente uma exceção. O art. 46 [...] trata da chamada “ratificação imperfeita” e aborda uma das maneiras de ocorrer uma nulidade em virtude de um consentimento viciado. A nulidade do art. 46 insere-se num momento anterior à vigência do tratado, enquanto o art. 27 se aplica a tratados já perfeitos e vigentes. Na etapa de formação de um tratado, a [Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados] admite a conjugação das ordens nacional e internacional, mas, depois que ele já entrou em vigor, o direito interno não pode impedir a sua execução (MACEDO, 2011, p. 197).

Resta determinar, e aí somente a prática futura dos Estados e dos tribunais internacionais permitirá dizer melhor, se o “respeito a princípios fundamentais e direitos humanos invioláveis”, para usar uma expressão da *Corte Costituzionale*, satisfaz os requisitos do permissivo constante na segunda parte do parágrafo 1 do artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e, em caso positivo, se a dita Convenção reflete normas aplicáveis ao direito internacional cuja fonte é o costume.

A decisão italiana permite retomar a ideia de *Triepel* e de *Anzilotti* da existência de duas ordens jurídicas independentes e autônomas, a internacional e a interna, cada uma das quais possui normas distintas que vinculam sujeitos também distintos. A *Corte Costituzionale Italiana*, em seu julgamento, reiterou que o papel de definir o conteúdo do direito internacional é da Corte Internacional de Justiça e que o julgamento desta não é passível de qualquer tipo de apreciação pela justiça italiana. Em outras palavras, no plano internacional a decisão da Corte Internacional de Justiça é válida e obrigatória. Ao mesmo tempo, a Corte considera que é necessário preservar a autenticidade e as características do estado de direito

italiano e que deve então avaliar a compatibilidade de certas normas internas que exigem o cumprimento da decisão internacional em face da Constituição.

Nesse ponto, a decisão internacional, intocável segundo a própria *Corte Costituzionale* Italiana, torna-se inaplicável em território italiano, embora continue obrigatória na órbita internacional para o Estado Italiano. A única forma de vencer, ou ao menos de acomodar esse paradoxo é assumir o dualismo de ordens jurídicas, o que faz cada corte competente para aplicar um direito distinto e resolve a questão da desobediência à norma internacional ao deslocá-la para o plano da responsabilidade por ato ilícito.

Nesse sentido, *Rousseau* ensina que os pontos de vista monista e dualista não são necessariamente contraditórios em relação à primazia do direito internacional, pelo contrário, diferenciam-se mais em relação à forma como a primazia do direito internacional é resguardada, em suas palavras:

Le point de divergence véritable entre le monisme et le dualisme ne porte en effet que sur la sanction du principe de la primauté du droit international et non sur sa réalité intrinsèque : dans la construction moniste on admet une abrogation automatique des normes internes contraires au droit international, alors que, dans la conception dualiste, on admet la validité des normes internes internationalement irrégulières mais – et par là on affirme bien la primauté du droit des gens – sous réserve de la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'état (ROUSSEAU, 1970, p. 48).

No entanto, ainda que a teoria dualista das relações entre a ordem internacional e as ordens domésticas corresponda aos fatos e possa conduzir a uma explicação sobre como as coisas são, ela não fornece nenhuma pista acerca de como as coisas devem ser. Nesse ponto é que o direito, enquanto técnica deontológica, liberta-se da vinculação às conclusões empíricas e vai além delas, para atuar como ferramenta transformadora da realidade mesma.

Portanto, pode-se afirmar que a decisão da *Corte Costituzionale* Italiana precisa ser pensada de modo a harmonizar-se com a ordem constitucional que busca proteger e com a ordem de coordenação das relações interestatais. Nesse sentido, a mesma pode ser defendida pela defesa de valores caros não só à ordem constitucional italiana, mas à ordem pública internacional, pois os valores constitucionais fundamentais comuns aos Estados nutrem a ordem jurídica que os sobrepõe. Por outro lado, a decisão pode ser criticada por partir do pressuposto da incomunicabilidade entre as ordens jurídicas, que, se assumido, nega a própria possibilidade de coordenação entre as mesmas e conduz do direito da cooperação e coexistência ao não-direito da imposição das vontades soberanas.

O caso demonstra que valores supremos e inquestionáveis, como a prevalência dos direitos humanos fundamentais ou a prevalência do respeito entre soberanias não podem dialogar sem que haja uma ponderação entre os mesmos. A técnica da ponderação, entretanto,

implica a lógica da compatibilização ou do sacrifício razoável de um direito diante do outro. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos parece ter fornecido a melhor resposta possível no momento, ao afirmar a regra geral do direito de acesso a um tribunal e do direito a reparações, mas ao submeter tais direitos fundamentais a certas restrições tópicas, restritas e razoáveis, entre as quais se insere o respeito à imunidade jurisdicional dos Estados em relação a seus atos de império.

Por outro lado, essa circunstância específica cria, ou deveria criar, a obrigação de discutir formas alternativas de compensação, a serem negociadas entre os Estados e as vítimas, de forma a não tornar perene a situação de injustiça em que se encontram muitas vítimas de crimes de guerra praticados pela Alemanha nazista, solução que a própria Corte Internacional de Justiça indicou ao julgar o caso *Jurisdictional Immunities* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 104).

A busca unilateral por uma solução é ineficaz, pois não pode ser imposta por uma jurisdição sobre outra soberania. O impasse que resulta dessa tentativa foi alvo de extensa discussão, que se relata a seguir.

### 3.3.4 A Conferência *Remedies against immunity* - O direito internacional após a *Sentenza 238/2014*

De 11 a 13 de maio de 2017, *Villa Vigone* recebeu acadêmicos e profissionais italianos e alemães em uma conferência internacional para discutir as questões que a *Sentenza 238/2014* suscitou no meio jurídico sobre a relação entre o direito internacional e as ordens jurídicas domésticas; sobre as relações entre as imunidades jurisdicionais e as garantias aos direitos humanos; e sobre o papel dos tribunais domésticos no desenvolvimento do direito internacional costumeiro (PETERS; VOLPE, 2017, p. 2-3).

*Beinlich*, que compôs a seleção de *Engaged Listeners* e elaborou uma síntese das atividades e discussões da conferência, relata que o painel de abertura do evento debateu as questões sob a perspectiva da Alemanha, com ênfase nos processos em andamento e nas decisões recentes que condenam esse país a pagar indenizações, com a ressalva de que, até aquele momento, não havia procedimentos de execução forçada e que era improvável que ocorressem. Relata também que os integrantes do painel apontaram que a Alemanha implementou vários programas de compensação; que soluções multilaterais são preferíveis a

soluções individuais quando se trata de injustiças históricas; e que é desejável preservar as boas relações entre Itália e Alemanha. Por outro lado, os painelistas ponderaram que as ações judiciais chamam a atenção para o problema, o que pressiona os governos por negociações; do mesmo modo, ações individuais são justificáveis ante a ausência de perspectivas de solução coletiva. Finalmente, houve quase consenso entre os presentes que tanto a supressão da imunidade alemã quanto a ausência de compensação às vítimas são situações insustentáveis, o que cria a obrigação moral e política para os governos da Alemanha e Itália de solucionar a questão. No entanto, apontou-se que, mesmo na hipótese de negociações, o governo da Itália não tem como garantir que seus tribunais encerrariam os processos individuais ou mesmo que levariam a existência de negociações em conta ao julgar o mérito dos pedidos (BEINLICH, 2017, p. 3-5).

Nesse primeiro painel, *Arnauld* destacou que a posição alemã é juridicamente forte, ainda mais após a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, em 2012. No entanto, é improvável que a Alemanha questione a *Sentenza 238* perante a jurisdição internacional, pois seu Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), de modo análogo à *Corte Costituzionale*, também considera que certos princípios básicos da ordem constitucional prevalecem em caso de conflito com obrigações internacionais, o que cria uma situação ambivalente e contraditória que, se não chega a impedir o recurso à jurisdição internacional, o torna improvável (ARNAULD, 2017, p. 1).

Para *Arnauld*, enquanto perdura o impasse, cresce o descontentamento das vítimas que ficaram sem compensação. O principal grupo nessa situação são os mais de seiscentos mil *Italian Military Internees*, que o exército alemão capturou após o armistício da Itália com os Aliados, e aos quais recusou-se o *status* de *Prisoners of War*, o que os excluiu da proteção do direito humanitário. Posteriormente, quando da definição das compensações, em 1961, recusou-se aos mesmos o *status* de perseguidos, o que os excluiu dos esquemas de reparação. Ou seja, na condução da guerra, a Alemanha negou-lhes a proteção devida, e na paz, negou-lhes reparação. Tal situação, na visão de *Arnauld*, gera responsabilidade estatal que se traduz em obrigação de negociar, de reconhecer as vítimas como tais, de incluí-las no processo e de permitir às mesmas o registro de suas histórias (ARNAULD, 2017, p. 2-3).

*Boggero* acrescentou que a *Sentenza 238* não estipula que os tribunais italianos devam reconhecer a imunidade jurisdicional da Alemanha caso esta e/ou a Itália venham a estabelecer um esquema de compensação alternativo para as vítimas, pois o que dela consta é que o artigo 24 da Constituição Italiana sofre violação sempre que se reconhece imunidade



jurisdicional a um Estado estrangeiro em relação a crimes contra a humanidade e graves violações de direitos fundamentais. Assim, a existência de uma garantia alternativa eficaz para os autores que buscam compensação em jurisdição italiana não impede que os tribunais desse país continuem a exercer jurisdição sobre Estados estrangeiros, ao menos até que a *Corte Costituzionale* esclareça que a existência de um esquema alternativo de compensação satisfaz as exigências de acesso à justiça do artigo 24. Mesmo assim, diante da situação das vítimas, a abertura de negociações com vistas a pagamento de indenizações parece a melhor solução para a solução definitiva do problema (BOGGERO, 2017, p. 1).

Seguindo em sua síntese, *Beinlich* relata que o segundo painel enfatizou a perspectiva italiana. Em primeiro lugar, discutiu-se a contribuição da *Sentenza 238* para a formação de uma norma internacional costumeira que cria uma nova exceção à imunidade jurisdicional pela prática de crimes de guerra e graves violações de direitos humanos. No entanto, os painelistas concordaram que a sentença não é parte de uma prática uniforme do Estado italiano, pois nela a *Corte Costituzionale* foi contra ações do governo e do parlamento italianos (BEINLICH, 2017, p. 5).

Na ocasião, *Paolo Palchetti* apontou que a discussão da *Sentenza 238* envolve não apenas questões interestatais, mas também a relação entre direito internacional e direito interno e as relações entre os poderes que integram a República Italiana. No plano interestatal, o governo italiano preferiria dar à *Sentenza* o alcance mais restrito possível, para preservar a própria imunidade jurisdicional italiana em foros estrangeiros. No que toca as relações entre direito internacional e direito interno, a *Sentenza* os isolou, o que torna improvável e inútil uma nova manifestação da jurisdição internacional. Por fim, no que toca às relações entre os poderes, o descompasso entre eles impede que a Itália adote uma posição unitária e coerente sobre a imunidade jurisdicional. (PALCHETTI, 2017, p. 1-2).

No entanto, mesmo em face do embate entre os poderes, a perspectiva que predomina na jurisdição italiana é a da *Corte Costituzionale*, que define a posição da Itália quanto à imunidade jurisdicional em face de violações graves dos direitos humanos e do direito humanitário. Com isso, os tribunais italianos estão dispostos a julgar Estados estrangeiros, como ilustra a sentença no caso *Opacic*, de 2015, em que a Corte de Cassação invocou a *Sentenza 238* para negar imunidade jurisdicional à Sérvia em ação indenizatória que tem como autores os herdeiros das vítimas de um crime de guerra que aconteceu no território da ex-Iugoslávia em 1992. O crime consistiu em um ataque a dois helicópteros da Força Aérea Italiana em missão de monitoramento das Nações Unidas e resultou na morte dos tripulantes de uma das aeronaves. Logo, as consequências da *Sentenza 238* vão além da

controvérsia com a Alemanha, pois tanto tornam o foro italiano atraente para litigar contra Estados estrangeiros, como fazem do Estado italiano potencial réu nos tribunais de outros países (PALCHETTI, 2017, p. 2; FERRAJOLO, 2015, p. 6-8).

Uma solução para a situação que a *Sentenza 238* criou é não fazer nada e esperar que os julgamentos dela decorrentes tenham poucos efeitos práticos em virtude da imunidade de execução, que os tribunais italianos respeitaram até o momento. Os demais poderes do Estado italiano deram indicação nesse sentido, com a publicação, poucas semanas após a *Sentenza 238*, da Lei n. 162, de 10 de novembro de 2014, cujo artigo 19-bis protege contra execução forçada os valores em contas bancárias oficialmente identificadas para a finalidade de manutenção das atividades das representações diplomáticas e consulares estrangeiras. No entanto, essa solução não é satisfatória, pois acarreta outros problemas, tais como: 1) possível questionamento da constitucionalidade da imunidade de execução; 2) tensões internacionais, ante o exercício de jurisdição cognitiva sobre Estados estrangeiros; 3) frustração das vítimas com a ineficácia das sentenças que determinam o pagamento de indenizações (PALCHETTI, 2017, p. 2-3; ITALY, 2014-c).

Também no segundo painel, *Krieger* considera que o princípio da independência judicial permite que os tribunais domésticos contribuam para a evolução do direito internacional, inclusive através do diálogo entre tribunais de vários países. No entanto, essa ação por vezes encontra a oposição dos demais poderes dos Estados, que pode apresentar-se na forma de recurso a tribunais internacionais ou de promoção de legislação em sentido contrário. Essa competição interna resulta em esforços desordenados para influenciar no desenvolvimento do direito internacional e percebê-la permite compreender o impasse que se estabeleceu entre a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* (2012) e a sentença da *Corte Costituzionale* no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238/2014*). A situação exige cautela, pois novas mudanças ou tentativas de promovê-las devem considerar os possíveis efeitos adversos para a ordem jurídica internacional em campos como os das relações entre direito internacional e direitos nacionais; exceções à imunidade jurisdicional; e reparações individuais na hipótese de violações graves e em massa do direito internacional (KRIEGER, 2017, p. 1).

Quanto às relações entre o direito internacional e os direitos nacionais, o desenvolvimento do direito internacional via diálogo judicial é ambivalente. Quando os tribunais constitucionais desobedecem aos tribunais internacionais, isso acarreta responsabilidade internacional e, ao mesmo tempo, impõe um maior ônus argumentativo para legitimar suas decisões perante as audiências doméstica e internacional. Nessa busca de

legitimação é que se deve compreender a referência da *Corte Costituzionale* às decisões de tribunais belgas e italianos no começo do século XX, que ajudaram no desenvolvimento da doutrina restritiva da imunidade jurisdicional. No entanto, *Krieger* aponta que a ordem internacional naquela época era mais descentralizada e que os tribunais belgas e italianos não estabeleceram um precedente de desobediência contra uma decisão recente de um órgão judiciário internacional central. A longo prazo, o impulso à reforma do direito internacional via desobediência aos tribunais internacionais é perigoso para a força normativa do direito internacional e da proteção internacional dos direitos humanos (KRIEGER, 2017, p. 1).

Com relação a novas exceções à imunidade jurisdicional, *Krieger* pontua que devido à posição que exercem nas relações internacionais, os poderes executivos dos Estados se mostram céticos em relação à restrição das imunidades jurisdicionais, mesmo em face de graves violações de direitos humanos. Aparentemente, o executivo italiano, assim como os governos dos demais Estados, sabem que as mudanças advogadas pelos tribunais podem trazer consequências adversas, pois a alteração de suas próprias práticas judiciais em relação às imunidades jurisdicionais pode sujeitar seus agentes públicos a processos em diversas partes do mundo, e nem sempre com uma condução conforme às regras do estado de direito. Nesse sentido, a autora conclui:

If proceedings are carried out against foreign States and their State officials in cases of grave violations of human rights before national courts in the U.S., Switzerland, Canada, Italy and the UK, these States will also have to accept such proceedings against themselves and their State officials before national courts in China, Eritrea, Ethiopia, Libya, Iran, or Zimbabwe (KRIEGER, 2017, p. 1-2).

Por fim, com relação às reparações individuais na hipótese de violações graves e em massa do direito internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 2005 a Resolução A/RES/60/147, que estabelece princípios básicos e linhas gerais sobre o direito a reparações de vítimas de violações graves e generalizadas dos direitos humanos e do direito humanitário. O parágrafo 18 da Resolução aponta para a conveniência de, ao prover reparação às vítimas, levar em conta as circunstâncias individuais e a gravidade da violação em cada caso. Por outro lado, o seu Preâmbulo enfatizada que a Resolução não cria novas obrigações jurídicas domésticas ou internacionais, apenas identifica mecanismos para a implementação de obrigações jurídicas que já existem conforme os direitos humanos e o direito humanitário (UNITED NATIONS, 2005, p. 3 e § 18).

*Krieger* aponta ainda que os estudos da *International Law Commission* sobre crimes contra a humanidade constataam que reparações individuais são uma opção, mas podem acrescentar ainda mais complexidade a processos de pacificação, por si só já bastante difíceis.

Portanto, reparações individuais, inclusive indenizatórias, são componentes possíveis de um acordo, mas não devem ser partes obrigatórias. Nesse sentido, afirma o Relator Especial *Sean Murphy*, em seu terceiro relatório sobre o tema: “[...] *establishing an individual right to reparation for each victim may be problematic in the context of a mass atrocity. Consequently, allowance is made for the possibility of reparation for individual victims or for reparation on a collective basis*” (KRIEGER, 2017, p. 2-3; UNITED NATIONS, 2017, § 191).

Ao cabo, tanto *Palchetti* quanto *Krieger* apontam que a solução do impasse pode ser melhor encaminhada por meio de negociações. Para *Palchetti*, uma iniciativa política que envolvesse a Alemanha e a Itália para a criação de um mecanismo de compensação poderia levar a *Corte Costituzionale* a rever sua postura quanto à imunidade jurisdicional alemã, além de que refletiria o *obiter dictum* no julgamento do caso *Jurisdictional Immunities*, em que a Corte Internacional de Justiça reconheceu que a imunidade jurisdicional da Alemanha, de acordo com o direito internacional, impediria a compensação judicial para as vítimas italianas, mas ponderou que tais pretensões poderiam ser objeto de novas negociações. Para *Krieger*, deve-se reconhecer que o direito, ou sua reforma, não pode resolver tudo e que, por vezes, a melhor solução só pode ser encontrada pelas vias políticas (PALCHETTI, 2017, p. 3; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 104; KRIEGER, 2017, p. 3).

Em seus comentários sobre o segundo painel, *Oellers-Frahm* afirma que o direito em vigor que rege a questão é claro, e acrescenta que a formação de direito internacional costumeiro requer prática estatal geral e constante e *opinio juris*. Essa foi a posição da Corte Internacional de Justiça e, após sua sentença, a reação do governo e do legislativo italianos indicava o fim da controvérsia, o que a *Corte Costituzionale* considerou inconstitucional. Chama a atenção que, mesmo após o caso *Simoncioni* (*Sentenza 238*), a Itália não se manifesta de forma uníssona, pois o executivo continua a apoiar as reivindicações de imunidade jurisdicional da Alemanha nos casos pertinentes, e comporta-se, portanto, conforme a sentença internacional. Por outro lado, os tribunais locais não podem declinar dos casos, embora demonstrem alguma relutância em seguir o julgamento constitucional. A conclusão a que os painelistas chegaram é que a imunidade alemã deveria ser observada, em particular em razão do princípio da reciprocidade. Além disso, como a Alemanha não cumprirá voluntariamente as sentenças proferidas nas ações em que se recusa a particular, surgirá a questão da execução forçada, o que conduzirá a novas violações do direito internacional por parte da Itália, ou tornará as sentenças condenatórias letra morta, em detrimento dos interesses das vítimas (OELLERS-FRAHM, 2017, p. 1-2).

Outra janela que se abre, é relativa ao processamento interno dos pleitos contra a Alemanha. Cada pedido de reparação suscita diversas questões substanciais que envolvem a análise de fatos, provas, direito aplicável, legitimidade ativa, direitos sucessórios, efeitos temporais, tipos de reparação. Essas questões serão relevantes quando outros casos, relativos a conflitos mais recentes, forem a julgamento. Outro ponto fundamental diz respeito às negociações para à conclusão dos presentes conflitos internacionais, afinal, a iminência de processos de reparação individuais pode comprometer a celebração de acordos de paz que prevejam o pagamento de indenizações globais. Essas questões têm alcance além do conflito entre Itália e Alemanha e *Oellers-Frahm* opina que os tribunais nacionais e mesmo os internacionais são incapazes de resolvê-las (OELLERS-FRAHM, 2017, p. 2-3).

That means that the time may have come to abandon legal reasons, legal reasoning for the sake of reasonableness. That means that a good-will approach might be made to set a final point to the inheritance of the past, a good-will initiative that will, however, be only successful if both States are ready to make relevant concessions as compared to their original position (OELLERS-FRAHM, 2017, p. 3).

Em seguida, *Beinlich* relata que no terceiro painel se discutiu a utilização da doutrina do *controlimiti*, que a minoria defendeu por considerar que a mesma permite independência judicial e que um tribunal doméstico contribua para a formação do direito internacional. A maioria, por seu turno, revelou preocupações com o perigo de um protecionismo jurídico, situação em se apontou como preferível a técnica da proteção equivalente, conforme aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão a partir do caso *Solange* ou pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Bosphorus*, em relação ao Tribunal de Justiça Europeu (BEINLICH, 2017, p. 5-6).

*Beinlich* esclarece que conforme o conceito de proteção equivalente, um tribunal doméstico pode deixar de apreciar um caso e deixar que os órgãos judiciários de outra ordem jurídica o façam enquanto (*as long as, solange*) sua proteção aos direitos humanos seja comparável ou equivalente. Apontou-se que a técnica da proteção equivalente seria mais adequada ao caso pois deixa maior margem para o diálogo a fim de evitar a colisão entre os sistemas jurídicos. A maioria criticou a abordagem da *Corte Costituzionale*, pois esta tornou quase impossível reconciliar o direito internacional e o direito constitucional italiano (BEINLICH, 2017, p. 6).

Com relação ao caso *Bosphorus*, o mesmo se refere a apreensão de uma aeronave por autoridades da Irlanda em obediência a um regulamento que a Comunidade Europeia expediu para dar cumprimento a uma Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A companhia *Bosphorus Hava Yolları Turizm*, com registro de incorporação na

Turquia, celebrou em 1992, contrato de *leasing* de dois *Boing 737-300* da *Yugoslav Airlines*. Ocorreu que, a partir de 1991, as Nações Unidas adotaram e a Comunidade Europeia implementou uma série de sanções contra a então República Federal da Iugoslávia, a essa altura integrada por Sérvia e Montenegro, no contexto dos conflitos armados decorrentes da dissolução do Estado balcânico. Por conta disso, em maio de 1993, as autoridades irlandesas apreenderam uma das aeronaves em *Dublin*, onde realizava manutenção de rotina. A situação ensejou procedimentos judiciais para a liberação da aeronave junto aos tribunais da Irlanda, e uma consulta ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que confirmaram a legalidade da apreensão da aeronave. O contrato de *leasing* expirou em maio de 1996 e, com o relaxamento do regime de sanções com a ex-Iugoslávia, as aeronaves retornaram diretamente à *Yugoslav Airlines* em julho de 1997 (SCHORKOPF, 2005, p. 1255-1258).

Em março de 1997, a *Bosphorus* apresentou uma reclamação junto a Corte Europeia de Direitos Humanos por conta dos prejuízos e alegou que a forma como a Irlanda implementou o regime de sanções disciplinado no regulamento europeu violou suas obrigações enquanto membro da Convenção Europeia de Direitos Humanos, além disso, argumentou que a Tribunal de Justiça Europeu, órgão judiciário da Comunidade Europeia, não ofereceu à empresa um grau de proteção adequado aos direitos humanos, pois não era competente para avaliar se questões como ausência de compensação ou tratamento discriminatório constituíam violações ao direito de propriedade (SCHORKOPF, 2005, p. 1259-1264).

A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos tornou-se bastante conhecida e determinou que os Estados partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos não estão proibidos de transferir o seu poder soberano a uma organização internacional, mas que os mesmos permanecem responsáveis por qualquer ato ou omissão de seus órgãos independentemente desse ato ou omissão ser uma consequência do direito doméstico ou da necessidade de cumprir obrigações internacionais, e acrescentou que enquanto (*as long as*) a organização internacional em questão reputar-se protetora dos direitos fundamentais de modo ao menos equivalente ao que a Convenção Europeia de Direitos Humanos exige, a Corte Europeia de Direitos Humanos presumirá que o Estado agiu de modo em obediência à Convenção ao implementar obrigações jurídicas decorrentes de sua participação naquela organização. A presunção poderá ser afastada quando a proteção, no caso específico em exame, for manifestamente insuficiente. Com o julgamento do caso *Bosphorus*, a Corte Europeia de Direitos Humanos introduziu em sua jurisprudência um teste em duas etapas: na primeira, examina se a organização em questão oferece uma proteção ao menos equivalente à

prevista pela Convenção Europeia; na segunda, avalia se no caso específico houve manifesta deficiência na proteção de direitos humanos.

Por um lado, os Estados continuam responsáveis pelos atos que seus órgãos praticam, mesmo em obediência a obrigações internacionais. Por outro, é necessário reconhecer a crescente importância das organizações internacionais e colaborar para o seu adequado funcionamento. No intuito de compatibilizar as duas posições, a Corte Europeia estabeleceu a presunção *Bosphorus*, ou a presunção de que a União Europeia protege os direitos humanos de modo equivalente à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Corte Europeia de Direitos Humanos esclareceu na ocasião que a equivalência compreende tanto as garantias materiais quanto os mecanismos de controle e que a proteção deve ser equivalente, mas não idêntica, ou seja, a proteção deve ser comparável, pois a exigência de proteção idêntica iria contrariar o propósito de cooperação internacional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005, §§ 150, 153, 155-156).

Como se pode perceber, o conceito de proteção equivalente permite que um tribunal deixe de apreciar um caso por reconhecer que outra ordem jurídica é capaz de fazê-lo de modo a observar, de modo comparável, a proteção dos direitos humanos. Isso torna a doutrina da proteção equivalente mais propícia a ajustes sucessivos entre tribunais e evita o atrito entre diferentes sistemas judiciais.

Nesse sentido, *Bufalini* aponta que a doutrina do *controlimiti* assenta-se em um paradoxo, pois reconhece um poder constitucional que previne o ingresso de normas internacionais que ameacem os princípios supremos da ordem jurídica italiana, ao passo que esta ordem tem como um de seus princípios supremos a abertura ao direito internacional. Essa contradição se resolve de modo construtivo quando se emprega a doutrina diante de possíveis conflitos entre a ordem italiana e a ordem supranacional europeia, no contexto do *preliminary reference procedure*, em que há diálogo e margem de manobra para adaptação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a *Corte Costituzionale*, a exemplo do que sucedeu no caso *Taricco*. No entanto, o desfecho é destrutivo quando a doutrina é efetivamente empregada, como ocorreu no caso *Simoncioni (Sentenza 238)*, pois a ausência de mecanismos institucionais de consulta preliminar e adaptação entre a *Corte Costituzionale* e a Corte Internacional de Justiça torna difícil a reconciliação entre as ordens jurídicas e acaba por se resolver como desobediência, o que enfraquece o respeito pelo direito internacional (BUFALINI, 2017, p. 1-3).

O caso *Taricco*, que *Bufalini* menciona como exemplo de utilização do mecanismo de referência preliminar para evitar a colisão entre duas ordens jurídicas, teve

início quando o *Tribunale di Cuneo*, em março de 2014, apresentou ao Tribunal de Justiça Europeu pedido de decisão prejudicial acerca da compatibilidade entre o prazo prescricional para crimes fiscais previsto pela legislação penal italiana e as obrigações decorrentes da legislação europeia. O caso dizia respeito a fraudes contra o Imposto sobre Valor Agregado, praticadas por meio da criação de sociedades de fachada e emissão de documentos falsos que viabilizaram a aquisição de bens sem pagamento do tributo, entre os anos de 2005 e 2009 (BASSINI; POLLICINO, 2017; EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 2015, § 18).

A questão era que o direito penal italiano previa um prazo prescricional curto para os crimes fiscais, o que implicava, na prática, a impunidade para os fraudadores. Assim, o objetivo da consulta era eliminar a barreira prescricional e assegurar a continuidade da persecução aos fraudadores e sua punição. O Tribunal Europeu respondeu a partir de uma interpretação do artigo 325 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, cuja redação dos dois primeiros parágrafos é a seguinte:

Artigo 325

1. A União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União.
2. Para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, os Estados-Membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

A partir do artigo 325, o Tribunal Europeu entendeu que um dispositivo da legislação nacional que implicasse a impunidade para os fraudadores do Imposto sobre Valor Agregado seria incompatível com as disposições da legislação europeia e concluiu que, na pendência de procedimentos penais, os tribunais nacionais deveriam abster-se de aplicar tais limites prescricionais, no entanto, não deixou claro qual seria ou se existiria um prazo adequado para a prescrição. Além disso, afirmou que as normas relativas à prescrição têm natureza procedimental e, portanto, estão fora do escopo do princípio da legalidade. Essa foi, em linhas gerais, a decisão no caso *Taricco I* (BASSINI; POLLICINO, 2017; KRAJEWSKI, 2017; EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 2015, § 55-58).

Ocorre que ambas as situações violam a interpretação que a jurisprudência italiana construiu para o princípio da legalidade, que a Constituição Italiana abriga em seu artigo 25.2, e que impede a aplicação retroativa de normas prejudiciais em matéria prescricional ou a aplicação de normas penais imprecisas. Diante dessa contradição entre a decisão europeia e o direito local, o Tribunal de Apelação de Milão e a Corte de Cassação solicitaram à *Corte Costituzionale* que decidisse se a doutrina do *controlimiti* impediria que se cumprisse o



juízo do Tribunal de Justiça Europeu (BASSINI; POLLICINO, 2017; ITALY, 2016, §§ 1-2).

A *Corte Costituzionale*, por sua vez, preferiu apresentar uma consulta ao Tribunal de Justiça Europeu ao invés de aplicar de imediato a doutrina do *controlimiti*. Assim, em novembro de 2016, teve origem o caso *Taricco II* (C-42/17), no qual se questionava se a decisão no caso *Taricco I* (C-105/14), de setembro de 2015, deixava margem para que os tribunais nacionais a desconsiderassem na hipótese da mesma colidir com princípios constitucionais fundamentais. A consulta foi uma derradeira tentativa de evitar uma colisão entre as ordens jurídicas europeia e italiana (BASSINI; POLLICINO, 2017).

A resposta do Tribunal de Justiça Europeu, em dezembro de 2017, preservou em linhas gerais a decisão em *Taricco I*, nos seguintes termos: “[o artigo 325] impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas do direito substantivo nacional em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas [...]”. Por outro lado, a decisão reconheceu as objeções da *Corte Costituzionale* e recuou o suficiente para evitar a aplicação da doutrina do *controlimiti*. A ressalva que conciliou as ordens jurídicas foi a seguinte:

[...] a menos que essa não aplicação [da regra de prescrição] implique uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida (EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 2017, § 62).

Como se pode ver, dentro do *preliminary reference procedure*, é possível expor e buscar soluções para eventuais conflitos entre a ordem interna e a ordem internacional, por meio de ajustes sucessivos, de avanços e recuos e, também, de ameaças de descumprimento. O contraste é nítido com as relações que se estabelecem entre a Corte Internacional de Justiça e os Estados, em que a ausência de canais institucionais de diálogo pode transformar, como sucedeu no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238/2014*), o cumprimento de uma sentença internacional em um tudo ou nada.

Em seguida, *Bufalini* acrescentou que a existência de meios alternativos de proteção é um requisito relevante no campo da imunidade de jurisdição das organizações internacionais. Por outro lado, ponderou que, no âmbito do direito internacional geral, não há norma costumeira que imponha exigência equivalente para o reconhecimento da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. No entanto, a *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*) deduziu tal exigência da ordem constitucional e afirmou que as vítimas italianas não tiveram uma alternativa de acesso à justiça em foro alemão. Isso contrasta com o regular processo e

juízo, nesse país, de vários pedidos de reparação, em diferentes instâncias, o que permite afirmar que houve prestação jurisdicional, ainda que com o indeferimento dos pleitos reparatórios (BUFALINI, p. 3; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 101).

De todo modo, ainda que estivesse correta ao considerar o indeferimento dos pleitos reparatórios como evidência de denegação de justiça, a *Corte Costituzionale* poderia apontar negociações interestatais como uma forma alternativa de reparação, o que abriria espaço para a atuação do governo italiano junto ao governo alemão e seria condizente com o *obiter dictum* relativo à solução diplomática constante na sentença da Corte Internacional de Justiça. Isso permitiria avaliar se houve relutância do governo italiano em buscar uma saída diplomática, ou mesmo incentivar o governo italiano a adotar uma saída unilateral interna para compensar as vítimas, o que confinaria o problema em âmbito doméstico e evitaria a exposição da Itália à responsabilidade internacional (BUFALINI, p. 4; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 104).

Ao finalizar a síntese do segundo painel, *Beinlich* relata que se discutiu três possíveis consequências problemáticas da *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*), pelas quais a Itália pode: 1) expor-se à reciprocidade negativa e ser alvo de processos no exterior; 2) expor seu sistema judiciário a *forum shopping*, com litigantes de outros países em busca de tribunais italianos para mover processos contra outros Estados; 3) expor litigantes à frustração, pois o sucesso no julgamento de mérito não elimina a imunidade de execução (BEINLICH, 2017, p. 6-7).

Ainda no terceiro painel, *Beinlich* relata que se discutiu as implicações jurídicas do direito europeu no direito da imunidade de jurisdição, e vice-versa, e se há implicações não jurídicas do contexto europeu. Com relação às questões jurídicas, a conclusão foi que a prática estatal europeia é contrária à posição da *Corte Costituzionale* e que o desenvolvimento de uma exceção de direitos humanos como um costume regional europeu é indesejável, pois é eurocêntrica e não é construtiva no contexto global. Além disso, os Estados europeus têm interesse em uma imunidade de jurisdição que resguarde a soberania, pois isso representa proteção contra a interferência de tribunais domésticos sobre os atos de Estados estrangeiros e assegura relações internacionais pacíficas. Também, o reconhecimento de uma exceção de direitos humanos à imunidade jurisdicional pode ocasionar uma elevação da litigância contra Estados estrangeiros em tribunais domésticos e gerar tensões políticas e diplomáticas. Por outro lado, se o contexto jurídico europeu não tem impacto na solução do impasse, o contexto político exige que se alcance uma solução amigável, ainda mais em face do nacionalismo e do euroceticismo (BEINLICH, 2017, p. 7-8).

Para *Ungern-Sternberg*, não há direito costumeiro europeu que estabeleça uma exceção à imunidade jurisdicional dos Estados na hipótese de violações graves do direito internacional. Além disso, o Regulamento Bruxelas I, relativo ao reconhecimento de sentenças cíveis e comerciais na Europa, estabelece que o mesmo não se aplica à responsabilização dos Estados por atos e omissões no exercício da autoridade estatal. Assim sendo, a contribuição especificamente europeia para a solução do impasse trazido pela *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*) é a longa prática regional de lidar com conflitos jurídicos (UNGERN-STERNBERG, 2017, p. 1-2).

Além disso, o terceiro painel traçou uma comparação entre os métodos do *controlimiti* e da proteção equivalente. O primeiro evita que normas internacionais adentrem o sistema jurídico doméstico, no intuito de resguardar os princípios supremos da Constituição Italiana. O segundo tem como noção principal que a proteção de direitos humanos é um fundamento tanto da ordem internacional quanto da ordem doméstica e que, portanto, deve ser adequada em ambos. Há duas diferenças principais entre essas técnicas: a primeira é que a doutrina da proteção equivalente presume que a ordem internacional proporciona um nível de proteção aos direitos humanos equivalente ao da ordem interna, ao passo que a técnica do *controlimiti* é hierárquica e privilegia a Constituição; a segunda é que a técnica da proteção equivalente é mais flexível e apta a levar em conta diferentes interesses jurídicos, enquanto a técnica do *controlimiti* tem por base a ordem doméstica e adota premissas dualistas (UNGERN-STERNBERG, 2017, p. 3).

Conforme o resumo de *Beinlich*, o quarto painel dedicou-se à *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*) sob a perspectiva do direito internacional, e destacou sua ambivalência, pois, ao mesmo tempo que viola, tem potencial para criar obrigações internacionais. Nesse sentido, discutiu-se o risco da desobediência enfraquecer a autoridade do direito internacional e da Corte Internacional de Justiça, no que parte dos painelistas viu certo exagero, pois a aplicabilidade do precedente é restrita, além do que o predomínio jurídico das constituições em certos casos não é um fato excepcional ou inédito. Quanto à qualidade da argumentação, criticou-se a *Corte Costituzionale* por não considerar o suficiente os interesses divergentes e subordinar, de modo absoluto, a imunidade estatal ao direito de acesso a um tribunal, pois um arrazoado mais ponderado facilitaria uma acomodação entre o direito constitucional italiano e o direito da imunidade jurisdicional. A *Corte Costituzionale* poderia fazê-lo nos moldes da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Al-Adsani*, que declarou que a imunidade jurisdicional afetava o direito de acesso a um tribunal, ponderou que isso não implicava necessariamente uma violação desse direito, e considerou legítimo e proporcional o

reconhecimento da imunidade jurisdicional ao levar em conta outros interesses e princípios jurídicos dignos de proteção (BEINLICH, 2017, p. 9-10).

Em defesa de uma acomodação, *Pavoni* afirmou que não há receitas mágicas para pacificar a controvérsia. Apesar disso, a questão poderia beneficiar-se de uma solução arbitral que determinasse a extensão da responsabilidade de cada país em relação aos *Italian Military Internees* e outras vítimas do nazismo. Da mesma forma, resta claro que o essencial é desenhar um mecanismo equitativo que constitua uma alternativa à litigância privada e permita processar os pedidos de reparação das vítimas. Até o momento, essa disposição não apareceu da parte de nenhum dos governos. O parlamento italiano, logo após a *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*), aprovou a conversão em lei de um decreto governamental que torna praticamente impossível atos de constrição contra contas bancárias de titularidade de Estados estrangeiros na Itália. Quase ao mesmo tempo, o governo italiano depositou na Corte Internacional de Justiça declaração em que aceita sua jurisdição compulsória. A Alemanha, por seu turno, se recusa a participar de qualquer procedimento de compensação em que figure como ré em tribunais italianos, os quais seguem à sua revelia (PAVONI, 2017, p. 1-2).

Como alternativa, ou inspiração, *Pavoni* remete a um acordo que os Estados Unidos e a França celebraram em 2014 para o pagamento de compensações aos *French railroad deportees*, que não se beneficiaram em programas anteriores de reparação de danos. O acordo se baseia na prática anterior norte-americana e determina que a França disponibilizará sessenta milhões de dólares para o pagamento de compensações, enquanto os Estados Unidos se obrigam a reconhecer e proteger a imunidade jurisdicional francesa junto aos seus tribunais. Para *Pavoni*, a prática norte-americana em relação a esse tipo de acordo é paradigmática, com a conclusão de acordos com Áustria, Alemanha e França para a compensação de vítimas de crimes de guerra e crimes contra a humanidade que aconteceram na época da II Guerra Mundial. Essas experiências ensinam que diálogo e meios não adversariais de solução de controvérsias são os únicos caminhos para a pacificação jurídica e para superar o atual impasse entre Itália e Alemanha (PAVONI, 2017, p. 4-5).

Em seguida, *Tams* pontuou que quando a *Corte Costituzionale* prolatou a *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*), no fim de 2014, os jusinternacionalistas já vinham de duas décadas de intensa discussão sobre a relação entre garantias judiciais e imunidade jurisdicional em casos de crimes de guerra e violações de direitos humanos, e que o argumento por uma exceção à imunidade em razão de violações gravíssimas do direito internacional mostrava já sinais de uso e desgaste, principalmente após a decisão de 2012 da

Corte Internacional de Justiça que situou o argumento no campo das proposições *de lege ferenda* (TAMS, 2017, p. 1).

Com isso, a *Corte Costituzionale* mudou a estratégia e buscou situar a questão no patamar doméstico, o que *Tams* considera inteligente, pois blinda a *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*) da crítica de que seus membros pretendem conhecer o direito internacional melhor que os juízes da Corte Internacional de Justiça. No entanto, apesar de inteligente, o movimento é arriscado, pois empurra a Itália para uma violação do direito internacional, ao mesmo tempo em que adota como método uma interpretação do direito constitucional dissociada do direito internacional. Falar de um cisma, ou de um retorno a *Triepel* é um exagero, segundo *Tams*, pois não é tão incomum que um tribunal constitucional afirme a primazia do direito constitucional sobre o direito internacional, no entanto, a *Sentenza 238* se destaca por negar efeito a uma sentença internacional sem preocupação ou cautela aparentes, sem qualquer tentativa de ponderação ou de estabelecer um diálogo construtivo: “*International law and constitutional law are neatly separated: the former accepts immunity, the later does not*”. Enfim, o problema é que a *Corte Costituzionale* nega qualquer função direcionadora ao direito internacional, não lhe deixa qualquer papel em um modelo de ponderação, ou como parte de uma construção nos moldes da doutrina *solange*, em que a desobediência ao direito internacional é possível, mas permanece uma exceção ao comportamento padrão (TAMS, 2017, p. 2-3).

Ao sintetizar o quarto painel, *Fontanelli* apontou que o direito aplicável ao caso é claro: “*A State’s immunity in the civil courts of another State is granted also in the case of serious human rights violations, and irrespective of whether the victims could bring their cases to other courts or resort to an alternative remedy*”. Assim sendo, a Itália deve responder por uma violação do direito internacional, fato cujo significado não deve ser exagerado, pois é inevitável que ocorram, vez por outra, violações às normas jurídicas. De todo modo, a clareza quanto ao direito aplicável não é suficiente para superar o presente impasse, que se afigura mais político que jurídico e impõe como solução possível novas negociações. Diante disso, as vítimas não devem ser estimuladas a litigar contra a Alemanha, ainda mais em face de sua imunidade de execução. Por fim, a *Corte Costituzionale* deveria ter pesado o direito internacional em seu exercício de argumentação, de modo a apresentá-la como um exercício de balanceamento e escolha entre valores. Desse modo, a solução que se apresenta é a busca de meios alternativos de solução, se necessário envolvendo um terceiro ator imparcial (FONTANELLI, 2017, p. 1-3).

Ao resumir o quinto painel, *Beinlich* destaca as sugestões para o problema e aponta que os presentes reconheceram que não há solução estritamente jurídica para o mesmo. Para os painelistas, resta evidente que a *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*) viola o direito internacional, no entanto, levar o caso à Corte Internacional de Justiça não é construtivo, do que emerge uma obrigação política e moral de negociar. Além disso, apontou-se a importância de colocar as vítimas no centro da discussão. Para a grande maioria, a saída é iniciar negociações para constituir um fundo de compensações, em uma iniciativa comum de Alemanha e Itália, que deve incluir organizações da sociedade civil e as vítimas. Pontuou-se que o reconhecimento como vítima pode ser mais importante que a compensação financeira e que é tempo de superar abordagens excessivamente formais e positivistas e concentrar-se em um compromisso viável. Finalmente, com relação ao fundo comum, ressaltou-se que o mesmo não seria uma exceção à imunidade e que o alcance da solução limitar-se-ia aos *Italian Military Internees* (BEINLICH, 2017, p. 11).

Na visão de *Tomuschat*, a principal questão é se a *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*) integra uma tendência de opor valores constitucionais fundamentais às exigências do direito internacional, contexto em que a doutrina do *controlimiti* pode ser vista como um reflexo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão relativa à proteção da identidade de sua ordem jurídica. No entanto, ao cabo das discussões, os participantes reconheceram que essa tendência não existe. Ao mesmo tempo, apesar de soar construtiva, a linha de raciocínio da *Corte Costituzionale* não abre caminho para mais justiça nas relações internacionais nem justifica a derrogação de uma norma internacional que a Corte Internacional de Justiça confirmou. Além disso, a imunidade possui um caráter absoluto: “*A judicial body is either competent to look into the merits of a case or it is debarred from doing so. In this regard, no balance can take place*” (TOMUSCHAT, 2017, p. 1).

Ainda quanto à *Sentenza 238* (caso *Simoncioni*), *Tomuschat* comenta que: 1) a visão ali expressa, de que só um recurso bem sucedido pode ser considerado um recurso efetivo estende demasiado a ideia de efetividade, pois nenhum requerente que submete seu caso a um tribunal goza da garantia de obter um provimento favorável; 2) a *Corte Costituzionale* ignora as vantagens de um sistema no qual os juízes devem abster-se de exercer seus poderes sobre *acta jure imperii* de Estados estrangeiros, pois as bases de um sistema internacional pacífico são a negociação e a conciliação, não a decisão unilateral; 3) não há vantagem em incentivar as vítimas a processar a Alemanha quando esta não irá cumprir voluntariamente as condenações nem poderá ser compelida a fazê-lo; 4) apesar da importância de garantias judiciais para a defesa de direitos, o direito humanitário vigente à

época da II Guerra Mundial não previa o direito a reparações individuais; 5) o contexto histórico da II Guerra e os acordos que marcaram o fim dos conflitos não podem ser ignorados ao avaliar os pleitos contra a Alemanha, que deveria adotar medidas de reparação coletiva, conforme o Acordo de *Potsdam*, de agosto de 1945, e pelos quais a Itália renunciou a reclamações contra a Alemanha ou nacionais alemães, no Tratado de Paz de 1947 (TOMUSCHAT, 2017, p. 1-2).

De acordo com *Tomuschat*, há consenso quanto à necessidade de novas negociações, com objetos claros, que evitem reabrir questões que as partes solucionaram até 1961. Também se pensou na conveniência de estabelecer um fundo comum de reparações, com financiamento mútuo da Itália e da Alemanha. Finalmente, há acordo quanto à necessidade de estabelecer mecanismos que permitam encerrar de forma objetiva e equitativa conflitos devastadores, a exemplo da II Guerra Mundial e do atual conflito sírio, contexto em que a *Peace Building Commission* das Nações Unidas poderia assumir um papel mais estrutural (TOMUSCHAT, 2017, p. 2-3).

Como se vê, a aplicação da doutrina do *controlimiti* no caso *Simoncioni* criou um impasse cuja solução foge aos mecanismos de que dispõe o direito internacional. A defesa da identidade da ordem jurídica interna e de seus valores fundamentais é importante, sem dúvida alguma, mas a resistência à decisão da Corte Internacional de Justiça gera uma série de problemas para a ordem internacional e para os particulares em busca de reparação.

Nesse contexto, a Itália caminha para a responsabilização internacional. Mas, o que fazer diante do fato de que a sua responsabilidade já foi alvo de sentença da Corte Internacional de Justiça? O direito internacional, nesse sentido, ofereceu uma solução possível, mas não pode impor a sua adoção. Ante o impasse, que se constatou no seminário *Remedies against immunity*, resta observar os movimentos dos protagonistas de agora em diante.

Agora, uma questão semelhante, que envolve a aplicação da exceção territorial à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro pela prática de crimes de guerra, bem como a questão do direito de acesso das vítimas a um tribunal, coloca-se ante a justiça brasileira, como se vê a seguir.

#### **3.4 A vez do Brasil: o caso Changri-lá, Repercussão Geral no RE 954.858/RJ**

O caso Changri-lá refere-se a fato que ocorreu no litoral brasileiro durante a II Guerra Mundial, quando um submarino alemão torpedeou uma pequena embarcação pesqueira e causou a morte de seus 10 tripulantes, cujos corpos se perderam no mar. Durante muitos anos, atribuiu-se o desaparecimento a um naufrágio em decorrência do mau tempo. No entanto, com a abertura dos arquivos americanos sobre a Batalha do Atlântico na década de 1990, os relatos de prisioneiros de guerra alemães permitiram apontar as reais circunstâncias do sumiço da embarcação. Quem reuniu as informações e solicitou a atuação das autoridades marítimas foi o pesquisador Elísio Gomes Filho, no fim de 1999, o que ensejou a reabertura do processo 812/1944 no Tribunal Marítimo, o qual, ante as novas evidências, corrigiu a causa do desaparecimento da embarcação (ASSIS, 2005, p. 90-91).

Em 22 de julho de 1943, o submarino alemão *U-199*, sob o comando do Capitão-Tenente *Hans-Werner Kraus*, atacou e afundou, na altura da costa de Cabo Frio, o barco pesqueiro Changri-lá. O *U-199* era um submarino do tipo IXD2, de 1.200 toneladas, com 88 metros de comprimento, equipado com metralhadoras de 37 mm, um canhão de 105mm na proa e 6 tubos de torpedos, 4 na proa e 2 na popa. O Changri-lá era uma pequena embarcação de pesca de 20 toneladas, com 9,5 metros de comprimento e 2,85 metros de largura, impulsionado por um motor semidiesel de 28 hp e por uma vela à popa. O submarino atacou primeiro com tiros de metralhadora e depois efetuou 7 disparos de canhão, dos quais os dois últimos colocaram a pique o barco pesqueiro, que foi a menor embarcação que os submarinos alemães afundaram em suas operações no Oceano Atlântico. Dois dias depois do ataque ao barco pesqueiro, o submarino torpedeou e afundou o navio mercante britânico *Henzada*, de 4.161 toneladas, que transportava produtos químicos, e deixou 2 mortos e 62 sobreviventes. Uma semana depois, uma aeronave do tipo *Catalina*, sob o comando de Alberto Martins Torres, localizou, atacou e afundou o *U-199* com cargas de profundidade. Entre os marujos alemães houve 49 mortes e a marinha aprisionou 12 sobreviventes, entre eles o Capitão *Kraus*, e os enviou para um campo de prisioneiros nos Estados Unidos, onde permaneceram até o fim da guerra. Para que se tenha uma ideia, ao longo da Batalha do Atlântico, a Alemanha perdeu 765 submarinos e estes afundaram 3.304 embarcações, dos quais 262 navios de guerra. Por seu turno, as perdas da marinha mercante brasileira na II Guerra Mundial chegaram a 33 navios e 982 mortos (HELGASON, 2018; PORTAL FEB, 2018; FORÇA AÉREA BRASILEIRA, 2013; BONALUME NETO, 2001).

O Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade e a repercussão geral do caso Changri-lá em 2017, que se tornou o Tema 944 de Repercussão Geral, após reconhecer a imunidade jurisdicional da Alemanha no julgamento de diversos recursos ao



longo da última década. A discussão no caso envolve o direito internacional dos direitos humanos, as garantias fundamentais que o direito constitucional brasileiro consagra e a incidência desse conjunto de normas na decisão judicial relativa à imunidade de jurisdição da Alemanha *vis a vis* a prática de crime de guerra em águas brasileiras durante a II Guerra Mundial.

O caso Changri-lá é semelhante aos casos *Ferrini* e *Voiotia* (*Distomo Massacre case*), pois todos tratam de crimes de guerra que as forças armadas da Alemanha nazista cometeram durante a II Guerra Mundial na jurisdição do foro. Em *Ferrini* e *Voiotia*, os tribunais nacionais, respectivamente da Itália e da Grécia, julgaram que a imunidade jurisdicional da Alemanha não subsistia e a condenaram ao pagamento de indenizações às vítimas e suas famílias.

No entanto, a sentença no caso *Voiotia* não recebeu a autorização que o direito processual civil grego exige para que se processe a execução, o que suscitou discussão sobre o direito de acesso a um tribunal no caso *Kalogeropoulou*, de 2002, junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, em que esta confirmou a imunidade de jurisdição da Alemanha e a caracterizou como um obstáculo procedimental razoável cuja existência não viola os direitos humanos, na mesma linha das decisões nos casos *Al-Adsani*, *Fogarty* e *McElhinney*, todas de 2001. Logo depois, na decisão do caso *Margellos*, de 2002, a jurisdição grega alterou o seu posicionamento e voltou a reconhecer a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros quando estiver em questão o julgamento de atos de soberania.

O caso *Ferrini*, por sua vez, resultou em duas decisões importantes e contraditórias. A primeira delas é da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, de 2012, em que esta condenou a Itália por violar a imunidade de jurisdição da Alemanha, mesmo em face da prática de crimes de guerra. A segunda é da *Corte Costituzionale*, da Itália, no caso *Simoncioni* (*Sentenza 238/2014*), em que esta entendeu que a imunidade de jurisdição da Alemanha pela prática de crimes de guerra não pode subsistir em face do direito das vítimas de levar o seu caso a um tribunal.

Como se pode notar, a Corte Internacional de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos reiteraram que o direito internacional vigente estabelece a imunidade de jurisdição civil dos Estados pela prática de atos soberanos, ainda que criminosos. Por outro lado, a decisão da *Corte Costituzionale* destaca-se, ainda que solitariamente, como uma hipótese em que o direito de acesso à justiça permite que se afaste as prerrogativas jurisdicionais do Estado estrangeiro.

A discussão das reparações por crimes de guerra que a Alemanha praticou durante a II Guerra Mundial chega a seu ápice na jurisdição brasileira com a admissão da repercussão geral no caso Changri-lá, em 2017, mas o caso já tem uma história no Superior Tribunal de Justiça, como se vê a seguir.

#### 3.4.1 O caso Changri-lá no Superior Tribunal de Justiça

Após a determinação da verdadeira causa do desaparecimento do Changri-lá, os familiares dos marinheiros mortos acionaram a Alemanha perante a justiça brasileira, mas se defrontaram diversas vezes com o obstáculo intransponível da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. O Estado alemão, por sua vez, jamais compareceu em juízo ou apresentou qualquer tipo de defesa quanto ao mérito dos pedidos de reparação. Exemplo disso é que, quando respondeu a notificações via cartas rogatórias, o fez através de nota verbal ao Ministério das Relações Exteriores para apontar que o objeto do litígio era relativo a um ato de exercício de soberania e invocar a imunidade que o direito internacional assegura (BRASIL, 2016-b).

Assim, em um primeiro momento, os parentes dos pescadores mortos acionaram a República Federal da Alemanha junto à primeira instância da Justiça Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Nesse ponto, agiram conforme determina a repartição de competências jurisdicionais que, apesar de ser matéria cuja natureza é mais condizente com tratamento infraconstitucional, o legislador constitucional brasileiro optou por inserir no texto da Carta Magna, em seu artigo 109, nos seguintes termos:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (BRASIL, 1988).

Após as decisões dos juízes federais, as partes apresentaram os seus recursos. Na hipótese em estudo, em que o litígio envolve Estado estrangeiro e pessoas residentes no Brasil, o recurso que o texto constitucional prevê não é a apelação, mas sim o recurso ordinário junto ao Superior Tribunal de Justiça, que serve como segunda instância nesse tipo de caso, conforme se pode ler a seguir:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

[...]

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (BRASIL, 1988).

Assim sendo, é no Superior Tribunal de Justiça que se concentram os recursos relativos às ações indenizatórias que particulares, vítimas ou descendentes de vítimas de crimes de guerra, intentaram contra a Alemanha. Assim sendo, no intuito de levantar as decisões relativas ao caso Changri-lá, concluiu-se, no dia 10/02/2019, pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça, a qual se processou da seguinte forma: acessou-se a guia “processos”, menu “consulta processual” – “acesso ao sistema”, que abre uma página de pesquisa que permite buscas pelo nome da parte. Lançou-se aí o nome “Alemanha” e, obtidos os resultados, os mesmos foram refinados com a escolha dos termos “República Federal da Alemanha” e “República Federativa da Alemanha”. O resultado foi a localização de 47 registros. Desses, 35 referem-se ao caso Changri-lá, 05 tratam de questões de direito privado, 03 tratam de outros atos de império relativos à II Guerra Mundial, 03 são recursos em execuções fiscais e o derradeiro é uma peculiar ação indenizatória por conta de pedido de extradição.

Das 35 ocorrências relativas ao caso Changri-lá que se encontram na página do Superior Tribunal de Justiça, 17 não discutem o mérito da imunidade de jurisdição da Alemanha: 05 são Agravos Regimentais não providos em decorrência de “erro grosseiro”, devido a interposição de Apelação Civil em lugar de Recurso Ordinário conforme determina o texto constitucional (BRASIL, 2012-a; 2012-b; 2013-a; 2014-a; 2014-b); outras 05 ocorrências cuidam de processos que serviram para fazer subir recursos aos tribunais superiores (BRASIL, 2009-b; 2009-c; 2009-d; 2010-a; 2016-c); há 04 decisões que proveram recurso ordinário para mandar notificar a Alemanha, no intuito de verificar se a mesma aceitaria submeter-se à jurisdição brasileira (BRASIL, 2008-a; 2008-b; 2009-e; 2012-c); em uma ocorrência, o processo não foi adiante pois não restou comprovada a legitimidade das partes autoras (BRASIL, 2009-f); finalmente, há duas ocorrências que se referem aos Recursos Ordinários 208 e 210, autuados em 2018, o primeiro sobrestado e o segundo ainda sem decisões (BRASIL, 2018-a; 2018-b).

Das 18 ocorrências restantes constam 10 decisões pelo reconhecimento da imunidade de jurisdição da Alemanha pela prática de crime de guerra, no caso, o afundamento do Changri-lá (BRASIL, 2009-g; 2010-b; 2012-d; 2013-b; 2013-c; 2013-d; 2014-c; 2014-e; 2015-a; 2015-b). Esta série de decisões se interrompeu com o Recurso Ordinário 129, em que o Superior Tribunal de Justiça confirmou a imunidade jurisdicional da Alemanha em Agravo

Regimental (BRASIL, 2014-d). No entanto, em decorrência de Agravo em Recurso Extraordinário, enviou-se a decisão para revisão no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016-d). Lá, o processo foi autuado como Agravo em Recurso Extraordinário 954858 e, com o reconhecimento do pedido de repercussão geral, veio a tornar-se o *leading case* que originou o Tema de Repercussão Geral 944. Assim, em obediência ao procedimento de repercussão geral, em 07/06/2017 determinou-se “[...] a suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a presente questão e tramitem no território nacional, por força do art. 1.035, §5º, do CPC” (BRASIL, 2017-a). A suspensão atingiu, até o momento, 07 recursos ordinários, acerca dos quais cabe destacar que todos contêm manifestação anterior do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a imunidade jurisdicional da Alemanha (BRASIL, 2008-c; 2013-e; 2015-c; 2015-d; 2015-e; 2016-e; 2017-b).

Após essa breve enumeração, cabe apontar uma pequena questão terminológica presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no caso das imunidades jurisdicionais da Alemanha. Trata-se de uma inadequada utilização dos conceitos de imunidade de jurisdição absoluta e imunidade de jurisdição relativa. Ao considerar a forma como o tribunal emprega os conceitos, pode-se pensar que se está diante das duas modalidades da imunidade de jurisdição dos Estados. A imunidade absoluta, que se aplica aos atos tipicamente soberanos, e a imunidade relativa, que se aplica às relações de natureza civil, comercial ou trabalhista.

No entanto, tal visão merece certo reparo, pois os conceitos de imunidade de jurisdição absoluta e de imunidade de jurisdição relativa correspondem, na verdade, às duas grandes concepções acerca do instituto. A primeira concepção, que é a da imunidade absoluta, postula que, independentemente da natureza dos atos que o Estado estrangeiro pratique, sejam eles de índole soberana ou *more privatorum*, os mesmos encontram-se fora do alcance da jurisdição do foro. A segunda concepção, que é a da imunidade de jurisdição relativa, percebe a natureza eminentemente funcional da imunidade, ou seja, que esta serve para resguardo da soberania e igualdade entre os Estados e, embora a reconheça como regra geral, admite que a mesma comporte exceções nas hipóteses que o direito internacional consagra.

Assim sendo, a moldura em que se enquadra a imunidade de jurisdição dos Estados, ao menos no ocidente, no momento atual, é o da imunidade relativa. A discussão que se coloca é quanto às exceções às prerrogativas estatais que essa moldura pode comportar. Consolidaram-se razoavelmente, inclusive na prática brasileira, as exceções decorrentes de relações de natureza civil, comercial e trabalhista. A exceção territorial, por sua vez, é previsão legislativa de uma dezena de países, ou seja, não é costume internacional, que a

Comissão de Direito Internacional inseriu como proposta de desenvolvimento do instituto na Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens, que ainda não está em vigor. Mais ainda, entre os poucos países que admitem a exceção territorial, alguns excluem sua aplicação às atividades de forças militares, ressalva esta que consta inclusive da Convenção Europeia sobre a Imunidade de Jurisdição e cuja inclusão na Convenção foi alvo de discussões.

Portanto, não cabe falar de imunidade absoluta ou relativa como modalidades da imunidade jurisdicional dos Estados, mas sim da concepção relativa desta prerrogativa, hoje predominante no ocidente, e bem assentada na prática brasileira. É no seio dessa perspectiva relativa que cabe discutir se a prática de crimes de guerra e outras violações graves do direito internacional podem constituir novas exceções à imunidade de jurisdição do Estado.

#### 3.4.2 A discussão da imunidade jurisdicional no caso Changri-lá

Fez-se o balanço das ações que tramitam no Superior Tribunal de Justiça sobre o caso Changri-lá e destacou-se uma questão terminológica que, embora não afete o exame do caso, esclarece a utilização de conceitos. Cabe agora realizar a análise qualitativa dos argumentos relativos à controvérsia. Para tanto, selecionou-se a decisão no Recurso Ordinário 66, em julgamento de abril de 2008, que foi a primeira decisão de mérito no caso, sob a relatoria do Min. Fernando Gonçalves (BRASIL, 2008-c). A seguir, selecionou-se o debate no âmbito do Recurso Ordinário 60, em julgamento de dezembro de 2015, em que o Min. Luís Felipe Salomão expôs a posição contrária à imunidade jurisdicional da Alemanha em face de crimes de guerra em voto que restou vencido em face da posição do Min. Marco Buzzi, que a maioria adotou (BRASIL, 2015-c).

A ementa e acórdão na decisão do Recurso Ordinário 66 são as seguintes:

##### EMENTA

DIREITO INTERNACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VÍTIMA DE ATO DE GUERRA. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE ABSOLUTA.

1 - A imunidade *acta jure imperii* é absoluta e não comporta exceção. Precedentes do STJ e do STF.

2 - Não há infelizmente como submeter a República Federal da Alemanha à jurisdição nacional para responder a ação de indenização por danos morais e materiais por ato de império daquele País, consubstanciado em afundamento de barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio - RJ, por um submarino nazista, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial.

3 - Recurso ordinário conhecido e não provido.

##### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, mas negar-lhe provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 15 de abril de 2008. (data de julgamento)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator (BRASIL, 2008-c).

Em seu voto, o Min. Fernando Gonçalves relata o afundamento do barco pesqueiro e as circunstâncias da morte de todos os seus tripulantes, cujos herdeiros requerem reparações em face do Estado alemão, no entanto, chama a atenção para o obstáculo da imunidade de jurisdição do ente soberano, que a Embaixada desse país invocou em resposta a nota verbal do Ministério das Relações Exteriores brasileiro, nos seguintes termos:

A Embaixada da República Federal da Alemanha cumprimenta o Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil e, referente à Nota Verbal DJ/CGPI/61/JUST/BRAS/RFA, de 23 de março de 2007, devolve, por inválidas e ineficazes, as citações recebidas, referentes às ações de Ressarcimento de Danos contra a República Federal da Alemanha.

A tentativa de citar esta Missão Diplomática constitui uma infração ao disposto no artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18.04.1961.

Esta Embaixada comunica, outrossim, que as presentes citações dizem respeito a uma ação de soberania do Estado alemão. O Brasil não possui jurisdição sobre os atos de império (*acta iure imperii*) praticados por outros países. O encaminhamento de tais citações é, portanto, indevido.

Esta Embaixada solicita que o Ministério dê ciência à 28ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

A Embaixada da República Federal da Alemanha aproveita a oportunidade para renovar ao Ministério das Relações Exteriores os protestos de sua mais elevada consideração (BRASIL, 2008-c, p. 7-8).

A seguir, o relator cita a lição de Francisco Rezek, de que a jurisdição do foro é competente para o julgamento de estado estrangeiro, sem que o mesmo possa arguir a sua imunidade, nos casos em que se aplica o direito substantivo local, de forma que a imunidade só prevalece quando se tratar de *acta jure imperii*, ou seja, de atos soberanos. E continua para afirmar que em relação a atos soberanos, a imunidade jurisdicional não comporta exceções, seja em decorrência da pobreza dos autores da ação, ou dos fatos terem lugar no território do foro, ou mesmo de se tratar de direitos humanos, pois “o respeito à soberania do Estado estrangeiro é um preceito maior e anterior a essas questões” (BRASIL, 2008-c, p. 8-9).

O Superior Tribunal de Justiça reiterou esse posicionamento diversas vezes nos anos seguintes, como se expôs acima. A ideia que prevalece é a de que os atos que o Estado estrangeiro, no caso a Alemanha, pratica em situação de guerra, inclusive as violações do direito humanitário, como é o caso do ataque ao pesqueiro Changri-lá, constituem atos soberanos e estão, portanto, sob o abrigo da imunidade jurisdicional do Estado.

A posição contrária à imunidade jurisdicional em face de violações graves do direito internacional aparece no voto vencido do Min. Luís Felipe Salomão no Recurso

Ordinário 60, que o Superior Tribunal de Justiça julgou em 09/12/2015, o qual teve como relator para o acórdão o Min. Marco Buzzi. A ementa e o acórdão da decisão são os seguintes:

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – BARCO DE PESCA BRASILEIRO AFUNDADO NA COSTA BRASILEIRA, EM PERÍODO DE GUERRA, POR NAVIO ALEMÃO – ESTADO ESTRANGEIRO - IMUNIDADE ABSOLUTA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre o caso específico, firmou-se no sentido de que não é possível a responsabilização da República Federal da Alemanha por ato de guerra, tendo em vista tratar-se de manifestação de ato de império.

2. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Seção Especializada.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso ordinário, por maioria, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Buzzi.

Vencidos os Srs. Ministros Luís Felipe Salomão (Relator), Paulo de Tarso Sanseverino e Antônio Carlos Ferreira. Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Presidente

MINISTRO MARCO BUZZI

Relator (BRASIL, 2015-c).

O Min. Luís Felipe Salomão inicia o seu voto vencido com uma breve narrativa dos eventos que levaram à morte os tripulantes do barco pesqueiro Changri-lá e das etapas que seus herdeiros percorreram em sua busca de reparação contra a República Federal da Alemanha até a manifestação favorável do Ministério Público Federal, que afirma ser a imunidade de jurisdição o “resultado de um juízo de ponderação, devendo ser flexibilizada em casos como este, em que a ‘exigência de respeito à soberania de outro Estado não se mostra suficiente para afastar a proteção ao direito à vida e o acesso à justiça” (BRASIL, 2015-c, p. 3-4).

Cabe apontar que esse raciocínio é o mesmo que se apresenta em casos semelhantes, nos quais aponta-se a existência de um conflito entre o instituto da imunidade jurisdicional dos Estados e os direitos substanciais das vítimas à proteção da vida, ao acesso à justiça e à reparação dos prejuízos sofridos. Ocorre, como explicou-se alhures, que esse é um falso conflito, pois a imunidade estatal não exclui esses direitos, que seguem inquestionáveis, ou seja, não há contraste ou oposição entre imunidade jurisdicional e direitos fundamentais, pois a imunidade atua no plano adjetivo e não no plano substantivo e constitui, tão somente, um obstáculo procedimental ao exercício da jurisdição do foro. A investigação acerca de como realizar os direitos das vítimas, uma vez que estes não se podem concretizar dada a

impossibilidade de impor ao Estado estrangeiro a constituição da relação processual, é um tema distinto, que pode encontrar melhor deslinde no campo da responsabilidade civil do Estado foro.

Demonstra essa percepção da existência de conflito entre imunidade jurisdicional e direitos fundamentais, a passagem na qual o Min. Luís Felipe Salomão afirma que “[o] cerne da controvérsia, portanto, é concernente à existência ou não de imunidade de jurisdição quando o ato é praticado dentro do território brasileiro, afrontando potencialmente direitos humanos fundamentais” (BRASIL, 2015-c, p. 5).

Note-se aí a presença de um outro elemento importante para a discussão do caso que é a incidência da exceção territorial. Essa exceção opera quando o Estado estrangeiro causa lesão ou morte à pessoa ou danos à propriedade tangível no território do Estado foro. À primeira vista, a hipótese se encaixa com os fatos relativos ao ataque ao pesqueiro Changri-lá. No entanto, há várias questões em relação à exceção territorial que se deve levar em conta, o que se fará a seguir, a partir dos argumentos que o Min. Luís Felipe Salomão lança em defesa da aplicação da mesma.

O ministro inicia com a citação do artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, de 1972, que afirma que o Estado estrangeiro não pode invocar a sua imunidade jurisdicional diante do Estado foro quando se tratar de lesões à pessoa ou danos à propriedade tangível que aconteçam no território do foro, desde que o autor da lesão ou dano estivesse presente no território do foro quando os fatos ocorreram (BRASIL, 2015-c, p. 7).

No entanto, algumas considerações são cabíveis em relação ao dispositivo que o ministro invoca. Primeiramente, a Convenção Europeia não constitui costume internacional, ou seja, ela não é uma norma geral do direito internacional, o que exclui sua incidência na regência das relações entre Brasil e Alemanha. Em segundo lugar, o Brasil não é Estado membro da referida convenção, logo, não se encontra vinculado às obrigações nela consignadas.

Por fim, caso se deseje considerar a Convenção Europeia como simples exemplo do direito internacional vigente para alguns países, inclusive a Alemanha, deve-se levar em conta também o seu artigo 31, que o Min. Luís Felipe Salomão não menciona, que afirma que nenhum dos dispositivos da mesma afeta as imunidades dos Estados contratantes em relação às ações e omissões, ou a elas relacionadas, de suas forças armadas no território de outro Estado contratante (COUNCIL OF EUROPE, 1972).



Cabe enfatizar: o artigo 31 da Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado afasta expressamente a incidência da mesma em relação às atividades de forças armadas, ou relacionadas a elas, de um Estado contratante no território de outro.

A seguir, o Min. Luís Felipe Salomão faz referência à legislação norte-americana, que em seu *Foreign Sovereign Immunities Act*, no artigo 1605.a.5, contemplou a exceção territorial. O ministro também apontou para a previsão no artigo 1605.a.7 do mesmo diploma, que afasta a imunidade jurisdicional nos casos de violações graves aos direitos humanos praticadas por países considerados patrocinadores do terrorismo. No mesmo sentido, indica a legislação britânica, que prevê a exceção territorial em seu *State Immunity Act* (BRASIL, 2015-c, p. 8).

Os exemplos das legislações norte-americana e britânica são pertinentes, mas cabem alguns comentários. Com relação a previsão da exceção territorial pela legislação americana, a mesma não faz qualquer ressalva a atuação de forças militares, assim como a maioria dos países que possuem legislação sobre a matéria, casos de África do Sul, Argentina, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Israel e Japão. Em sentido oposto, a legislação do Reino Unido afasta a exceção territorial no caso da atuação de forças armadas, bem como Singapura. O único país com legislação sobre o tema que não prevê a exceção territorial é o Paquistão. Deve-se destacar que os demais países do mundo não possuem legislação sobre o tema, de modo que a evidência de prática e *opinio juris* de uma dezena de países não é suficiente para configurar a exceção territorial como uma regra geral do direito costumeiro internacional. Essa foi, inclusive, a conclusão a que chegou a Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* (cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, § 62; FOX; WEBB, 2015).

Com relação à disposição da legislação americana que afasta a imunidade jurisdicional nos casos de violações graves aos direitos humanos, a mesma cria uma situação excepcional apenas para os Estados incluídos na lista de patrocinadores do terrorismo, que inclui Coreia do Norte, Irã, Sudão e Síria (UNITED STATES, 2019). Só o Canadá possui disposição legal semelhante, de modo que a mesma está longe de representar uma prática generalizada entre os Estados.

Logo adiante, o Min. Luís Felipe Salomão destaca a exceção territorial, que a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens prevê em seu artigo 12. O ministro menciona o *draft* de 1991, mas isso não traz nenhum problema, pois a versão que a Assembleia Geral adotou em 2004 preservou o dispositivo (BRASIL, 2015-c, p. 8-9).

A redação do artigo 12 é a seguinte:

Artigo 12 - Danos causados a pessoas e bens

Salvo acordo em contrário entre os Estados em questão, um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição num tribunal de outro Estado que seja competente para julgar o caso num processo relacionado com uma indenização pecuniária, em caso de morte ou de ofensa à integridade física de uma pessoa, ou em caso de dano ou perda de bens materiais causados por um ato ou omissão alegadamente atribuído ao Estado, se esse ato ou omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território desse outro Estado e se o autor do ato ou omissão se encontrava nesse território no momento da prática do ato ou omissão (UNITED NATIONS, 2004-a).

O ministro aponta que a exceção territorial no artigo 12 é uma evidência de que os crimes de guerra que forças militares estrangeiras praticam no território do foro poder ser alvo da jurisdição local e ressalta que a exceção territorial não distingue entre atos soberanos e atos praticados sob a regência do direito local, em suas palavras:

Portanto, percebe-se claramente que o direito internacional apresenta tendência de restringir a imunidade de jurisdição nas hipóteses de ação indenizatória envolvendo ato lesivo praticado no Estado foro [...].

Nesse sentido, os fatos narrados na petição inicial enquadram-se na exceção estabelecida para ilícitos praticados no território do Estado foro e que resultam em ferimento ou morte de um nacional, com ofensa à dignidade da pessoa humana. [...]

Nesse contexto, nova orientação foi formulada no sentido de restringir essa imunidade, mesmo em casos até então considerados atos de império, o que vem provocando transformações no direito consuetudinário acerca do tema (BRASIL, 2015-c, p. 11-12).

Nesse ponto, cabe reparo, pois a exceção territorial não é parte do direito internacional costumeiro e encontra-se na Convenção, que ainda não está em vigor, como uma proposta de aprimoramento do direito internacional. Além disso, ler no dispositivo que o mesmo se estende às atividades de forças militares estrangeiras no território do Estado foro é motivo de controvérsias, como discutiu-se anteriormente, no item 2.4. No mesmo sentido deliberou a Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012-a, §§ 67-69).

Logo à frente, o Min. Luís Felipe Salomão cita o parecer da Procuradoria Geral da República, do qual vale replicar o seguinte trecho: “É incompatível com um ordenamento que se pretenda razoável, excluir a imunidade de jurisdição para as reclamações trabalhistas, e não a relativizar também para graves violações dos direitos humanos, como as do caso em análise” (BRASIL, 2015-c, p. 13).

Esse trecho do parecer não se sustenta. Em primeiro lugar por afirmar que se é possível afastar a imunidade em questões sem importância política, como causas trabalhistas, não há razão para não fazer o mesmo em relação a questões mais delicadas, como as que envolvem atos soberanos dos quais resultaram sérias violações aos direitos humanos. Nesse ponto, escapou à percepção do representante do Ministério Público a própria razão de ser da

imunidade jurisdicional dos Estados, que é evitar que as soberanias se arroguem o direito de julgar as condutas políticas ou bélicas umas das outras.

Em segundo lugar, julgar possível afastar a imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros tanto em casos sob regência do direito material do foro quanto em casos que dizem respeito a delicados problemas políticos, militares e de direitos humanos implica, na prática, extinguir o instituto, cuja razão de ser é justamente preservar a paz e a igualdade entre os Estados.

Adiante, o Min. Luís Felipe Salomão assinala que o Brasil aceita uma nova visão de soberania, na qual o Estado deixa de ser uma peça isolada e passa a compor uma comunidade, na qual os direitos de indivíduos e povos são dimensões da “soberania universal, que reside em toda a humanidade”. Evidência disso é a “prevalência conferida aos direitos humanos na nova ordem constitucional”. Assim, uma vez que se concebe a soberania de forma restrita, sujeita à observância das normas imperativas do direito internacional, tal concepção deve estender-se à imunidade jurisdicional (BRASIL, 2015-c, p. 14).

No entanto, a mera leitura dos dispositivos iniciais da Constituição permite notar que a relação política do Estado brasileiro com a comunidade internacional é complexa e não cabe em uma visão simplificada de conceitos como comunidade ou soberania universal ou observância a normas imperativas do direito internacional, como se pode ler:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; [...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político (BRASIL, 1988).

Essa variedade de fundamentos e princípios e a ampla gama de respostas que os mesmos podem fornecer a diversas situações, deve estar em mente quando se lê, adiante, o Min. Luís Felipe Salomão afirmar “[...] que a imunidade de jurisdição, construção do direito costumeiro, deve ser afastada quando conflitar com normas do direito cogente, que ostenta hierarquia superior” (BRASIL, 2015-c, p. 16).

A resposta não é tão simples, pois não se trata de uma simples questão de hierarquia ou de conflito. Em primeiro lugar, porque a observância do direito internacional é um ato soberano, subordinado aos preceitos constitucionais, mas, ao mesmo tempo, é o direito internacional que define os limites do exercício regular da soberania, ou seja, a relação aí existente é mais de interação que de subordinação. Em segundo lugar, as normas relativas à imunidade de jurisdição e as normas do direito cogente operam em planos distintos, as primeiras possuem natureza procedimental, ao passo que as últimas têm conteúdo substancial; o que explica porque a imunidade de jurisdição não afeta o direito à reparação daqueles que sofrem violações de seus direitos, mas ao mesmo tempo, constitui um obstáculo procedimental ao exercício da jurisdição do foro.

Mais adiante, o Min. Luís Felipe Salomão descreve brevemente os casos *Ferrini*, *Voiotia* e *Al-Adsani*, e neles detecta “[...] tendência mundial de indivíduos que vêm a juízo buscar reparação pelo sofrimento enfrentado, durante a Segunda Guerra Mundial, pelas sucessivas violações do direito internacional perpetradas pelas Forças Armadas alemãs” (BRASIL, 2015-c, p. 19-21).

Ocorre que a tendência teve curta existência, entre 2000, quando a Corte de Cassação da Grécia julgou o caso *Voiotia*, e 2004, com a Corte de Cassação Italiana julgou o caso *Ferrini*. Ainda durante esse período e principalmente depois dele, a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais manifesta-se pela aplicação constante da abordagem relativa da imunidade jurisdicional, da exceção territorial nos foros que a admitem, e da manutenção da imunidade jurisdicional em relação a atos soberanos, em especial os de forças armadas, que afastam a aplicação da exceção territorial. A posição italiana, que a Corte Internacional de Justiça condenou e que a *Corte Costituzionale* manteve, em violação do direito internacional, é a solitária remanescente da pretensa tendência mundial.

E o Min. Luís Felipe Salomão conclui, a partir das referências que consultou, que uma vez que não existe “costume internacional firme acerca da controvérsia”, não se pode aplicá-lo para a solução do caso, portanto, deve o tribunal aplicar a regra do artigo 109, II da Constituição brasileira que autoriza o judiciário nacional a conhecer de demanda que envolva particular e Estado estrangeiro. E arremata com a afirmação de que segue a mesma posição do Min. Francisco Rezek no caso Genny de Oliveira (AC 9696-3/SP), em que este afirmou: “O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional” (BRASIL, 2015-c, p. 25).

Cabem aqui mais algumas considerações. Naquela ocasião, em 1989, o Min. Francisco Rezek apontou que a abordagem relativa da imunidade jurisdicional já era uma

realidade no direito internacional que o Brasil não podia mais ignorar e à qual devia adequar-se, logo, trata-se de uma situação diferente da atual. Naquele instante, ao constatar a existência de uma norma consolidada na esfera internacional, o Supremo Tribunal Federal a aplicou (BRASIL, 1989). Nada mais diferente do voto vencido do Min. Luís Felipe Salomão em que, após constatar a inexistência de norma firme, mesmo assim vota por aplicá-la, contra a prática reiterada dos tribunais brasileiros e contra a prática dos tribunais internacionais, esta sim, já bem consolidada em 2015 e claramente favorável à manutenção da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro.

Cumpra ainda repetir a lição de Rezek, em seu voto no caso Genny de Oliveira, acerca da natureza das normas de competência presentes na Constituição Federal. O reparo que ele fez em 1989 ao Min. Sydney Sanches, relativo à interpretação do artigo 114, cabe igualmente ao Min. Luís Felipe Salomão, em relação ao artigo 109, II, qual seja: a norma que define competência não afeta a norma de imunidade jurisdicional, como se pode ler:

Antes de definir as razões de meu voto, lembro, à luz do voto do relator, Ministro Sydney Sanches, que a Constituição de 1988, no seu art. 114, diz que compete à Justiça do Trabalho o feito de índole trabalhista, o litígio entre trabalhador e empregador, nesta categoria incluídos os entes de direito público externo.

Parece-me – é neste ponto que divirjo do eminente relator – que essa é uma norma relacionada tão-só com a competência. A norma está hoje dizendo que o processo de tal jaez é afeto, desde sua origem, à Justiça do Trabalho. Havia norma, no direito constitucional anterior, dizendo que litígios opondo o indivíduo residente no Brasil ao Estado estrangeiro são afetos à Justiça Federal comum. Na definição da competência esta Casa estatuiu que, sem embargo de algum dissenso doutrinário, a competência era da Justiça Federal comum.

Tudo quanto há de novo, no texto de 1988, é um deslocamento da competência: o que até então estava afeto à Justiça Federal comum passou ao domínio da Justiça do Trabalho. Não há mais, no art. 114, que uma regra relacionada com o foro hábil para dar deslinde a esse gênero de demanda, sem embargo da eventual subsistência de normas que possam excluir a jurisdicionabilidade do demandado, quando este seja pessoa jurídica de direito público externo (BRASIL, 1989, p. 26-27).

Cabe ainda, para encerrar a análise do voto do Min. Luís Felipe Salomão, apontar que o mesmo não menciona a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, de 2012. Além da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é essa a decisão determinante para a posição do Min. Marco Buzzi, em seu voto, que acabou por prevalecer (BRASIL, 2015-c, p. 29-33).

A posição vencedora apontou para a jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, que em todas as decisões anteriores sobre o caso Changri-lá sustentou a imunidade jurisdicional da Alemanha e destacou a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, de modo a demonstrar que o costume internacional vigente determina o respeito a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro mesmo em face de crimes de guerra que este praticou no território do Estado foro.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara em relação ao caso. É nítido que as vítimas de crimes de guerra, bem como todas as vítimas de violações graves do direito internacional têm direito a uma reparação. Esse direito não se encontra em questão. O problema é que a satisfação desse direito não pode ocorrer, conforme compreende a jurisprudência internacional e a jurisprudência dos tribunais dos Estados, à exceção da Corte Constitucional Italiana, às custas da prerrogativa de imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro.

Chegou a vez do Supremo Tribunal Federal brasileiro manifestar-se acerca da questão, como se verá a seguir.

### 3.4.3 Repercussão geral do caso Changri-lá

Em 11 de maio de 2017 o Supremo Tribunal Federal admitiu a repercussão geral do reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro pela prática de crimes de guerra, que se tornou o tema 944 de Repercussão Geral, a partir do *leading case* RE 954.858. A ementa da decisão que reconheceu a repercussão geral é a seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITOS HUMANOS. DIREITO INTERNACIONAL. ESTADO SOBERANO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA. ATOS DE IMPÉRIO. ATOS DE GESTÃO. DELITO CONTRA O DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA. PERÍODO DE GUERRA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. SUCESSORES DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO.

1. O alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.

2. A controvérsia consiste em definir a viabilidade de processamento e julgamento de lide que envolve Estado soberano estrangeiro por parte do Poder Judiciário brasileiro.

3. Preliminar de repercussão geral reconhecida (BRASIL, 2017-a, p. 1, grifo do autor).

Trata-se da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 954.858, Rio de Janeiro, cujo relator é o Min. Edson Fachin, em que Karla Costa Azeredo Venâncio da Costa e outros(a/s) recorrem em face da República Federal da Alemanha. Por maioria, o Supremo Tribunal reputou a questão constitucional e, também por maioria, reconheceu a sua repercussão geral. Em ambas as decisões, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Luiz Fux e Dias Toffoli formaram a minoria e votaram contra

a constitucionalidade da questão e contra a sua repercussão geral, a então Presidente do Tribunal, Min. Carmen Lúcia, não participou da votação (BRASIL, 2017-a, p. 1).

Em sua manifestação, o Min. Edson Fachin informa que o objeto do agravo é a rejeição de recurso extraordinário pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, decisão que apresenta a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - BARCO DE PESCA BRASILEIRO AFUNDADO NA COSTA BRASILEIRA, EM PERÍODO DE GUERRA, POR NAVIO ALEMÃO - ESTADO ESTRANGEIRO - IMUNIDADE ABSOLUTA - DECISÃO DO RELATOR NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. IRRESIGNAÇÃO DOS AGRAVANTES. 1. A relativização da imunidade da jurisdição conta com o assentimento desta Corte Superior; mas, tão-somente, quando envolve relações natureza civil, comercial ou trabalhista, restando prevalente a imunidade ao se tratar de ato de império, como no presente caso. 2. A jurisprudência do STJ caminha no sentido de que não é possível a responsabilização da República Federal da Alemanha por ato de guerra, tendo em vista tratar-se de manifestação de ato de império. Precedentes: AgRg no RO 110/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 24/09/2012); RO 72/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 08/09/2009); RO 66/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 19/05/2008). 3. Agravo regimental desprovido. Embargos declaratórios desprovidos (BRASIL, 2017-a, p. 3-4).

O Relator esclarece que a ação originária se refere a pedido de indenização por danos morais e materiais devido à morte de Deocleciano Pereira da Costa, tripulante do navio pesqueiro Changri-lá, que o submarino alemão U-199 torpedeou próximo ao litoral de Cabo Frio, em julho de 1943, durante a II Guerra Mundial. O juízo federal de primeira instância declarou-se incompetente para julgamento do processo e o extinguiu sem julgamento de mérito, sem, no entanto, mandar notificar a Alemanha. No Superior Tribunal de Justiça, o recurso ordinário constitucional, fundado no artigo 105, II, c da Constituição Brasileira, também não prosperou, ante a decisão do Min. Marco Buzzi de que, conforme a jurisprudência daquele tribunal, é impossível responsabilizar Estado estrangeiro por ato de guerra. Ante esta decisão, buscou-se o Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, em que se alegou a violação de diversos dispositivos constitucionais, a saber: artigos 1º, III; 3º, IV; 4º II, IV e V; e 5º, II, XXXV e LIV (BRASIL, 2017-a, p. 4).

Como a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não admitiu o recurso extraordinário, os requerentes intentaram o agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal, em que alegaram a violação dos seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º, XXXV, pois a Alemanha se submete à jurisdição do lugar onde cometeu crime de guerra; artigos 5º, XXXV, 1º, III, 3º, IV e 4º, II, pois não há ato de império quando se trata de crime contra a humanidade; artigos 5º, II e 109, II, pois existe jurisdição nacional e não há circunstância que a excepcione; artigos 3º, IV e 4º, II, IV, V, pois não há imunidade de

jurisdição em face de atos atentatórios aos direitos humanos; artigos 133 e 5º, LIV, pois é indispensável a atuação de advogado para a regularidade do processo e a imunidade não pode ser outorgada de ofício (BRASIL, 2017-a, p. 4-5).

Com relação à repercussão geral, o Ministro relator informa que os requerentes a configuram a partir da transcendência de seus interesses subjetivos sob os aspectos jurídico e social. Informa ainda que a Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça inadmitiu o recurso extraordinário, por considerar que, caso houvesse ofensa à Constituição, esta seria indireta (BRASIL, 2017-a, p. 5).

O Ministro relator passa a seguir à análise da existência da preliminar de repercussão geral, cujo cerne é determinar “[...] o alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana praticado em espacialidade brasileira”. E explica que se trata de definir a possibilidade de submeter Estado soberano à jurisdição local *vis a vis* a igualdade jurídica entre os Estados (BRASIL, 2017-a, p. 6).

Em outras palavras, a questão principal é se a exceção territorial se aplica a crimes de guerra, ante a dicção do artigo 4º, inciso V, da Constituição Brasileira que determina que “A República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] V – igualdade entre os Estados” (BRASIL, 1988).

O relator prossegue e afirma que o Brasil ainda não ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens, de modo que o direito costumeiro regula a matéria. Nesse sentido, aponta que o país adotou, a partir de 1989, com a decisão na Apelação n. 9.696-3/SP – caso *Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã* - “[...] a divisão de feitos do Estado soberano em atos de gestão e de império, sendo os primeiros de cognoscibilidade pelo Poder Judiciário Brasileiro” (BRASIL, 2017-a, p. 6).

Em seguida, o Ministro relator cita a ementa, de 2002, do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 222.368-4/PE – caso *Espólio de Iracy Ribeiro de Lima v. Consulado Geral do Japão* – cujo relator foi o Min. Celso de Mello, na qual se confirma que “[os] Estados estrangeiros não dispõem de imunidade de jurisdição, perante o poder judiciário brasileiro, nas causas de natureza trabalhista [...]” (BRASIL, 2017-a, p. 7-8).

Cabe destacar que ambos os precedentes se referem à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em matéria trabalhista. A decisão em *Genny de Oliveira* constitui o *leading case* e a decisão em *Iracy Ribeiro* o confirma e ressalva, em *obiter dictum*, a



autonomia entre as modalidades cognitiva e executiva da imunidade jurisdicional (BRASIL, 1989, 2002).

O Ministro relator então conclui que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de não ser aplicável a imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros nos casos relativos a atos de gestão na fase cognitiva do processo, ao passo que permanece absoluta a imunidade jurisdicional em relação à fase executória e outros procedimentos de natureza constitutiva. Nesse sentido, cita a ementa da ACO 543 AgR/SP, de 2006, cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence, na qual se lê que “[...] salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória [...]” (BRASIL, 2017-a, p. 8-9).

No entanto, o relator esclarece, logo a seguir, que o caso em questão é uma “[...] controvérsia inédita no âmbito desta Suprema Corte [...]”. E justifica, ao afirmar que se trata da primeira vez em que se propõe afastar a aplicação da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro pela prática de atos de império com fundamento na prática de crimes graves contra os direitos humanos, o que afeta o artigo 4º, inciso II da Constituição Brasileira, que diz: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos” (BRASIL, 2017-a, p. 9; 1988).

Diante disso, na perspectiva do Ministro relator, “[...] parece evidente a índole constitucional da matéria a que se propõe repercussão geral [...]”. Com relação à repercussão geral, na visão do relator, a mesma se configura do ponto de vista jurídico, ao considerar a coerência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se funda na divisão entre atos estatais de império e de gestão; do ponto de vista social, ante a importância simbólica dos direitos humanos e da responsabilização dos Estados por sua violação; e do ponto de vista político, ante a divergência entre dois valores que regem as relações internacionais do Brasil, quais sejam, a prevalência dos direitos humanos e a igualdade entre os Estados (BRASIL, 2017-a, p. 9-10).

Destaca-se no ponto o conflito aparente entre os direitos humanos e a igualdade entre os Estados, ou, mais especificamente, entre o direito de acesso a um tribunal e a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro. Por um lado, trata-se de divergência que encontrou clara solução na jurisprudência internacional, como se viu nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça. Por outro lado, a decisão em sentido contrário ao direito costumeiro e à jurisprudência internacional, no caso

*Simoncioni*, conduziu a um impasse que enfraquece o direito internacional e cria falsas expectativas nas vítimas em busca de reparação.

#### 3.4.4 Posicionamento dos ministros dissidentes

A decisão do Ministro Relator com relação à natureza constitucional da questão e sua repercussão geral obteve aprovação da maioria dos membros da Corte e quatro votos contrários. Há duas manifestações, as dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, que articularam os argumentos contrários à constitucionalidade e à repercussão geral da questão constitucional.

O Ministro Dias Toffoli, em sua manifestação, retoma a narrativa dos recorrentes e destaca que os mesmos pedem a reforma da decisão, pois deve-se afastar a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro por crime de guerra cuja prática se deu no território do foro, nos seguintes termos:

No recurso extraordinário, os autores sustentam afronta aos arts. 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 4º, incisos II, IV e V, 5º, inciso II, XXXV e LIV, e 133 da Constituição Federal. Defendem a reforma da decisão recorrida, “devendo ser afastada a imunidade de jurisdição por legítimo ato de império considerando que os atos da Recorrida discutidos nos autos (assassinato de civis em mar territorial brasileiro) já foram definidos expressamente como crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não passíveis de qualquer imunidade, incluindo de jurisdição”. (BRASIL, 2017-a, p. 11).

Em seguida, menciona a decisão monocrática de sua lavra, ARE 853.335/DF, de 2015, que refere diversos casos, das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal que, ante casos semelhantes, consignaram a inexistência de natureza constitucional na controvérsia, ou, no máximo, a existência de ofensa indireta à Constituição. Do mesmo modo, esses precedentes apontaram que o julgamento da matéria exigiria o reexame de fatos e provas, o que não é cabível em recurso extraordinário. Nesse sentido, cita as ementas das seguintes decisões: ARE 793.676/DF-AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 2014; ARE 853.885/DF-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, de 2015; ARE 880.298/DF-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, de 2015; ARE 837.265/DF-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, de 2014 (BRASIL, 2017-a, p. 12-15).

Vale citar os seguintes trechos da decisão monocrática do Min. Dias Toffoli no ARE 853.335/DF, julgado em 05 de junho de 2015. Aqui, transparece a forma como o Supremo Tribunal Federal tratava os recursos de processos oriundos do Superior Tribunal de

Justiça relativos ao caso Changri-lá até a decisão de reconhecimento da repercussão geral da matéria:

Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça [...]. No recurso extraordinário, sustenta-se violação dos artigos 1º, inciso III, 4º, incisos II, IV e V, 5º, incisos XXXV e LIV, 93, inciso IX, e 133 da Constituição Federal. Decido. Não procede a alegada violação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente. [...] alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que não enseja reexame em recurso extraordinário [...]. Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (BRASIL, 2015-f).

Ao fim de sua manifestação, o Min. Dias Toffoli afirma que o fato que originou a ação indenizatória ocorreu há mais de setenta anos e diz respeito a um pequeno grupo de pessoas, pelo que falta ao recurso a necessária relevância, com o que conclui pela ausência de matéria constitucional e de repercussão geral (BRASIL, 2017-a, p. 15-16).

Cabe apontar que a ausência de matéria constitucional restaria melhor delineada ante a percepção de que a imunidade de jurisdição é um tema cuja regulação, para o Brasil, é produto do direito costumeiro, o que lhe retiraria a índole constitucional. A defesa da constitucionalidade da matéria, por outro lado, pode ser feita apenas de forma indireta, mas ainda assim convincente, pois toca dois princípios caros à regência do Brasil em suas relações internacionais, quais sejam: a prevalência dos direitos humanos e a igualdade entre os Estados, consignados respectivamente nos incisos II e V do artigo 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A manifestação seguinte é do Min. Marco Aurélio. Nela, sua assessoria rememora os fatos que originaram o pleito indenizatório e que a justiça repeliu o mesmo nas instâncias anteriores com fundamento na imunidade de jurisdição do Estado alemão pela prática de atos de império, ainda que os mesmos constituam crimes de guerra. Recorda ainda que o Min. Marco Buzzi, ao negar seguimento ao recurso ordinário, referiu-se à jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, pela qual só se admite relativizar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relações de natureza civil, comercial ou de trabalho. Após, recorda as razões do recurso extraordinário (BRASIL, 2017-a, p. 17-18).

Em seguida, resgata algumas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal em recursos relativos ao caso Changri-lá, *verbis*:

Para efeito de conhecimento, outros recursos envolvendo o bombardeio implementado pela Alemanha ao barco pesqueiro “Changri-lá”, na costa de Cabo Frio/RJ, chegaram ao Supremo. Um deles foi o agravo de instrumento no recurso

extraordinário nº 790.456 [julgamento em 2010], distribuído a Vossa Excelência, que a ele negou provimento, considerada a ausência de prequestionamento da matéria. A Turma desproveu agravo interno interposto em face da decisão monocrática.

Ao ministro Dias Toffoli foi distribuído o agravo no recurso extraordinário nº 853.335 [julgamento em 2015], tendo Sua Excelência dele conhecido para negar seguimento ao extraordinário.

O ministro Luiz Fux desproveu o recurso extraordinário com agravo nº 953.656 [julgamento em 2016], por entender que não estavam satisfeitos os pressupostos formais para o acolhimento da pretensão, mas teceu considerações sobre o mérito do tema de fundo do processo.

Quanto aos agravos regimentais nos recursos extraordinários com agravo nº 793.676 [2014], nº 853.885 [2015] e nº 855.300 [2015], que tiveram como relatores, respectivamente, os ministros Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki e Celso de Mello, a Segunda Turma do Supremo negou-lhes provimento, presente a discussão de questão infraconstitucional. Entendeu que a problemática tratava, apenas, de ofensa indireta à Carta da República.

Na Primeira Turma, a ministra Rosa Weber foi relatora dos agravos regimentais nos recursos extraordinários com agravo nº 880.298 [2015] e nº 837.265 [2014], também desprovidos (BRASIL, 2017-a, p. 20).

Em sua conclusão, o Min. Marco Aurélio aponta a previsão constitucional de que o instituto da repercussão geral se liga diretamente ao recurso extraordinário, assim, se o Supremo Tribunal não o admite, torna-se impróprio tratar de repercussão geral. Além dessa questão preliminar, o Ministro “[assenta] a inexistência de controvérsia constitucional e ausente, de qualquer forma, a repercussão geral” (BRASIL, 2017-a, p. 28).

Entre as decisões que o Min. Marco Aurélio menciona na passagem citada acima, vale retomar brevemente as razões do Min. Luiz Fux no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 953.656, cujo julgamento aconteceu em 30 de agosto de 2016 e transitou em julgado em 24 de setembro do mesmo ano, pois nela enfrentou-se as questões de fundo que o caso Changri-lá suscita.

A primeira parte da decisão monocrática é um *obiter dictum* que o relator principia com a afirmação de que a soberania é um traço essencial para a conformação do Estado moderno e que esta, por sua própria configuração, encontra limite na soberania dos demais Estados. Assim, das relações entre os diversos entes soberanos surge o instituto da imunidade de jurisdição. Pontua-se também que as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, de 1961 e de 1963, não dispõem sobre a imunidade do próprio Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público externo. Assim, a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros decorre da prática costumeira internacional, mormente no Brasil, em que não há legislação sobre o tema (BRASIL, 2016-a, p. 1-3).

O relator prossegue e aponta que, no início, a imunidade era absoluta, e guiava-se pela máxima *par in parem non habet iudicium*. Posteriormente a imunidade encontrou abordagem mais restrita, por meio da distinção entre atos de império e atos de gestão. A

história contemporânea do instituto teve início com a decisão pioneira na matéria no julgamento do caso *Schooner Exchange v. McFaddon*, de 1812 (BRASIL, 2016-a, p. 4-5).

Logo em seguida, o Min. Luiz Fux salta rapidamente para a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, de 2012, na qual se confirmou a imunidade jurisdicional da Alemanha em face dos tribunais italianos em pleitos que objetivavam a reparação por danos causados por ocasião da II Guerra Mundial. Na ocasião, o tribunal internacional afirmou que a prática estatal é reconhecer a imunidade jurisdicional em processos relativos a atos de império que causaram morte, lesões à integridade física e danos à propriedade, ocasionados pelas forças armadas de país agressor, ainda que os atos relevantes tenham ocorrido no território do foro. Dessa forma, a Corte Internacional de Justiça afirmou que a imunidade de jurisdição prevalece mesmo diante de acusações de violações graves a direitos humanos, como acontece com frequência em conflitos armados, pois conforme o direito internacional costumeiro um Estado não pode ser privado de imunidade jurisdicional mesmo em face de acusações de graves violações de direitos humanos ou de direito humanitário (BRASIL, 2016-a, p. 5-8).

Vale citar, pois toca ao mérito da discussão no caso Changri-lá, a conclusão do Min. Luiz Fux ao final do *obiter dictum*:

In casu, veicula-se pretensão indenizatória em face da República Federal da Alemanha, em razão de naufrágio de barco pesqueiro, em julho de 1943, decorrente do lançamento de torpedo por submarino alemão em ação militar operada em mar territorial brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial. Com efeito, conforme a evolução do alcance da imunidade de jurisdição já apresentado, os atos bélicos praticados por Estado estrangeiro durante período de guerra correspondem a atos de império, decorrentes do exercício de seu exclusivo poder soberano. Consectariamente, não havendo renúncia de tal prerrogativa por parte da nação soberana requerida, exsurge a incidência da imunidade de jurisdição, o que impossibilita a submissão do Estado estrangeiro à justiça brasileira (BRASIL, 2016-a, p. 9).

A seguir, na segunda parte da decisão, têm-se as razões que efetivamente levam a rejeição do recurso. De início, o relator destaca que os princípios da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LV) e do devido processo legal (artigo 5º LIV), se discutidos a partir de questões infraconstitucionais, não apresentam repercussão geral que permita fundar recurso extraordinário. Já com relação ao artigo 5º, XXXV, que consagra o direito de acesso a um tribunal, não houve violação ao mesmo, pois a parte pode-se valer dos recursos cabíveis e obteve prestação jurisdicional adequada por meio de decisões devidamente fundamentadas, embora contrárias aos seus interesses. (BRASIL, 2016-a, p. 9).

Na sequência, o relator trata do princípio da legalidade (artigo 5º, II) e aponta que o acórdão objeto do recurso apenas interpretou a legislação infraconstitucional em sentido

contrário à pretensão do requerente, o que poderia constituir, no máximo, ofensa indireta a constituição, o que não justifica o recurso extremo. Nesse sentido menciona a Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “[Não] cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”. Finalmente, na visão do Min. Luiz Fux, divergir do tribunal *a quo* exigiria o reexame de provas, o que não é possível em sede de recurso extraordinário, com o que indeferiu o agravo (BRASIL, 2016-a, p. 10-11).

Ante o exposto, pode-se observar que até a admissão da repercussão geral da questão do reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro pela prática de crimes de guerra, o Supremo Tribunal Federal tinha por foco em sua análise da matéria aspectos formais relativos à admissibilidade dos recursos contrários às decisões do Superior Tribunal de Justiça. O resultado era a manutenção das decisões, mas sem a análise das questões de fundo, o que se ensaiou apenas como *obiter dictum*. Com a repercussão geral, o Brasil irá definir a sua posição em relação ao direito internacional público, cuja normalização da matéria é bem clara no sentido de fazer prevalecer a imunidade jurisdicional dos Estados quando se tratar da prática de atos ligados ao exercício da soberania.

#### 3.4.5 Últimos desdobramentos

Em 12 de maio de 2017, o STF, por maioria, reconhece a constitucionalidade e a repercussão geral da questão da imunidade de jurisdição da Alemanha pela prática de crimes de guerra no mar territorial brasileiro. Em 25 de maio, o Ministro Edson Fachin abre vistas à Procuradoria Geral da República e manda notificar a República Federal da Alemanha da decisão de reconhecer a repercussão geral no processo, mas esta não se manifesta.

Em 05 de junho, o relator determina: “DESPACHO: Reconhecida a repercussão geral, impende a suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a presente questão e tramitem no território nacional, por força do art. 1.035, §5º, do CPC”.

Em 14 de setembro de 2017 o Supremo recebe a manifestação da Procuradoria Geral da República, pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, e em 29 de setembro de 2017 o relator admite a União como *amicus curiae*.

Incluiu-se o processo em pauta no dia 18 de março de 2019 e no dia 28 de agosto disponibiliza-se às partes o Relatório do caso, no qual sintetiza-se os argumentos da parte

autora, recorda-se a decisão que reconheceu a repercussão geral, cita-se a ementa do parecer da Procuradoria Geral da República e menciona-se manifestação da Advocacia Geral da União, estas duas últimas favoráveis ao reconhecimento da imunidade jurisdicional da Alemanha (BRASIL, 2017-a, p. 1-6). O processo encontra-se concluso para o Min. Relator desde 13 de setembro de 2019.

Uma importante manifestação substancial no caso é o parecer da Procuradoria Geral da República, que se divide em três partes. Na primeira apresenta-se uma síntese do caso, na segunda, apresenta-se os argumentos contrários e favoráveis ao afastamento da imunidade e, na terceira, consta a conclusão e proposta de tese de repercussão geral.

O Procurador Geral aponta que o tema é inédito no Supremo Tribunal Federal, salvo manifestação anterior, em *obiter dictum*, do Ministro Luiz Fux na decisão que desproveu o ARE 953.656 por ausência de pressupostos formais, mencionado acima (BRASIL, 2016-a, p. 9), e afirma:

No presente recurso extraordinário, a Suprema Corte tem, portanto, a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, apreciando-o sob a ótica do direito constitucional e internacional para concordar ou não com a tese que vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a imunidade de jurisdição da Alemanha nas ações de ressarcimento de danos causados por atos praticados em território brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial (BRASIL, 2017-a, p. 13).

O parecer descreve a evolução do instituto e menciona o princípio *par in parem non habet iudicium*, a distinção entre atos de império e atos de gestão e o caso Genny de Oliveira, que aponta como o *leading case* a partir do qual o Brasil adota a perspectiva restritiva da imunidade jurisdicional. A seguir, situa o contexto de guerra em que a Alemanha pratica o ato que leva ao pedido de reparação e enfrenta a possibilidade de relativização da imunidade jurisdicional em face da violação de norma imperativa do direito internacional, momento em que afirma que tal hipótese ainda não foi reconhecida pelo direito internacional vigente. Sobre a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição do Estado e seus bens, afirma: “O texto final não prevê qualquer disposição restringindo a imunidade estatal em hipótese de violações de normas de *jus cogens*. E, ao que parece, a ausência de previsão nesse sentido trata-se de silêncio eloquente” (BRASIL, 2017-a, p. 16-22).

Em seguida, o parecer menciona precedentes de tribunais estrangeiros, da Corte Europeia de Direitos Humanos e a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, com destaque para o § 93 da sentença, no qual se afirma que não há conflito entre *jus cogens*, norma de natureza material, e imunidade de jurisdição, norma de natureza procedimental. Destaca-se que a Procuradoria Geral invoca a decisão da Corte

Internacional de Justiça como fundamento para solução do caso Changri-lá (BRASIL, 2017-a, p. 23-34).

Entretanto, o parecer da Procuradoria Geral da República também elenca, *ad argumentandum*, os argumentos favoráveis ao afastamento da imunidade jurisdicional, a começar pelo valor simbólico das reparações às violações de direito humanitário e direitos humanos. E acrescenta que o crime de guerra é uma violação de direitos humanos que não cabe nos conceitos de ato de império ou de gestão e acaba por constituir um ato de império ilegítimo, que não pode ocultar-se atrás da imunidade, em respeito inclusive ao preceito constitucional brasileiro que determina a prevalência dos direitos humanos. Com isso rompe-se a concepção tradicional de soberania, que resta relativizada em benefício da dignidade da pessoa humana. O parecer menciona ainda a possibilidade de aplicar a exceção territorial à imunidade jurisdicional nos casos de crimes de guerra, bem como os precedentes nos casos *Distomo e Ferrini* (BRASIL, 2017-a, p. 35-50).

Adiante, ainda elencando os argumentos contrários ao reconhecimento da imunidade, o parecer destaca o voto dissidente do juiz Cançado Trindade no caso *Jurisdictional Immunities*, bem como as críticas doutrinárias a esta decisão, conforme as quais a Corte Internacional de Justiça adota uma postura tímida, conservadora e formalista e rejeita a ideia de uma exceção emergente à imunidade jurisdicional, sem considerar as consequências para os indivíduos ou o declínio da imunidade em razão da limitação da noção de soberania e da ascensão do indivíduo enquanto sujeito do direito internacional. Nessa parte do parecer, reitera-se que a violação de *jus cogens* impossibilita que se invoque a imunidade jurisdicional (BRASIL, 2017-a, p. 52-55).

Na conclusão do parecer consta proposta de tese de repercussão geral, que a Procuradoria Geral da República formula nos seguintes termos: “É absoluta a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro por ato de império do qual resulte dano reparável, praticado no exercício do direito de soberania em contexto de guerra, ainda que o ato praticado seja ofensivo ao direito internacional da pessoa humana” (BRASIL, 2017-a, p. 57).

Tendo em vista o parecer da Procuradoria Geral da República e os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é provável que o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, seja no sentido de confirmar a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro por atos de império, ainda que ofensivos aos direitos humanos.

Apesar da riqueza da discussão, a decisão no sentido de reconhecer a imunidade do Estado estrangeiro pela prática de atos de império conforma-se ao direito internacional costumeiro. Nesse cenário, Tiburcio, que assume a centralidade do indivíduo no moderno



direito internacional e, portanto, defende que se adote a posição mais favorável possível à proteção dos interesses da parte que aciona a jurisdição, reconhece com lucidez:

Apesar do que aqui se sustenta, é necessário reconhecer que, no estado atual do direito internacional, a máxima *in dubio pro immunitate* ainda permanece. Esse é o caso das leis norte-americanas de 1976 (§ 1604), australiana de 1985 (*Part II, number 9*), canadense de 1982 (*number 3(1)*) e do Reino Unido de 1978 (*number 1.1*), bem como a Convenção da ONU de 2004. Se a hipótese concreta não for expressamente mencionada como uma exceção à regra da imunidade, ainda prevalece a regra geral e o Estado é considerado imune à jurisdição local (TIBÚRCIO, 2016, p. 265).

Assim sendo, a investigação conduz à conclusão de que a concepção mais adequada da imunidade jurisdicional do Estado é a de que a mesma é uma regra geral, que encontra limite apenas em exceções claramente identificadas, e que constitui um obstáculo procedimental ao exercício da função jurisdicional pelo foro e uma restrição razoável ao direito de acesso a um tribunal. Isso não exclui o direito à reparação e coloca como questão para futuras pesquisas o desenvolvimento de mecanismos capazes de reconciliar os direitos dos particulares na ordem doméstica com as obrigações internacionais dos Estados.

## CONCLUSÃO

Esta conclusão se divide em duas partes. A primeira e mais extensa reproduz as conclusões parciais que se apresentam ao longo da tese, a segunda, apresenta as derradeiras considerações sobre o conjunto da pesquisa. Para facilitar ao leitor a tarefa de conferir o argumento completo no corpo da tese, identifica-se a cada passo o item ao qual se refere a conclusão parcial.

Item 2: A teoria da fundamentação autônoma da imunidade jurisdicional permite distinguir a gênese histórica do instituto, que decorre da noção de igualdade soberana, de sua gênese normativa, que é o direito internacional costumeiro. Com isso, conclui-se que a violação, ou a observância, ou mesmo a evolução da imunidade jurisdicional dizem respeito a uma norma do direito internacional, mas não afetam a noção de igualdade jurídica entre os Estados.

Item 2.1: Conforme a teoria do desdobramento funcional (*dédoublement fonctionnel*), a ordem jurídica internacional cuida dos pressupostos necessários à conformação dos Estados, ao passo que a ordem jurídica interna trata da organização e exercício dos poderes estatais, sendo que ambas integram um único sistema. Por conta disso, a jurisdição internacional é, ao mesmo tempo, um pressuposto hipotético e uma realidade empírica em desenvolvimento. Isso explica a origem autônoma do direito internacional em relação aos direitos internos dos Estados, bem como o papel fundamental dos Estados na execução das funções que a ordem internacional não é capaz de realizar.

Item 2.1.1: A jurisdição é o poder do Estado, sob a regência do direito internacional, de determinar o alcance de sua própria competência para regular condutas e julgar disputas. A concepção oposta afirma que a jurisdição é o poder dos Estados de determinar livremente o alcance de seus poderes, a partir de sua avaliação dos interesses estatais ou da comunidade internacional. A primeira perspectiva organiza logicamente o direito a partir da ordem internacional e permite a coordenação entre as soberanias, a segunda desloca a definição da extensão dos poderes do Estado para os órgãos que exercem os poderes domésticos e impossibilita a coordenação por uma ordem superior.

Item 2.1.2: A regência da imunidade jurisdicional não pode ser adequadamente explicada por meio de referência exclusiva à regulação da jurisdição nacional. A noção de jurisdição internacional é necessária para compreender o caráter autônomo da prerrogativa e para evitar o erro de submetê-la unicamente à regência dos direitos nacionais.

Item 2.1.3: Quando uma hipótese de exercício jurisdicional do foro incide sobre Estado estrangeiro, seus bens ou agentes, exige-se a atuação da jurisdição internacional, quase sempre através das autoridades locais. Nesse momento, a jurisdição nacional faz funcionar, por desdobramento funcional, o direito que rege a ordem internacional. A consequência prática disso é que as autoridades locais precisam distinguir e considerar o efeito peculiar que a ordem internacional exerce em sua atividade jurisdicional naquele momento.

Item 2.1.4: Em sua expansão, o direito constitucional fortalece o seu papel de limitar o exercício dos poderes do Estado, com fundamento na busca pela realização de direitos fundamentais. Isso afeta a concepção de jurisdição enquanto poder e função estatal por meio do acréscimo, ao direito processual, do direito de acesso à justiça em sua dimensão substancial, de modo que a aplicação do direito deixa de acontecer em razão de princípios formais de subsunção e passa a submeter-se ao modo como o órgão julgador compreende e combina os valores substanciais contidos naquelas ordens normativas.

Item 2.1.5: O termo jurisdição internacional designa o poder mais amplo e abstrato de estabelecer um sistema normativo. Jurisdição nacional, assim como a expressão competência internacional, refere-se ao exercício, pelos Estados soberanos, da parcela que lhes cabe da jurisdição internacional. Função jurisdicional, por sua vez, identifica uma das três funções especializadas que o Estado desempenha, caracteristicamente associada ao exercício da atividade judiciária. Assim, compreende-se que imunidade jurisdicional significa imunidade ao exercício da função jurisdicional por parte do Estado foro.

Item 2.1.6: Melhor que afirmar um caráter ilimitado da definição e exercício da jurisdição nacional pelos Estados é afirmar a autonomia do direito processual no contexto jurídico de cada soberania, sem olvidar de sua vinculação ao preceito internacional que comina o exercício razoável da função jurisdicional.

Item 2.2: A doutrina restritiva da imunidade de jurisdição distingue entre os atos que o Estado pratica no exercício de seus poderes soberanos daqueles atos que o Estado pratica colocando-se em situação análoga à de um particular, distinção que pode ser melhor elaborada em função da regência jurídica do ato praticado. Assim, se o Estado estrangeiro pratica um ato sob a regência do direito do foro, este poderá exercer jurisdição sobre aquela relação jurídica, por outro lado, se o Estado estrangeiro pratica um ato cuja regência foge ao domínio do direito do foro, este já não poderá exercer os seus poderes jurisdicionais em relação ao mesmo.

Item 2.2.1: A imunidade de um Estado em relação à jurisdição de outro não é um privilégio absoluto, cuja relativização compromete a própria noção de soberania, mas sim

uma prerrogativa regulada por uma ordem normativa superior. Do mesmo modo, a progressiva conformidade do direito da imunidade às necessidades de funcionamento da comunidade internacional não afeta a soberania dos Estados nem sua independência ou igualdade, pois essa conformação progressiva é tão somente uma medida da igual subordinação de todas as nações ao direito internacional.

Item 2.2.2: Em sua gênese histórica, a imunidade jurisdicional era uma prerrogativa pessoal do príncipe soberano. Com o tempo, a imunidade tornou-se uma proteção da própria nação soberana e, finalmente, transformou-se em uma garantia cujo sentido se define por seu caráter funcional. Paralelamente, o fundamento jurídico da imunidade desvinculou-se do princípio da igualdade soberana e passou a integrar o acervo de direitos dos Estados. Assim, compreende-se que a evolução do instituto não afeta em nada a questão da igualdade soberana, pois a regência do instituto liberou-se de sua gênese histórica e subordinou-se à ordem jurídica que regula as relações entre os Estados.

Item 2.2.3: Não há uma sequência linear na evolução das imunidades, com a doutrina da imunidade absoluta como um ponto de partida que tem a doutrina restritiva da imunidade como sua evolução natural. Na verdade, desde a decisão em *Schooner Exchange* as duas perspectivas em relação às imunidades estatais já se delineavam e, apesar do predomínio da perspectiva absoluta, o alcance e limites das prerrogativas judiciais reconhecidas aos Estados estrangeiros e seus bens já eram objeto de discussão.

Item 2.2.4: Se a imunidade se fundar nas doutrinas da soberania e da igualdade, não há como o Estado titular da prerrogativa exigir o seu respeito pelos demais, restando-lhe fundar suas expectativas em relações de cortesia. Para ir além da cortesia é necessário conceber um dever jurídico de reciprocidade ou outra obrigação que comande o dever de abstenção do exercício jurisdicional. É essa lacuna que a teoria da fundamentação autônoma resolve, ao atribuir a regência do instituto da imunidade ao costume internacional.

Item 2.2.5: A *Tate Letter*, de 1952, é um marco de transição para a adoção da doutrina restritiva, baseada na distinção entre atos de império e atos de gestão, pela qual a imunidade é reconhecida quando relacionada a atos públicos, ou soberanos, mas não em relação a atos privados. A distinção coloca-se de forma mais apropriada em termos da regência jurídica do ato praticado, mas tornou-se um daqueles casos em que as expressões se mantêm não por sua precisão, mas pelo uso.

Item 2.3: O Instituto de Direito Internacional realizou cinco sessões em que se discutiu a temática da imunidade jurisdicional e em nenhuma delas se posicionou acerca da

incidência ou não da exceção territorial em relação a mortes, lesões ou danos ocasionados pela atuação de forças armadas estrangeiras no território do foro.

Item 2.3.1: A Resolução de 1891, do Instituto de Direito Internacional, apresenta os elementos característicos da abordagem restritiva das imunidades jurisdicionais dos Estados, inclusive, propõe a exceção territorial de forma genérica, o que enseja questionamento sobre a aplicação restrita da mesma às hipóteses de danos seguráveis ou extensiva aos danos causados por forças armadas estrangeiras no território do foro. A solução encontra-se na própria sistemática da proposta de 1891, que apresenta a imunidade jurisdicional como regra geral e enumera as situações excepcionais em que se pode afastá-la, do que se conclui que as exceções à imunidade jurisdicional devem interpretar-se restritivamente, o que é a praxe atual.

Item 2.3.2: A Resolução de 1954 do Instituto de Direito Internacional propõe que a *lex fori* defina os atos de império e mantém a imunidade como regra geral sujeita a exceções. Um ano antes, *Lalive* propôs a inversão da presunção, de modo que o ponto de partida seria a plena jurisdição do foro, salvo a comprovação por parte do Estado estrangeiro de que praticara um ato incluído em alguma categoria pré-definida de atos soberanos. A proposta era menos audaciosa que a de *Lauterpacht*, com sua teoria da abolição da imunidade, mas mesmo assim não foi incorporada pelo Instituto de Direito Internacional. Em 1988, *Motoo Ogiso*, Relator Especial do tema na Comissão de Direito Internacional, apresentou uma sugestão com efeitos semelhantes à de *Lalive* em termos de ônus probatório, mas que nenhum membro da Comissão apoiou. Conclui-se que, até o fim da década de 1980, não se aceitava substituir a regra geral de imunidade sujeita a exceções por alguma versão que impusesse maior ônus processual ao Estado em suas relações com a jurisdição estrangeira. Nem se cogitava de adotar como ponto de partida o princípio da plena jurisdição do foro. E não se imaginava sequer por hipótese abolir a imunidade de jurisdição do Estado.

Item 2.3.3: Em 1991, tanto o Instituto de Direito Internacional quanto a Comissão de Direito Internacional concluem trabalhos sobre o tópico da imunidade jurisdicional dos Estados. O teor da resolução e do projeto são próximos e, com relação à exceção territorial, não trazem regra explícita sobre mortes, lesões e danos causados por forças militares estrangeiras no território do foro. Em 2000, a Corte de Cassação da Grécia julgou o caso *Voiotia*, em que decidiu afastar a imunidade jurisdicional da Alemanha pelos crimes que forças militares nazistas cometeram em território grego durante a II Guerra Mundial. Na decisão conjugou-se a exceção territorial com a violação de normas imperativas do direito internacional, o que abriu a principal frente contemporânea de discussões sobre o instituto.

Item 2.3.4: A resolução de 2001 do Instituto de Direito Internacional trata da imunidade jurisdicional de chefes de Estado e de governo perante autoridades de outros Estados e seguiu o precedente que a *House of Lords* firmou no caso *Pinochet*. A resolução não tratou da exceção territorial ou de sua extensão à atuação de forças militares. Poucos anos depois, a Corte de Cassação italiana discutiu o assunto no caso *Ferrini* e apontou a existência de conflito entre imunidade jurisdicional e normas imperativas do direito internacional, em razão do que decidiu afastar a imunidade da Alemanha. Ainda em 2004, as Nações Unidas adotaram a Convenção sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens, que codificou pela primeira vez, em uma convenção de alcance universal, a exceção territorial, mas sem estender a aplicação da exceção a ação de forças armadas.

Item 2.3.5: A última resolução do Instituto de Direito Internacional sobre imunidade jurisdicional é de 2009 e tratou de agentes estatais que cometem crimes graves contra o direito internacional. A resolução exorta os Estados a renunciar às prerrogativas de seus agentes quando se tratar do julgamento de crimes internacionais e propõe que se atribua ao Estado a responsabilidade pelos crimes internacionais praticados por seus agentes, para facilitar a obtenção de reparações civis pelas vítimas. Em 2012, a decisão no caso *Jurisdictional Immunities*, que tratou da imunidade estatal, confirmou a regência do instituto pelo direito costumeiro e a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro como regra geral.

Item 2.4: A Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados confirma a tendência de limitar a imunidade de jurisdição conforme o sentido mais específico do que venha a ser *acta jure imperii*, o que revela o caráter progressivamente funcional que a imunidade de jurisdição adquire, ou seja, a imunidade trata da defesa dos atos praticados pelo Estado no exercício de suas funções ou atributos soberanos.

Item 2.4.1: A afirmação do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens de que a imunidade de jurisdição é um princípio do direito internacional costumeiro condiz com a teoria da fundamentação autônoma e é base para o processo de codificação, que é tanto melhor sucedido quanto mais assentada está a prática internacional em relação à matéria objeto de sistematização.

Item 2.4.2: A regra geral em matéria de imunidade de jurisdição cognitiva consta no artigo 5º da Convenção sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens e estatui que o Estado goza de imunidade à jurisdição de tribunais de outros Estados, salvo as disposições contidas na própria Convenção. A Corte Internacional de Justiça e diversos tribunais nacionais já observam pela via costumeira a regra geral da imunidade e as exceções que decorrem da doutrina restritiva.

Item 2.4.3: A Convenção sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens codificou a exceção territorial à imunidade jurisdicional em seu artigo 12, mas sem explicitar se a mesma é aplicável à ação de forças militares estrangeiras no território do foro. Compreende-se que as atividades militares estão fora do âmbito da Convenção como um todo e seguem sob regência do direito internacional costumeiro, o qual, por sua vez, determina que a exceção territorial não se aplica a ação de forças armadas estrangeiras no território do foro, seja em visita, seja em razão de conflito bélico. De toda forma, registre-se que há respeitável posicionamento contrário entre os internacionalistas.

Item 2.4.4: A Convenção sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens codifica as normas regentes da imunidade jurisdicional dos Estados de modo analítico e exaustivo, de modo que as exceções nela referidas devem ser interpretadas restritivamente.

Item 2.4.5: A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens ainda não atingiu o número mínimo de ratificações para entrar em vigor porque a maioria dos países da África, da Europa Oriental e da Ásia adotam a doutrina absoluta da imunidade jurisdicional e porque a maioria dos países que adotam a perspectiva restritiva prefere a maior margem de manobra que o costume internacional proporciona. Assim, a Convenção não é direito vigente, mas sim evidência da *opinio juris* dos países que votaram favoravelmente à sua adoção, de modo que a prática subsequente dos mesmos pode vinculá-los pela via do costume. Cabe apontar, por outro lado, que os seus dispositivos que correspondem a uma codificação das normas costumeiras vigentes usufruem da autoridade do direito internacional. Por outro lado, os seus dispositivos que correspondem ao objetivo de conduzir a um desenvolvimento progressivo do direito internacional não integram ainda o direito costumeiro vigente, ante a ausência de algum de seus elementos constitutivos.

Item 3: O precedente que a Câmara dos Lordes do Reino Unido firmou no caso *Pinochet*, em 1999, é aplicável apenas à imunidade de agentes do Estado face à jurisdição criminal estrangeira quando da prática de crimes graves contra o direito internacional, conforme as obrigações internacionais decorrentes de tratados específicos. A decisão *Pinochet* não é aplicável em matéria cível nem em relação à imunidade jurisdicional do Estado propriamente dito.

Item 3.1: A regência da imunidade de jurisdição em matéria penal é definida por obrigações convencionais específicas, o que a torna distinta da regência da imunidade de jurisdição em matéria civil, que é balizada pelo direito internacional costumeiro.

Item 3.1.1: As condições jurídicas que permitiram ao juiz *Garzón* solicitar a extradição do ex-ditador *Pinochet* não mais subsistem. A partir de 2009, com a reforma do

artigo 23.4 da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, a configuração da jurisdição penal espanhola para julgar crimes internacionais passou a exigir como elementos de conexão a presença dos responsáveis em seu território, ou a existência de vítimas de sua nacionalidade, ou a existência de algum vínculo de conexão relevante com o país. Antes, o dispositivo definia como competente a jurisdição espanhola onde quer que ocorressem as violações e quem quer que fossem as vítimas. A Espanha foi o último país a sustentar uma visão expansiva e literal da noção de jurisdição universal, independente de qualquer relação entre os crimes, seus autores ou vítimas e a jurisdição do foro.

Item 3.1.2: Ao analisar o requisito de dupla incriminação no pedido de extradição do General *Pinochet*, a Câmara dos Lordes considerou o momento da prática dos delitos em relação à promulgação do *Criminal Justice Act*, de 1988, a partir do qual os tribunais britânicos adquiriram jurisdição sobre certos crimes, entre eles tortura, praticados por estrangeiros fora do Reino Unido. Após a análise, subsistiram para fundar o pedido acusações de conspiração para a prática de tortura e a acusação por um ato de tortura cometido em 24 de junho de 1989.

Item 3.1.3: A *House of Lords*, em sua decisão no caso *Pinochet*, recusou imunidade jurisdicional ao ex-chefe de Estado em atendimento à obrigação, implícita na Convenção contra a Tortura, pela qual todas as partes contratantes renunciaram à imunidade *ratione materiae* de todos os agentes e ex-agentes do Estado que se envolveram com sua prática.

Item 3.1.4: *Lord Goff*, em sua posição dissidente no caso *Pinochet*, afirma que os tratados que preveem o combate a crimes internacionais não removem expressamente a imunidade de chefes ou ex-chefes de Estado, pelo que concluiu que as mesmas não afetam o regime de direito costumeiro relativo às imunidades jurisdicionais.

Item 3.2: A Corte Europeia de Direitos Humanos compreende a imunidade jurisdicional do Estado como uma restrição razoável e proporcional ao direito subjetivo de acesso a um tribunal, posição que parte relevante da doutrina critica por entender que a imunidade é um privilégio estatal que frustra normas imperativas do direito internacional.

Item 3.2.1: O caso *Al-Adsani* foi o primeiro em que a Corte Europeia de Direitos Humanos apontou a razoabilidade da restrição de acesso a um tribunal em razão da imunidade de jurisdição e distinguiu o tratamento da prerrogativa em matéria cível de seu tratamento na esfera penal conforme o precedente *Pinochet*. Também foi a primeira decisão sobre o tema das imunidades no âmbito de uma corte especializada em direitos humanos e a primeira a reconhecer a imunidade de jurisdição, mesmo em casos de tortura, como uma limitação



razoável ao direito de acesso a um tribunal. A Corte afirmou também que a garantia de imunidade de jurisdição em procedimentos civis cumpre o direito internacional e busca o fim legítimo de promover cortesia e boas relações entre Estados através do respeito recíproco à soberania. Por outro lado, a dissidência no caso *Al-Adsani* segue de extrema relevância, pois demonstra que há controvérsias quanto aos direitos civis de compensação *vis a vis* a imunidade de jurisdição dos Estados.

Item 3.2.2: O caso *Fogarty* discute a razoabilidade da restrição de acesso a um tribunal em razão da imunidade de jurisdição em uma situação de discriminação sexual. Nele, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a imunidade de jurisdição não qualifica ou altera o direito material, porém, constitui barreira procedimental que impede que os tribunais do foro conheçam o caso e confirmou que o reconhecimento de imunidade a um Estado estrangeiro em relação a processos cíveis busca o propósito legítimo de obedecer ao direito internacional e promover cortesia e boas relações entre os Estados e, portanto, não constitui necessariamente uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal.

Item 3.2.3: O caso *McElhinney* envolveu a legitimidade e a proporcionalidade de restrição ao direito de acesso a um tribunal frente à imunidade jurisdicional diante da incidência de exceção territorial. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que: a exceção territorial não se aplica às ações de forças militares estrangeiras no território do foro, mas apenas a danos e lesões seguráveis; a imunidade jurisdicional não afeta o mérito da disputa, mas representa tão somente uma barreira procedimental ao exercício da jurisdição local; o direito de acesso a um tribunal não é um direito absoluto, pois o foro o limita e regula, dentro de sua margem de apreciação; a imunidade jurisdicional é uma norma internacional; a restrição a um direito em decorrência de observância ao direito internacional não é, em princípio, desproporcional.

Item 3.2.4: A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Kalogeropoulou*, julgou que a imunidade jurisdicional é um obstáculo procedimental que respeita o direito internacional e consiste em uma restrição ao direito de acesso a um tribunal legítima e proporcional que as autoridades públicas de um país estão em melhor posição para definir que os juízes internacionais, dentro dos limites da margem de apreciação de cada Estado foro. Também, decidiu que não é obrigação decorrente da Convenção Europeia de Direitos Humanos que procedimentos civis de indenização por danos decorrentes de crimes contra a humanidade afastem a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro.

Item 3.3: A decisão da Corte Internacional de Justiça, em 2012, no caso *Jurisdictional Immunities*, fortaleceu a distinção entre a imunidade de jurisdição de agentes ou

ex-agentes do Estado em matéria penal e a imunidade de jurisdição do Estado propriamente dito em matéria cível.

Item 3.3.1: A Corte Internacional de Justiça julgou o caso *Jurisdictional Immunities* em 3 de fevereiro de 2012, decidindo que a Itália violou as imunidades jurisdicionais da Alemanha ao exercer jurisdição civil em relação a ações de reparação por crimes de guerra cometidos pelas forças militares alemãs na Segunda Guerra Mundial. Essa foi a primeira decisão da Corte relativa às imunidades estatais em matéria de jurisdição civil e identificou os contornos do direito costumeiro que regia a matéria até aquele momento, além disso, a decisão enfrentou a aparente contradição entre as normas relativas às imunidades jurisdicionais e as normas imperativas do direito internacional.

Item 3.3.2: O objeto da disputa no caso *Jurisdictional immunities* era determinar se a Itália desrespeitou as imunidades jurisdicionais da Alemanha ao torná-la ré em seus tribunais e contra ela admitir medidas executórias. O caso não envolve a distinção dos atos do Estado em atos de império e atos de gestão, pois os atos praticados pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial são ilícitos, mas nem por isso deixam de ser atos de império.

Item 3.3.3: No caso *Jurisdictional Immunities*, a Corte Internacional de Justiça concluiu que a prática estatal e a *opinio juris* são no sentido de que os atos de império, em particular aqueles realizados por forças militares na condução de um conflito armado, continuam ao abrigo da imunidade de jurisdição em matéria de reparação civil, ainda que tenham ocasionado mortes, lesões a indivíduos ou danos a propriedade no território do Estado foro.

Item 3.3.4: A Corte Internacional de Justiça reconhece a gravidade dos atos que a Alemanha praticou, mas afirma que estabelecer uma relação de dependência entre o direito à imunidade jurisdicional e a gravidade da conduta considerada coloca um problema lógico, pois a imunidade de jurisdição é uma questão preliminar por natureza, que impede o conhecimento do mérito da demanda. Além disso, as normas imperativas do direito internacional operam em um plano distinto das normas relativas à imunidade jurisdicional, o que é corroborado pela prática internacional. Assim, mesmo em face da violação de normas imperativas do direito internacional, as normas costumeiras regentes da imunidade de jurisdição dos Estados conservam a sua incidência.

Item 3.3.5: A responsabilidade internacional diz respeito à atribuição dos atos de uma pessoa natural ou jurídica ao Estado, ao passo que a imunidade atua como uma barreira a que atos do Estado possam ser apreciados por uma jurisdição estrangeira. O direito à imunidade, portanto, não se perde em decorrência da gravidade do dano, de sua qualificação

como crime pelo direito internacional, ou pela ausência de formas alternativas de compensação. Do mesmo modo, o reconhecimento da imunidade não afeta a responsabilidade pelos danos.

Item 3.3.6: O foro deve indagar se a homologação de sentença estrangeira contra um terceiro Estado afetará a imunidade jurisdicional do mesmo.

Item 3.3.7: A Corte Internacional de Justiça declarou o exercício de jurisdição italiana sobre a Alemanha ilegal, assim como a adoção de medidas executórias e a homologação das sentenças do judiciário da Grécia. Os diversos poderes da Itália tomaram as medidas necessárias ao cumprimento da sentença, situação que se reverteu posteriormente, com a decisão do Tribunal Constitucional Italiano no caso *Simoncioni*.

Item 3.4: A Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso *Jones v. United Kingdom* em 14 de janeiro de 2014, decidindo, por seis votos a um, que o Reino Unido não violou o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao reconhecer imunidade de jurisdição à Arábia Saudita e a seus agentes em ação indenizatória. A decisão reafirmou a regência distinta das imunidades jurisdicionais em matéria civil e em matéria penal; reiterou a validade do teste de legitimidade e proporcionalidade como critério para determinar a razoabilidade da restrição ao direito de acesso a um tribunal decorrente da imunidade de jurisdição estatal; e esclareceu que a imunidade de jurisdição do Estado em matéria civil é coextensiva à imunidade jurisdicional de seus agentes.

Item 3.4.1: A *House of Lords*, na decisão do caso *Jones*, afirmou que: o Estado estrangeiro tem direito de invocar a sua imunidade em benefício de seus agentes e que o direito do Estado à imunidade não pode ser contornado com o artifício de processar os seus agentes públicos em seu lugar; a posição norte-americana de não reconhecer a imunidade de agentes do Estado quando se tratar de violações de *jus cogens* é uma posição unilateral dos Estados Unidos que não granjeou apoio na comunidade internacional e é controversa entre os próprios tribunais norte-americanos; o precedente *Pinochet* diz respeito apenas à matéria penal, que, por força de disposições da Convenção contra a Tortura está sujeita ao mecanismo de jurisdição universal, o que não é o caso da matéria civil, para a qual não existe ainda uma jurisdição universal chancelada pelo direito internacional.

Item 3.4.2: As vítimas de tortura acionaram a Corte Europeia de Direitos Humanos e argumentaram que a decisão da *House of Lords*, ao reconhecer a imunidade jurisdicional da Arábia Saudita e de seus agentes, constituiu uma restrição desproporcional em seu direito de acesso aos tribunais e acrescentaram que a tortura não é um ato oficial e que viola *jus cogens*. O Reino Unido contestou a admissibilidade da reclamação, pois a existência

de imunidade jurisdicional implica a ausência de jurisdição e o direito de acesso a um tribunal não é capaz de criar uma hipótese de exercício jurisdicional não prevista em lei, e complementou com a afirmação de que agiu conforme os limites do direito internacional.

Item 3.4.3: A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Jones*, afirma que o direito de acesso a um tribunal não é absoluto, pois por sua natureza requer regulação por parte do Estado foro, que, por sua vez, detém certa margem de apreciação para implementá-la, sujeito ao controle final da Corte mediante avaliação de sua legitimidade e proporcionalidade. A restrição é legítima, pois trata-se de um instituto do direito internacional. A proporcionalidade é aferida em cotejo com as demais normas do direito internacional. A Corte afirma que o teste de legitimidade e proporcionalidade elaborado em *Al-Adsani* continua uma abordagem adequada para a aplicação do direito de acesso a um tribunal e que a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Alemanha v. Itália* possui autoridade no que toca à determinação do teor do direito internacional costumeiro. Além disso, nas hipóteses nas quais o Estado pode invocar a imunidade *ratione materiae*, o ponto de partida é, necessariamente, que a mesma imunidade se aplica aos seus agentes. Se fosse de outra forma, a imunidade do Estado sempre poderia ser contornada através de processo direcionado às pessoas dos agentes estatais.

Item 3.4.4: É possível a responsabilização penal de agentes estatais pela prática de crimes graves contra o direito internacional, mas há controvérsia se a prática de tais crimes exclui o caráter oficial do ato. No caso *Jones*, a Corte Europeia de Direitos Humanos assinalou que a discussão restava inconclusiva.

Item 4: A decisão italiana no caso *Simoncioni* é o reverso da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*. Nesta, o direito à compensação das vítimas de crimes de guerra foi afastado em vista do obstáculo procedimental representado pela imunidade jurisdicional do Estado. Naquela, sacrificou-se o direito que rege as relações de independência e harmonia entre os Estados para prestigiar os direitos fundamentais consagrados na ordem jurídica doméstica.

Item 4.1: As decisões nos casos *Solange I* e *Solange II* lançaram as bases da doutrina da proteção equivalente, cujo requisito essencial é que a atribuição de poderes estatais a órgãos internacionais deve preservar um grau de proteção dos direitos fundamentais compatível com o que é assegurado pela Constituição Alemã. A doutrina da proteção equivalente, embora reserve ao Tribunal Constitucional a última palavra quanto à definição daquilo que é ou não compatível com os direitos fundamentais da Constituição Alemã,

valoriza os compromissos e obrigações internacionais e os considera com atenção, de modo a preservar a proximidade e a compatibilidade da ordem doméstica e da ordem internacional.

Item 4.1.1: Na decisão do caso *Solange I*, o Tribunal Constitucional Alemão inaugurou a doutrina da proteção equivalente, com a qual confirmou sua prerrogativa de avaliar, em última instância, se as normas comunitárias oferecem um grau de proteção aos direitos fundamentais compatível com as exigências e características da ordem jurídica da Alemanha.

Item 4.1.2: A decisão no caso *Solange II* confere maior autonomia ao sistema jurídico da Comunidade Europeia ao reduzir as hipóteses de admissibilidade de revisão constitucional de suas normas. A doutrina da proteção equivalente, da forma como se apresentou no caso *Solange I*, persiste em seus fundamentos, mas sua aplicação avançou para reconhecer que a ordem europeia satisfaz os requisitos de proteção aos direitos fundamentais que a ordem jurídica alemã exige e que, enquanto assim for, o Tribunal Constitucional Alemão não fará o controle de constitucionalidade da legislação comunitária, ante a presunção de que esta respeita e provê um padrão de garantias adequado.

Item 4.1.3: O caso *Görgülü* é a primeira ocasião em que o Tribunal Constitucional Alemão explica como os tribunais alemães devem aplicar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em seus processos. A decisão estabelece um meio termo entre o princípio constitucional que consagra a independência dos tribunais locais e o princípio do direito internacional que prescreve a primazia das obrigações convencionais sobre a ordem doméstica, ao decidir que um tribunal local deve levar em consideração as obrigações internacionais, pois estas integram a ordem doméstica e, assim sendo, compõem o acervo de normas e precedentes que o julgador tem de enfrentar para resolver de forma metodologicamente justificável, ou seja, com fundamento adequado, uma questão judicial. Convém ressaltar que essa solução retira a relação da ordem interna com a ordem internacional do plano automático da obediência e da hierarquia e a situa no plano argumentativo da deferência e da relevância.

Item 4.1.4: A decisão no caso da constitucionalidade do Tratado de Lisboa representa a aplicação da doutrina da proteção equivalente no intuito de resguardar as prerrogativas constitucionais dos órgãos políticos da República Federal da Alemanha. Permanece a metodologia de avaliar se os dispositivos podem sofrer interpretação que os torne conformes ao texto constitucional, reservando-se a declaração de inconstitucionalidade apenas para aspectos específicos em que se identifica que o nível de deferência à ordem jurídica alemã está abaixo dos parâmetros jurídicos que caracterizam sua ordem jurídica.

Item 4.2: A doutrina do *controlimiti* postula que há valores na Constituição italiana que prevalecem em face do direito internacional e afirma a competência última da *Corte Costituzionale* para o julgamento de tais casos. No caso do direito comunitário ou do direito internacional geral, esse exame se restringe à compatibilidade com princípios constitucionais fundamentais. No caso de obrigações internacionais decorrentes de tratados, esse exame abrange a compatibilidade com todos os dispositivos constitucionais. Em todas as hipóteses, deve-se buscar a interpretação que permita compatibilizar a legislação doméstica, o direito internacional e as disposições constitucionais. A doutrina do *controlimiti* ressalva a supremacia dos valores constitucionais, ao passo que reconhece, em princípio, que deve haver deferência para com as obrigações resultantes do direito internacional.

Item 4.2.1: O caso *Frontini* (no. 183/73) foi a primeira ocasião em que a *Corte Costituzionale* se defrontou com a questão da posição dos tratados comunitários no sistema jurídico italiano e foi a primeira elaboração da doutrina do *controlimiti*. Na decisão, afirmou-se que os regulamentos europeus não estavam em conflito com a soberania do Estado, pois o artigo 11 da Constituição os resguardava, uma vez que autorizava, em igualdade de condições com outras nações, limitações à soberania para alcançar a paz e a justiça entre as nações. Por outro lado, não se admitiria tais limitações se as mesmas violassem princípios fundamentais da ordem constitucional ou direitos fundamentais dos indivíduos.

Item 4.2.2: A sentença no caso *Granital* (no. 170/84) confirmou a doutrina do *controlimiti*, que a *Corte Costituzionale* introduziu no caso *Frontini*. Apesar de julgar a questão inadmissível, em respeito a aplicação direta da ordem jurídica comunitária, o tribunal italiano ressalvou a possibilidade de efetuar o controle constitucional das normas que os órgãos de integração expedissem caso as mesmas violassem princípios fundamentais da Constituição Italiana ou direitos humanos inalienáveis.

Item 4.2.3: O caso *Fragd* (no. 232/1989) foi um incidente de constitucionalidade que o Tribunal de Veneza suscitou em um processo no qual a empresa autora questionava um pagamento à aduana italiana. O Tribunal Constitucional Italiano julgou a reclamação inadmissível, mas reiterou a sua competência em relação a matéria, isto é, em relação à guarda de princípios e direitos essenciais à ordem jurídica italiana.

Item 4.2.4: O julgamento dos casos *R.A. v. Comune di Torre Annunziata* (no. 348/2007) e *E.P. v. Comune di Avellino* (no. 349/2007) foi a primeira ocasião em que a *Corte Costituzionale* discutiu a posição da Convenção Europeia de Direitos Humanos na hierarquia das fontes do direito italiano. A decisão é que a Convenção e sua aplicação pela Corte Europeia de Direitos Humanos não vinculam a análise da constitucionalidade das leis

italianas. O controle de constitucionalidade estabelece um equilíbrio razoável entre os deveres decorrentes das obrigações internacionais e a salvaguarda dos interesses que a Constituição resguarda em seus outros artigos. Assim, *Corte Costituzionale* reconhece *status* supranacional apenas aos regulamentos comunitários e resolve os demais conflitos entre a legislação interna e as obrigações internacionais com base na verificação de violação do princípio da deferência ao direito internacional e na doutrina do *controlimiti*.

Item 4.3: O caso *Simoncioni* envolveu dois princípios caros à ordem jurídica italiana: a obrigação de obediência ao direito internacional e o direito fundamental de acesso a um tribunal. A decisão foi pela inconstitucionalidade das normas que incorporaram a sentença internacional, sem afetar a eficácia da mesma fora da jurisdição italiana. Foi a primeira vez que a *Corte Costituzionale* empregou efetivamente a doutrina do *controlimiti* para retirar da ordem jurídica italiana uma obrigação internacional.

Item 4.3.1: No caso *Simoncioni*, o Tribunal de Florença questionou a constitucionalidade da norma de direito internacional costumeiro que confere imunidade jurisdicional mesmo em face de crimes de guerra e dos dispositivos legislativos que determinaram que se cumprisse a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*. A *Avvocatura Generale dello Stato* contra-argumentou que o costume internacional era anterior à vigência da Constituição, que a jurisdição não pode ser definida em função de violação de norma imperativa, que o conflito entre imunidade e direito de acesso a um tribunal resolve-se pelo critério da especialidade, e que a Itália consente, em condições de igualdade com os demais Estados, com as limitações à sua soberania necessárias para uma ordem que promova paz e justiça entre as nações, o que implica a aceitação das normas costumeiras relativas à imunidade jurisdicional.

Item 4.3.2: A *Corte Costituzionale*, ao decidir o caso *Simoncioni*, reafirmou sua competência para apreciar a compatibilidade de qualquer norma em relação à Constituição Italiana, que é uma atribuição distinta da que exerce a Corte Internacional de Justiça. A decisão no caso foi que o sacrifício do direito à proteção judicial não se justifica, pois a imunidade jurisdicional protege a soberania e não atos ilegais e, sendo assim, negar proteção às vítimas naquela circunstância constitui uma restrição desproporcional de direitos fundamentais.

Item 4.3.3: Valores supremos e inquestionáveis, como a prevalência dos direitos humanos fundamentais ou a prevalência do respeito entre soberanias, não podem dialogar sem que haja uma ponderação entre os mesmos. A técnica da ponderação, entretanto, implica a lógica da compatibilização ou do sacrifício razoável de um direito diante do outro. Nesse

sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos parece ter fornecido a melhor resposta possível à questão, ao afirmar a regra geral do direito de acesso a um tribunal e do direito a reparações, mas ao submeter tais direitos fundamentais a certas restrições tópicas, restritas e razoáveis, entre as quais se insere o respeito à imunidade jurisdicional dos Estados em relação a seus atos de império.

Item 4.3.4: A aplicação da doutrina do *controlimiti* no caso *Simoncioni* criou um impasse cuja solução foge aos mecanismos de que dispõe o direito internacional.

Item 4.4: O Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade e a repercussão geral do caso Changri-lá em 2017, que se tornou o Tema 944 de Repercussão Geral. A discussão no caso envolve o direito internacional dos direitos humanos, as garantias fundamentais que o direito constitucional brasileiro consagra e a incidência desse conjunto de normas na decisão judicial relativa à imunidade de jurisdição da Alemanha *vis a vis* a prática de crime de guerra em águas brasileiras durante a II Guerra Mundial.

Item 4.4.1: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, salvo alguns votos dissidentes, é favorável à manutenção da imunidade jurisdicional da República Federal da Alemanha nos casos de pedidos de reparações em face de crimes de guerra cometidos no litoral brasileiro.

Item 4.4.2: A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, em todas as decisões anteriores sobre o caso Changri-lá, sustentou a imunidade jurisdicional da Alemanha. No mesmo sentido foi a decisão no caso *Jurisdictional Immunities*, em que a Corte Internacional de Justiça declarou que o costume internacional vigente determina o respeito a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro mesmo em face de crimes de guerra que este praticou no território do Estado foro.

Item 4.4.3: No caso Changri-lá, a repercussão geral se configura, conforme o Min. Edson Fachin, do ponto de vista jurídico, ao considerar a coerência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se funda na divisão entre atos estatais de império e de gestão; do ponto de vista social, ante a importância simbólica dos direitos humanos e da responsabilização dos Estados por sua violação; e do ponto de vista político, ante a divergência entre dois valores que regem as relações internacionais do Brasil, quais sejam, a prevalência dos direitos humanos e a igualdade entre os Estados.

Item 4.4.4: Em sua dissidência quanto à repercussão geral do caso Changri-lá, o Min. Dias Toffoli considera que a controvérsia não possui natureza constitucional, pois a imunidade de jurisdição é um tema cuja regulação, para o Brasil, é produto do direito costumeiro; no máximo, há existência de ofensa indireta à Constituição, se considerar-se os



princípios da prevalência dos direitos humanos e da igualdade entre os Estados. O Min. Marco Aurélio, por sua vez, aponta a previsão constitucional de que o instituto da repercussão geral se liga diretamente ao recurso extraordinário, assim, se o Supremo Tribunal não o admite, torna-se impróprio tratar de repercussão geral, além disso, inexistente controvérsia constitucional ou repercussão geral.

Item 4.4.5: A concepção mais adequada da imunidade jurisdicional do Estado é a de que a mesma é uma regra geral, que encontra limite apenas em exceções claramente identificadas, e que constitui um obstáculo procedimental ao exercício da função jurisdicional pelo foro e uma restrição razoável ao direito de acesso a um tribunal. Isso não exclui o direito à reparação e coloca como questão para futuras pesquisas o desenvolvimento de mecanismos capazes de reconciliar os direitos dos particulares na ordem doméstica com as obrigações internacionais dos Estados.

Últimas considerações: As normas internacionais que regem a imunidade jurisdicional dos Estados e de seus agentes, tanto na esfera cível quanto na esfera penal permitem que as jurisdições nacionais adotem, dentro dos limites autorizados pelo direito internacional, a abordagem restritiva da imunidade de jurisdição. Nesse sentido, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é a regra geral, que se pode afastar nas hipóteses que perspectiva restritiva da imunidade consagra conforme a prática internacional.

A exceção territorial não se aplica às atividades de forças militares.

A Convenção Europeia sobre a Imunidade do Estado, de 1972, é um tratado internacional e, como tal, só obriga os Estados que a ratificaram, observados os termos de suas reservas e declarações.

A imunidade jurisdicional de agentes do Estado à jurisdição penal possui regência distinta das imunidades jurisdicionais dos Estados e de seus agentes à jurisdição cível.

A exclusão, renúncia, ou exceção à imunidade jurisdicional na etapa cognitiva não implica a sua exclusão, renúncia ou exceção na etapa executória do processo.

Constata-se que as decisões da Corte Internacional de Justiça, em *Jurisdictional Immunities*, e da *Corte Costituzionale*, em *Simoncioni*, acabaram por atingir institutos jurídicos relevantes que os Estados reconhecem na ordem internacional e na ordem doméstica, e colocaram em conflito, de um lado, a noção de que o direito internacional deve certo grau de deferência às ordens constitucionais dos Estados e, de outro, a noção de que as ordens domésticas devem levar em conta as obrigações internacionais que livremente assumiram.

Uma maneira de compatibilizar o respeito ao instituto das imunidades jurisdicionais dos Estados com os direitos fundamentais dos indivíduos seria criar uma

hipótese de responsabilização do Estado que outorga a imunidade, diante de seus tribunais internos, de modo que o mesmo assuma a obrigação de assumir o ônus das compensações devidas em decorrência do sacrifício razoável de um direito individual em nome da obediência ao direito internacional. Mas essa é uma solução que só pode ser encaminhada pelo direito interno de cada Estado e não pelo direito internacional.

Desde a Apelação n. 9.696-3/SP – caso *Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã*, decisão de 1989, a jurisprudência brasileira compreende que é o direito internacional costumeiro que rege e determina a evolução do direito das imunidades, não a ordem interna dos Estados, sua cortesia ou sua conveniência.

Segue válido o precedente da Câmara dos Lordes no caso *Pinochet*, pois instrui quanto à interpretação das obrigações de extraditar ou julgar presentes em diversas convenções internacionais em matéria penal.

A obrigação de extraditar ou julgar conforma-se aos limites do direito internacional codificado, de modo que não fundamenta o exercício de jurisdição na ausência de obrigações internacionais convencionais específicas. Assim sendo, a adequada compreensão da decisão no caso *Pinochet* deve se dar no contexto das disposições específicas da Convenção Contra a Tortura e não como decorrência da aplicação de um suposto princípio geral do direito internacional pelo qual a imunidade de jurisdição não subsiste em relação a crimes graves e violações de direitos humanos fundamentais.

Com a decisão no caso *Al-Adsani*, inicia-se um processo de afastamento da prática dos tribunais internacionais em relação à tese de que uma norma imperativa do direito internacional esteja em posição de derrogar toda e qualquer norma que com ela entre em conflito ou restrinja sua plena eficácia.

A dissidência em *Al-Adsani* elaborou-se em bases estritamente morais, que precisam sempre da mediação da produção legislativa para ingressar no campo da aplicação do direito. Essa mediação legislativa não é papel do acadêmico nem do magistrado.

A distinção entre imunidades jurisdicionais na esfera penal e imunidades jurisdicionais na esfera civil, da maneira como foi definida pela Câmara dos Lordes no caso *Jones*, em 2006, e confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2014, é essencial à atual compreensão do instituto da imunidade de jurisdição. As decisões em *Jones* confirmam as linhas argumentativas que apareceram em decisões anteriores, especificamente *Al-Adsani*, *Fogarty*, *McElhinney* e *Kalogeropoulou*.

Conforme a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities*, não existe uma exceção de *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado.

Posteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou essa posição no caso *Jones*, dessa vez em relação à prática de tortura pelo Estado estrangeiro em seu próprio território, no caso, a Arábia Saudita, contra nacionais do foro, no caso, o Reino Unido.

A expansão de uma perspectiva substancialista do direito, tanto do constitucional quanto do internacional, bem como de seus diversos ramos, contribuem para a limitação e a condução dos poderes estatais rumo a realização de certos valores, geralmente calcados na efetivação dos direitos humanos. O efeito colateral dessa expansão substancial é o enfraquecimento da concepção do direito enquanto forma, enquanto processo mais ou menos neutro, capaz de adaptar-se para veicular os valores dominantes, que se alternam na sociedade a cada momento. Em outras palavras, quanto mais o direito se compromete com determinados valores, menos ele se torna capaz de ser veículo de valores distintos, o que pode implicar uma lamentável restrição ao espaço da política como determinadora final dos destinos dos povos, numa inversão que torna o sistema judiciário o pretense guia e regente do processo político, papel que não lhe cabe na esfera doméstica e tampouco na internacional.

A posição da jurisprudência brasileira é clara em relação à imunidade jurisdicional da Alemanha nos casos de crimes de guerra que esta praticou em águas territoriais brasileiras. A jurisprudência internacional, como exposto ao longo desta tese, corrobora essa posição. A posição excepcional que a *Corte Costituzionale Italiana* assumiu revela-se disfuncional e conduz a um impasse.

Note-se, ainda, à vista dos documentos e casos analisados que se chegou a existir uma tendência à restrição da imunidade jurisdicional dos Estado nas hipóteses de atos de império que constituíssem violações graves do direito internacional, esta teve lugar entre a decisão grega no caso *Voiotia*, em 2000, e a decisão no caso *Ferrini*, em 2004. De lá para cá, a evolução do instituto da imunidade seguiu rumo inverso, pois decisões de tribunais nacionais e internacionais sucessivamente confirmaram que: o direito de acesso a um tribunal não possui caráter absoluto; que a imunidade jurisdicional é de natureza procedimental e, portanto, não colide com as regras substantivas imperativas do direito internacional; que o caráter criminoso de um ato de guerra não exclui o seu caráter soberano; que não há exceção de *jus cogens* ou de direitos humanos às imunidades jurisdicionais.

A aplicação da doutrina do *controlimiti* nos casos de conflito entre a imunidade de jurisdição do Estado e o direito de acesso a um tribunal vulnera a ordem jurídica internacional e a submete ao primado da ordem constitucional de cada país. Consequentemente, a regência da imunidade de jurisdição, subordinada ao direito constitucional de cada país, implica o dualismo jurídico ou então o monismo com predomínio do direito interno.

Em sentido inverso, a aplicação do costume internacional relativo à imunidade jurisdicional dos Estados, conforme a Corte Internacional de Justiça o identificou, deixa sem remédio indivíduos vítimas de graves violações de direitos humanos. Assim sendo, é necessário admitir um sacrifício pontual de garantias fundamentais das pessoas para que subsista a ordem internacional, ou seja, o monismo jurídico com predomínio do direito internacional.

Não há verdadeira antinomia entre a imunidade de jurisdição e o direito de acesso a um tribunal, tendo em vista que a primeira protege a soberania contra a interferência de tribunais domésticos e facilita relações internacionais pacíficas e que o segundo consta da maioria das constituições contemporâneas e dos principais documentos que compõem o regime internacional dos direitos humanos. A imunidade jurisdicional dos Estados é uma prerrogativa legítima, pois decorre do direito internacional costumeiro, e razoável, pois impõe um obstáculo pontual ao direito de acesso a um tribunal.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY (2002), Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AKANDE (2004), Dapo. International Law Immunities and the International Criminal Court. **AJIL**, v. 98, n.3, p. 407-433, 2004. p. 415-417. Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/e-journals/>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

AKEHURST (1974), Michael. Jurisdiction in International Law. **BYBIL**, v. 46, p. 145-257, 1974. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

ALEBEEK (2013), Rosanne van. Proceedings in which State Immunity cannot be invoked. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property**: a commentary. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 153-166.

ALMEIDA (2016), Paula Wojcikiewicz. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 516-541, Ago. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000200516&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200516&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 fev. 2017.

ALVIM (2005), Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

ARAÚJO (2011), Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 660 p.

ARNAULD (2017), Andreas von. German concerns after Sentenza 238/2014: Possible reactions – possible solutions. **Verfassungsblog**. Published on May 11, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/german-concerns-after-sentenza-2382014-possible-reactions-possible-solutions/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

ASSIS (2005), Ângela Fonseca Souza. A Saga dos Pescadores do Chagri-lá. **Navigator**, v. 1, n. 2, p. 87-91, Dezembro/2005. Disponível em: <<http://www.revistanavigator.com.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

ATIENZA (2014), Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **RATJ**, v. 15, n. 2, Diciembre de 2014. Disponível em: <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=10034&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=10034&id_item_menu=5858)>. Acesso em: 24 fev. 2016.

AUSTRALIA (2010). New South Wales Court of Appeal. **Zhang v. Jiang Zemin and Others**. Judgment of 5 October 2010. ILR, v. 148, p. 555-593. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

AUSTRIA (1961). Supreme Court. **Collision with Foreign Government-Owned Motor Car (Austria) Case**. Judgment of 10 February 1961. ILR, v. 40, p. 73-78. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BANKAS (2005), Ernest K. **The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts**. Heidelberg: Springer, 2005. 541 p.

BASSINI, Marco; POLLICINO (2017), Oreste. The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution. **Verfassungsblog**. Published on Jan 28, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BEINLICH (2017), Leander. **Closing a justice gap or opening Pandora's box? A conference on the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014 as well as the relationship between state immunity and claims of compensation for war crimes**. Disponível em: <[http://www.questionegiustizia.it/doc/Report\\_remedies\\_against\\_immunities\\_leanderbeinlich.pdf](http://www.questionegiustizia.it/doc/Report_remedies_against_immunities_leanderbeinlich.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BIANCHI (2012), Andrea. On certainty. **EJIL: Talk!** Published on February 16, 2012. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BOGGERO (2017), Giovanni. Suggesting Solutions: Providing Compensation to the Victims as a Moral and Legal Duty. **Verfassungsblog**. Published on May 15, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/suggesting-solutions-providing-compensation-to-the-victims-as-a-moral-and-legal-duty/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

BONALUME NETO (2001), Ricardo. Alemanha afundou o Shangri-lá: Pesqueiro brasileiro foi abatido por submarino alemão em 1943. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 ago. 2001. Brasil, p. 7. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0508200112.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BORELLI (2013-a), Silvia; OLLESON, Simon. Article 8. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 124-136.

BORELLI (2013-b), Silvia; OLLESON, Simon. Article 9. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 137-151.

BOWETT (1982), D. W. Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources. **BYBIL**, v. 53, p. 1-26, 1982. Disponível em: <<http://bybil.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

BRANT (2016), Leonardo Nemer Caldeira; BIAZATTI, Bruno de Oliveira. A imunidade de jurisdição dos Estados à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça. **XI Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. 1, p. 100-125, jan. 2016. Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-direito-internacional/>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL (1945). **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 4 jan. 2015.

BRASIL (1948). Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 13, de 1948**. Tratado de Paz com a Itália. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=79404&norma=106057>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL (1952). **Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952**. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL (1989). Supremo Tribunal Federal. **Apelação cível n. 9.696-3/SP**. Apelante: Genny de Oliveira. Apelada: Embaixada da República Democrática Alemã. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgamento em 31 de maio de 1989. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL (1990). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 757/DF**. Agravante: República Socialista da Tchecoslováquia. Agravado: Vitral-Vidros Planos Ltda. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 21 de agosto de 1990. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL (1991). **Decreto n. 40, de 14 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL (1992-a). **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL (1992-b). **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL (2000). **Decreto n. 3.517, de 20 de junho de 2000**. Promulga a Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns, concluída em Nova Iorque, em 18 de dezembro de 1979, com a reserva prevista no § 2º do art. 16. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3517.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3517.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL (2002). Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 222.368-4/PE**. Agravante: Consulado Geral do Japão. Agravado: Espólio de Iracy Ribeiro de Lima. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 30 de abril de 2002. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL (2008-a). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 62 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Regina Mendonça da Silva. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgamento em 24 de junho de 2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2008-b). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 63 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Josepha Marques Cardoso. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgamento em 24 de junho de 2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2008-c). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 66 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Antônio Apúlio Aguiar Coutinho. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgamento em 15 de abril de 2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2009-a). **Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL (2009-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo 1089409 – Rio de Janeiro**. Agravante: Rondinelle Sales Mendonça. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Denise Arruda. Decisão em 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2009-c). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo 1090610 – Rio de Janeiro**. Agravante: Hércules da Costa Marques Filho. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Francisco Falcão. Decisão em 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2009-d). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Extraordinário 277777 – Rio de Janeiro**. Agravante: Antônio Apúlio Aguiar Coutinho. Agravada: República Federal da Alemanha. Processo remetido ao Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2009-e). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 74 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Josélia da Silva Marques. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgamento em 08 de junho de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2009-f). Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário 67 – Rio de Janeiro**. Embargante: Waldemyro da Costa Macedo. Embargada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 24 de novembro de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2009-g). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 72 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Manoel de Navarra Porto. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min.



João Otávio de Noronha. Julgamento em 18 de agosto de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2010-a). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Extraordinário 32560 – Rio de Janeiro**. Agravante: Manoel de Navarra Porto. Agravada: República Federal da Alemanha. Processo remetido ao Supremo Tribunal Federal em 03 de março de 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2010-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 65 – Rio de Janeiro**. Agravante: Valdir Ferreira Filho. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 13 de abril de 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2012-a). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.135.494 – Rio de Janeiro**. Agravante: Rondinelle Sales Mendonça. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Marco Buzzi. Julgamento em 20 de março de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2012-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 59 – Rio de Janeiro**. Agravante: Victoria Gonçalves da Silva. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento em 21 de agosto de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2012-c). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 113 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Tânia Regina Marques. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Nancy Andrichi. Decisão em 08 de outubro de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2012-d). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 110 – Rio de Janeiro**. Agravante: Paulo Cezar Alves da Silva. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Isabel Gallotti. Julgamento em 11 de setembro de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2013-a). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1135496 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Hércules da Costa Marques Filho. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 02 de setembro de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2013-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 101 – Rio de Janeiro**. Agravante: Mary Hellen Aguiar da Silva. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Marco Buzzi. Julgamento em 23 de abril de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2013-c). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 108 – Rio de Janeiro**. Agravante: Zacarias Barreto Marques. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2013-d). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 107 – Rio de Janeiro**. Agravante: Maria da Penha de Aguiar França. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2013-e) Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 134 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Juliana Aguiar da Cruz. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 13 de agosto de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2014-a). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.325.692 – Rio de Janeiro**. Agravante: Maria de Lourdes Aguiar Hernandez. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL (2014-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 75 – Rio de Janeiro**. Agravante: Dalva Maria Porto da Silva. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 20 de março de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL (2014-c). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 121 – Rio de Janeiro**. Agravante: Araci Barreto. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 20 de março de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2014-d). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 129 – Rio de Janeiro**. Agravante: Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Marco Buzzi. Julgamento em 02 de outubro de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2014-e) Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 133 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Carlos Vieira de Aguiar. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 05 de agosto de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2015-a). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 117 – Rio de Janeiro**. Agravante: Maria Nazareth Marques de Carvalho. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 26 de maio de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2015-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 68 – Rio de Janeiro**. Agravante: Sindulpho Costa. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2015-c). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 60 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Adail Mendonça da Costa. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi. Julgamento em 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2015-d). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 61 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Valério Gonçalves da Silva. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi. Julgamento em 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2015-e). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 80 – Rio de Janeiro**. Agravante: Emília Barreto Marques. Agravada: República Federal da

Alemanha. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2015-f). Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 853.335/DF**. Requerente: Araci Barreto. Requerida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em 05 de junho de 2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL (2016-a). Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo/RJ**. Autor: Maria Nazareth Marques de Carvalho. Réu: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 30 de agosto de 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL (2016-b). 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro. **Ação 0000342-32.2006.4.02.5101**. Autor: Regina Mendonça da Silva e outros. Réu: República Federal da Alemanha. Juiz Paulo André Espírito Santo Bonfadini. Julgamento em 21 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL (2016-c). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Extraordinário 32960 – Rio de Janeiro**. Agravante: Waldemyro da Costa Macedo. Agravada: República Federal da Alemanha. Processo remetido ao Supremo Tribunal Federal em 24 de maio de 2016. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2016-d). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Ordinário 129 – Rio de Janeiro**. Agravante: Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa. Agravada: República Federal da Alemanha. Vice-Presidente Min. Laurita Vaz. Decisão em 12 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2016-e). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Ordinário 109 – Rio de Janeiro**. Agravante: João Carlos Costa de Mello. Agravada: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em 20 de outubro de 2016. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2017-a). Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 - Rio de Janeiro**. Recorrente: Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa e Outro (a/s). Recorrido: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão pela existência de repercussão geral em 12 de maio de 2017. Manifestação da Procuradoria Geral da República em 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4943985>>. Acesso em 13 nov. 2019.

BRASIL (2017-b). Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Ordinário 76 – Rio de Janeiro**. Recorrente: Joelson de Macedo Simas. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2018-a). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 208 – Rio de Janeiro**. Recorrentes: Josélia da Silva Marques. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Lázaro Guimarães. Decisão em 24 de setembro de 2018. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL (2018-b). Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário 210 – Rio de Janeiro**. Recorrentes: Regina Mendonça da Silva e outros. Recorrida: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Nancy Andrighi. Autos com vista para o Ministério Público Federal em 22 de novembro de 2018. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BUFALINI (2017), Alessandro. Judgment 238/2014 and the importance of a constructive dialogue. **Verfassungsblog**. Published on May 12, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/judgment-2382014-and-the-importance-of-a-constructive-dialogue/>>. Acesso em: 01 maio 2017.

BUZZINI (2015), Gionata. The enduring validity of immunity *ratione materiae*: A reply to Professor Pisillo Mazzeschi. **Questions of International Law**. Published on May 12, 2015. Disponível em: <<http://www.qil-qdi.org/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BYERS (2000), Michael. The Law and Politics of the Pinochet Case. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 10, n. 2, p. 415-442, 2000. p. 440-441. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss2/5>>. Acesso em: 05 set. 2017.

CÂMARA (2003), Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

CANADA (2012). **Justice for Victims of Terrorism Act**. Enacted by section 2 of chapter 1 of the Statutes of Canada, in force on March 13, 2012. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/J-2.5.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CANADA (2012). Quebec Court of Appeal. **Islamic Republic of Iran v. Hashemi**. 2012 QCCA 1449, Judgment of 15 August 2012. ILR, v. 154, p. 351-409. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

CANADA (2014). Supreme Court. **Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran**. 2014 SCC 62, Judgment of 10 October 2014. Disponível em: <<https://www.scc-csc.ca/>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

CARVALHO FILHO (2009), José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CASTRO (1968), Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 2 v.

CATALDI (2007), Giuseppe. Judicial Decisions: Relationship between municipal and international law. **Italian Yearbook of International Law**, v. 17, p. 292-304, 2007. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 03 nov. 2015.

COELHO (2015), Inocência Mártires. Poder normativo das cortes constitucionais: o caso brasileiro. **RBPP**, v. 5, n. 3, p. 15-27, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

COUNCIL OF EUROPE (1950). **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Open for signature in 04 November 1950. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

COUNCIL OF EUROPE (1957). **European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes**. Open for signature in 29 April 1957. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/023>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

COUNCIL OF EUROPE (1972). **European Convention on State Immunity**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

COZZI (2016), Alessia. The implementation of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights case law in Italian jurisprudence. In: COZZI, Alessia et al. **Comparative study on the implementation of the ECHR at the national level**. Belgrade: Council of Europe, 2016. 186 p. p. 29-46.

D'ASPREMONT (2013), Jean. Article 4. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 93-96.

DICOSOLA (2007), Maria. **The Interaction between EU and National Law in Italy**. Comparing Constitutional Adjudication: A Summer School on Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence. 2nd Edition - 2007. University of Trento, Department of Legal Sciences, Faculty of Law. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cocoa/papers/papers.html>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

DOLINGER (1982), Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, v.19, n.76, p.5-64, out./dez. 1982. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181435>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

ESPAÑA (1985). **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)**. Disponível em: <<http://www.uv.es/ivasp/LOPJ>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

ESPAÑA (2009). **Ley Orgánica 1/2009**, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

ESPAÑA (2014). **Ley Orgánica 1/2014**, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/pdfs/BOE-A-2014-2709.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

ESPAÑA (2015). **Ley Orgánica 2/2015**, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2000). **Case of McElhinney v. Ireland and the United Kingdom**. Decision as to the admissibility. Application n. 31253/96, Judgment of 09 February 2000. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-5184>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2001-a). **Case of Al-Adsani v. The United Kingdom**. Application n. 35763/97, Judgment of 21 November 2001. ILR, v. 123, p. 24-53. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2001-b). **Case of Fogarty v. The United Kingdom**. Application n. 37112/97, Judgment of 21 November 2001. ILR, v. 123, p. 53-72. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2001-c). **Case of McElhinney v. Ireland**. Application n. 31253/96, Judgment of 21 November 2001. ILR, v. 123, p. 73-93. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2002). **Case of Kalogeropoulou v. Greece and Germany**. Application n. 59021/00, Judgment of 12 December 2002. ILR, v. 129, p. 537-555. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2005). **Case of Bosphorus v. Ireland**. Application no.45036/98, Judgment of 30 June 2005. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564>>. Acesso em: 28 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2014). **Case of Jones and others v. The United Kingdom**. Applications nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment of 14 January 2014. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005>>. Acesso em: 28 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE (1970). **Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Solange I)**. Case 11/70, Judgment of 17 December 1970. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE (2013). **Kadi v. European Commission (Kadi II)**. Case C-584/10, Judgment of 18 July 2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE (2015). **Tribunale de Cuneo v. Taricco (Taricco I)**. Case C-105/14, Judgment of 8 September 2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE (2017). **Reference for a preliminary ruling - Article 325 TFEU - Judgment of 8 September 2015, Taricco and Others (Taricco II)**. Case C-42/17, Judgment of 5 December 2017. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

FERRAJOLO (2015), Ornella. Cases - War Crimes and State Immunity from Jurisdiction: Follow-up of Decision No 238/2014 of the Constitutional Court (Correspondents' Reports). **Yearbook of International Humanitarian Law**, v. 18, p. 1-10, 2015. Disponível em: <<http://www.asser.nl/asserpress/documentation/yihl-corresp-reports-by-country/>>. Acesso em: 09 maio 2018.

FOAKES, Joanne; O'KEEFE (2013-a), Roger. Article 11. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 183-208.

FOAKES, Joanne; O'KEEFE (2013-b), Roger. Article 12. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 209-224.

FONTANELLI (2014), Filippo. I know it's wrong but I just can't do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court. **Verfassungsblog**. Published on October 27, 2014. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

FONTANELLI (2017), Filippo. Suggesting Solutions: Do the Right Thing. **Verfassungsblog**. Published on May 15, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/suggesting-solutions-do-the-right-thing/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA (2013). **Há 70 anos, FAB afundava submarino nazista na costa do RJ**. Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/index.php>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

FOUNDATION REMEMBRANCE, RESPONSIBILITY AND FUTURE (2015). **Origins of the Foundation EVZ**. Disponível em: <<http://www.stiftung-evz.de/eng/the-foundation/history.html>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

FOX (2014), Hazel. International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States. In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 4.ed. Oxford: Oxford, 2014. 873 p.

FOX, Hazel; WEBB (2015), Philippa. **The Law of State Immunity**. 3. ed. Oxford: Oxford, 2015. 645p.

FRAGISTAS (1961), N. La compétence internationale em droit internationale privé. **RCADI**, v. 104, p. 159-271, 1961.

FRANCE (1966). Conseil d'État. **Compagnie Générale d'Énergie Radio-Électrique**. Judgment of 30 March 1966. ILR, v. 41, p. 480-482. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

FRANCE (2011-a). Conseil d'État. **Susilawati v. France (n. 325253)**. Arrêt du 11 février 2011. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

FRANCE (2011-b). Conseil d'État. **Saleh and ors v. France (n. 329788)**. Arrêt du 14 octobre 2011. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

GARCIA (2001), Márcio Pereira Pinto. Imunidade de jurisdição: evolução e tendências. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Jurídicos. Imunidade Soberana: O Estado estrangeiro diante do juiz nacional. **Cadernos do CEJ**, v.19, p. 27-34, 2001.

GERMANY (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Atualização: Janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

GERMANY (1963). Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). **Iranian Embassy**. Case n. 2 BvM 1/62, Judgment of 30 April 1963. Disponível em: <[http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=595](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=595)>. Acesso em: 12 abr. 2017.

GERMANY (1974). Federal Constitutional Court. **Solange I**. Case n. 2 BvL 52/71, Judgment of 29 May 1974. ILR, v. 93, p. 383-403. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

GERMANY (1986). Federal Constitutional Court. **Solange II**. Case n. 2 BvR 197/83, Judgment of 22 October 1986. ILR, v. 93, p. 404-438. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

GERMANY (2004). Federal Constitutional Court. **The Görgülü Case**. Case n. 2 BvR 1481/04, Judgment of 14 October 2004. Disponível em: <[http://www.bverfg.de/e/rs20041014\\_2bvr148104en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

GERMANY (2009). Federal Constitutional Court. **Lisbon Treaty Constitutionality Case**. Case nos. 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 and 2 BvR 182/09, Judgment of 30 June 2009. ILR, v. 141, p. 554-701. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

GRANT (2013-a), Tom. Article 2(1)( a ) and ( b ). In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 40-53.

GRANT (2013-b), Tom. Article 5. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 99-104.

GRANT (2013-c), Tom. Article 6. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 105-112.

GREECE (2000). Court of Cassation. **Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany (Distomo Massacre Case)**. Case no. 11/2000. Judgment of 04 May 2000. ILR, v. 129, p. 513-524. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

GREECE (2002). Special Supreme Court. **Margellos and Others v. Federal Republic of Germany**. Case no. 6/2000. Judgment of 17 September 2002. ILR, v. 129, p. 525-536. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.



HELGASON (2018), Gudmundur (Ed.) **U-199**. Disponível em: <<https://uboa.net/boats/u199.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

HERTOGEN (2015), An. Letting Lotus Bloom. **European Journal of International Law**, v. 26, n. 4, p. 901-926, 2015. Disponível em: <<http://www.ejil.org/archive.php?issue=129>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (1891). **Projet de règlement sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains ou chefs d'État étrangers**. Session de Hambourg, 1891. Comité de rédaction, puis MM. Ludwig von Bar, John Westlake et Adolphe Hartmann. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1891\\_ham\\_01\\_fr.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1891_ham_01_fr.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (1954). **L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers**. Session d'Aix-en-Provence, 1954. Rapporteur: M. Ernest Lémonon. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1954\\_aix\\_02\\_fr.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1954_aix_02_fr.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (1977). **Public Law Claims Instituted by a Foreign Authority or a Foreign Public Body**. Session of Oslo, 1977. Rapporteur: Mr. Pierre Lalive. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1977\\_oslo\\_01\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1977_oslo_01_en.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (1991). **Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement**. Session of Basel, 1991. Fourteenth Commission, Rapporteur: Mr. Ian Brownlie. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1991\\_bal\\_03\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_03_en.PDF)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (2001). **Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law**. Session of Vancouver, 2001. Rapporteur: M. Joe Verhoeven. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2001\\_van\\_02\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (2005). **Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes**. Session of Krakow, 2005. Rapporteur: M. Christian Tomuschat. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (2009). **Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes**. Session of Naples, 2009. Third Commission, Rapporteur: Lady Fox. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2009\\_naples\\_01\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2009_naples_01_en.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW (2015). **Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes**. Session of Tallinn, 2015. Rapporteur: Andreas Bucher. Disponível em: <[http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2015\\_Tallinn\\_01\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2015_Tallinn_01_en.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2002-a). **Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)**. Judgment of 14 February 2002. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/121>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2002-b). **Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)**. Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal. Judgment of 14 February 2002. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/121>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2006). **Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)**. Judgment of 3 February 2006. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/126>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2010). **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)**. Counter-claims. Dissenting Opinion of Judge Cañado Trindade. Order of 6 July 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/143/counter-claims>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2011). **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)**. Application by the Hellenic Republic for permission to intervene. Order of 4 July 2011. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/143/intervention>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2012-a). **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)**. Judgment of 3 February 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/143/judgments>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2012-b). **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)**. Dissenting Opinion of Judge Cañado Trindade. Judgment of 3 February 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/143/judgments>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

INTERNATIONAL PEACE CONFERENCE (1907). **Convention respecting the laws and customs of war on land (Hague IV)**. Adoption in 18 October 1907. (AVALON PROJECT) Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/hague04.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp)>. Acesso em: 21 jun. 2015.

ITALY (1948). **Constituição da República Italiana**: Edizione in Lingua Portoghese. (Senato della Repubblica). Disponível em: <<https://www.senato.it/1024>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

ITALY (1973). Constitutional Court. **Frontini v. Ministero delle Finanze**. Judgment of 27 December 1973. ILR, v. 93, p. 514-527. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

ITALY (1984). Constitutional Court. **Spa Granital v. Amministrazioni delle Finanze dello Stato**. Judgment of 08 June 1984. ILR, v. 93, p. 527-537. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

ITALY (1989). Constitutional Court. **Fragd v. Amministrazione delle Finanze dello Stato**. Judgment of 21 April 1989. ILR, v. 93, p. 538-547. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

ITALY (2004). Court of Cassation. **Ferrini v. Germany**. Judgment of 11 March 2004. ILR, v. 128, p. 658-675. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

ITALY (2007-a). Constitutional Court. **R.A. v. Comune di Torre Annunziata; Comune di Montello v. A.C.; MTG. v. Comune di Ceprano**. Constitutional Review n. 348. Judgment of 22 October 2007. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

ITALY (2007-b). Constitutional Court. **E.P. et al. v. Comune di Avellino et al.; A. G. et al. v. Comune di Leonforte et al.** Constitutional Review n. 349. Judgment of 22 October 2007. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

ITALY (2011). Constitutional Court. **Legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575**. Constitutional Review n. 80. Judgment of 07 March 2011. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>>. Acesso em 02 ago. 2018.

ITALY (2013). **Legge 14 gennaio 2013, n. 5**. Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/>>. Acesso em: 19 set. 2015.

ITALY (2014-a). Constitutional Court. **Simoncioni and ors v. Germany**. Constitutional review n. 238. Judgment of 22 October 2014. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 18 set. 2015. (Corte Costituzionale – English Text). Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

ITALY (2014-b). Court of Cassation. **Germany v. Ferrini and Ferrini**. Judgment of 21 January 2014. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

ITALY (2014-c). **Legge 10 novembre 2014, n. 162**. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/11/10/14G00175/sg>>. Acesso em: 07 maio 2018.

ITALY (2016). Constitutional Court. **ORDER NO. 24 YEAR 2017**. Judgment of 23 November 2016. Disponível em: <[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/O\\_24\\_2017.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2018.

KELSEN (1945), Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p.

KELSEN (1953), Hans. Théorie du droit international public. **RCADI**, v. 84, p. 1-204, 1953.

KRAJEWSKI (2017), Michał. Conditional primacy of EU Law and its deliberative value: an imperfect illustration from Taricco II. **European Law Blog**. Published on December 18, 2017. Disponível em: <<https://europeanlawblog.eu/2017/12/18/conditional-primacy-of-eu-law-and-its-deliberative-value-an-imperfect-illustration-from-taricco-ii/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

KRIEGER (2017), Heike. Italian Concerns after Sentenza 238/2014. **Verfassungsblog**. Published on May 11, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/italian-concerns-after-sentenza-2382014/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

LALIVE (1953), Jean-Flavien. L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales. **RCADI**, v. 84, p. 205-396, 1953.

LAUTERPACHT (1951), H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. **British Yearbook of International Law**, v. 28, p. 220-272, 1951. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

LORD MILLET (2006). The Pinochet case – some personal reflections. In: EVANS, Malcolm D. **International Law**. 2.ed. Oxford: OUP, 2006. 833p. p.5-9.

LOWE (2007), Vaughan. **International Law**. Oxford: Oxford, 2007. 298 p.

LUPI (2011), André Lipp Pinto Basto. A Convenção sobre Imunidade do Estado e seus Bens e o Direito Brasileiro. **RFD - Revista da Faculdade de Direito**, v. 1, n. 19, jun./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/index>>. Acesso em: 03 maio 2017.

MACEDO (2011), Paulo Emílio Vauthier Borges de. Comentários ao artigo 27. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. 654p. p. 191-197.

MADRUGA FILHO (2003), Antenor Pereira. **A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o novo Direito da Imunidade de Jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 563 p.

MADRUGA FILHO (2008), Antenor Pereira. O Supremo Tribunal Federal e a compreensão da imunidade dos Estados estrangeiros à jurisdição executória: necessidade de nova reflexão. In: CASELLA, Paulo Borba *et al.* (Orgs.). **Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum discipulorum liber**. São Paulo: Atlas, 2008. p.299-323.

MANN (1964), Frederick A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. **RCADI**, v. 111, p. 1-162, 1964.

MANN (1984), Frederick A. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years. **RCADI**, v. 186, p. 9-116, 1984.

MARINONI (2004), Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

MARINONI (2007), Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

MARQUES (1990), José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

MARTINICO (2012), Giuseppe. Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts. **European Journal of International Law**, v. 23, n. 2, p. 401-424, 2012. Disponível em: <<http://www.ejil.org/archive.php?issue=111>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

MAX PLANCK INSTITUTE (2017). **Remedies against immunity? Reconciling international and domestic law after the italian constitutional court’s sentenza 238/2014**. International Conference, 11-13 May 2017, Villa Vigoni, Lake Como, Italy. Disponível em: <<http://www.mpil.de/en/pub/news/conferences-workshops/remedies-against-immunity.cfm>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MAZZESCHI (2015), Riccardo Pisillo. The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories. **Questions of International Law**. Published on May 12, 2015. Disponível em: <<http://www.qil-qdi.org/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

McGREGOR (2013), Lorna. State Immunity and Human Rights: Is there a future after *Germavy v. Italy*? **Journal of International Criminal Justice**, v. 11, n. 1, p. 125-145, 2013. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MENDES (2000), Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br>>. Acesso em 19 nov. 2017.

MIRANDA (1995), Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.

MOSER (2006), Claudinei. Imunidade de Jurisdição do Estado estrangeiro: a questão da (ir)responsabilidade da União pelo pagamento do débito judicial trabalhista. **ANAUNI**. Disponível em: <[http://www.anauni.org.br/php/conteudoInterno/artigos/imunidadedejurisdicao\\_claudinei.pdf](http://www.anauni.org.br/php/conteudoInterno/artigos/imunidadedejurisdicao_claudinei.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2016.

MÜLLER, Felix; RICHTER (2008), Tobias. Report on the Bundesverfassungsgericht’s (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. **German Law Journal**. v. 09, n. 02, p. 161-194. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=898>>. Acesso em 22 jun. 2018.

NETHERLANDS (2000). Amsterdam Court of Appeal. **Bouterse case**. Judgment of 20 November 2000. (ICRC – IHL Databases). Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

NEW ZEALAND (2006). High Court. **Fang and Others v. Jiang Zemin and Others**. Judgment of 21 December 2006. ILR, v. 141, p. 702-719. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

NGUYEN (1999), Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. 1230 p.

O'KEEFE (2013-a), Roger. Article 3. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 73-92.

O'KEEFE (2013-b), Roger. Part II General Principles, Preliminary Material. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 97-98.

O'KEEFE (2013-c), Roger. Article 7. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 113-123.

O'KEEFE (2013-d), Roger. The General Understandings. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 19-27.

OELLERS-FRAHM (2017), Karin. Suggesting Solutions: What about Concessions to be Made by Both Sides? **Verfassungsblog**. Published on May 15, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/suggesting-solutions-what-about-concessions-to-be-made-by-both-sides/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (1983). **Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States (1983)**. ILM, v. 22, n. 2, p. 292-297, 1983. (International Legal Materials). Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

PALCHETTI (2017), Paolo. Italian concerns after sentenza 238/2014: possible reactions, possible solutions. **Verfassungsblog**. Published on May 11, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/italian-concerns-after-sentenza-2382014-possible-reactions-possible-solutions/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

PALOMBELLA (2015), Gianluigi. The Decision of the Italian C.C. 238/2014 on State Immunity and Access to Justice and the Present International Law (May 4, 2015). **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2602193>>. Acesso em: 13 maio 2015.

PAVONI (2017), Riccardo. After Sentenza 238: A Plea for Legal Peace. **Verfassungsblog**. Published on May 12, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/after-sentenza-238-a-plea-for-legal-peace/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

PETERS (2014), Anne. Let Not Triepel Triumph – How To Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order. **EJIL: Talk!** Published on December 22, 2014. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PETERS, Anne; VOLPE (2017), Valentina. Introduction: In search for conciliation. **Verfassungsblog**. Published on May 11, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/introduction-in-search-for-conciliation/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

PETERSEN (2017), Niels. The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law. **European journal of International Law**, v. 28, n. 2, 2017. p. 357-385. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/28/2/2758.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PIN (2014), Andrea. Tearing Down Sovereign Immunity’s Fence—The Italian Constitutional Court, the International Court of Justice, and the German War Crimes. **Opinio Juris**. Published on November 19, 2014. Disponível em: <<http://opiniojuris.org/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PINHO (2012), Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

PINHO (2014), Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

PORTAL FEB (2018). **Série Heróis Esquecidos**: 1º Ten Av Alberto Martins Torres do 1º GAvCa. Disponível em: <<http://www.portalfeb.com.br/>>. Acesso em 15 ago. 2018.

PORTELA (2016), Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REZEK (1997), Francisco. Imunidade de Jurisdição no entendimento atual da justiça no Brasil. In: **Héctor Gros Espiell Amicorum Liber**. Bruxelles: Bruylant, 1997. v. II.

REZEK (2014), Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 469 p.

ROUSSEAU (1970), Charles. **Droit Internationale Public**. 2.ed. Paris: Sirey, 1970. 6v. v.1. 464p.

ROYDE-SMITH (2015), John Graham. World War II (1939-1945). In: **ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA**. Disponível em: <<http://www.britannica.com/event/World-War-II>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

RYNGAERT (2015), Cedric. **Jurisdiction in International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford, 2015. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

SANTOS (2010), Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

SCELLE (1956), Georges. Le phénomène juridique de dédoublement fonctionnel. In: SCHÄTZEL, Walter; SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen (Eds.). **Rechtsfragen der Internationalen Organisation**. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1956. 408 p. p. 324-342.

SCELLE (1960), Georges. Quelques réflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique interétatique. In: VVAA. **Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant**. Paris: Pedone, 1960. 561p. p.473-488.

SCHORKOPF (2005), Frank. The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland. **German Law Journal**, v. 06, n. 09, 2005, p. 1255-1264. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/>>. Acesso em: 11 set. 2018.

SINCLAIR (1980), Ian. The Law of Sovereign Immunity: recent developments. **RCADI**, v. 167, p. 113-284, 1980.

SOARES (1984), Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 264 p.

SOARES (2001), Guido Fernando Silva. Imunidade de jurisdição: evolução e tendências. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Jurídicos. Imunidade Soberana: O Estado estrangeiro diante do juiz nacional. **Cadernos do CEJ**, v.19, p. 10-17, 2001.

SOMPONG (1976) Sucharitkul. Immunities of foreign states before national authorities. **RCADI**, v. 149, p. 87-215, 1976.

SOUSA (2000), Mônica Teresa Costa. Imunidade de jurisdição de estado estrangeiro: aspectos doutrinários e a jurisprudência brasileira. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 140-154, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15442/14005>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

STAKER (2014), Christopher. Jurisdiction. In: EVANS, Malcolm D (Ed.). **International Law**. 4.ed. Oxford: Oxford, 2014. 873p. p. 309-335.

SWITZERLAND (2012). Federal Criminal Court. **Khaled Nezzar v. Public Prosecutor**. (Número de dossier: BB.2011.140). Judgment of 25 July 2012. Disponível em: <<https://www.bstger.ch/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

TAMS (2013-a), Christian J. Preamble. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 28-33.



TAMS (2013-b), Christian J. Article 27. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 379-394.

TAMS (2017), Christian J. A clever and dangerous move – or: a Roman Court goes Lutheran. **Verfassungsblog**. Published on May 12, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/a-clever-and-dangerous-move-or-a-roman-court-goes-lutheran/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

TAMS, Christian; O'KEEFE (2013-a), Roger. General Introduction. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. xxxvii-xlii.

TAMS, Christian; O'KEEFE (2013-b), Roger. Article 1. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 35-39.

TATE (1952), Jack B. Changed Policy Concerning the Granting of Sovereign Immunity to Foreign Governments. **The Department of State Bulletin**, v. 26, n. 678, p. 984-985, 1952. Disponível em: <<https://archive.org/details/departmentofstatx2652unit>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

THEODORO JÚNIOR (2007), Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

TIBÚRCIO (2012), Carmen. A decisão da Corte de Haia no caso Alemanha x Itália. **Consultor Jurídico**, 19 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-19/decisao-politica-corte-internacional-haia-alemanha-italia>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

TIBÚRCIO (2016), Carmen. **Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição**. Salvador: JusPODIVM, 2016. 495 p.

TOMUSCHAT (2006), Christian. Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations *Erga Omnes* – Concluding Observations. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.). **The Fundamental Rules of International Legal Order**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. 471 p. p. 425-436.

TOMUSCHAT (2017), Christian. No Consensus – but Hope at Villa Vigoni. **Verfassungsblog**. Published on may 18, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/no-consensus-but-hope-at-villa-vigoni/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

TOTTEN (2016), Christopher D. The adjudication of foreign official immunity determinations in the United States post-Samantar: a Circuit split and its implications. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 26, n. 3, Spring, 2016, p. 517-550. Disponível em: <<https://djcil.law.duke.edu/>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TRINDADE (2012), Otávio Augusto Drummond Caçado. **A Carta das Nações Unidas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 328p.

TROOBOFF (1986), Peter D. Foreign state immunity: emerging consensus on principles. **RCADI**, v. 200, p. 235-432, 1986.

TZANAKOPOULOS, Antonios; METHYMAKI (2017), Eleni. Freedom With Their Exception: Jurisdiction and Immunity as Rule and Exception. In: PADDEU, Federica; BARTELS, Lorand (Eds.). **Exceptions and Defences in International Law**. Oxford: OUP, Forthcoming. Posted: 14 Dec 2017. 26 p. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3087316>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

UNGERN-STERNBERG (2017), Antje von. Suggesting Solutions: A European Way? **Verfassungsblog**. Published on May 15, 2017. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/suggesting-solutions-a-european-way/>>. Acesso em: 01 maio 2018.

UNIÃO EUROPEIA (2016). Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, v. 59, n. C 202, p. 01-388, 07 jun. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

UNITED KINGDOM (1978). **State Immunity Act**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. Acesso em 18 de. 2017.

UNITED KINGDOM (1999). House of Lords. **R., ex parte Pinochet v. Bartle and ors**. Appeal Judgment, 24 March 1999. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

UNITED KINGDOM (2000). House of Lords. **Holland v. Lampen-Wolfe**. Judgment of 20 July 2000. ILR, v. 119, p. 367-385. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

UNITED KINGDOM (2006). House of Lords. **Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another**. Judgment of 14 June 2006. ILR, v. 129, p. 629-749. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

UNITED NATIONS (1947). Treaty of Peace with Italy, signed at Paris, on 10 February 1947. **Treaty Series**, v. 49, 1950. Disponível em: <<https://treaties.un.org/>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

UNITED NATIONS (1948). **Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. Paris, 9 December 1948. Symbol A/RES/260/III. Disponível em: <<https://documents.un.org/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

UNITED NATIONS (1979). **International Convention Against the Taking of Hostages**. New York, 17 December 1979. Symbol A/RES/34/146. Disponível em: <<https://documents.un.org/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

UNITED NATIONS (1980). **Jurisdictional Immunities of States and Their Property**. Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-second session, 5 May - 25 July 1980. Symbol A/35/10(SUPP). Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

UNITED NATIONS (1984). **Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. New York, 10 December 1984. Symbol A/RES/39/46. Disponível em: <<https://documents.un.org/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

UNITED NATIONS (1991). **Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property and commentaries thereto**. Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April – 19 July 1991. Symbol A/46/10(SUPP). Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

UNITED NATIONS (1999-a). **Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property**. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session, 3 May - 23 July 1999. Symbol A/54/10(SUPP). Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

UNITED NATIONS (1999-b). **Convention on jurisdictional immunities of States and their property**: Report of the Chairman of the Working Group. Symbol A/C.6/54/L.12. Disponível em: <<http://documents.un.org/>>. Acesso em 29 jan. 2015.

UNITED NATIONS (2001). **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**, with commentaries. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001. Symbol A/56/10(SUPP). Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2001/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

UNITED NATIONS (2002). **Responsibility of States for internationally wrongful acts**. Resolution adopted by the General Assembly on 28 January 2002. Symbol A/RES/56/83. Disponível em: <<http://documents.un.org/>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

UNITED NATIONS (2004-a). **Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property**. Resolution adopted by the General Assembly on 2 December 2004. Symbol A/RES/59/38. Disponível em: <<https://treaties.un.org/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

UNITED NATIONS (2004-b). **Summary record of the 13th meeting: 6th Committee**, held at Headquarters, New York, on Monday, 25 October 2004, General Assembly, 59<sup>th</sup> Session. Symbol A/C.6/59/SR.13. Disponível em: <<http://documents.un.org/>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

UNITED NATIONS (2005). **Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law**. Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2005. Symbol A/RES/60/147. Disponível em: <<https://documents.un.org/>>. Acesso em: 9 maio 2018.

UNITED NATIONS (2013). **United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property**: Declarations and Reservations (Italy). Accession in 6 May 2013. Disponível em: <<https://treaties.un.org/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

UNITED NATIONS (2017). **Third report on crimes against humanity**, by Sean Murphy, Special Rapporteur. Distribution on 23 January 2017. Symbol A/CN.4/704. Disponível em: <<https://documents.un.org/>>. Acesso em: 9 maio 2018.

UNITED STATES (1812). Supreme Court. **The Schooner Exchange v. McFaddon**. Judgment of 24 February 1812. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

UNITED STATES (1976). **Foreign Sovereign Immunities Act**. US Code, Title 28, Part IV, Sections 1330, 1332, 1391 (f), 1441 (d) and 1602 to 1611. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

UNITED STATES (2008). Court of Appeals D.C. Circuit. **Belhas v. Ya'Alon**. Judgment of 15 February 2008. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

UNITED STATES (2009). Court of Appeals 2<sup>nd</sup> Circuit. **Matar v. Dichter**. Judgment of 16 April 2009. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002600.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

UNITED STATES (2010). Supreme Court. **Samantar v. Yousuf and Others**. Judgment of 1 June 2010. ILR, v. 147, p. 726-742. (International Law Reports). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

UNITED STATES (2012). Court of Appeals 4<sup>th</sup> Circuit. **Yousouf and ors v. Samantar**. Appeal Judgment of 2 November 2012. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 13 set. 2015.

UNITED STATES (2014-a). Supreme Court. **Samantar v. Yousuf**: Petition for certiorari denied on January 13, 2014. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/samantar-v-yousuf-2/>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

UNITED STATES (2014-b). Court of Appeals 2<sup>th</sup> Circuit. **Rosenberg and ors v. Pasha and ors**. Summary Order of 27 August 2014. Disponível em: <<https://lawfare.s3-us-west-2.amazonaws.com/staging/s3fs-public/uploads/2014/08/Rosenberg-v-Pasha-2d-Cir-Aug-28-2014-2.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

UNITED STATES (2015). Supreme Court. **Samantar v. Yousuf**: Petition for certiorari denied on March 9, 2015. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/samantar-v-yousuf-3/>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

UNITED STATES (2019). Department of State. **Terrorist Designations and State Sponsors of Terrorism**. Disponível em: <<https://www.state.gov/j/ct/list/>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

VALLADÃO (1978), Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 3.

VERDROSS (1927), Alfred. Le fondement du droit international. **RCADI**, v. 16, p. 247-323, 1927.

VERHOEVEN (2008), Joe. Considérations sur ce qui est commun. **RCADI**, v. 334, p. 9-434, 2008.

VVAA (1953). **Agreement on German External Debts**. Signed in London, February 27, 1953. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/collections/treaties-for-which-the-uk-is-depositary>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

WATTS (1994), Arthur. The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers. **RCADI**, v.247, p. 10-130, 1994.

WEBB (2014), Philippa. Jones v. UK: The re-integration of State and official immunity? **EJIL: Talk!** Published on January 14, 2014. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/jones-v-uk-the-re-integration-of-state-and-official-immunity/>>. Acesso em: 28 set. 2015.

WEBB (2015), Philippa. Comment on ‘The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories’. **Questions of International Law**. Published on May 12, 2015. Disponível em: <<http://www.qil-qdi.org/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

WICKREMASINGHE (2014), Chanaka. Immunities enjoyed by officials of States and international organizations. In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 4.ed. Oxford: Oxford, 2014. 873p. p.379-411.

WITTICH (2013-a), Stephan. Article 2 (1)(c) and (2) and (3). In: O’KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 54-72.

WITTICH (2013-b), Stephan. Article 10. In: O’KEEFE, Roger; TAMS, Christian (Eds.). **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary**. Oxford: Oxford, 2013. 465p. p. 167-182.