

## INTRODUÇÃO

Historicamente, tratando-se dos Estados, a matéria das imunidades é regida por regras costumeiras de direito internacional. O direito das imunidades foi, em seguida, enriquecido por algumas convenções. A primeira foi a convenção de Bruxelas de 1926 sobre as imunidades dos navios de Estado. Depois, surgiu a convenção de Basiléia de 1972 sobre as imunidades dos Estados, negociada sob a égide do Conselho da Europa. Posteriormente, diferentes Estados da *common law*, como os Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, e, ainda, a África do Sul, adotaram legislação interna sobre as imunidades.

Inicialmente, a imunidade de jurisdição dos Estados era absoluta, evoluindo mais tarde para uma imunidade relativa, havendo algumas exceções em que não se aplicava a imunidade de jurisdição. Assim, as leis internas desses Estados previram exceções nos casos de lides trabalhistas ou de acidentes automobilísticos.

O direito brasileiro, seguindo a tendência mundial, também adotou a imunidade relativa, a partir da Magna Carta de 1988, com uma nova interpretação do art.114, I da mesma, no caso de questões trabalhistas.

Atualmente, no entanto, o direito das imunidades de jurisdição continua a evoluir, havendo doutrina e jurisprudência que sustentam a sua ausência no caso de violação dos direitos humanos. Dessa forma, o *leading case* seria o caso *Pinochet*, no qual a Câmara dos Lordes entendeu que Pinochet não teria imunidade de jurisdição perante a corte inglesa em função de atos funcionais violadores dos direitos humanos praticados durante o tempo em que foi presidente do Chile.

Dessa maneira, dentre as exceções à imunidade de jurisdição dos Estados, poder-se-ia acrescentar uma nova exceção no caso de violação dos direitos humanos.

E, como essa exceção ainda não está prevista em convenção ou lei interna, os tribunais, tanto nacionais como internacionais, ainda divergem a respeito de sua aplicação.

A ausência de imunidade de jurisdição no caso de violação de direitos humanos constitui um tema em evolução. Com efeito, no que se refere ao campo penal, a imunidade era na origem absoluta, depois a imunidade absoluta limitou-se ao chefe de Estado em exercício.

Já com relação aos ex-chefes de Estado, somente seria concedida imunidade no que se refere aos atos realizados no exercício de suas funções, mas não para os atos privados.

Depois, no caso *Pinochet*, foi decidido que eles não têm imunidade não somente nos atos privados, mas também no caso de atos de tortura.

A imunidade de jurisdição no caso de violação de direitos humanos tem sido discutida na doutrina estrangeira, mas não houve muitos estudos por parte da doutrina brasileira.

Como o tema é ainda novo no Brasil, não havendo doutrina a respeito e apenas alguns votos vencidos no Superior Tribunal de Justiça consagrando o afastamento da imunidade de jurisdição no caso de violação dos direitos humanos, a presente tese contribuirá para este Programa de Pós-graduação.

O problema da presente tese consiste em verificar o conflito entre o princípio da igualdade soberana dos Estados com o princípio da dignidade da pessoa humana por meio da proteção internacional dos direitos humanos e saber se já existe uma nova exceção à imunidade de jurisdição no caso de violação dos direitos humanos. Não será tratado aqui do Tribunal Penal Internacional, mas, sim, de julgamento em tribunais nacionais.

O presente trabalho é dividido em oito capítulos. O primeiro capítulo tratará de noções sobre jurisdição, incluindo a jurisdição criminal e civil universal.

O segundo disporá sobre o conceito e a evolução da imunidade jurisdicional dos Estados, mostrando a passagem da imunidade absoluta para a relativa.

O terceiro discorrerá sobre as exceções clássicas sobre a imunidade de jurisdição, como as exceções imobiliária, laboral, comercial e delitual.

O quarto capítulo versará sobre a nova exceção à imunidade de jurisdição, no caso de violação dos direitos humanos.

O quinto capítulo tratará de algumas teorias para afastar a imunidade de jurisdição, como a teoria da hierarquia normativa, teoria do benefício coletivo de Caplan, teoria de Bröhmer, além da ponderação de valores e de um método para conciliar o conflito entre os princípios da igualdade soberana dos Estados e da dignidade da pessoa humana, o equilíbrio reflexivo.

O sexto capítulo analisará os casos *Pinochet* e *Ferrini*, nos quais foi afastada a imunidade de jurisdição.

O sétimo capítulo versará sobre o caso *Jones*, no qual foi mantida a imunidade de jurisdição do Estado com relação à reparação civil decorrente de ato de tortura.

Por fim, no oitavo capítulo, a tese será concluída com algumas ponderações acerca do *jus gentium* e sua evolução como um direito universal comum a todos os povos.

# 1 JURISDIÇÃO

## 1.1 Noções de Jurisdição

O tema da imunidade de jurisdição está ligado ao tema da jurisdição ou competência internacional porque aquela afasta a prestação jurisdicional.

Jurisdição envolve o direito de um Estado de exercer uma parte de seus poderes. Assim, a jurisdição está relacionada com o direito do Estado de regulação ou com o direito de aplicar a lei aos atos do homem. Qualquer forma que ela tome, a regulação pode ocorrer ou por prescrever ou por executar regras legais e se pode falar em jurisdição prescritiva ou legislativa - a qual designaria o direito internacional de um Estado de fazer regras legais - e de jurisdição de execução ou de prerrogativa, envolvendo o direito de um Estado de dar efeito a suas regras legais em determinado caso.<sup>1</sup>

Dentro dos Estados Unidos, é comum distinguir-se entre jurisdição legislativa, executiva e adjudicatória, conforme o *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*<sup>2</sup>:

Under international law, a state is subject to limitations on:

§ 401(a) jurisdiction to prescribe, ie, to make its law applicable to the activities, relations, or status of persons, or the interests of persons in things, whether by legislation, by executive act or order, by administrative rule or regulation, or by determination by a court;

§401 (b) jurisdiction to adjudicate, ie, to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunal, whether in civil or in criminal proceedings, whether or not the state is a party to the proceedings;

§401 (c) jurisdiction to enforcement, ie, to enforce or compel compliance or to punish noncompliance with its laws or regulations, whether through the courts or by use of executive, administrative, police, or other nonjudicial act.

Por outro lado, a Convenção da ONU sobre imunidade de jurisdição<sup>3</sup>, no segundo relatório<sup>4</sup> do *special rapporteur* Sompong Sucharitkul assim dispôs:

<sup>1</sup> MANN, F.A. *The doctrine of jurisdiction in international law*. In: Recueil des cours, académie de droit international, volume 111, 1964, I, p.9-13.

<sup>2</sup> *American Law Institute, Restatement (third) of Foreign Relations*, 1987.

29. The term "jurisdiction" when used in connection with immunities from jurisdiction covers not only the tail end of jurisdiction—namely, the power to give satisfaction to the judgement rendered or execution of judgement—but also each and every aspect of the judicial and administrative power connected with adjudication. Although the expression "jurisdiction" may have more than one meaning, including that in comparative law terminology which signifies a particular legal system or the territorial limits of the application of a juridical system, for present purposes the term is employed in its more traditional usage as synonymous with "competence", and when applied to a court is referable principally to the judicial competence or the power of a tribunal to adjudicate or to settle disputes by a peaceful means known as judicial settlement or adjudication. The expression *juris-dictio* literally means the announcement (or pronouncement or determination) of the law or the respective rights of the parties in litigation before the sitting or trying authority.

30. Furthermore, the expression "jurisdiction" in this context is used not only in relation to the right of sovereign States to exemption from the exercise of the power to adjudicate, normally assumed by the judiciary or magistrate within a legal system, but also in relation to the non-exercise of all other administrative and executive powers, by whatever measures or procedures and by whatever authorities of the territorial State. The concept therefore covers the entire judicial process, from the initiation or institution of proceedings, service of writs, investigation, examination, trial, orders which can constitute provisional or interim measures, to decisions rendering various instances of judgements and execution of the judgements thus rendered, or their suspension and further exemption.

31. It is clear that while "jurisdiction" covers "execution", the immunities of States from the one are entirely distinguishable and separate from the other. Thus, a waiver of immunity from jurisdiction does not imply consent or submission to measures of execution. Similarly, the court of the territorial State may in a given situation decide to exercise jurisdiction in a suit against a foreign State on different grounds, such as the commercial nature of the activities involved, the consent of the foreign State, voluntary submission, or waiver, but will have to reconsider and re-examine the question of its own competence when it comes to execute the judgement so rendered. It will be seen that at a later stage of execution the immunities attributable to State property will vary with further distinctions to be made of the types of State property which may or may not be susceptible to measures of execution.

Assim, os art. 2º e 3º da convenção mencionada ficariam com a seguinte redação:

#### Article 2. Use of terms

For the purposes of the present articles:

(...)

(g) "jurisdiction" means the competence or power of a territorial State to entertain legal proceedings, to settle disputes, or to adjudicate litigations, as well as the power to administer justice in all its aspects.

#### Article 3. Interpretative provisions

1. In the context of the present articles, unless otherwise provided,

(...)

(b) the expression "jurisdiction", as defined in article 2, paragraph 1(g), above, includes:

(i) the power to adjudicate,

(ii) the power to determine questions of law and of fact,

(iii) the power to administer justice and to take appropriate measures at all stages of legal proceedings, and

<sup>3</sup> United Nations convention on jurisdictional immunities of states and their property, doc. A/Res/59/38.

<sup>4</sup> SUCHARITKUL, Sompong. *Second report on immunity of states and their property*, doc. A/CN.4/331 and Add.1, 1980, vol.II (1), par. 29-45.

(iv) such other administrative and executive powers as are normally exercised by the judicial, or administrative and police authorities of the territorial State

Duas conclusões podem ser tiradas dessa definição e de sua interpretação. Primeiro, para o objetivo da convenção, o *rapporteur* especial achou aconselhável considerar a jurisdição somente nos seus aspectos executivo e judicial. A jurisdição legislativa ou prescritiva não seria coberta pela definição. Segundo, para o objetivo dos artigos, o conceito de jurisdição cobriria todo o processo judicial.<sup>5</sup>

A jurisdição pode ser vista sob dois enfoques.<sup>6</sup> O primeiro foi adotado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1927 no caso *Lotus*.<sup>7</sup> Nesse caso, um navio francês colidiu com um navio turco, tendo como consequência a morte de marinheiros turcos. Em seguida, a justiça turca mandou prender o capitão do navio francês, o que gerou protesto por parte da França, a qual alegou que a Turquia havia agido em conflito com os princípios de direito internacional. A Turquia, por seu turno, afirmou que teria jurisdição a não ser que fosse proibida pelo direito internacional. Em consequência disso, França e Turquia assinaram um acordo levando o caso para a corte resolver. A corte resolveu em favor da Turquia:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed. Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that –failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is

<sup>5</sup> KOLODKIN, Roman Anatolevich. *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal*

certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable. This discretion left to States by international law explains the great variety of rules which they have been able to adopt without objections or complaints on the part of other States ; it is in order to remedy the difficulties resulting from such variety that efforts have been made for many years past, both in Europe and America, to prepare conventions the effect of which would be precisely to limit the discretion at present left to States in this respect by international law, thus making good the existing lacunæ in respect of jurisdiction or removing the conflicting jurisdictions arising from the diversity of the principles adopted by the various States. In these circumstances all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction ; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty.

Pode-se ressaltar, ainda, que no caso *Lotus*, a Corte fez uma distinção importante entre execução e jurisdição prescritiva. Assim, enquanto os Estados estariam impedidos de executar suas leis no território de outro Estado na ausência de uma lei em sentido contrário, o direito internacional não imporá limites sobre a jurisdição de um Estado em prescrever suas regras para pessoas e eventos fora de suas fronteiras, não havendo uma regra proibitiva contrária.

Assim, nesse caso ficou claro que restrições sobre a independência dos Estados não podem ser presumidas, o que acarretaria uma liberdade de ação do Estado em geral. Daí a expressão princípio de *Lotus* para designar a idéia de que os Estados têm o direito de fazer tudo o que não é proibido por uma convenção internacional ou costume.

No caso *Barcelona Traction*,<sup>8</sup> o juiz Fitzmaurice expressamente adotou esse princípio:

70. In these circumstances the primary jurisdiction was clearly Canadian, and the Spanish courts should have declined jurisdiction,-at least in the first instance and until the remedies available through the Canadian National Trust had been invoked. It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters (and there are of course others-for instance in the fields of shipping, "anti-trust" legislation, etc.), but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however

*jurisdiction*, doc. A/CN.4/601, par. 47.

<sup>8</sup> BYNCAERT, *Canadian Power Company v. Spain*, in *ICJ Reports* 1970, 3, par. 208, p. 211. *Lotus*, *ICJ Reports*, par. 10, 1927.

(a) postulate the existence of limits-though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State.

Por outro lado, no caso *Armas Nucleares*<sup>9</sup>, o juiz Shahabuddeen, em opinião dissidente, rejeitou expressamente o princípio de Lotus, entendendo que se poderia inferir da decisão da corte que haveria uma possibilidade de que o uso de armas nucleares pudesse ser legal em certas circunstâncias:

I have the misfortune to be unable to subscribe to the conclusion so reached by the Court, and the more so for the reason that, when that conclusion is assessed by reference to the received view of the "Lotus" case, the inference could be that the Court is saying that there is a possibility that the use of nuclear weapons could be lawful in certain circumstances and that it is up to States to decide whether that possibility exists in particular circumstances, a result which would give me difficulty. In my respectful view, "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" permitted the Court to answer one way or another.

Já pelo segundo enfoque, os Estados não estão autorizados a exercer a jurisdição a não ser que possam se basear nos princípios da territorialidade, personalidade e universalidade. Serão analisados aqui somente os princípios da territorialidade e da universalidade.

## 1.2 Princípio da territorialidade

O princípio da territorialidade é o princípio segundo o qual os tribunais do local onde o crime é cometido podem exercer jurisdição, não constituindo mais do que uma aplicação da territorialidade essencial da soberania, ou seja, o conjunto de competências jurídicas que um Estado possui. Em caso de crime, esse princípio teria várias vantagens práticas, incluindo a

---

<sup>9</sup> *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, ICJ reports 1996.



conveniência do Estado do foro e o presumido envolvimento dos interesses do Estado onde o crime foi cometido.<sup>10</sup>

Assim, pode-se concluir que há uma presunção contra a extraterritorialidade a qual é excepcional e depende das obrigações internacionais feitas pelo Estado do foro.

Nesse sentido, o caso *Bankovic*<sup>11</sup>, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, segundo a qual o art.1º da Convenção Européia de Direitos Humanos teria adotado o princípio da territorialidade, sendo a extraterritorialidade excepcional:

As to the "ordinary meaning" of the term jurisdiction in Article 1 of the Convention, the Court was satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State was primarily territorial. While international law did not exclude a State's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) were, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States. The Court considered that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case.

(...)

The Court also observed that it had recognised only exceptionally extra-territorial acts as constituting an exercise of jurisdiction, when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercised all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.

No mesmo diapasão, citando o caso *Bankovic*, o caso *Al-Skeini*<sup>12</sup>, julgado pela Câmara dos Lordes, a qual também entendeu que o art. 1º da mencionada convenção adotara o princípio da territorialidade:

Article 1 reflects an "essentially territorial notion of jurisdiction" (a phrase repeated several times in the Court's judgment), "other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case" (para 61). The Convention operates, subject to article 56, "in an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the contracting states" (para 80) (ie within the area of the Council of Europe countries).

<sup>10</sup> BROWNIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.321.

<sup>11</sup> *Bankovic v. Belgium and member States of Nato*, ECRH, application n° 52207/09, 19/12/2001.

<sup>12</sup> *Al-Skeini and others v. secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26.

(...)

(4) The circumstances in which the Court has exceptionally recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by a state include:

(i) Where the state “through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by [the government of that territory]” (para 71) (ie when otherwise there would be a vacuum within a Council of Europe country, the government of that country itself being unable “to fulfil the obligations it had undertaken under the Convention” (para 80) (as in Northern Cyprus).

(ii) “Cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that state [where] customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction” (para 73).

(iii) Certain other cases where a state’s responsibility “could, in principle, be engaged because of acts ... which produced effects or were performed outside their own territory” (para 69). *Drozdz v France* (1992) 14 EHRR 745 (at para 91) is the only authority specifically referred to in *Bankovic* as exemplifying this class of exception to the general rule. *Drozdz*, however, contemplated no more than that, if a French judge exercised jurisdiction extra-territorially in Andorra in his capacity as a French judge, then anyone complaining of a violation of his Convention rights by that judge would be regarded as being within France’s jurisdiction.

(iv) The *Soering v United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439 line of cases, the Court pointed out, involves action by the state whilst the person concerned is “on its territory, clearly within its jurisdiction” (para 68) and not, therefore, the exercise of the state’s jurisdiction abroad.

There is, on the face of it, nothing in *Bankovic* which gives the least support to the appellants’ arguments.

### 1.3 Princípio da jurisdição universal

O princípio principal em matéria criminal é o princípio da territorialidade. Em alguns casos, todavia, aplica-se a extraterritorialidade da lei penal com base na nacionalidade do agente ou da vítima ou a jurisdição universal, quando haja o interesse da comunidade internacional como um todo de coibir certos crimes.

Quanto ao princípio da universalidade, há três versões doutrinárias dele<sup>13</sup>:

- a) Princípio da universalidade geral cooperativa;
- b) Princípio da universalidade limitada cooperativa e
- c) Princípio da universalidade limitada unilateral.

<sup>13</sup> REYDAMS, Luc. *Universal jurisdiction: international and municipal legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.28.

### 1.3.1 Princípio da universalidade geral cooperativa

De acordo com esse princípio, ele é aplicado a qualquer violação séria, não havendo distinção entre crimes internacionais e crimes comuns domésticos, daí o termo geral.

Já o termo cooperativo significa o contexto em que a jurisdição é exercida, quando o juiz do local da prisão intervém para evitar um impasse no caso de impossibilidade de extradição de um suspeito foragido.

Nesse sentido, o Instituto de Direito Internacional, em uma sessão em Munique em 1883 adotou uma resolução que dispõe:

Artigo 10. todo Estado cristão (ou que reconheça os princípios legais de Estados cristãos), o qual tenha custódia sobre um ofensor pode julgá-lo e puni-lo quando, apesar de evidência *prima facie* de um crime sério e de culpabilidade, o *locus delicti* não pode ser determinado ou quando a extradição do culpado, mesmo para o seu Estado natal, não é admitida ou é considerada perigosa.

O instituto considerou claramente a competência do *judex deprehensionis* como complementar e subsidiária à jurisdição do Estado territorial e do Estado da nacionalidade do ofensor. Somente quando a extradição é impossível, quando o Estado territorial não é civilizado ou está em estado de revolução, a acusação poderia ser realizada no Estado de custódia. A competência subsidiária aplica-se a todas as ofensas passíveis de extradição, isto é, ofensas de certa gravidade que são puníveis tanto no Estado territorial quanto no de custódia.<sup>14</sup>

### 1.3.2 Princípio da universalidade cooperativa limitada

O princípio da universalidade cooperativa limitada difere da anterior na medida em que ele se aplica somente a ofensas internacionais. Ofensas domésticas, ainda que graves, são, portanto, excluídas. As suas origens datam da época de Grócio e de Vattel.

---

<sup>14</sup> REYDAMS, Luc. *Universal jurisdiction: international and municipal legal perspectives*, *op. cit.*, p.30.

Grócio entendia que os crimes comuns deveriam ser deixados para ser punidos por seus próprios Estados, mas defendia a jurisdição universal sobre *delicta juris gentium*:

desde o estabelecimento dos Estados, convencionou-se, é verdade, que os delitos dos privados relativos propriamente ao corpo do qual são membros seriam entregues a esses próprios Estados e a seus chefes para serem, segundo a sua vontade, punidos ou dissimulados.<sup>15</sup>

Deve-se saber também que os reis e aqueles que têm um poder igual ao dos reis têm o direito de infligir penas não somente por injúrias cometidas contra eles ou seus súditos, mas também por aquelas que não os tocam particularmente e que violam em excesso o direito de natureza ou das gentes a respeito de quem quer que seja.<sup>16</sup>

Como os Estados não têm o costume de permitir que outro Estado avance em armas para dentro de suas fronteiras para exercer o direito de punir e que isso não é conveniente, segue-se que o Estado junto ao qual vive aquele que foi convencido de sua falta deve fazer uma dessas duas coisas: se requerido, ele próprio punir o culpado segundo merece ou remetê-lo incondicionalmente ao requerente.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Vattel:

Em princípio, a justiça de cada Estado deve limitar-se a punir os crimes cometidos no respectivo território. Mas devem excetar-se dessa regra os celerados que, pela natureza e freqüência habitual dos crimes que praticam, violam toda a segurança pública e se declaram inimigos do gênero humano. Os envenenadores, os assassinos, os incendiários profissionais, podem ser exterminados onde quer que sejam detidos, pois eles atacam e ultrajam as Nações ao derrubar os fundamentos da segurança comum das mesmas. Assim, ocorre também com os piratas. Se o soberano de um país onde os crimes dessa natureza foram cometidos requer o direito de punir os autores dos mesmos, esse soberano deve ser atendido por ser ele o principal interessado em puni-los exemplarmente e, como é conveniente, que os culpados sejam condenados após o julgamento com todas as formalidades devidas. Eis aí uma segunda razão pela qual criminosos dessa classe sejam entregues aos Estados que foram o teatro dos delitos que cometeram.<sup>18</sup>

### 1.3.3 Princípio da universalidade limitada unilateral

O princípio da universalidade limitada unilateral não exige nenhum vínculo com o Estado do foro. O único critério seria o caráter internacional da ofensa. Dessa forma, a

<sup>15</sup> GRÓCIO. Hugo. *O direito da Guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. 2. Ed., volume 2, Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, livro II, capítulo XXI, III, 1.

<sup>16</sup> GRÓCIO. Hugo. *O direito da Guerra e da paz, op. cit.*, livro II, capítulo XX, XL, 1.

<sup>17</sup> GRÓCIO. Hugo. *O direito da Guerra e da paz, op. cit.*, livro II, capítulo XXI, IV, 1.

<sup>18</sup> VATTEL, Emer. *O direito das gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: instituto de pesquisa de relações internacionais, 2004, livro I, capítulo XIX, parágrafo 233.

jurisdição universal possibilita a qualquer Estado ter jurisdição sobre uma categoria limitada de ofensas geralmente reconhecidas como de preocupação universal, sem levar em conta o lugar da ofensa e a nacionalidade do ofensor e do ofendido.

O *Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States*<sup>19</sup> previu a jurisdição universal no sentido acima mencionado:

§ 404. UNIVERSAL JURISDICTION TO DEFINE AND PUNISH CERTAIN OFFENSES

A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism, even where none of the bases of jurisdiction indicated in § 402 is present.

No mesmo diapasão, o Instituto de Direito Internacional também adotou em 1993 e, posteriormente, em 2005 uma resolução prevendo a jurisdição universal, não levando em consideração o lugar do crime ou a nacionalidade do autor do crime ou da vítima:<sup>20</sup>

1. Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law.
2. Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties, in particular by virtue of clauses which provide that a State party in the territory of which an alleged offender is found shall either extradite or try that person.
3. Unless otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:
  - a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or noninternational armed conflict.
  - b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender.
  - c) Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was

<sup>19</sup> *American Law Institute, Restatement (third) of Foreign Relations*, 1987.

<sup>20</sup> TOMUSCHAT, Christian. Instituto de Direito Internacional, 17ª comissão, Sessão de Cracóvia, 2005.

committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts.

d) Any State having custody over an alleged offender, to the extent that it relies solely on universal jurisdiction, should carefully consider and, as appropriate, grant any extradition request addressed to it by a State having a significant link, such as primarily territoriality or nationality, with the crime, the offender, or the victim, provided such State is clearly able and willing to prosecute the alleged offender.

4. Any State prosecuting an alleged offender on the basis of universal jurisdiction is bound to comply with the generally recognized standards of human rights and international humanitarian law.

5. States should, where appropriate, assist and cooperate with each other in detecting, investigating, gathering evidence, arresting and bringing to trial persons suspected of having committed international crimes, and take adequate measures for that purpose.

6. The above provisions are without prejudice to the immunities established by international law.

#### 1.4 **Aut dedere aut judicare**

Um princípio que se assemelha ao princípio da jurisdição universal, mas que deve ser distinguido dele é o do *aut dedere aut judicare*, previsto em algumas convenções, segundo o qual um Estado deve estabelecer sua jurisdição sobre qualquer ofensor presente em seu território se não extraditá-lo.

A assunção de jurisdição com base em uma cláusula desse tipo não seria necessariamente assunção de jurisdição universal. Os Estados condicionam sua jurisdição somente na presença territorial do agente de acordo com obrigações *aut dedere aut judicare*, as quais são limitadas aos Estados partes, os quais explicitamente autorizam um ao outro a exercer jurisdição sobre crimes cometidos por seus nacionais ou sobre o seu território.

A obrigação *aut dedere aut judicare* é uma cláusula específica convencional relativa a crimes específicos. Dessa forma, os Estados que não são partes na convenção que contenha essa cláusula não estão obrigados a ela a não ser que ela se torne norma de costume internacional.

Diferentemente, a jurisdição universal propicia a qualquer Estado assumir jurisdição sobre um crime. Pode-se dizer, todavia, que uma jurisdição baseada na cláusula *aut dedere*

*aut judicare* pode se tornar jurisdição universal se o crime em questão for violação de *jus cogens*.

### 1.5 Convenções internacionais com a cláusula *aut dedere aut judicare*

A primeira convenção a conter a cláusula *aut dedere aut judicare* teria sido a Convenção Internacional para Supressão de Falsificação de Moeda.<sup>21</sup> Ela prevê em seu artigo 9º:

Foreigners who have committed abroad any offence referred to in article 3, and who are in the territory of a country whose internal legislation recognizes as a general rule the principle of the prosecution of offences committed abroad, should be punishable in the same way as if the offence had been committed in the territory of that country.

The obligation to take proceedings is subject to the condition that extradition has been requested and that the country to which application is made cannot hand over the person accused for some reason which has no connection with the offence.

Em seguida, surgiu a Convenção para a Supressão de Tráfico Ilícito de Drogas Perigosas<sup>22</sup>, a qual consigna em seu art.8º:

Foreigners who are in the territory of a High Contracting Party and who have committed abroad any of the offences set out in article 2 shall be prosecuted and punished as though the offence had been committed in that territory if the following conditions are realized – namely, that:

- a) Extradition has been requested and could not be granted for a reason independent of the offence itself;
- b) The law of the country of refuge considers prosecution for offences committed abroad by foreigners admissible as a general rule.

Posteriormente, veio à lume a Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo<sup>23</sup>, a qual disciplinou em seu art. 10:

Foreigners who are on the territory of a High Contracting Party and who have committed abroad any of the offences set out in article 2 and 3 shall be prosecuted and punished as though the offence had been committed in the territory of that High Contracting Party, if the following conditions are fulfilled – namely, that:

<sup>21</sup> Genebra, 20 de abril de 1929, Liga das Nações, 112 LNTS 371.

<sup>22</sup> Genebra, 26 de junho de 1936, Liga das Nações, 198 LNTS 299.

<sup>23</sup> Genebra, 16 de novembro de 1937, Liga das Nações, doc. C.546(I).M.383.1937.V. Essa convenção nunca entrou em vigor.

- a) Extradition has been demanded and could not be granted for a reason not connected with the offence itself;
- b) The law of the country or refuge recognizes the jurisdiction of its own courts in respect of offences committed abroad by foreigners;
- c) The foreigner is a national of a country which recognizes the jurisdiction of its own courts in respect of offences committed abroad by foreigners.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio<sup>24</sup> foi a primeira convenção de direitos humanos adotada pela ONU.

O seu art.6 prevê que:

Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

Com relação à essa convenção, há divergência se ela teria adotado ou não a jurisdição universal. Dessa forma, o juiz Kreca, no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*<sup>25</sup>, entendeu que a convenção optou pelo princípio da territorialidade. Já o juiz Lauterpacht, no mesmo caso, adotou uma visão totalmente oposta, defendendo que o art.1º dispõe que o genocídio é um crime sob o direito internacional, cuja finalidade seria permitir às partes, dentro da legislação doméstica que elas adotam, assumir jurisdição universal sobre o crime de genocídio.

Posteriormente, surgiram as quatro Convenções de Genebra de 1949<sup>26</sup> suplementadas em 1977 por dois protocolos adicionais.<sup>27</sup> As convenções e o protocolo adicional I aplicam-se em conflito internacional armado. Por outro lado, o protocolo II aplica-se às vítimas de conflitos armados não-internacionais. Uma cláusula sobre jurisdição, comum às convenções<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Nova Iorque, 9 de dezembro de 1948, ONU, 78 UNTS 277.

<sup>25</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ reports, 1993, 325.

<sup>26</sup> Genebra, 12 de agosto de 1949, ONU, 75 UNTS 970, 75 UNTS 971, 75 UNTS 972, 75 UNTS 973.

<sup>27</sup> Protocolo adicional relativo às Convenções de Genebra de 1949 e à proteção de vítimas de conflitos internacionais armados, 8 de junho de 1977, 1125 UNTS e protocolo adicional relativo às Convenções de Genebra de 1949 e relativo à proteção de vítimas de conflitos armados não-internacionais, 8 de junho de 1977, 1125 UNTS 17513.

<sup>28</sup> Artigos 49, 50, 129 e 146 das Convenções de Genebra I, II, III,IV, respectivamente.



e ao protocolo adicional I<sup>29</sup>, dispõe que os Estados-partes devem julgar as pessoas violadoras dessas convenções ou entregá-las para julgamento por outro Estado-parte:

The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Each High Contracting Party shall be under an obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a prima facie case.

Outrossim, a Convenção para a Supressão e Punição do *Apartheid*<sup>30</sup> previu no seu art.5º que as pessoas acusadas de terem cometido esse crime devem ser julgadas por um tribunal de qualquer Estado-parte ou por um tribunal internacional:

Persons charged with the acts enumerated in article II of the present Convention may be tried by a competent tribunal of any State Party to the convention which may acquire jurisdiction over the person of the accused or by an international penal tribunal having jurisdiction with respect to those States Parties which shall have accepted its jurisdiction.

Também a Convenção para a Supressão de Tomada Ilegal de Aeronave<sup>31</sup>, a qual prevê que, se o Estado-parte não extraditar o acusado, deve julgá-lo:

Article 4  
Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence and any other act of violence against passengers or crew committed by the alleged offender in connection with the offence, in the following cases:  
when the offence is committed on board an aircraft registered in that State;  
when the aircraft on board which the offence is committed lands in its territory with the alleged offender still on board;  
when the offence is committed on board an aircraft leased without crew to a lessee who has his principal place of business or, if the lessee has no such place of business, his permanent residence, in that State.  
Each Contracting State shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him pursuant to Article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this Article.

<sup>29</sup> Artigo 85 (1).

<sup>30</sup> Nova Iorque, 30 de novembro 1973, ONU, 1015 UNTS 243.

<sup>31</sup> A Haia, 16 de novembro de 1970, ONU, 860 UNTS 105.

This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

#### Article 7

The Contracting State in the territory of which the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State.

Por fim, na Convenção contra a tortura da ONU<sup>32</sup>, no mesmo sentido da convenção anterior:

#### Article 5

Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases:

When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

When the alleged offender is a national of that State;

When the victim was a national of that State if that State considers it appropriate.

Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in Paragraph 1 of this article.

This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.

#### Article 7

The State Party in territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found, shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1.

Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings.

#### Article 8

The offences referred to in article 4 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them.

If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of such offenses. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.

<sup>32</sup> Nova Iorque, 10 de dezembro de 1984, ONU, 1465 UNTS 85.

States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested state.

Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 5, paragraph 1.

## 1.6 Resoluções que tratam da jurisdição universal

A Assembléia Geral da ONU adotou em 1973 os Princípios de Cooperação Internacional na Detecção, Prisão, Extradicação e Punição de Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra e de Crimes Contra a Humanidade, dando preferência ao princípio da territorialidade, mas não excluindo a jurisdição de outros Estados.<sup>33</sup>

1. War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment.

2. Every State has the right to try its own nationals for war crimes against humanity.

3. States shall co-operate with each other on a bilateral and multilateral basis with a view to halting and preventing war crimes and crimes against humanity, and shall take the domestic and international measures necessary for that purpose.

4. States shall assist each other in detecting, arresting and bringing to trial persons suspected of having committed such crimes and, if they are found guilty, in punishing them.

**5. Persons against whom there is evidence that they have committed war crimes and crimes against humanity shall be subject to trial and, if found guilty, to punishment, as a general rule in the countries in which they committed those crimes.** In that connection, States shall co-operate on questions of extraditing such persons.

(...)

7. In accordance with article 1 of the Declaration on Territorial Asylum of 14 December 1967, States shall not grant asylum to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity.

Posteriormente, no caso da guerra de Ruanda, o Conselho de Segurança da ONU editou a resolução 978 (1995)<sup>34</sup>, a qual determina que os Estados prendam pessoas que se encontrem em seu território e que estejam sendo processadas pelo Tribunal Internacional para Ruanda ou pelos seus próprios tribunais nacionais:

<sup>33</sup> GA Res 3074 (XXVIII) de 03 de dezembro de 1973, UN Doc A/9030/Add. 1 (1973).

<sup>34</sup> Nações Unidas, 27 de fevereiro de 1995, S/RES/978 (1995).

The Security Council,

(...)

1. Urges States to arrest and detain, in accordance with their national law and relevant standards of international law, pending prosecution by the International Tribunal for Rwanda or **by the appropriate national authorities, persons found within their territory against whom there is sufficient evidence that they were responsible for acts within the jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda;**

(...)

5. Urges States, on whose territory serious acts of violence in the refugee camps have taken place, to arrest and detain, in accordance with their national law and relevant standards of international law, and submit to the appropriate authorities for the purpose of prosecution persons against whom there is sufficient evidence that they have incited or participated in such acts and further urges the States concerned to keep the Secretary-General informed of the measures they have taken to this effect;

Outrossim, quando da prisão de Pinochet, algumas resoluções foram adotadas, como a da subcomissão da ONU sobre promoção e proteção dos direitos humanos, a qual exortou a utilização do princípio da jurisdição universal :

Guided by the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Human Rights and other relevant human rights instruments, as well as the Vienna Declaration and Programme of Action, especially Part II, paragraph 91,

Recalling Commission on Human Rights resolution 2000/68 of 26 April 2000 on impunity, in which the Commission, recognizing the importance of combating impunity for all human rights violations that constitute crimes, expressed its conviction that the practice and expectation of impunity encouraged violations of human rights while bringing perpetrators and their accomplices to account, obtaining justice for their victims and restoring their dignity through acknowledgement and commemoration of their suffering were integral to the promotion and implementation of human rights,

Recalling also the principle of universal jurisdiction for crimes against humanity and for war crimes as recognized in international law and practice,

Conscious that, for all perpetrators of such violations, including former heads of State or Government, having to account for their actions constitutes one of the essential elements in preventing, by example, the repetition of such violations by their successors,

Noting with interest, in this respect, that recent initiatives taken by victims in bringing legal actions in the framework of extraterritorial competence as provided for by national legislation - with due respect to the right to a fair trial - have interrupted the process of impunity from which General Augusto Pinochet benefited, notwithstanding the many serious, detailed and similar allegations raising issues as to his responsibility as head of State collected by pertinent human rights treaty bodies, as well as by special rapporteurs and working groups of the Commission on Human Rights,

Recalling the obligation of States parties to respect and to ensure respect for humanitarian law under the Geneva Conventions, of 12 August 1949, an obligation explicitly provided for in common article 1 thereof,

1. Invites all Governments to cooperate in a reciprocal manner even when there is no treaty to facilitate the task of legal authorities dealing with proceedings initiated by victims acting either within the framework of the principle of universal competence as recognized in international law or under a domestic law which establishes an extraterritorial legal competence, in particular because of the nationality of the victim or of the perpetrator;

2. Believes that, within the framework of such cooperation, the highest priority should be given, independently of the circumstances in which these violations were committed, to legal proceedings against all individuals responsible for war crimes and crimes against humanity, including former heads of State or Government - whose exile serves as a pretext for their impunity - in order, by example, to prevent future human rights violations.<sup>35</sup>

Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou uma resolução<sup>36</sup>, a qual dispõe que se um Estado não concede a extradição da pessoa acusada de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, deve julgá-la:

On celebrating the 55<sup>th</sup> anniversary of promulgation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the Universal Declaration of Human Rights, and in light of developments in the area of the international responsibility of individuals, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) considers it necessary to recall that crimes against international law, such as genocide, crimes against humanity, and war crimes, represent very serious offenses to human dignity and a flagrant denial of the fundamental principles enshrined in the Charters of the Organization of American States and the United Nations, and thus must not remain in impunity.

The mission of the IACHR, as a principal organ of the OAS, is to promote respect for and the defense of human rights in the hemisphere. In this regard, it considers that one of the most important advances in contemporary international law is the establishment and consolidation of the international criminal responsibility of individuals, which, together with the principles of international and universal jurisdiction, and the many rules and types of jurisdiction of states that have been established to judge these types of crimes, contribute considerably to strengthening protection of human rights, and, even more significantly, to consolidating the rule of law and the fundamental freedoms of human beings in the world community.

In accordance with human rights treaties, states must respect and ensure the human rights of all persons under their jurisdiction. They are therefore obligated to investigate and punish any violation of these rights, especially when such violations also constitute crimes against international law. The IACHR notes that to ensure that these crimes do not go unpunished, both conventional and customary

<sup>35</sup> UN Sub-Commission on Human Rights, resolution 2000/24, Role of universal or extraterritorial competence in preventive action against impunity.

<sup>36</sup> Interamerican Commission on Human Rights, resolution n° 1/03 on trial for international crimes.

international law establish that states may avail themselves of different rules and types of jurisdiction in bringing such cases to trial.

On this point, the so-called Nuremberg Principles adopted by the United Nations General Assembly in 1946, the creation of *ad hoc* international criminal courts for the former Yugoslavia and Rwanda, in 1993 and 1994, and the adoption of the Statute of the International Criminal Court and its entry into force on July 1, 2002 as a permanent court, establish an international jurisdiction to judge individuals responsible for committing these serious crimes.

Moreover, developments in international law, in addition to important developments in the jurisprudence of various states, have made it possible to consolidate a universal jurisdiction and multiple jurisdictional bases for the purpose of prosecuting serious crimes under international law. Universal jurisdiction empowers states to establish their jurisdiction with a view to prosecuting, bringing to trial, and punishing persons considered responsible for committing serious crimes against international law. This universal jurisdiction is reflected in instruments such as the 1949 Geneva Conventions. In addition, a series of regional and international legal instruments provide for multiple jurisdictional bases for judging international crimes. These include the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and the Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, within the OAS system, and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane, or Degrading Punishment or Treatment, and the International Convention against Taking Hostages, within the purview of the United Nations. These treaties require states to take steps to judge these crimes in their jurisdiction, or to extradite the accused persons for prosecution. Moreover, the consensus of states has extended this concept to include other international offenses, such as in the case of the Inter-American Convention Against Corruption.

In view of the gravity of these international crimes and the obligation to investigate, prosecute, punish, and make reparations, states should cooperate to ensure that the perpetrators of these crimes do not remain unpunished.

In carrying out this duty, states should consider that even when international crimes are so serious that they affect the entire international community, they primarily have an impact on the state in whose jurisdiction they occur, and especially on the people living in that state. Consequently, the principle of territoriality must prevail in the case of a jurisdictional conflict, provided that there are adequate, effective remedies in that state to prosecute such crimes and guarantee the application of rules of due process for the alleged perpetrators, and that there is an effective will to bring them to justice.

By virtue of the foregoing, and taking into account its recommendations on universal jurisdiction and the International Criminal Court in 1998, and on political asylum and its relationship to international crimes in 2000, as well as the recent General Assembly resolutions AG/RES. 1929 (XXXIII-O/03), AG/RES. 1900 (XXXII-O/02), AG/RES. 1771 (XXXI-O/01), AG/RES. 1770 (XXXI-O/01), AG/RES. 1706 (XXX-O/00) and AG/RES. 1619 (XXIX-O/99), the Inter-American Commission, exercising the powers stipulated in Article 41(b) of the American Convention on Human Rights, and in Article 18(b) of its Statute, resolves to:

1. URGE states to adopt the legislative and other measures needed to ensure punishment for international crimes such as genocide, crimes against humanity and war crimes.
2. URGE states to combat impunity in the case of international crimes by invoking and exercising their jurisdiction over such crimes on the basis of the different types of existing jurisdiction.

3. URGE states to take the necessary steps to consider these international crimes as offenses giving rise to extradition and either to grant the extradition of any person accused of having committed an international crime or proceed to bring that person to justice.
4. URGE states to cooperate in the fundamental task of preventing, punishing, providing reparations for, and abolishing these international crimes. To this end, in the event that two or more states invoke their jurisdiction to try persons accused of committing international crimes, they should give preference to the state whose jurisdiction is best suited for judging such crimes.
5. INDICATE that the principle of territoriality should prevail over that of nationality in the event that the state where the international crimes occurred wishes to bring them to justice, and that it offers due guarantees of a fair trial to the alleged perpetrators.
6. INDICATE that when a state does not grant extradition, it will submit the case to its competent authorities as if the crime had been committed within its jurisdiction, for the purposes of investigating, trying, and, where appropriate, punishing the perpetrators. The decision adopted by those authorities should be reported to the state that requested extradition.
7. URGE states that have not yet done so to ratify the various regional and international instruments on the subject, such as the Statute of the International Criminal Court.

No Brasil, o artigo 7º do Código Penal regulou alguns casos de extraterritorialidade, incondicionada ou condicionada aos requisitos do parágrafo 2º. Assim, aplica-se o princípio da jurisdição universal na hipótese de genocídio, conforme o artigo 7º, I, “d” e também no caso de crimes que por tratado ou convenção o Brasil se obrigou a reprimir, consoante o artigo 7º, II, “a”, tais como tortura.

### **1.7 Jurisdição em matéria civil**

Na esfera civil, utiliza-se a expressão competência internacional para delimitar a jurisdição de um Estado. Essa terminologia, contudo, é equívoca. A competência é repartição interna da jurisdição, quando não há órgão supra-estatal regulamentador da competência internacional dos Estados.

A terminologia seria correta, no entanto, no caso da União Européia, a qual prevê no regulamento 44/2001 regras específicas de repartição de competências e em alguns tratados,

nos quais por consenso, os Estados-membros dispõem sobre regras repartidoras de competência internacional na matéria que regulamentam, como no caso da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar<sup>37</sup>, nos artigos 8º a 10. O código de processo civil brasileiro, entretanto, usa a terminologia competência internacional para delimitar a jurisdição dos tribunais brasileiros como será visto adiante.

### 1.7.1 Normas delimitadoras da competência civil internacional da justiça brasileira

A competência internacional da justiça brasileira está hoje delimitada pelos arts. 88 e 89 do CPC:

#### DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Entre esses dois grupos existe uma diferença enorme: nas hipóteses do artigo 88 há competência concorrente, admitindo-se que a justiça de outro Estado seja também competente para julgar a causa.

Já nos casos do artigo 89, a competência é exclusiva da justiça brasileira. Essa distinção é importante porque nos casos de competência exclusiva não se admite a homologação de sentença estrangeira que tenha julgado as matérias previstas nesse artigo.

Cumprir observar que a enumeração prevista nos artigos 88 e 89 não é exaustiva, podendo haver outras hipóteses de competência da justiça brasileira como nos casos de jurisdição voluntária, como no exemplo da separação consensual dos cônjuges. Nessas

<sup>37</sup> OEA, Montevideu, 1989, Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar.



hipóteses, havendo lacunas na lei, devem elas ser supridas pela aplicação das regras de competência interna: as normas que dispõem sobre a competência interna da justiça brasileira servem também para fixar a competência internacional.<sup>38</sup>

Deve-se ter cuidado, entretanto, para não se transplantar as hipóteses previstas no capítulo referente à competência interna para a competência internacional, pois o Código de Processo Civil Brasileiro tratou da matéria em capítulos diversos: um sobre competência internacional e outro sobre competência interna.

Dessa forma, o artigo 94, §3º do referido estatuto não deve ser interpretado autorizando a justiça brasileira a conhecer de ação proposta por autor domiciliado no Brasil, quando este for o único fator de conexão com o país. Esse artigo, ao contrário, deve ser interpretado em consonância com o artigo 88: se no Brasil tinha de ser cumprida a obrigação ou se a ação se origina de ato ou fato ocorrido no país e o réu não for domiciliado no Brasil, a demanda deve ser ajuizada no foro do domicílio do autor.<sup>39</sup>

#### 1.7.2 A derrogação da jurisdição brasileira: o princípio da efetividade

Não há, em tese, qualquer limite ao exercício do poder jurisdicional dos Estados. Assim, em virtude do princípio da *plenitudo jurisdictionis*, decorrente da soberania estatal, o poder/dever de conceder a prestação jurisdicional nos limites de seu território seria pleno e ilimitado.

Outro princípio decorrente da *plenitudo jurisdictionis* é o da unilateralidade da norma delimitadora da jurisdição estatal, segundo o qual se nega à mesma regra que afirma ou afasta a competência internacional do Estado o valor atributivo, por si só, de competência internacional de outro Estado. Assim, quando em razão do não enquadramento de uma lide

---

<sup>38</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*. In: revista de processo nº65. No mesmo sentido, Valladão, Haroldo. *Direito internacional privado*, v.III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p.132-133.

<sup>39</sup> TIBURCIO, Carmen. *Atualidades e comentário à jurisprudência*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.456.

nas hipóteses previstas em sua norma interna fica excluída a jurisdição do Estado acionado, aquela mesma norma não servirá para remeter o julgamento à jurisdição de outro Estado, sob pena de afronta à soberania estrangeira.<sup>40</sup>

Não havendo uma ordem jurídica supranacional capaz de centralizar decisões e impor eficazmente limitações ao poder de cada um dos Estados, é cada um destes que estabelece os limites de sua competência internacional. As normas disciplinadoras da competência internacional seriam aquelas que estabelecem as condições necessárias ou suficientes para o exercício da função jurisdicional pelos tribunais do país nos litígios que comportam um elemento estrangeiro.

No mesmo sentido Gaetano Morelli:<sup>41</sup>

Pero en realidad, las cosas no son así, pues el Estado, bien en consideración a la existencia de Estados extranjeros que ejercen también ellos la jurisdicción, bien en ejercicio de obligaciones internacionales, bien simplemente en consideración a su propio interés, que lo induce a abstenerse de ejercer una actividad concreta en orden a la composición de conflictos extraños a la vida social del Estado, limita su jurisdicción, determinando, en virtud de ciertos criterios, las litis respecto de las cuales se la puede ejercitar. Las normas que cumplen con este cometido se designan comúnmente bajo el nombre de normas sobre la competencia internacional o jurisdiccional.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o exercício da jurisdição por um determinado país encontra limites no princípio da efetividade: o juiz brasileiro somente atuará relativamente às demandas vinculadas a algum outro país se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer cumprir sua sentença.<sup>42</sup>

Assim, por força do princípio da efetividade, segundo Botelho de Mesquita, excluem-se da competência internacional do Estado três espécies de causas<sup>43</sup>:

---

<sup>40</sup> JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.25.

<sup>41</sup> MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1953, p.86.

<sup>42</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.75.

<sup>43</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. In: revista de processo, nº 50, p.59-60.

- a) as que demandem a aplicação do direito estrangeiro e não sejam passíveis de execução no território nacional;
- b) as que exigem a aplicação do direito nacional, mas a sentença prolatada não possa ser homologada no país onde deva ser executada;
- c) as execuções sobre bens situados fora do território nacional ou referentes a obrigações de cujo título não conste o Brasil como lugar de cumprimento da obrigação.

Analisando as três situações, no caso da primeira, a questão do direito aplicável não teria grande importância, uma vez que o juiz nacional deve aplicar o direito indicado pela lei brasileira de direito internacional privado. Caso esta indique um direito estrangeiro, o juiz o aplicará como direito nacionalizado e não como direito estrangeiro.<sup>44</sup>

Da mesma forma, a execução judicial de um título que não aponte o Brasil como lugar de cumprimento não parece ser razão por si só suficiente para afastar a competência da justiça brasileira de acordo com um dos elementos de conexão previstos em lei. Daí resultará mais a discussão quanto à eficácia do título e do rito processual a que se submeterá a cobrança em função do art.585, §2º do CPC do que quanto à jurisdição propriamente dita, a qual surgirá se presente um dos elementos do art.88 do CPC.<sup>45</sup>

O grande ponto a ser ressaltado e que está ligado ao princípio da efetividade consiste na possibilidade de o provimento a ser proferido pelo órgão jurisdicional nacional estar de algum modo apto a gerar efeitos no mundo dos fatos pelo seu reconhecimento por um ordenamento estrangeiro.

Não caracterizada essa situação, o juiz nacional poderia desincumbir-se de julgar uma lide, mesmo que firmada legalmente sua jurisdição.

---

<sup>44</sup> MARQUES, Sérgio André Laclau Sarmiento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.180.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.180.

Nesse sentido, pode-se mencionar uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>46</sup>, a qual, com base no princípio da efetividade, afastou a jurisdição brasileira para o julgamento de ação de alimentos cumulada com investigação de paternidade proposta no Brasil por alimentando aqui domiciliado em face de réu domiciliado na França, uma vez que não se poderia impor ao réu domiciliado no exterior as regras processuais, especialmente as perícias para a determinação da paternidade.

A questão da efetividade, todavia, deve ser enfrentada com certas reservas. A eficácia da decisão proferida decorre de um juízo de valor feito à época da propositura da ação e não de sua execução forçada a ser futuramente buscada.

Sucedo que seria perfeitamente possível que, entre aquele e este momento, ocorram mudanças de fato, as quais ao tempo da execução tornem a mesma materialmente possível, sem contar com o próprio elemento de coerção psicológica e social contido na sentença de mérito que não raro motiva seu cumprimento espontâneo ou acordo pelo réu.

Assim, existe um acórdão do STF<sup>47</sup>, no qual se entendeu que o princípio da efetividade não estaria em causa e que não se demonstrou a impossibilidade de execução de sentença da justiça brasileira, até porque a parte contrária insiste na existência de créditos que possam ser penhorados ou arrestados aqui no Brasil. De qualquer forma, entendeu-se que no máximo poderia haver uma execução frustrada se fosse vencedora a autora, o que não afastaria a competência da justiça brasileira.

### 1.7.3 O forum non conveniens

Nos países de *common law*, um sistema de derrogação da jurisdição foi desenvolvido, conhecido como *forum non conveniens*, que seria um poder discricionário conferido a um

---

<sup>46</sup> Apelação cível nº 225.639-1, relator Des. Alfredo Migliore, 04.04,1995.

<sup>47</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 90.270-SP.

tribunal para declinar de sua jurisdição em função de que o foro apropriado para o julgamento estaria no exterior.

Sua grande expansão deve-se à jurisprudência americana a partir do caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*<sup>48</sup> e posteriormente em 1981 com o caso *Piper Aircraft v. Reyno*.<sup>49</sup>

No direito comparado, o código civil de Québec prevê no seu art. 3135:

Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

Outrossim, o código de processo civil holandês dispõe no seu art. 429 c:

A court has no jurisdiction if the petition is insufficiently connected with the legal sphere of The Netherlands.

Esse artigo, todavia, não estabeleceria propriamente o *forum non conveniens* do sistema de *common law*. Na realidade, essa norma não tem como objetivo determinar qual o foro mais apropriado, mas, sim, verificar se o foro holandês seria ou não adequado.

Assim, uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 429 c do código de processo civil holandês prova que a existência de uma conexão razoável do litígio com o foro seria condição para a própria fixação da jurisdição.<sup>50</sup>

A doutrina do *forum non conveniens* não é uma regra de fixação da jurisdição, mas de sua correção.

No Brasil, o mais próximo dessa doutrina seria o princípio da efetividade.<sup>51</sup> A efetividade, no entanto, está relacionada a um momento posterior, ou seja, aos efeitos da

<sup>48</sup> 330 US 501 (1947).

<sup>49</sup> 454 US 235 (1981).

<sup>50</sup> MARQUES, Sérgio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*, op. cit., p.203.

decisão. Ademais, essa doutrina apresenta pressupostos bem mais amplos do que uma simples verificação da efetividade da decisão.<sup>52</sup>

#### 1.7.4 Jurisdição civil universal

O direito internacional moderno tem como valor fundamental a condenação e a compensação em função de certas categorias de conduta, tais como genocídio, tortura e certos crimes contra a humanidade. Assim, uma vez que a jurisdição universal seria um meio para reforçar a responsabilidade pelas violações mais sérias do direito internacional, costuma-se vinculá-la às normas de *jus cogens* e às obrigações *erga omnes*.

Dessa maneira, com relação à jurisdição civil universal, vai ser analisado primeiramente o *Alien Tort Statute* de 1789 dos Estados Unidos, o qual proporciona aos tribunais federais jurisdição sobre qualquer ação de responsabilidade civil em face de ato cometido em violação à lei das nações ou um tratado dos Estados Unidos.

Essa lei foi utilizada no caso *Filartiga*<sup>53</sup>, segundo o qual a tortura cometida por uma pessoa com autoridade de funcionário público seria uma violação do direito costumeiro, o que atrairia a jurisdição das cortes sobre uma ação civil proposta por um estrangeiro no caso de violação da lei das nações:

The international consensus surrounding torture has found expression in numerous international treaties and accords. E. g., American Convention on Human Rights, Art. 5, OAS Treaty Series No. 36 at 1, OAS Off. Rec. OEA/Ser 4 v/II 23, doc. 21, rev. 2 (English ed., 1975) ("No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading punishment or treatment"); International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. General Assembly Res. 2200 (XXI)A, U.N. Doc. A/6316 (Dec. 16, 1966) (identical language); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art. 3, Council of Europe, European Treaty Series No. 5 (1968), 213 U.N.T.S. 211 (semble). The substance of these international agreements is reflected in modern municipal i. e. national law as well. (...)

Appellee submits that even if the tort alleged is a violation of modern international law, federal jurisdiction may not be exercised consistent with the dictates of Article

<sup>51</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*, op.cit.p.145.

<sup>52</sup> No direito inglês, a Câmara dos Lordes estabeleceu princípios básicos que devem orientar o *forum non conveniens* no caso *Spiliada Maritime Corp. v. Consulex Ltd* (1987 AC 460).

<sup>53</sup> *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d.

III of the Constitution. The claim is without merit. Common law courts of general jurisdiction regularly adjudicate transitory tort claims between individuals over whom they exercise personal jurisdiction, wherever the tort occurred. Moreover, as part of an articulated scheme of federal control over external affairs, Congress provided, in the first Judiciary Act, § 9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789), for federal jurisdiction over suits by aliens where principles of international law are in issue. The constitutional basis for the Alien Tort Statute is the law of nations, which has always been part of the federal common law.

(...)

In the twentieth century the international community has come to recognize the common danger posed by the flagrant disregard of basic human rights and particularly the right to be free of torture. Spurred first by the Great War, and then the Second, civilized nations have banded together to prescribe acceptable norms of international behavior. From the ashes of the Second World War arose the United Nations Organization, amid hopes that an era of peace and cooperation had at last begun. Though many of these aspirations have remained elusive goals, that circumstance cannot diminish the true progress that has been made. In the modern age, humanitarian and practical considerations have combined to lead the nations of the world to recognize that respect for fundamental human rights is in their individual and collective interest. Among the rights universally proclaimed by all nations, as we have noted, is the right to be free of physical torture. Indeed, for purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him *hostis humani generis*, an enemy of all mankind. Our holding today, giving effect to a jurisdictional provision enacted by our First Congress, is a small but important step in the fulfillment of the ageless dream to free all people from brutal violence.

Posteriormente, no caso *Sosa*<sup>54</sup>, foi reconhecida a jurisdição civil internacional no voto concorrente de Stephen Breyer, segundo o qual a jurisdição civil universal não é mais ameaçadora do que a jurisdição criminal universal e as cortes criminais de muitos Estados<sup>55</sup> combinam procedimentos criminais e civis, permitindo que as vítimas de conduta criminal possam também ajuizar ação de reparação civil decorrente do mesmo fato:

I join *Justice Ginsburg's* concurrence and join the Court's opinion in respect to the Alien Tort Statute (ATS) claim. The Court says that to qualify for recognition under the ATS a norm of international law must have a content as definite as, and an acceptance as widespread as, those that characterized 18th-century international norms prohibiting piracy. *Ante*, at 38. The norm must extend liability to the type of perpetrator (*e.g.*, a private actor) the plaintiff seeks to sue. *Ante*, at 38, n. 20. And Congress can make clear that courts should not recognize any such norm, through a direct or indirect command or by occupying the field. See *ante*, at 37. The Court also suggests that principles of exhaustion might apply, and that courts should give "serious weight" to the Executive Branch's view of the impact on foreign policy that permitting an ATS suit will likely have in a given case or type of case. *Ante*, at 38-39, n. 21. I believe all of these conditions are important.

I would add one further consideration. Since enforcement of an international norm by one nation's courts implies that other nations' courts may do the same, I would ask whether the exercise of jurisdiction under the ATS is consistent with those notions of comity that lead each nation to respect the sovereign rights of other

<sup>54</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004).

<sup>55</sup> Ver o caso do Brasil, arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal.

nations by limiting the reach of its laws and their enforcement. In applying those principles, courts help assure that "the potentially conflicting laws of different nations" will "work together in harmony," a matter of increasing importance in an ever more interdependent world. *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S. A.*, ante, at \_ (slip. op., at 8); cf. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 118 (1804). Such consideration is necessary to ensure that ATS litigation does not undermine the very harmony that it was intended to promote. See ante, 20-23.

These comity concerns normally do not arise (or at least are mitigated) if the conduct in question takes place in the country that provides the cause of action or if that conduct involves that country's own national--where, say, an American assaults a foreign diplomat and the diplomat brings suit in an American court. See Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States §§402(1), (2) (1986) (hereinafter Restatement) (describing traditional bases of territorial and nationality jurisdiction). They do arise, however, when foreign persons injured abroad bring suit in the United States under the ATS, asking the courts to recognize a claim that a certain kind of foreign conduct violates an international norm.

Since different courts in different nations will not necessarily apply even similar substantive laws similarly, workable harmony, in practice, depends upon more than substantive uniformity among the laws of those nations. That is to say, substantive uniformity does not *automatically* mean that universal jurisdiction is appropriate. Thus, in the 18th century, nations reached consensus not only on the substantive principle that acts of piracy were universally wrong but also on the jurisdictional principle that any nation that found a pirate could prosecute him. See, e.g., *United States v. Smith*, 5 Wheat. 153, 162 (1820) (referring to "the general practice of all nations in punishing all persons, whether natives or foreigners, who have committed [piracy] against any persons whatsoever, with whom they are in amity").

Today international law will sometimes similarly reflect not only substantive agreement as to certain universally condemned behavior but also procedural agreement that universal jurisdiction exists to prosecute a subset of that behavior. See Restatement §404, and Comment *a*; International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences 2 (2000). That subset includes torture, genocide, crimes against humanity, and war crimes. See *id.*, at 5-8; see also, e.g., *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, ¶¶ 155-156 (International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in Territory of Former Yugoslavia since 1991, Dec. 10, 1998); *Attorney Gen. of Israel v. Eichmann*, 36 I. L. R. 277 (Sup. Ct. Israel 1962).

The fact that this procedural consensus exists suggests that recognition of universal jurisdiction in respect to a limited set of norms is consistent with principles of international comity. That is, allowing every nation's courts to adjudicate foreign conduct involving foreign parties in such cases will not significantly threaten the practical harmony that comity principles seek to protect. That consensus concerns criminal jurisdiction, but consensus as to universal criminal jurisdiction itself suggests that universal tort jurisdiction would be no more threatening. Cf. Restatement §404, Comment *b*. That is because the criminal courts of many nations combine civil and criminal proceedings, allowing those injured by criminal conduct to be represented, and to recover damages, in the criminal proceeding itself. Brief for European Commission as *Amicus Curiae* 21, n. 48 (citing 3 Y. Donzallaz, La Convention de Lugano du 16 septembre 1998 concernant la competence judiciaire et l'execution des decisions en matiere civile et commerciale, ¶¶ 5203-5272 (1998); EC Council Regulation Art. 5, §4, 44/2001, 2001 O. J. (L 12/1) (Jan. 16, 2001)). Thus, universal criminal jurisdiction necessarily contemplates a significant degree of civil tort recovery as well.

Taking these matters into account, as I believe courts should, I can find no similar procedural consensus supporting the exercise of jurisdiction in this case.

Outrossim, o art. 14 da Convenção sobre a Tortura da ONU prevê a jurisdição civil universal, quando houver vítima de uma ação de tortura, devendo o Estado garantir à vítima



reparação e, caso a vítima venha a falecer em razão da tortura, deverão seus dependentes ter direito sobre a compensação:

Article 14

Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependents shall be entitled to compensation.

Nothing in this article shall affect any right of the victim or other person to compensation which may exist under national law.

Ao analisar o texto da convenção, pode-se constatar que ela não especifica se um Estado tem que prover um direito de compensação para qualquer vítima dentro do seu território, independentemente do local da tortura ou da nacionalidade da vítima ou do réu. Essa leitura, entretanto, seria consistente com o texto e conforme o objetivo da convenção de levar os torturadores à justiça. Pode-se acrescentar a isso a história do projeto da convenção, pois a frase *committed in any territory under its jurisdiction* foi adicionada e depois apagada do texto.<sup>56</sup>

No mesmo sentido, pode-se mencionar, também, o projeto da Convenção sobre Jurisdição e Julgamentos Estrangeiros sobre Questões Cíveis e Comerciais<sup>57</sup>, a qual dispõe no seu art. 18(3):

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

1. Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and the dispute.

2. In particular, jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis solely of one or more of the following --

- a) the presence or the seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;
- b) the nationality of the plaintiff;
- c) the nationality of the defendant;
- d) the domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff in that

<sup>56</sup> DONOVAN, Donald Francis; ROBERTS, Anthea. *The emerging recognition of universal civil jurisdiction*. In: American journal of international law, Vol. 100, n° 1 (jan. 2006), p.148.

<sup>57</sup> Hague conference on private international law, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 October 1999, prel. doc. n°11 (Aug. 200).

State;

- e) the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, except where the dispute is directly related to those activities;
- f) the service of a writ upon the defendant in that State;
- g) the unilateral designation of the forum by the plaintiff;
- h) proceedings in that State for declaration of enforceability or registration or for the enforcement of a judgment, except where the dispute is directly related to such proceedings;
- i) the temporary residence or presence of the defendant in that State;
- j) the signing in that State of the contract from which the dispute arises.

3. Nothing in this Article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action [seeking relief] [claiming damages] in respect of conduct which constitutes --

[Variant One:

- [a] genocide, a crime against humanity or a war crime[, as defined in the Statute of the International Criminal Court]; or]
- [b] a serious crime against a natural person under international law; or]
- [c] a grave violation against a natural person of non-derogable fundamental rights established under international law, such as torture, slavery, forced labour and disappeared persons].

[Sub-paragraphs [b] and] c) above apply only if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required.]

Variant Two:

a serious crime under international law, provided that this State has established its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a party and that the claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injury arising from that crime.]

Outrossim, em 1999, a Anistia Internacional publicou 14 Princípios sobre o Exercício Efetivo da Jurisdição Universal<sup>58</sup>, definindo os crimes de jurisdição universal no princípio 1 e determinando no princípio 11 que as cortes nacionais têm que conceder reparação adequada às vítimas desses crimes:

1. Crimes of universal jurisdiction. States should ensure that their national courts can exercise universal and other forms of extraterritorial jurisdiction over grave human rights violations and abuses and violations of international humanitarian law.

States should ensure that their national courts exercise universal jurisdiction on behalf of the international community over grave crimes under international law when a person suspected of such crimes is found in their territories or jurisdiction. If they do not do so, they should extradite the suspect to a state able and willing to do so or surrender the suspect to an international court with jurisdiction. When a state fails to fulfil this responsibility, other states should request the suspect's extradition and exercise universal jurisdiction.

Among the human rights violations and abuses over which national courts may exercise universal jurisdiction under international law are genocide, crimes against humanity, war crimes (whether committed in international or in non-international armed conflict), other deliberate and arbitrary killings and hostage-taking, whether these crimes were committed by state or by non-state actors, such as members of

<sup>58</sup> Amnesty International, universal jurisdiction: 14 principles on the effective exercise of universal jurisdiction, (AI Index IOR 53/01/99, 1999).

armed political groups, as well as extrajudicial executions, “disappearances” and torture.

(...)

11. The interests of victims, witnesses and their families must be taken into account. National courts must protect victims, witnesses and their families. Investigation of crimes must take into account the special interests of vulnerable victims and witnesses, including women and children. Courts must award appropriate redress to victims and their families.

(...)

Courts must award victims and their families with adequate redress. Such redress should include restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of nonrepetition.

Ainda, em 2001 e 2002, foram estabelecidos os princípios de Cairo-Arusha<sup>59</sup>, prevendo a jurisdição universal no caso de crimes de guerra e de humanidade e, conforme o princípio 17, há a previsão de reparação civil no caso de violação dos direitos humanos:

17. Responses to gross human rights offences shall include a requirement for the offender or other available mechanism to make appropriate reparation to the victims of the offences, to the extent possible.

---

<sup>59</sup> Cairo Arusha principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offences.

## 2 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

### 2.1 Conceito de imunidade de jurisdição do Estado

No segundo relatório sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de sua Propriedade<sup>60</sup>, o *rapporteur* especial Sompong Sucharitkul entendeu como conceito para imunidade o privilégio ou isenção do exercício de jurisdição pelas autoridades competentes de um Estado territorial e para imunidades jurisdicionais a imunidade de jurisdição de autoridades judiciais ou administrativas de um Estado.

Assim, conforme a introdução dos comentários sobre imunidade de jurisdição<sup>61</sup>, a imunidade seria um conceito legal que poderia ser expresso em termos de uma relação jurídica, isto é, a imunidade a qual um Estado tem direito corresponderia a um não poder por parte da autoridade correspondente:

17. "Immunity" is a legal concept which can be expressed in terms of jural relationship. Just as a "right" is correlated to a corresponding "duty" incumbent on another party, "immunity" to which a person or party or State is entitled is correlated to "no power" on the part of the corresponding authority. It signifies absence or lack of power, or necessity to withhold or suspend the exercise of such power. In other words, the expression "immunity" connotes the non-existence of power or non-amenability to the jurisdiction of the national authorities of a territorial State.

18. Viewed generically, "immunity" is but a species, or another aspect, of privilege. The term "privilege" is more often used, and correctly so, with a more positive connotation. "Privileges" presuppose the availability of positive or substantive advantages, whereas "immunities" imply the absence of power or abstention from its exercise. The term "privilege" is closer to "power", which is correlated to "liability", but the expression is not easily expressible in jural terminology. Privileges, in general usage, are matters of courtesies subject to reciprocity, and are not always

<sup>60</sup>SUCHARITKUL, Sompong. *Second report on jurisdictional immunities of States and their property*. Document A/CN.4/331 and Add.1, parag. 17-33. No original:

Article 2. Use of terms

1. For the purposes of the present articles:

(a) "immunity" means the privilege of exemption from, or suspension of, or non-amenability to, the exercise of jurisdiction by the competent authorities of a territorial State;

(b) "jurisdictional immunities" means immunities from the jurisdiction of the judicial or administrative authorities of a territorial State;

<sup>61</sup> Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, with commentaries. International law commission, forty-third session, ONU, 1991.

enforceable as legal rights unless specifically confirmed in an international convention or by mutual agreement.

19. "Immunity" therefore is a right or a privilege. Hence, the expression "the privilege of immunity" is not uncommon. By way of illustration, the proposition that a foreign State possesses jurisdictional immunity, or is immune from the jurisdiction of competent courts of the territory, can be restated correlatively: "the territorial State has or exercises no power or jurisdiction over the foreign sovereign State". Immunity can as such be regarded as a right that is positive in form, but negative in substance. It is negative in the sense that it denotes "no power" or "non-use of authority" by the correlative partner or otherwise fully competent counterpart.

20. State immunity, like the immunity accorded to ambassadors and members of a diplomatic mission, is jurisdictional in nature. States are immune from the jurisdiction of another equally sovereign State. "

22. As will be seen in connection with the use of the term "jurisdiction", State immunities are exemptions from the jurisdiction of the judicial as well as of the administrative authorities of the territorial State. It will also be seen that the application of State immunity presupposes the existence of a situation in which the territorial State would be vested with a valid or competent jurisdiction in accordance with the ordinary rules of private international law. The expression covers immunities from various phases, not only from jurisdiction *par excellence* but also, as will be seen later, from execution.

### 2.1.1 Imunidade de jurisdição pessoal e imunidade de jurisdição funcional

É necessário fazer uma distinção entre a imunidade *ratione personae* ou imunidade pessoal e a imunidade *ratione materiae* ou imunidade funcional. Assim, de acordo com o relatório preliminar sobre imunidade de funcionários públicos da jurisdição criminal estrangeira<sup>62</sup>, a primeira categoria é fundamentada na noção de que qualquer atividade de um chefe de Estado ou de governo, agente diplomático ou ministro das relações exteriores tem que ser imune à jurisdição estrangeira para evitar que Estados estrangeiros infrinjam as prerrogativas soberanas dos Estados ou interfiram com as funções oficiais de um agente de um Estado estrangeiro sob o pretexto de lidar com um ato exclusivamente privado.

Já a segunda é baseada em que um funcionário estatal não seria responsável perante outros Estados por atos que ele tenha realizado na sua capacidade oficial e que são, portanto, atribuíveis ao Estado:

<sup>62</sup> KOLODKIN, Roman Anatolevich. Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, document A/CN.4/601, p.37-39.

Immunity *ratione personae* or personal immunity is derived from the official's status and the post occupied by him in government service and from the State functions which the official is required to perform in that post. This type of immunity from foreign criminal jurisdiction is enjoyed by officials occupying senior or high-level government posts and by diplomatic agents accredited to the host State (in accordance with customary international law and with article 31, paragraph 1, of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations). It would seem that immunity *ratione personae* is the oldest form of immunity. It was enjoyed and is still enjoyed to this day by Heads of State. A Head of State was considered to be invested with sovereignty and was identified with and personified the State itself. This was the source of the absolute immunity of the Head of State, which also extended to the State. Over time, the immunity of the State and the immunity of the Head of State started to be considered separately, but the immunity *ratione personae* of the Head of State is still generally recognized today. Immunity *ratione personae* extends to acts performed by a State official in both an official and a private capacity, both before and while occupying his post. Since it is connected with the post occupied by the official in government service, it is temporary in character, becomes effective when the official takes up his post and ceases when he leaves his post.

State officials enjoy immunity *ratione materiae* regardless of the level of their post, by virtue of the fact that they are performing official State functions. Immunity *ratione materiae* is sometimes also called functional immunity. This type of immunity extends only to acts performed by State officials acting in an official capacity, i.e. performed in fulfilment of functions of the State. Accordingly, it does not extend to acts performed in a private capacity. When the official leaves government service, he continues to enjoy immunity *ratione materiae* with regard to acts performed while he was serving in an official capacity.

Essa distinção seria importante, pois a imunidade funcional<sup>63</sup>:

- a) trata de direito substantivo, defesa substantiva;
- b) cobre atos oficiais de qualquer agente estatal *de jure* ou *de facto*;
- c) não cessa após as funções oficiais;
- d) é *erga omnes*, podendo ser invocada diante de qualquer outro Estado.

Já a imunidade pessoal:

- a) vincula-se a direito processual, defesa processual, isto é, ela torna o funcionário estatal imune de jurisdição civil ou criminal;

<sup>63</sup> CASSESE. Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case.* In: European journal of international law, vol.13, 2002, p.862-864.

- b) cobre atos oficiais ou privados realizados pelo agente estatal antes ou durante o exercício de suas funções;
- c) protege somente algumas categorias de funcionários estatais, tais como agentes diplomáticos, chefes de Estado ou de governo e ministros das relações exteriores;
- d) termina com a cessação da função oficial do agente estatal;
- e) pode não ser *erga omnes*, como no caso de agentes diplomáticos, em que somente se aplica com relação a atos executados entre o Estado acreditante e o acreditado e terceiros Estados em cujo território o diplomata possa passar quando for assumir ou retornar de seu posto ou quando retornar a seu próprio país, o chamado *jus transitus innoxii*.<sup>64</sup>

Embora essa distinção seja importante, em alguns casos ela não tem sido feita, como no caso *Congo v. Bélgica*,<sup>65</sup> em que a Corte Internacional de Justiça preferiu recorrer à distinção entre atos privados e oficiais, uma distinção que é ambígua.

Dessa forma, segundo a corte, uma vez que um ministro das relações exteriores tenha exaurido suas funções, ele poderia ser levado a julgamento perante uma corte estrangeira que tenha jurisdição sob o direito internacional por atos praticados antes do exercício de suas funções.

Por outro lado, se ele pratica atos criminais durante o exercício de suas funções, ele pode ser processado e punido somente se esses atos forem executados a título privado. Assim, crimes internacionais poderiam ser vistos como praticados a título privado?

No caso da tortura, a instigação ou o consentimento de um funcionário público constitui um dos requisitos do crime, de acordo com o art.1º da Convenção contra a Tortura da ONU.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*, *op.cit.*, p.862-864.

<sup>65</sup> *Congo v. Bélgica*, disponível em <http://www.icj-cij.org>, §52 e 54.

Dessa maneira, seguindo as proposições da corte, ministros das relações exteriores não poderiam nunca ou raramente ser processados por crimes internacionais praticados quando em exercício.

Com efeito, a distinção feita pela Corte Internacional de Justiça com relação a crimes internacionais que podem ter sido cometidos por ministros das relações exteriores durante o exercício de suas funções teria duas origens.<sup>67</sup>

Primeiro, seria a transposição da distinção aplicável a agentes diplomáticos entre seus atos privados e públicos, de acordo com o art. 39 (2) da Convenção de Viena sobre Imunidades Diplomáticas, segundo o qual os atos públicos são aqueles realizados no exercício de suas funções como um membro da missão. Essa distinção, além de ser de difícil aplicação, somente se aplica enquanto a regra costumeira que remove a imunidade funcional dos agentes estatais no caso de crimes internacionais não entra em operação.

Em segundo lugar, essa distinção parece derivar daquela entre atos oficiais e atos públicos não-oficiais feita por algumas cortes americanas em casos de responsabilidade civil decorrente de tortura realizada por agentes estatais, como no caso *Filartiga*<sup>68</sup>.

Essa distinção, se for aplicada a crimes internacionais cometidos por funcionários públicos superiores poderia fazer com que tais crimes fossem considerados como atos privados para que seus autores fossem sujeitos a processo judicial.

Assim, isso significaria que os crimes pelos quais Ribbentrop (ministro das relações exteriores da Alemanha de 1938 a 1945) foi condenado à morte, tais como crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade deveriam ser vistos como atos privados.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Nova Iorque, 10 de dezembro de 1984, 1465 UNTS 85.

<sup>67</sup> CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*, *op.cit.*, p.868-870.

<sup>68</sup> *Filartiga v. Peña Irala*, 630 2d 876 (2 nd circuit 1980). Ver item 1.7.4.

<sup>69</sup> CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*, *op.cit.*, p.870.



### 2.1.2 Distinção de figuras afins: *act of state*

No sistema de *common law*, a Corte Suprema dos Estados Unidos aplicou primeiramente a doutrina do *act of state* no exercício da autoridade de um governo reconhecido em tempo de revolução ou emergência.

Assim, no caso *Underhill v. Hernandez*<sup>70</sup> a corte recusou-se a examinar a legalidade da detenção do autor por Hernandez, o qual pertencia a um movimento de insurreição que posteriormente foi reconhecido como governo da Venezuela.

Posteriormente, no caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*<sup>71</sup>, caso de expropriação de empresa de açúcar pelo governo de Fidel Castro, a Corte Suprema entendeu que não deveria examinar a validade da tomada da propriedade dentro do seu próprio território por um Estado soberano estrangeiro.

Pode-se, todavia, identificar três exceções expressas à doutrina do *act of state*.<sup>72</sup>

A primeira é a contida na *Bernstein Letter*, segundo a qual era política do Departamento de Estado americano livrar as cortes americanas de qualquer restrição sobre o exercício de sua jurisdição sobre a validade de atos nazistas.

A segunda surgiu com a *Second Hickenlooper Amendment*<sup>73</sup>, conforme a qual nenhuma corte americana deverá declinar de sua competência com base na doutrina do ato de estado em um caso em que uma reivindicação relativa à propriedade é afirmada por qualquer parte, incluindo um Estado estrangeiro, baseada em um confisco depois de 1º de janeiro de 1959 por um Estado em violação a princípios de direito internacional, incluindo o da compensação.

<sup>70</sup> 168 US 250 (1897).

<sup>71</sup> 376 US 398 (1964).

<sup>72</sup> FOX, Hazel. *The law of state immunity*. New York: Oxford University Press, 2008, p.107.

<sup>73</sup> 22 USC, s.2173 (e) (2). No original: Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which a claim of title or other rights to property is asserted by any party including a foreign state (or a party claiming through such state) based upon (or traced through) a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation (...).

Por fim, a última, a exceção contratual, segundo a qual se exclui a utilização da teoria do *act of state* por um Estado confiscador que seja parte de um tratado que proíba a expropriação sem compensação.

No Brasil, conforme ressalta Antenor Madrugá, o Supremo Tribunal Federal, no caso *Valente v. Estados Unidos da América*<sup>74</sup>, fez uma indevida associação entre a norma da imunidade de jurisdição e a doutrina do *act of state*<sup>75</sup>:

A *Sovereign immunity Doctrine* e o *Act of State Doctrine* são duas construções distintas na *common law*. Embora a primeira tenha sido substituída (integralmente nos Estados Unidos e parcialmente na Inglaterra) por atos dos parlamentos, permanece a distinção. Pela doutrina do *Act of State*, o juiz não pode se pronunciar sobre a validade e eficácia da legislação do Estado estrangeiro, quando aplicada no território deste. Perceba-se que a apreciação dessa doutrina não afasta a jurisdição e importa em julgamento do mérito da ação, de forma que outros fundamentos, além do ataque ao Ato de Estado, podem ser conhecidos pelo juiz. Diferentemente, a doutrina da imunidade de jurisdição afasta a jurisdição e o seu reconhecimento é preliminar ao mérito, independentemente de quaisquer outros fundamentos. O acórdão do Supremo dá a falsa impressão de que a doutrina do Ato de Estado é idêntica à doutrina da imunidade soberana.

Eis o trecho do acórdão do Supremo mencionado:

Essa nova perspectiva de análise do tema em referência, que se delinea tanto no plano doutrinário quanto na esfera jurisprudencial e, também, no domínio dos atos convencionais e legislativos, enseja, nas matérias específicas que permitem ao Tribunal do foro afastar a invocação da doutrina do ato de Estado (*Act of State Doctrine*), a possibilidade de a autoridade judiciária doméstica qualificar como *res controversa* a relação jurídica pretinente a matérias de interesse privado, viabilizando, desse modo, a plena exposição e integral submissão das causas que as veiculem à jurisdição das cortes locais.

<sup>74</sup>Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139671, julgado em 20/06/1995, Relator Ministro Celso de Mello. Imunidade de jurisdição. Reclamação trabalhista intentada contra Estado Estrangeiro. O Governo dos Estados Unidos da América, inconformado com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, interpôs recurso extraordinário contra acórdão daquela corte de Justiça, que decidiu que o princípio da imunidade absoluta de jurisdição sofre certos temperamentos em face da evolução do direito consuetudinário internacional, não sendo ele aplicável a determinados litígios decorrentes de relações rotineiras entre o Estado estrangeiro e os súditos do país em que o mesmo atua, de que é exemplo a reclamação trabalhista. O Supremo Tribunal Federal manteve a decisão do Superior Tribunal de Justiça, denegando a imunidade de jurisdição aos Estados Unidos.

<sup>75</sup> MADRUGA FILHO, Antenor. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130.

## 2.2 Teoria da imunidade de jurisdição absoluta do Estado

A teoria da imunidade de jurisdição absoluta do Estado foi largamente sustentada entre autores do século XIX, dentre eles, Gabba<sup>76</sup>. Já no século XX, outros autores continuaram a defender a teoria da imunidade absoluta como Gerald Fitzmaurice<sup>77</sup>.

O primeiro e mais forte argumento que tem sido apresentado em favor da imunidade absoluta é que a única alternativa para a imunidade absoluta é a não imunidade e que não há até agora um critério para limitar a extensão da imunidade.<sup>78</sup> Ocorre que, examinando-se a teoria restritiva, esse critério já foi encontrado.

Segundo, tem sido dito que, de acordo com a prática existente, não há remédios disponíveis para forçar o julgamento de um tribunal local contra um Estado estrangeiro.

Assim, de acordo com Gabba, a sentença pronunciada contra o Estado ou soberano estrangeiro não poderia ser executada no Estado estrangeiro nem no Estado onde foi prolatada. E uma sentença, cuja execução não seria assegurada nem pelo juiz da qual emanou nem por outra autoridade, seria uma monstruosidade jurídica.<sup>79</sup>

Em primeiro lugar, a analogia entre um direito sem remédio e o exercício de jurisdição sem execução é incompleta. A questão da execução não surge a não ser que a corte decida contra o Estado estrangeiro e a que o devedor possua propriedade dentro de sua jurisdição.<sup>80</sup>

Segundo, esse defeito na operação da justiça não é perceptível até que fique claro que o Estado em face do qual o julgamento foi efetuado recusou-se a satisfazê-lo. Ademais, um

---

<sup>76</sup> GABBA. *De la compétence des tribunaux à l'égard des souverains et des Etats étrangers*. Clunet 15, 1888, p.180.

<sup>77</sup> FITZMAURICE, Gerald. *State immunity from proceedings in foreign countries*. B.Y.I.L. XIV: 1933, p.101-124.

<sup>78</sup> SUCHARITKUL, Sompong. *State immunity and trading activities in international law*. London: Stevens & Sons Limited, 1959, p.260-261.

<sup>79</sup> GABBA, *op. cit.* p.27.

<sup>80</sup> SUCHARITKUL, Sompong, *op.cit.* p.263.

juízo insatisfeito com relação à sua execução não é totalmente sem efeito. Esse juízo gera ao menos reprovação moral nas sociedades internacionais.<sup>81</sup>

Terceiro, tem sido discutido que críticas à imunidade absoluta têm sido feitas em face do aumento de atividades do Estado em esferas econômicas em uma área antigamente reservada aos indivíduos. Essas críticas seriam injustas se essas atividades tivessem que se tornar uma fase passageira na vida dos Estados, o que de fato não tem ocorrido, com o aumento do comércio internacional.<sup>82</sup>

### 2.3 Limites à imunidade absoluta e princípio da legalidade

O princípio da justiça ou da legalidade constitui a idéia moderna da segurança jurídica, na qual o Estado deve respeitar a regra de direito, por meio de um mecanismo de controle jurisdicional. Essa orientação foi facilitada por diversos fenômenos, sendo o principal a extensão considerável das atividades do Estado. Assim, pouco a pouco, os tribunais de certos países elaboraram uma distinção entre atos que o Estado realiza como soberano, *jure imperii* e aqueles em que é autor como pessoa privada, *jure gestionis*, nos quais a imunidade não lhe é concedida.<sup>83</sup>

Essa tendência restritiva foi, ainda, acelerada devido a três fenômenos:<sup>84</sup>

- a) a aparição da União Soviética, de economia coletivista, monopolizando o comércio exterior. Assim, não se tratava mais aqui de uma atividade excepcional, anormal do Estado, mas, sim, de uma função essencial do Estado ligada à sua soberania. Dessa forma, os atos da União Soviética, Estado

<sup>81</sup> *Ibidem*, p.263.

<sup>82</sup> SUCHARITKUL, Sompong, *op.cit.* p.264-265.

<sup>83</sup> LALIVE, J. F. *L'immunité de juridiction*. In: Recueil des Cours, Académie de droit international, tomo 84, 1953, III, p.214-215.

<sup>84</sup> LALIVE, J. F., *op.cit.* p.215-217.

comerciante, que fossem realizados no exterior, deveriam escapar ao controle jurisdicional dos tribunais estrangeiros por se tratarem de atos de um soberano? Essa situação fez nascer uma jurisprudência nova e um direito convencional particular, de caráter bilateral, regulamentando a atividade comercial da União Soviética no exterior e a submetendo ao direito comum;

- b) um segundo fenômeno é o do navio de Estado afetado a um serviço comercial, o que aumentou muito depois da Primeira Guerra Mundial, originando a Convenção de Bruxelas de 1926, a qual regula a condição jurídica dos navios mercantes de Estado e os assimila aos navios privados, no que concerne responsabilidade e obrigações;
- c) o reconhecimento do indivíduo como destinatário direto da norma do direito das gentes, sendo ou se tornando sujeito de direito internacional.

## 2.4 Teoria da imunidade restrita

Alguns critérios foram adotados para limitar a imunidade dos Estados:<sup>85</sup>

- a) distinção entre várias categorias de atos de Estado: a origem dessa distinção pode ser encontrada nas imunidades dos soberanos e embaixadores, nas quais se podem distinguir entre atos oficiais e não-oficiais ou entre atividades públicas ou privadas para fins de imunidade. Assim, há um teste subjetivo, o qual baseia a imunidade na capacidade, personalidade ou *status* no qual o governo atua, ou seja, personalidade pública ou privada do Estado, ou agindo *jure imperii* ou *jure privato* ou mesmo a teoria da dupla personalidade do Estado. Existe, ainda, o teste objetivo, o qual determina a imunidade de acordo

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p.267-284.

com a natureza do ato de Estado, isto é, se são atos de administração ou de governo ou contratos concluídos conforme as regras do Código Civil;

- b) atividades comerciais como critério: esse critério foi adotado por alguns autores, os quais entendiam que a dicotomia entre atividades pública ou privada do Estado não era suficiente. Assim, a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* não seria adequada para classificar os contratos comerciais dos Estados, pois a execução de um ato não soberano, *jure gestionis*, pode também ser no exercício de uma função pública;
- c) a doutrina da renúncia implícita: essa doutrina não pode ser vista como um critério para restringir a imunidade, mas principalmente como uma explicação para o exercício da jurisdição local em circunstâncias apropriadas. A prática de um grande número de Estados mostra que a renúncia à imunidade de jurisdição pode ser implícita em casos relacionados a atividades comerciais do Estado réu.

Será vista, a seguir, a evolução da imunidade de jurisdição dos Estados na jurisprudência dos países de *common law* e *civil law*.

## 2.5 A jurisprudência dos Estados da *common law*

### 2.5.1 A jurisprudência americana

O primeiro caso que os tribunais americanos julgaram em matéria de imunidade foi em 24 de agosto de 1811, no caso *The Schooner Exchange v. Mc Faddon and others*.<sup>86</sup>

Nesse caso, John McFaddon e William Greetham pediram ao tribunal federal do distrito da Pensilvânia para ordenar o arresto do navio *Exchange* que estava na Filadélfia.

O navio, o qual eles reivindicavam a propriedade e solicitavam a restituição, tinha sido objeto de requisição no dia 30 de dezembro de 1810 por Napoleão I, quando ia para a Espanha. O tribunal de primeira instância rejeitou a demanda deles, mas a corte de apelação da Pensilvânia ordenou que o navio fosse restituído aos apelantes.

Houve recurso para a Corte Suprema Americana, a qual, em acórdão de 03 de março de 1812, julgou que os navios de guerra pertencentes aos Estados estrangeiros não poderiam ser submetidos à jurisdição dos tribunais americanos.

Posteriormente, em 1926, no caso *Berizzi Bros. v. The S. S. Pesaro*<sup>87</sup>, a Suprema Corte americana manteve a imunidade de um navio mercante explorado pelo governo italiano. A Suprema Corte rejeitou a distinção entre atos de gestão e atos de império proposta pelo Justice Mack, entendendo que a manutenção do bem estar econômico de um povo em tempo de paz é um objetivo tão público quanto a manutenção e o treinamento de uma força naval.

Essa aplicação extensiva do princípio da imunidade considerava o conjunto das atividades do Estado como atividades de interesse público e negava que elas pudessem ser distinguidas das atividades puramente comerciais.

Alguns juízes, entretanto, tentaram limitar as conseqüências dessa aplicação, decidindo que se o navio não estivesse na posse do Estado estrangeiro no momento dos fatos

---

<sup>86</sup> *The Schooner Exchange v. Mc Faddon and others*, 7 Cranch. 116, 133 (US 1812).

<sup>87</sup> *Berizzi Bros. v. The S.S. Pesaro*, 271 U.S.562.

ou do processo, não poderia se beneficiar da imunidade, como no caso *Republic of México v. Hoffman*.<sup>88</sup>

#### 2.5.1.1 A intervenção do poder executivo nos litígios

Até a adoção da lei interna de imunidade de jurisdição (*Foreign Sovereign Immunity Act*) em 1976, o Departamento de Estado tinha um papel preponderante consistente na emissão de sugestões ao tribunal envolvido com relação à posição do executivo sobre o caso considerado.

Essa prática, entretanto, no início não foi seguida pelos tribunais, como no caso *Schooner Exchange* de 1812, em que o juiz Marshall concedeu a imunidade ao governo francês contra a opinião do Advogado Geral.<sup>89</sup> Ainda, no caso *Le Pesaro*,<sup>90</sup> a Corte Suprema concedeu imunidade a um navio pertencente ao governo italiano contra a opinião do representante do governo italiano.

Em 1938, todavia, no caso *Le Navemar*<sup>91</sup>, a Corte Suprema afirmou que se o governo americano endossa a reclamação do governo estrangeiro, é dever dos tribunais segui-la.

Posteriormente, em 1943, a Corte Suprema em *Ex Parte Peru*<sup>92</sup>, o juiz Stone ressaltou que, quando o secretário de Estado escolhe solucionar o litígio pela via diplomática ao invés de deixá-lo seguir na justiça, o interesse superior do Estado determina que a ação do executivo seja reconhecida e que seja posto fim ao processo para evitar a lentidão de um litígio prolongado.

Ainda, no caso *México c. Hoffman*, em 1945<sup>93</sup>, a Corte Suprema decidiu que, quando o poder executivo não fez nenhuma sugestão de imunidade, os tribunais devem resolver eles

---

<sup>88</sup> *Republic of México v. Hoffmann*, 324 U.S. 30 (1945).

<sup>89</sup> 7 Cranch. 116 (U.S. 1812).

<sup>90</sup> 271 U.S. 562 (1926).

<sup>91</sup> 303 U.S. 68 (1938).

<sup>92</sup> 318 U.S. 578 (1943).

<sup>93</sup> 39 A.J.I.L 585 (1945).



mesmos a questão, conforme os princípios aceitos pelo departamento do governo encarregado da condução das relações internacionais.

#### 2.5.1.2 A Tate Letter

Em 19 de maio de 1952, por meio de uma carta escrita pelo conselheiro jurídico junto ao Departamento de Estado, Sr. Tate, ao Advogado Geral, o executivo americano demonstrou sua intenção de adotar para o futuro o princípio da imunidade relativa:

The Department of State has for some time had under consideration the question whether the practice of the Government in granting immunity from suit to foreign government made parties defendant in the courts of the United States without their consent should not be changed. The department has now reached the conclusion that such immunity should no longer be granted in certain types of cases. In view of the obvious interest of your Department in this matter I should like to point out briefly some of the facts which influenced the Department's decision.

A study of the law of sovereign immunity reveals the existence of two conflicting concepts of sovereign immunity, each widely held and firmly established. According to the classical or absolute theory of sovereign immunity, a sovereign cannot without his consent, be made a respondent in the courts of another sovereign. According to the newer or restrictive theory of sovereign immunity, the immunity of the sovereign is recognized with regard to sovereign or public acts (*jure imperii*) of a state, but not with respect to private acts (*jure gestionis*). There is agreement by proponents of both theories, supported by practice, that sovereign immunity should not be claimed or granted in actions with respect to real property or with respect to the disposition of the property of a deceased person even though a foreign sovereign is the beneficiary.

Inicialmente, o Departamento de Estado não seguiu os princípios da *Tate Letter* quando estimava que interesses políticos se opunham a eles. Assim, foi julgado no caso *Rich c. Naviera Vacuba*<sup>94</sup> na corte de apelação do quarto circuito em 1961.

Depois, o Departamento de Estado distanciou-se dos princípios enunciados na *Tate Letter*, mesmo sem qualquer motivo. Isso ocorreu no caso *Natural Chemical Resources*<sup>95</sup>, julgado pela Corte Suprema da Pensilvânia em 1966 em uma hipótese puramente comercial e sem nenhuma tensão internacional.

---

<sup>94</sup> 295 F. 2d 24 (1961).

<sup>95</sup> *Chemical Natural Resources Inc. v. Republic of Venezuela*, 60 A.J.I.L. 838 (1966).

Por fim, em 1976, foi adotada uma lei interna sobre imunidade de jurisdição, o *Foreign Sovereign Immunity Act*<sup>96</sup> (FSIA), o qual estabeleceu a regra da imunidade relativa.

### 2.5.2 A jurisprudência inglesa

A primeira decisão importante da jurisprudência inglesa foi proferida em 1873, em função do choque entre um navio holandês e o navio O Charkieh<sup>97</sup> que pertencia ao khedive do Egito. O juiz Philimore recusou a imunidade ao khedive.

Em 1879, o mesmo juiz tomou uma segunda decisão, recusando imunidade ao navio *Le Parlement Belge*<sup>98</sup>, pertencente ao rei dos belgas, em função da atividade comercial do navio.

Posteriormente, a decisão foi revertida pela Corte de Apelação. Nesse julgado, Lorde Brett ressaltou que o simples fato de afetar um navio do Estado acessoriamente e parcialmente a uma atividade comercial não poderia impedi-lo de se beneficiar da imunidade.

Ainda, em 1919, no caso do navio O Porto Alexandre<sup>99</sup>, requisitado pelo governo português e empregado para transporte de mercadorias, apesar da natureza puramente comercial do litígio, os tribunais concederam imunidade ao navio.

Assim, porque se entendeu que a decisão em *Le Parlement Belge*<sup>100</sup> exigiria que a imunidade fosse concedida aos navios de comércio pertencentes aos Estados estrangeiros que os juízes adotaram a mesma solução nesse caso. A regra da imunidade absoluta nasceu, dessa forma, na Inglaterra, de uma interpretação bem extensiva, senão falsa, do caso *Le Parlement Belge*<sup>101</sup>, sendo que este último não disse que os navios exclusivamente empregados para fins

<sup>96</sup> Ver anexo III.

<sup>97</sup> (1873) L.R. 4 A.& E.59.

<sup>98</sup> (1879) 4 P.D. 129.

<sup>99</sup> [1920] P. 30.

<sup>100</sup> (1879) 4 P.D. 129.

<sup>101</sup> (1879) 4 P.D. 129.

comerciais beneficiariam de imunidade. O respeito estrito à regra do *stare decisis* prolongou os efeitos dessa decisão durante mais de meio século.

Já em 1938, no caso *Cristina*<sup>102</sup>, foram lançadas dúvidas com relação à doutrina da imunidade, quando aplicada a navios comerciais do governo. Enquanto Lorde Atkin e Lorde Wright entendiam que na Inglaterra uma regra estabelecida segundo a qual a imunidade se estendia à propriedade de um Estado estrangeiro, não importando a natureza do seu uso, Lorde Thankerton e Lorde Macmillan se declararam livres para reconsiderar a decisão em O Porto Alexandre.<sup>103</sup> Lorde Maugham foi ainda mais longe afirmando que se *Le Parlement Belge*<sup>104</sup> tivesse sido utilizado unicamente para fins comerciais, a decisão teria ido em outro sentido. Ademais, Lorde Maugham ressaltou que a decisão O Porto Alexandre<sup>105</sup> parece ter omitido toda consideração sobre o fato de que os outros países, admitindo a imunidade no que respeita aos navios de guerra e outros navios públicos, não estão de acordo que a imunidade seja concedida aos navios quando engajados em viagens comerciais comuns.

Apesar das dúvidas levantadas, a doutrina da imunidade absoluta continuou a ser seguida até os casos *The Philippine Admiral*<sup>106</sup> em 1976 e *Trendtex Trading Corporation*<sup>107</sup> em 1977, quando a Corte de Apelação se declarou livre para abandonar a regra da imunidade absoluta.

Assim, no primeiro caso, Lorde Cross of Chelsea afirmou que no acórdão O Porto Alexandre<sup>108</sup> a corte havia admitido que os navios de comércio se beneficiavam da imunidade porque ela acreditava estar obrigada a seguir nesse sentido por causa do acórdão *Le Parlement Belge*<sup>109</sup>, enquanto esse acórdão não correspondia à espécie. Dessa forma, Lorde Cross of

---

<sup>102</sup> [1938] A.C. 485.

<sup>103</sup> [1920] P. 30.

<sup>104</sup> (1879) 4 P.D. 129.

<sup>105</sup> [1920] P. 30.

<sup>106</sup> [1976] 1 All E.R. 78; 2 W.L.R. 214.

<sup>107</sup> [1977] 1 ALL E.R. 881; 2 W.L.R. 356.

<sup>108</sup> [1920] P. 30.

<sup>109</sup> (1879) 4 P.D. 129.

Chelsea decidiu não seguir a decisão de O Porto Alexandre<sup>110</sup> e aplicar a doutrina da imunidade relativa.

Da mesma forma, Lorde Denning chegou a uma conclusão comparável no caso *Trendtex*<sup>111</sup>, ressaltando que o direito internacional não conhece a regra do *stare decisis* e que se uma regra de direito internacional é diferente do que era antes, pode-se reconhecer esta mudança e aplicá-la sem esperar que a Câmara dos Lordes o faça.

Por fim, em 1978 o Parlamento adotou uma lei interna consagrando a teoria da imunidade relativa, o *State Immunity Act (SIA)*.<sup>112</sup>

## 2.6 A jurisprudência dos estados da *civil law*

### 2.6.1 França

#### 2.6.1.1 Imunidade absoluta

A regra da imunidade absoluta foi determinada pela Corte de Cassação em 1849 no caso *Gouvernement espagnol c. Casaux*.<sup>113</sup> Este caso era relacionado à compra de botas pelo governo espanhol para o uso do exército espanhol. A corte entendeu que o direito de jurisdição que pertence a cada Estado soberano para julgar os litígios nascidos por ocasião dos atos emanados dele é um direito inerente a sua autoridade soberana.

Posteriormente, em 1867, no caso *Gouvernement italien c. Cavour Canal co*<sup>114</sup>, o Tribunal de Commerce de La Seine declarou-se incompetente com respeito a uma garantia dada pelo governo italiano pelo seu empréstimo.

---

<sup>110</sup> [1920] P. 30.

<sup>111</sup> [1977] 1 ALL E.R. 881; 2 W.L.R. 356.

<sup>112</sup> Ver anexo IV.

<sup>113</sup> S. 1849-I-81.

<sup>114</sup> D.1867 –II-49, 11-4-1867.

Mais tarde, em 1912, a Corte de Apelação de Paris, em *Gamen-Humbert c. Etat russe*<sup>115</sup>, rejeitando a dupla personalidade do Estado, entendeu que todos os atos de um Estado têm somente um objetivo e um fim sempre político.

Depois, em 1933, no caso *Hanukiew c. Ministre de l'Afghanistan*<sup>116</sup>, a Corte de Cassação declinou de sua jurisdição, entendendo que a compra de armas para uso público seria um ato de *puissance publique*.

Posteriormente, em 1934, a Corte de Cassação declarou-se incompetente no caso *Laurans c. Gouvernement du Maroc*<sup>117</sup>, concernente ao empréstimo marroquino de 1904. Nesse caso, a corte considerou o empréstimo público como sendo um ato de soberania, ato político, e não um ato de comércio, sem inquirir o objetivo do empréstimo.

#### 2.6.1.2 Imunidade restrita

Somente em 1915 a teoria restrita da imunidade foi formulada pelos tribunais franceses, no caso *Société Maritime Auxiliaire de Transports c. Capitaine du vapeur Ungerford*.<sup>118</sup> Nesse caso, o Tribunal de Commerce de Nantes aplicou a distinção entre atos de direito público ou privado e denegou a imunidade. O navio estava carregando uma carga de trigo para o governo francês e de lã para o governo britânico. Essa decisão foi reformada pela Cour d'Appel de Rennes, a qual denegou jurisdição porque o navio tinha sido empregado não em um interesse comercial de interesse privado, mas em um objetivo de interesse político, fora de toda idéia de lucro e de especulação.<sup>119</sup>

A primeira vez em que houve uma clara aplicação da teoria do ato de comércio foi no caso *Etat roumain c. Pascalet et Cie*,<sup>120</sup> em 1924, decidido pelo Tribunal de Comércio de

<sup>115</sup> D.P.1913.2.201.

<sup>116</sup> S.1933-I-249.

<sup>117</sup> S.1935- I-103.

<sup>118</sup> Darras 15 (1919), 510.

<sup>119</sup> *Capitaine Seabrook c. Société Maritime Auxiliaire de Transports*, Rennes, 19.3.1919, Darras 18 (1922-23).

<sup>120</sup> February 12, 1924; D. H. 1924, 260; Clunet 52 (1925), 113.

Marseille. Nesse caso, o Estado romeno comprou da Sociedade Pascalet diversas mercadorias destinadas a serem revendidas pelo governo romeno a seus nacionais, constituindo um ato de comércio.

Ademais, nos casos envolvendo a União Soviética, a teoria dos atos de comércio também foi utilizada. Assim, em 1926, no caso *Société Le Gostorg et U.R.S.S. c. Association France Export*<sup>121</sup>, a corte de apelação de Paris entendeu que a delegação soviética de comércio na França estaria sujeita a sua jurisdição. Posteriormente, em 1929 a Corte de Cassação confirmou a decisão da Corte de Apelação, entendendo que se tratam de atos de comércio.

Além disso, em 1937, a Corte de Cassação, no caso *Chaliapine c. Représentation Commerciale de l'U.R.S.S. et Société Brenner*<sup>122</sup>, julgou que os fatos não são atos de soberania do Estado, mas derivam de atos de comércio da representação comercial soviética, consistente na publicação de memórias de um artista.

Nos casos soviéticos, portanto, as cortes francesas julgaram a delegação comercial responsável por todas as atividades comerciais da União Soviética, mesmo quando as transações não foram efetuadas por ela, mas por outras agências suas, como Le Gostorg e Brenner.

## 2.6.2 Alemanha

### 2.6.2.1 Imunidade restrita

A prática das cortes alemãs começou com a aplicação da imunidade restrita em 1885 pela Corte Bavária de Conflitos de Jurisdição, em uma ação contra a Companhia Ferroviária Austríaca, a qual tinha sido adquirida pelo governo austríaco.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> S.1930-I- 49.

<sup>122</sup> S.1937-I-104.

<sup>123</sup> *Gerichtshof für Kompetenzkonflikte*, 1885-I-16,17,18.

A corte entendeu que, na seara do direito privado, a regra de denegação de jurisdição local sobre um Estado soberano tem que sofrer algumas exceções. Assim, quando um Estado entra no domínio do direito privado, ele assume a posição de um sujeito de direito privado, com respeito a seus direitos e obrigações e com relação a procedimentos judiciais referentes à proteção desses direitos.

#### 2.6.2.2 Imunidade absoluta

Em 1905, contudo, a Suprema Corte entendeu que as cortes alemãs não teriam jurisdição em uma ação contra a Ferrovia Estatal da Bélgica.<sup>124</sup>

Em 1921, em uma ação contra uma entidade distinta do Estado estrangeiro, o Tribunal de Conflitos de Jurisdição Prussiano declinou de sua jurisdição em função de que a ação seria direcionada na realidade contra o Estado polonês, entendendo que de acordo com o direito internacional, um Estado estrangeiro, tanto com relação a atos de direito público como privado, não está sujeito à jurisdição das cortes de outro país, com exceção de casos de submissão voluntária e em questões envolvendo propriedade imóvel.<sup>125</sup>

#### 2.6.2.3 Retorno à imunidade relativa

Desde o caso *Visurgis e Siena*<sup>126</sup>, o princípio da imunidade absoluta em termos de direito marítimo chegou ao fim.

Ainda, em 1953, o princípio da imunidade restrita foi adotada pelo *Landgericht* de Kiel. O *Landgericht* assumiu sua jurisdição contra a Dinamarca, julgando que a indenização proveniente de um acidente em um ônibus dinamarquês pertencente à Ferrovia estatal dinamarquesa seria concernente não a um ato de império, mas de gestão.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> *Bardorf g. Belgischen Staats- und Eisenbahn-Fiskus*, R.G.Z. 62 (1906), p.165.

<sup>125</sup> *The Polish Loan Bank Case*, Jur. Woch. 50 (1921 – II), p.1481.

<sup>126</sup> R.G.Z. 157, 389; Jur. Woch. 1938, p.2991.

<sup>127</sup> *Neue Juristische Wochenschrift* 1953, p.1718.

### 2.6.3 Brasil

No caso do Brasil, a imunidade de jurisdição absoluta vigorou até a Constituição Federal de 1988, pois o Supremo Tribunal Federal entendia que os Estados gozavam de completa imunidade de jurisdição, mesmo nas hipóteses de reclamações trabalhistas ajuizadas por brasileiros aqui domiciliados com base em serviços aqui prestados, não podendo a justiça brasileira julgá-los sem que assim concordassem. Nesse sentido, a AC 9705<sup>128</sup>:

Esta corte tem entendido que o próprio Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito à imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos. Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou à execução (entendida esta em sentido amplo), é necessária renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro. Não ocorrência, no caso, dessa renúncia. Apelação cível que não se conhece em virtude de imunidade de jurisdição.

Após a Constituição de 1988, porém, o Supremo Tribunal Federal mudou sua jurisprudência, passando a adotar a teoria da imunidade relativa.<sup>129</sup> Isso ocorreu a partir do caso *Genny de Oliveira*<sup>130</sup>, em que o Ministro relator do processo, Sydney Sanches, entendeu que o artigo 114 da Magna Carta, ao mudar uma regra sobre competência interna, extinguiu a imunidade de jurisdição em matéria trabalhista. O Ministro Francisco Rezek chegou à mesma conclusão, mas por motivo diverso, entendendo que houve uma mudança no costume internacional:

Quanto a esta imunidade – a do Estado estrangeiro, não mais a dos seus representantes cobertos pelas Convenções de Viena -, o que dizia esta Casa outrora, e se tornou cristalino no começo da década de setenta? Essa imunidade não está prevista nos textos de Viena, não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público. Ela resulta, entretanto, de uma antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes. Tal foi, nas derradeiras análises da matéria, a tese que norteou as deliberações do Supremo.

(...)

Independentemente da questão de saber se há hoje maioria numérica de países adotantes da regra de imunidade absoluta, ou daquela da imunidade limitada – que

<sup>128</sup> Supremo Tribunal Federal. AC 9705, RTJ 123:29, relator Ministro Moreira Alves.

<sup>129</sup> TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Imunidade de jurisdição: o estado federal e os estados-membros*. In: TIBURCIO, Carmen; Barroso, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.155-156.

<sup>130</sup> Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 9.696-SP, 31 de maio de 1989, relator Ministro Sydney Sanches.



prevalece na Europa ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras -, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo.

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, já se manifestou favorável à imunidade de jurisdição relativa dos Estados, no caso de atividades comerciais.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo 757/DF, DJU de 1º de outubro de 1990, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

### 3 ALGUMAS EXCEÇÕES CLÁSSICAS À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

#### 3.1 Exceção imobiliária

A exceção imobiliária é uma das mais antigas exceções aceitas à imunidade estatal, tanto pelos defensores da imunidade absoluta quanto da imunidade relativa.

Essa exceção, prevista no art.13 da Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdição<sup>132</sup>, deve ser lida em conjunto com o art.6º da mesma convenção, segundo o qual um processo perante a corte de um Estado deve ser considerado ter sido instituído em face de outro Estado se o outro Estado não for nomeado parte no processo, mas o processo buscar afetar a propriedade, direitos, interesses ou atividades daquele outro Estado.

A previsão do art.13, no entanto, não atinge os privilégios e imunidades gozados por um Estado sob o direito internacional com relação à propriedade de missões diplomáticas e outros escritórios representativos de um governo, conforme ressalvado no art.3º da mesma convenção.<sup>133</sup>

Na prática americana, todavia, a Suprema Corte entendeu que a cobrança de impostos sobre parte da missão da Índia usada para abrigar empregados de nível mais baixo que trabalham na ONU estava dentro da exceção prevista no FSIA seção 1605 (a) 4.<sup>134</sup>

O art.89 do código de processo civil brasileiro, por seu turno, dispõe que: “competem à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: (I) conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; e (II) proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”. Esse artigo aplica-se também às ações nas quais Estados estrangeiros são partes. Não haveria, no entanto, incongruência entre as hipóteses de competência absoluta, previstas pela lei interna

---

<sup>132</sup> United nations convention on jurisdictional immunities of states and their property, doc. A/Res/59/38.

<sup>133</sup> Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, with commentaries. International law commission, forty-third session, ONU, 1991, p.46.

<sup>134</sup> *Permanent mission of India to the United Nations v. New York*, 551 US 207 (2007).

brasileira e as exceções à imunidade de jurisdição, aceitas pelo direito internacional das imunidades.<sup>135</sup>

Assim, no Brasil, o STF, já em 1983, no caso *Síria v. Egito*<sup>136</sup>, entendia que mesmo os mais intransigentes defensores da imunidade absoluta admitiam, entre as exceções que a afastavam, as questões relativas às ações reais imobiliárias e às ações sucessórias concernentes a imóveis situados em Estados estrangeiros.

As convenções européia<sup>137</sup> e da ONU sobre Imunidade de Jurisdição<sup>138</sup>, além das leis internas dos Estados Unidos<sup>139</sup>, Reino Unido<sup>140</sup>, Austrália<sup>141</sup> e Argentina<sup>142</sup> todas prevêm a exceção em causas imobiliárias, inventário e partilha de bens, incluindo liquidação de sociedades e insolvência:

## CONVENÇÃO EUROPÉIA

### Article 9

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to:

- a its rights or interests in, or its use or possession of, immovable property; or
- b its obligations arising out of its rights or interests in, or use or possession of, immovable property and the property is situated in the territory of the State of the forum.

### Article 10

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a right in movable or immovable property arising by way of succession, gift or *bona vacantia*.

<sup>135</sup> MADRUGA FILHO, Antenor, *op.cit.*, p.260-261.

<sup>136</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 298, julgada em 14 de abril de 1982, relator para acórdão Ministro Décio Miranda.

<sup>137</sup> European convention on state immunity, (ETS No. 74), Basle 16.V.1972.

<sup>138</sup> United nations convention on jurisdictional immunities of states and their property, doc. A/Res/59/38.

<sup>139</sup> Foreign sovereign immunities act ("FSIA"), 28 U.S.C. § 1602 *et seq.*

<sup>140</sup> State immunity act 1978 (c.33).

<sup>141</sup> Foreign states immunities act 1985 – sect 3.

<sup>142</sup> Ley 24488, publicada en: Boletín Oficial 28/06/1995 – ADLA 1995 \_ D, 4339.

## CONVENÇÃO DA ONU

### Article 13

#### Ownership, possession and use of 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 the determination of:

- (a) any right or interest of the State in, or its possession or use of, or any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, immovable property situated in the State of the forum;
- (b) any right or interest of the State in movable or immovable property arising by way of succession, gift or *bona vacantia*; or
- (c) any right or interest of the State in the administration of property, such as trust property, the estate of a bankrupt or the property of a company in the event of its winding up.

## ESTADOS UNIDOS

### 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case --

- (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;
- (2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;
- (3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States;
- (4) in which rights in property in the United States acquired by succession or gift or rights in immovable property situated in the United States are in issue;

## REINO UNIDO

6. (1) A State is not immune as respects proceedings relating to:

- (a) any interest of the State in, or its possession or use of, immovable property in the United Kingdom; or
  - (b) any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, any such property.
- (2) A State is not immune as respects proceedings relating to any interest of the State in movable or immovable property, being an interest arising by way of succession, gift or *bona vacantia*.
- (3) The fact that a State has or claims an interest in any property shall not preclude any court from exercising in respect of it any jurisdiction relating to the estates of

deceased persons or persons of unsound mind or to insolvency, the winding up of companies or the administration of trusts.

## **AUSTRÁLIA**

14 Ownership, possession and use of property etc.

(1) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) an interest of the State in, or the possession or use by the State of, immovable property in Australia; or

(b) an obligation of the State that arises out of its interest in, or its possession or use of, property of that kind.

(2) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns an interest of the State in property that arose by way of gift made in Australia or by succession.

(3) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) bankruptcy, insolvency or the winding up of a body corporate; or

(b) the administration of a trust, of the estate of a deceased person or of the estate of a person of unsound mind.

## **ARGENTINA**

Art. 2° - Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

(...)

f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentran en el territorio nacional;

Por fim, cabe aqui comentar a seção 1605 (a)(3) do FSIA americano, na qual não há imunidade de jurisdição, quando ocorrer uma tomada da propriedade com violação do direito internacional, em casos de nacionalização ou expropriação por um Estado sem o pagamento de efetiva compensação.

Três condições devem estar presentes para ser aplicada: direitos sobre propriedade devem estar envolvidos; uma expropriação contrária ao direito internacional e uma conexão jurisdicional.

No caso *Siderman de Blake*<sup>143</sup>, Jose Siderman e sua família propuseram ação em face da Argentina em virtude da tortura de Jose Siderman e expropriação de seus bens pelo governo militar argentino em 1976.

A corte de apelação entendeu que a exceção do parágrafo 1605 (a)(3) não se aplica quando o autor é um nacional do país réu no momento da expropriação porque a expropriação por um Estado soberano da propriedade de seus próprios nacionais não envolveria princípios de direito internacional. Susana Siderman de Blake, filha de Jose Siderman, todavia, por ser americana, poderia invocar essa exceção.

Para uma válida expropriação, conforme o caso *West*<sup>144</sup>, deve haver três requisitos: primeiro, a expropriação deve ter um objetivo público; segundo, os estrangeiros não devem ser discriminados; terceiro, dever haver pagamento de justa compensação.

Nesse caso, ficou claro para a corte que a finalidade era lucro, além do que houve discriminação com relação aos Siderman em virtude de serem judeus e, por fim, eles não receberam qualquer compensação pela expropriação.

Por derradeiro, Susan Siderman deve demonstrar que a propriedade expropriada é possuída ou operada por uma agência ou instrumentalidade da Argentina e que ela atua comercialmente nos Estados Unidos. Os Siderman alegam que a empresa INOSA tornou-se uma agência da Argentina, o que ficou comprovado conforme o parágrafo 1603 (b)(1) e (3) do FSIA.

Quanto à atividade comercial nos Estados Unidos, esta ficou comprovada pela hospedagem de turistas americanos e aceitação de pagamento por cartões de crédito americanos no Hotel Gran Corona de propriedade da INOSA.

Já no caso *Altmann*<sup>145</sup>, em que pinturas de Klimt foram expropriadas pelos nazistas e expostas em uma galeria na Áustria, foi julgado que a publicação de um guia do museu em

---

<sup>143</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 688(9<sup>th</sup> cir. 1992).

<sup>144</sup> *West v. Multibanco Comermex, S.A.*, 807 F.2d 820.

inglês e a propaganda nos Estados Unidos da coleção da galeria seria uma atividade comercial suficiente com relação à propriedade expropriada para adequar-se ao requisito de conexão jurisdicional.

### 3.2 Exceção comercial

Uma exceção comercial ou exceção de direito privado é reconhecida por todos os países que adotam a doutrina restritiva da imunidade do Estado. O objetivo da teoria restritiva é claro: um Estado que atua em negócios em competição com pessoas privadas deveria ser responsável nos tribunais do país do foro onde o negócio é conduzido. Dessa forma, diversas técnicas são empregadas para se distinguir entre atos públicos e privados do Estado.

Os termos usados para distinguir atos de império e atos de gestão, atos de *puissance publique* e atos de gestão ou atos de comércio não dão uma resposta certa quando aplicados a casos difíceis.

Para superar essas dificuldades, algumas técnicas e testes foram desenvolvidos:<sup>146</sup>

1. a atuação do Estado em duas capacidades;
2. a renúncia implícita;
3. a definição do ato, em que dois testes são empregados:
  - a. um ato que uma pessoa privada pode realizar;
  - b. um ato comercial;
4. três critérios são empregados para definir o ato:
  - a. o objetivo do ato realizado;
  - b. a natureza do ato;
  - c. o contexto da transação, quando os dois outros critérios falharem;

---

<sup>145</sup> *Altmann v. Republic of Áustria*, 142 F Supp. 2d 1187.

<sup>146</sup> FOX, Hazel. *The law of state immunity*, op.cit., p.502-503.

5. enumeração por:

- a. lista negativa de atos, os quais devem ser tratados como não soberanos e não imunes;
- b. lista positiva de atos os quais devem ser tratados como soberanos e, portanto, imunes;
- c. lista de ambos como indícios para guiar o tribunal do foro.

Quanto ao Estado que atuaria em duas capacidades, isso adveio por analogia. A posição do soberano como pessoa foi estendida à atividade artificial da entidade do Estado. Não seria a princípio difícil distinguir um ato em que o soberano tenha realizado para o Estado e outro em que ele tenha efetivado para fins particulares. Dessa forma, houve a distinção entre atos de poder público sobre os quais não haveria jurisdição doméstica e atos em que o Estado ou seus agentes agiriam sob o direito privado e que seriam, então, sujeitos às cortes comuns.

Com relação à definição do ato, originariamente, o critério contemplava a distinção entre um ato que uma pessoa privada poderia ou não cometer. Dessa forma, a compra de um navio de guerra não seria um ato que uma pessoa privada poderia realizar. Ao se aplicar esse critério, todavia, à compra de botas ou cigarros para o exército, ficou demonstrado tratar-se de uma simplificação e depender mais do objetivo e motivação. O foco mudou da intenção da pessoa que realizava o ato para o relacionamento da pessoa com o Estado e a forma pela qual o ato foi praticado e o critério mudou para um ato como pessoa privada e sob a forma de direito privado.

Os tribunais franceses, ao desenvolver a teoria restritiva, elaboraram a distinção entre atos de *puissance* e atos de *gestion* ou *commerce*. Foi feita referência à divisão legal interna francesa entre a competência das cortes civis e comerciais por um lado e os tribunais



administrativos pelo outro. Assim, um serviço público seria qualquer atividade de autoridade pública voltada para a satisfação de uma necessidade pública. Para essa finalidade, a autoridade deve ter que recorrer a prerrogativas que seriam excluídas em relações entre partes privadas, prerrogativas estas exorbitantes do direito comum, envolvendo forças unilaterais de coerção.

Dessa forma, o Estado estrangeiro poderia recorrer a essas prerrogativas exorbitantes da mesma forma que o Estado francês. As cláusulas são exorbitantes se forem diferentes, na sua natureza, daquelas que poderiam ser incluídas em contratos similares sob o direito civil. Pode-se dizer, ainda, que são cláusulas que se caracterizam por seu caráter incomum em um contrato de direito privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fosse nula.<sup>147</sup>

A exceção para atos comerciais é hoje reconhecida na legislação interna dos Estados Unidos, Grã-Bretanha e outros países de *common law* como em países de *civil law*. Dessa maneira, quando um Estado atua em transações comerciais, ele deixa de agir com capacidade pública e atua como um comerciante e não como um Estado soberano independente.

Ainda, como entende Guido Fernando da Silva Soares:<sup>148</sup>

igualando-se aos particulares, a Administração Pública acabaria por submeter-se, igualmente, aos controles dos Poderes Judiciários internos dos Estados, os quais já se encontravam aparelhados para, mesmo reconhecendo uma certa primazia da atuação comercial ou empresarial do Estado (suas finalidades de bem prestar um serviço público e inexistência, em princípio, de intuito de lucro em tais atividades), aceitarem a presença do mesmo, na qualidade de réus em ações judiciais, que os particulares lhe moviam. Igualmente, como já demonstrado, o intervencionismo estatal, cada vez mais abrangente nas economias internas, acabou por refletir-se nas relações comerciais internacionais, e atos negociais entre particulares e Estados estrangeiros tornaram-se freqüentes, no dia a dia do comércio internacional; destaquem-se as concessões de exploração de serviços públicos dadas a empresas estrangeiras, contratos de exploração de petróleo e de outras riquezas minerais, e, sobretudo, os serviços de crédito em que bancos estatais se encontravam envolvidos com bancos privados estrangeiros.

---

<sup>147</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.537.

<sup>148</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.182-183.

Já em 1891, uma resolução do Instituto de Direito Internacional<sup>149</sup> continha um artigo, o qual suprimia a imunidade com relação a ações ligadas a estabelecimentos comerciais, industriais ou estrada de ferro explorados pelo Estado estrangeiro no Estado do foro.

Essa noção foi depois generalizada pela *Harvard Research*<sup>150</sup>, no caso do Estado atuando com relação a negócio no território do foro do Estado, sendo industrial, comercial, financeiro. Foi incluído, também, um simples ato de compra de bens, contanto que estivesse conectado com um empreendimento de negócio.

Dessa forma, como leciona Antenor Madrugá:<sup>151</sup>

o sentido da exceção comercial à imunidade de jurisdição tem raízes na já demonstrada oposição entre os modelos liberal e intervencionista de Estado. Pela lógica liberal, o comércio, visto como atividade inerente à iniciativa privada, ao ser exercido pelo Estado desvia a finalidade da imunidade soberana. Tendo essa lógica prevalecido na formulação da teoria da imunidade soberana relativa, o exercício de ato ou transação comercial pelo Estado serviu como critério para justificar a exceção à imunidade nos casos em que o soberano exerce atividade considerada inerente à iniciativa privada (ou não inerente à atividade soberana). Assim, o conceito de *commercial transactions* no direito das imunidades não é mais que uma outra denominação, preferida pelos países de *common law*, da categoria dos atos *jure gestionis*, preferida pelos países de *civil law*, opondo-se, portanto, aos atos *jure imperii*.

Dessa maneira, a Convenção Européia da Basiléia e a da ONU sobre Imunidade de Jurisdição e várias leis estrangeiras internas excepcionam os atos comerciais:

## CONVENÇÃO EUROPÉIA DA BASILÉIA

### Article 7

1 A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it has on the territory of the State of the forum an office, agency or other establishment through which it engages, in the same manner as a

<sup>149</sup> Institut de droit international, Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers, session de Hambourg, 1891, art. 4º, III.

<sup>150</sup> *The Harvard research on competence of courts in regard to foreign states*. In: 26 AJIL 1932 (Supp.) 455.

<sup>151</sup> MADRUGA FILHO, Antenor, *op.cit.*, p.268-269.

private person, in an industrial, commercial or financial activity, and the proceedings relate to that activity of the office, agency or establishment.

## **CONVENÇÃO DA ONU SOBRE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO**

### Part III

Proceedings in which State immunity cannot be invoked

#### Article 10

Commercial transactions

1.

If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.

2.

Paragraph 1 does not apply:

(a)

in the case of a commercial transaction between States; or (b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.

3.

Where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality and is capable of:

(a)

suing or being sued; and

(b) acquiring, owning or possessing and disposing of property, including property which that State has authorized it to operate or manage, is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected.

## **ESTADOS UNIDOS**

§1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case --

(...)

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

## REINO UNIDO

- (1) A State is not immune as respects proceedings relating to:
- (a) a commercial transaction entered into by the State or
  - (b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom.
- (2) This section does not apply if the parties to the dispute are States or have otherwise agreed in writing; and subsection (1)(b) above does not apply if the contract (not being a commercial transaction) was made in the territory of the State concerned and the obligation in question is governed by its administrative law.
- (3) In this section "commercial transaction" means--
- (a) any contract for the supply of goods or services;
  - (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
  - (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority;

## AUSTRÁLIA

11. (1) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns a commercial transaction.

## ARGENTINA

Art. 2º - Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

(...)

- (c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;

O SIA inglês, na alínea “c” do art.3º alarga o conceito de *commercial transaction* para além dos seus próprios limites quando abrange sob esse mesmo rótulo outras atividades além das comerciais. Haveria, então, pouco ou nenhum avanço na solução dos problemas que atingem a distinção entre atos de império e atos de gestão pelo recurso à simples qualificação da exceção comercial. Por isso, os Estados que previram em lei interna a imunidade de

jurisdição dos Estados tiveram a necessidade de explicar o significado de *commercial transaction*.<sup>152</sup>

O FSIA também previu uma exceção para atividade comercial, desde que sujeita a certa conexão de jurisdição com os Estados Unidos (art.1603, “d” e “e”), definindo uma atividade comercial como uma determinada trajetória de conduta ou uma transação comercial particular ou ato, mas não deu uma definição de que seja comercial. O lucro e a conduta da transação de acordo com práticas comerciais seriam auxílios para isso.

Dessa forma, a evolução da teoria da imunidade relativa estaria ligada à distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*. Acontece que a conceituação de atos governamentais *jure gestionis* exige um julgamento de valor que depende da filosofia política que se adote quanto à esfera específica da atividade estatal e das prioridades da política governamental.<sup>153</sup>

Ora, conforme critica Antenor Madrugá:<sup>154</sup>

Se o critério para distinguir atos de império e atos de gestão pertence ao campo da filosofia política, como afirma Dolinger, não poderia ser ele aplicado pelo juiz – a quem não compete definir as opções políticas da Nação – para separar as causas jurisdicionáveis contra Estados estrangeiros das que estão imunes à jurisdição territorial.

E ainda que se admita, apenas para argumentar, que a globalização conduzirá à homogeneização político-econômica mundial, quando o papel do Estado seria idêntico em todas as nações, não se pode afirmar, hoje, a existência de uma uniformidade conceitual que permita deduzir um costume internacional normativo baseado na classificação dicotômica entre atos de império e atos de gestão. Ou seja, a norma internacional que simplesmente reservasse a imunidade de jurisdição para os atos de império, dispensando-a para os atos de gestão, seria compreendida de tantas maneiras quantos fossem os modelos político-econômicos possíveis. A qualificação dessa norma pela China não seria idêntica à que fariam os Estados Unidos. Até a qualificação no âmbito de um mesmo Estado poderia ser diferente em virtude de mudança na direção política de sua nação ao passar, por exemplo, de um governo de direita para um governo de esquerda.

Há, portanto, dois critérios para se distinguir esses atos. Um caracteriza o ato por sua natureza jurídica, rejeitando imunidade às atividades também realizadas pelos particulares. Já

<sup>152</sup> MADRUGA FILHO, Antenor. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.269.

<sup>153</sup> DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. In: revista de informação legislativa, ano 19, nº76 (out./dez. 1982), p.8-9.

<sup>154</sup> MADRUGA FILHO, Antenor, *op. cit.*, p.246.

o outro adota a finalidade do ato, dando imunidade aos atos ligados a funções públicas. Os resultados oriundos de cada um desses critérios costumam ser diferentes. Dessa forma, os tribunais que adotam o teste da finalidade decidirão que o suprimento de cigarro para um exército estrangeiro seria uma transação imune à jurisdição, uma vez que todo fornecimento a um exército seria exercício de uma função estatal. Já por outro lado, o fornecimento de couro para um exército estrangeiro, pelo teste da natureza do ato não seria imune em função da essência privado do contrato.<sup>155</sup>

No que concerne a natureza do ato, a seção 1603 (d) do FSIA expressamente diz que o caráter comercial de uma atividade deve ser determinado pela referência à natureza da conduta ou transação particular ao invés da referência ao seu objetivo. Assim, os tribunais americanos têm recorrido à consideração da finalidade tão-somente se for absolutamente necessário para definir a natureza do ato em questão.

Com relação à natureza do ato, deve-se atentar também para a questão do momento em que a natureza da transação deve ser determinada.

Dessa forma, essa questão pode surgir quando uma transação comercial inicial se sujeita a atos governamentais ou quando um ato de autoridade se transforma em uma atividade comercial.

No caso *I Congreso del Partido*<sup>156</sup>, no Reino Unido, a maioria dos Lordes julgou que a atividade comercial de transporte de uma carga de açúcar para entrega no Chile seria comercial na essência, embora tenha terminado por razões políticas, em função do término das relações de Cuba com o Chile por causa do golpe de direita nesse país.

Já no caso *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*<sup>157</sup>, também no Reino Unido, os atos eram inicialmente atos de império - sendo a invasão do Kuwait pelo Iraque e a tomada da aeronave pertencente a Kuwait civil airlines - mas a maioria dos Lordes

<sup>155</sup> DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*, op.cit., p.9.

<sup>156</sup> [1983] 1 AC 244; [1981] 2 All ER 1062, HL; 64 ILR 307.

<sup>157</sup> [1995] 3 ALL ER 694, HL; 103 ILR 340.

julgou que a transferência do título do avião roubado por um decreto para a *Iraq Airways*, uma agência estatal, teria mudado a natureza dos atos, fazendo com que a incorporação do avião kuwaitiano à frota iraquiana fosse parte da atividade comercial de uma linha aérea comercial.

Quanto à Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdição<sup>158</sup>, houve também uma intensa discussão acerca do critério para determinar o caráter comercial de um contrato ou transação comercial no grupo de trabalho criado pela Comissão de Direito Internacional da ONU na sessão de 07 de maio de 1999 para atender à Assembléia Geral, elaborando comentários ao projeto de convenção internacional sobre imunidades dos Estados e sua propriedade. A redação final da convenção ficou da seguinte forma:

Article 2

Use of terms

1.

For the purposes of the present Convention:

(...)

(c)

“commercial transaction” means:

(i)

any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;

(ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.

2.

In determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.

3.

The provisions of paragraphs 1 and 2 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in other international instruments or in the internal law of any State.

<sup>158</sup> United nations convention on jurisdictional immunities of states and their property, doc. A/Res/59/38.

Desse modo, o relatório<sup>159</sup> do grupo de trabalho descreve a evolução do tema. O projeto de artigos da comissão na sua 43ª sessão iniciou pelo ponto de vista que um Estado goza de imunidade de jurisdição restrita, a saber, não deveria haver imunidade de jurisdição, quando um Estado realiza uma atividade comercial. Nesse sentido, a questão seria saber o que seria atividade comercial para a finalidade de imunidade estatal.

Com relação a isso, alguns Estados entendem que somente a natureza da atividade deveria ser tomada em consideração para se determinar se ela seria comercial ou não.

Já outros Estados acham que o critério da natureza sozinho nem sempre permitiria que um tribunal chegasse à conclusão de que uma atividade seria comercial ou não.

Assim, o primeiro projeto de convenção sobre imunidade de jurisdição da ONU, em 1986, previa:

Art.3º

2. in determining whether a contract for the sale or purchase of goods or the supply of services is commercial, reference should be made primarily to the nature of the contract, but the purpose of the contract should also be taken into account if, in the practice of that State, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract.

O grupo de trabalho concluiu, dessa forma, que em alguns casos deve-se analisar, além da natureza, a finalidade do ato e o contexto em que a atividade foi realizada:

48. Public, sovereign and governmental acts, which only a State could perform and which are core government functions, have been found not to be commercial acts. By contrast, acts that may be, and often are, performed by private actors and which are detached from any exercise of governmental authority are likely to be found to be commercial acts. One case has articulated those propositions in the form of a test, namely, whether the relevant act giving rise to the proceedings was of a private law character or came within the sphere of governmental activities. Another case has suggested that the “private person” test for sovereign immunity should be restricted to the trading context in which it was developed.

49. Many of the cases examined took the approach that the purpose of the activity is not relevant to determining the character of a contract or transaction and that it is the

---

<sup>159</sup> UN report of the working group on jurisdictional immunities of States and their property. Documento A/CN.4/L.576, 1999.



nature of the activity itself which is the decisive factor. Nevertheless, some cases under different national legal orders have emphasized that it is not always possible to determine whether a State was entitled to sovereign immunity by assessing the nature of the relevant act. This is because, it is said, the nature of the act may not easily be separated from the purpose of the act. In such circumstances, it has sometimes been held to be necessary to examine the motive of the act. Sometimes, even where motive and purpose are judged irrelevant to determining the commercial character of an activity, reference has been made to the context in which the activity took place.

50. It is the nature of the activity which is relevant to the claim that is important, rather than the nature of other activities engaged in by the entity. Thus, it is not sufficient that the entity in issue engages in some form of commercial activity unrelated to the claim. In other words, there must be a nexus between the commercial activity and the cause of action. The cause of action has to arise out of the commercial transaction in a relevant way. The mere fact that an entity has engaged in commercial activity on other occasions does not mean that it cannot claim immunity in a given case.

51. In some States, the location of the activity is treated as important either because it is a separate requirement for jurisdiction or it is seen as relevant to the characterization of the transaction as commercial. In such case, the exception to immunity on the ground of commercial activity may not apply if there is no connection or nexus between the commercial activity and the State in whose courts the question is being considered.

52. It may also be important to examine the activity in the context of all the relevant circumstances, for example, the entire course of conduct, to determine whether it is a sovereign or commercial activity. Thus the purchase of services may appear on its face to be a commercial activity but looked at in context it may be apparent that it is a non-commercial activity.

O grupo de trabalho analisou, então, sete opções:

- a) o teste da natureza como único critério;
- b) o teste da natureza como critério primário;
- c) ênfase primária no teste da natureza suplementada pelo teste da finalidade com a declaração de cada Estado sobre sua normas internas legais ou política;
- d) ênfase primária no teste da natureza suplementada pelo teste da finalidade;
- e) ênfase primária no teste da natureza suplementada pelo teste da finalidade com algumas restrições sobre a extensão da finalidade ou com alguma enumeração da finalidade. Tais restrições ou enumerações deveriam ser mais amplas do que simples referência a motivos humanitários;
- f) referência no artigo 2º somente a contratos ou transações comerciais, sem mais explicação;

g) adoção do enfoque seguido pelo Instituto de Direito Internacional nas suas recomendações de 1991, as quais são baseadas na enumeração de critérios e ponderação de princípios, com o fito de definir a competência do tribunal com relação a imunidade jurisdicional em um dado caso.

O grupo de trabalho achou que a opção “f”, isto é, a supressão do parágrafo 2 seria o mais aceitável:

As a result of this examination and in view of the differences of the facts of each case as well as the different legal traditions, the members of the working group felt that alternative (f) above, i.e. deletion of paragraph 2, was the most acceptable. It was felt that the distinction between the so-called nature and purpose tests might be less significant in practice than the long debate about it might imply. It was noted that some of the criteria contained in the draft article of the Institute of International Law could serve as useful guidance to national courts and tribunals in determining whether immunity should be granted in specific instances.

No final, todavia, a Convenção acabou por adotar o critério da natureza com o critério da finalidade como suplementar, conforme o seu art.2, 2.

Assim, de acordo com os comentários ao art. 2,2 da comissão de direito internacional da ONU<sup>160</sup>:

(25) In order to provide guidance for determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" under paragraph 1 (c), two tests are suggested to be applied successively. In the first place, reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction. If it is established that it is non-commercial or governmental in nature, there would be no necessity to enquire further as to its purpose.

(26) However, if after the application of the "nature" test, the contract or transaction appears to be commercial, then it is open to the defendant State to contest this finding by reference to the purpose of the contract or transaction if in its practice, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction. This two-pronged approach, which provides for the consideration not only of the nature, but in some instances also of the purpose of the contract or transaction, is designed to provide an adequate safeguard and protection for developing countries, especially in their endeavours to promote national economic development.

<sup>160</sup> UN report of the working group on jurisdictional immunities of States and their property. Documento A/CN.4/L.576, 1999.

Defendant States should be given an opportunity to prove that, in their practice, a given contract or transaction should be treated as non-commercial because its purpose is clearly public and supported by *raison d'Etat*, such as the procurement of food supplies to feed a population, relieve a famine situation or revitalize a vulnerable area, or supply medicaments to combat a spreading epidemic, provided that it is the practice of that State to conclude such contracts or transactions for such public ends. It should be noted, however, that it is the competent court, and not the defendant State, which determines in each case the commercial or non-commercial character of a contract or transaction taking into account the practice of the defendant States. Some delegations in the Sixth Committee as well as members of the Commission stated that they would have preferred to exclude the reference to the purpose test which, in their view, was liable to subjective interpretation.

(27) Controversies have loomed large in the practice of States, as can be seen from the survey of State practice contained in the commentary to article 10. Paragraph 2 of article 2 is aimed at reducing unnecessary controversies arising from the application of a single test, such as the nature of the contract or transaction, which is initially a useful test, but not by any means a conclusive one in all cases. This provision is therefore designed to provide a supplementary standard for determining, in certain cases, whether a particular contract or transaction is "commercial" or "non-commercial". The "purpose" test should not therefore be disregarded totally. A balanced approach is thus ensured by the possibility of reference, as appropriate, to the criterion of the purpose, as well as that of the nature, of the contract or transaction.

(28) What is said above applies equally to a contract for the sale of goods or the supply of services or to other types of commercial transactions as defined in article 2, paragraph 1 (c). For instance, a contract of loan to make such a purchase or a contract of guarantee for such a loan could be non-commercial in character, having regard ultimately also to the public purpose for which the contract of purchase was concluded. For example, a contract of guarantee for a loan to purchase food supplies to relieve famine would usually be non-commercial in character because of its presumably public purpose.

### 3.3 Exceção trabalhista

Dentre os principais trabalhos sobre imunidade estatal, a exceção trabalhista ora vem sendo tratada de forma separada, ora sob a rubrica de transações comerciais sem reconhecimento de sua natureza distinta.

A exceção é relacionada a um contrato de trabalho ou serviço entre um Estado e uma pessoa natural para um trabalho a ser executado no todo ou em parte no território de outro Estado.

Dessa maneira, dois Estados soberanos são envolvidos: o Estado empregador e o Estado do foro. Conseqüentemente, dois sistemas legais competem para a aplicação de suas leis respectivas.

Por um lado, o Estado empregador teria interesse na aplicação de sua lei no que se refere à seleção, recrutamento e nomeação do empregado pelo Estado ou um dos seus órgãos, agindo no exercício de autoridade governamental.

Por outro lado, o Estado do foro parece ter jurisdição exclusiva no que concerne à sua força de trabalho local em questões relacionadas a seguro médico, seguro contra certos riscos, salário mínimo, direito ao descanso, férias com pagamento, indenização a ser paga no fim do contrato de trabalho etc. O fundamento para a jurisdição seria a conexão territorial entre os contratos de trabalho e o Estado do foro.

Assim, em regra, os tribunais dos Estados têm usado o critério dicotômico *jure imperii/jure gestionis* para considerar se o Estado estrangeiro, por meio de um contrato de trabalho, estaria realizando uma atividade privada ou soberana. Deve-se ressaltar, entretanto, que há vários critérios para se afastar ou manter a imunidade de jurisdição do Estado empregador: local de emprego, *status* do empregado, nexo territorial entre o foro, o empregado e o contrato de trabalho e, por fim, a natureza da ação.<sup>161</sup>

Pelo primeiro critério, deve-se olhar para o local ou contexto do emprego. Dessa forma, se um empregado de qualquer nível está trabalhando em um alto contexto soberano como, por exemplo, uma base militar ou uma embaixada, a imunidade deveria ser concedida com fulcro em que qualquer investigação nas atividades do Estado estrangeiro nesses lugares seria muito intrusiva.

Pelo segundo critério, deve-se verificar o *status* do empregado, a saber, somente haveria imunidade no caso de empregados de nível mais alto em função de estarem mais próximos do núcleo soberano do Estado estrangeiro. Por outro lado, empregados que realizam atividades domésticas simples são pouco diferentes de outros da iniciativa privada e deveriam ter o direito de processar o Estado estrangeiro.

---

<sup>161</sup> GARNETT, Richard. *State immunity in employment matters*. In: international and comparative law quarterly, vol.46, janeiro 1997, p.83-85.

Pelo terceiro critério, deve-se dar ênfase ao nexó territorial entre o foro, o empregado e o contrato de trabalho. Esse critério decorre da doutrina da jurisdição estatal, por meio da qual cada foro municipal teria uma conexão adequada com o tema ou partes da ação antes que possa exercer jurisdição em questões civis ou criminais. Pelo princípio da territorialidade o Estado do foro protege os seus nacionais e residentes quando processam um Estado estrangeiro como empregados deste e quando o contrato de trabalho tiver uma conexão com o Estado do foro.

Pelo quarto critério, utiliza-se a natureza da reclamação. Dessa forma, devem-se distinguir ações cuja natureza pode intrometer-se com a soberania do Estado estrangeiro e ações que são relacionadas somente com o aspecto econômico da relação de emprego.

Com relação às primeiras, pode-se mencionar ações propostas por sindicatos visando à proteção sindical para certos empregados e ações que envolvem investigação ligada à segurança estatal, quanto à prática de emprego e política de um Estado estrangeiro, o que seria incompatível com a soberania estatal.

Já quanto às segundas, seriam ações ligadas, por exemplo, à falta de pagamento de salários, não havendo afronta à soberania do Estado.

Esses quatro critérios não devem ser considerados mutuamente excludentes.

A exceção trabalhista vem sendo aceita pelas convenções européia e da ONU, além das leis internas de vários Estados. Ela representa o equilíbrio entre os interesses do Estado empregador e do Estado do foro.

Eis alguns diplomas legais que a prevêm:

## **CONVENÇÃO EUROPÉIA**

### Article 5

1 A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a contract of employment

between the State and an individual where the work has to be performed on the territory of the State of the forum.

2 Paragraph 1 shall not apply where:

a the individual is a national of the employing State at the time when the proceedings are brought;

b at the time when the contract was entered into the individual was neither a national of the State of the forum nor habitually resident in that State; or

c the parties to the contract have otherwise agreed in writing, unless, in accordance with the law of the State of the forum, the courts of that State have exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter.

3 Where the work is done for an office, agency or other establishment referred to in Article 7, paragraphs 2.a and b of the present article apply only if, at the time the contract was entered into, the individual had his habitual residence in the Contracting State which employs him.

## CONVENÇÃO DA ONU

### Article 11

#### Contracts of employment

1. 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 a contract of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) the employee has been recruited to perform particular functions in the exercise of governmental authority;

(b) the employee is:

– 6 –

(i) a diplomatic agent, as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961;

(ii) a consular officer, as defined in the Vienna Convention on Consular Relations of 1963;

(iii) a member of the diplomatic staff of a permanent mission to an international organization or of a special mission, or is recruited to represent a State at an international conference; or

(iv) any other person enjoying diplomatic immunity;

(c) the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual;

(d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State;

(e) the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum; or

(f) the employer State and the employee have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter of the proceeding.

## REINO UNIDO

4.--(1) A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below, this section does not apply if--

(a) at the time when the proceedings are brought the individual is a national of the State concerned; or

(b) at the time when the contract was made the individual was neither a national of the United Kingdom nor habitually resident there; or

(c) the parties to the contract have otherwise agreed in writing.

(3) Where the work is for an office, agency or establishment maintained by the State in the United Kingdom for commercial purposes, subsection (2)(a) and (b) above do not exclude the application of this section unless the individual was, at the time when the contract was made, habitually resident in that State.

(4) Subsection (2)(c) above does not exclude the application of this section where the law of the United Kingdom requires the proceedings to be brought before a court of the United Kingdom.

(5) In subsection (2)(b) above "national of the United Kingdom" means a citizen of the United Kingdom and Colonies, a person who is a British subject by virtue of section 2, 13 or 16 of the British Nationality Act 1948 or by virtue of the British Nationality Act 1965, a British protected person within the meaning of the said Act of 1948 or a citizen of Southern Rhodesia.

(6) In this section "proceedings relating to a contract of employment" includes proceedings between the parties to such a contract in respect of any statutory rights or duties to which subject as employer or employee.

## AUSTRÁLIA

### 12 Contracts of employment

(1) A foreign State, as employer, is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns the employment of a person under a contract of employment that was made in Australia or was to be performed wholly or partly in Australia.

(2) A reference in subsection (1) to a proceeding includes a reference to a proceeding concerning:

(a) a right or obligation conferred or imposed by a law of Australia on a person as employer or employee; or

(b) a payment the entitlement to which arises under a contract of employment.

(3) Where, at the time when the contract of employment was made, the person employed was:

(a) a national of the foreign State but not a permanent resident of Australia; or

(b) an habitual resident of the foreign State; subsection (1) does not apply.

(4) Subsection (1) does not apply where:

(a) an inconsistent provision is included in the contract of employment; and

(b) a law of Australia does not avoid the operation of, or prohibit or render unlawful the inclusion of, the provision.

(5) Subsection (1) does not apply in relation to the employment of:

(a) a member of the diplomatic staff of a mission as defined by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, being the Convention the English text of which is set out in the Schedule to the *Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967*; or

(b) a consular officer as defined by the Vienna Convention on Consular Relations, being the Convention the English text of which is set out in the Schedule to the *Consular Privileges and Immunities Act 1972*.

(6) Subsection (1) does not apply in relation to the employment of:

- (a) a member of the administrative and technical staff of a mission as defined by the Convention referred to in paragraph (5)(a); or
- (b) a consular employee as defined by the Convention referred to in paragraph (5)(b); unless the member or employee was, at the time when the contract of employment was made, a permanent resident of Australia.

(7) In this section, permanent resident of Australia means:

- (a) an Australian citizen; or
- (b) a person resident in Australia whose continued presence in Australia is not subject to a limitation as to time imposed by or under a law of Australia.

## **ARGENTINA**

Art. 2º. Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

(...)

- d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

Como se pode verificar da legislação acima, há a necessidade de uma ligação territorial com o local de exercício do trabalho no todo ou em parte no território do Estado do foro.

No caso do Reino Unido, a seção 4 da lei britânica consigna uma presunção geral de não-imunidade quanto ao Estado estrangeiro, quando o contrato trabalhista for realizado no todo ou em parte no território britânico. A imunidade é, todavia, restaurada em certas circunstâncias, como quando o empregado é um membro de uma missão diplomática ou consular, de acordo com o significado das Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares. Dessa forma, o art.1º de ambas as convenções define membro da missão incluindo pessoal administrativo e técnico. A intenção seria criar, então, um forma de imunidade absoluta para Estados estrangeiros com relação a todas as ações de empregados de embaixadas e consulados, sem levar em conta a nacionalidade do empregado e a sua posição.

Já a Austrália adota uma posição intermediária na medida em que divide os empregados das missões diplomáticas e consulares em dois grupos: aqueles em posição executiva e aqueles que têm papel administrativo de rotina.



No primeiro grupo, a imunidade é absoluta, pois a atividade está ligada a uma atuação vinculada à soberania estatal. Já no segundo grupo, a imunidade só será aplicada quando o empregado não seja um residente permanente do foro, conforme seção 12, 6, “a” e “b”.

Dessa forma, a lei australiana conjuga três critérios acima mencionados: primeiro, com relação ao local de trabalho, sendo uma embaixada ou consulado, a imunidade é absoluta, quando se tratar de diplomatas ou cônsules. Segundo, no que tange ao *status* do empregado, os outros empregados da missão podem processar o Estado desde que tenham residência no foro, aplicando-se aí o critério da territorialidade.

Quanto à Convenção Européia, ela prevê a exceção trabalhista à imunidade de jurisdição no art.5º, o qual cria uma presunção de não-imunidade quando o contrato deve ser executado no Estado do foro.

A imunidade é, entretanto, mantida quando o empregado é um nacional do Estado estrangeiro ao tempo do processo ou não era um nacional ou residente permanente do foro ao tempo da realização do contrato. Assim, ao contrário da legislação britânica, não há previsão de imunidade absoluta quando o empregado trabalha em missão consular ou diplomática.

Na Convenção sobre Imunidade de Jurisdição da ONU<sup>162</sup>, há, também, hipóteses em que a imunidade estatal ainda é preservada. O primeiro caso é das pessoas que exercem funções relacionadas com a segurança ou interesses básicos do Estado. Sobre esse tema, dispuseram os comentários sobre o projeto de artigos sobre imunidade de jurisdição dos Estados da ONU de 1991<sup>163</sup>:

(9) Paragraph 2 (a) enunciates the rule of immunity for the engagement of government employees of rank whose functions are closely related to the exercise of governmental authority. Examples of such employees are private secretaries, code clerks, interpreters, translators and other persons entrusted with functions related to State security or basic interests of the State.<sup>145</sup> Officials of established accreditation are, of course, covered by this subparagraph. Proceedings relating to their contracts

---

<sup>162</sup> United nations convention on jurisdictional immunities of states and their property, doc. A/Res/59/38.

<sup>163</sup> Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, with commentaries. International law commission, forty-third session, ONU, 1991.

of employment will not be allowed to be instituted or entertained before the courts of the State of the forum.

The Commission on second reading considered that the expression "services associated with the exercise of governmental authority" which had appeared in the text adopted on first reading might lend itself to unduly extensive interpretation, since a contract of employment concluded by a State stood a good chance of being "associated with the exercise of governmental authority", even very indirectly. It was suggested that the exception provided for in subparagraph (a) was justified only if there was a close link between the work to be performed and the exercise of governmental authority. The word "associated" has therefore been amended to read "closely related". In order to avoid any confusion with contracts for the performance of services which were dealt with in the definition of a "commercial transaction" and were therefore covered by article 11, the word "services" was replaced by the word "functions" on second reading.

No caso escola saudita de Paris<sup>164</sup>, em 2003, uma professora de árabe na escola saudita em Paris ajuizou ação em face do Estado saudita, em função desse Estado recusar-se a afiliá-la aos organismos sociais franceses e de lhe pagar diversas prestações sociais, além de perdas e danos.

Tratava-se de um contrato de trabalho com duração de um ano, com prorrogação tácita a cada ano que foi concluído no dia 16 de setembro de 1993 entre Naira Kamel, de nacionalidade egípcia e a embaixada da Arábia Saudita para o ensino da língua árabe na escola saudita em Paris criada pelo Estado saudita e destinada às crianças dos membros do pessoal diplomático.

Esse contrato possuía duas cláusulas originais: uma prevendo a extinção do contrato por interesse público e a outra sobre a solução de qualquer litígio pelo gabinete de função pública da Arábia Saudita.

A corte de cassação entendeu ser inoperante o critério formalista referente à natureza das disposições do contrato de trabalho.

Com relação à primeira cláusula, entendeu que a extinção do contrato por interesse público não estava sendo discutida.

Já no que concerne a segunda cláusula, ela poderia ser vista como uma violação ao direito de acesso a um tribunal. Em segundo lugar, a derrogação por convenção escrita da não

---

<sup>164</sup> *X v. escola saudita em Paris*, corte francesa de cassação, câmara mista, 20 de junho de 2003.

imunidade do Estado com relação a questões trabalhistas estaria sob a reserva de considerações de ordem pública, conforme previsto na Convenção da ONU sobre imunidade de jurisdição, art.11, parágrafo 2, alínea “e”. E as disposições sobre direito do trabalho na França têm caráter de ordem pública e a vontade das partes não pode prevalecer.

A originalidade desse caso foi que a corte de cassação entendeu aplicar o benefício da imunidade de jurisdição somente aos atos que participam do exercício da soberania do Estado sem tomar em conta se seria por sua natureza ou finalidade que o ato seria soberano.

A outra novidade foi que a corte utiliza esse critério sem se referir ao contrato de trabalho, mas analisando a recusa pela embaixada saudita de filiar a professora ao regime francês. Assim, a recusa da embaixada não tem o caráter de um ato *jure imperii*, realizado no interesse de um objetivo de interesse público, e no exercício da soberania do Estado estrangeiro, mas, sim, de ato de gestão.<sup>165</sup>

A imunidade também é mantida se o empregado não for nem um nacional ou residente do Estado do foro ao tempo da conclusão do contrato de trabalho ou for um nacional do Estado empregador quando da instauração do processo trabalhista. Isso evitaria que litigantes potenciais mudassem suas nacionalidades ou estabelecessem residência permanente ou habitual no Estado do foro para retirar a imunidade do Estado empregador. Dessa forma, a proteção do Estado do foro compreenderia nacionais desse Estado e não nacionais que residem nesse Estado habitualmente.

Há, ainda, imunidade com relação ao exercício discricionário referente à nomeação pelo Estado de um indivíduo para um emprego, pois é considerado um ato unilateral de autoridade governamental, assim como a despedida ou remoção de um empregado.

<sup>165</sup>GOUTTES, Régis. *L'apport de l'arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation de 20 juin 2003 dans la problématique de l'immunité de juridiction des États étrangers. In: droit des immunités et exigences du procès*

No caso *Fogarty*<sup>166</sup>, a reclamante de nacionalidade irlandesa começou a trabalhar como assistente administrativo na embaixada dos Estados Unidos em Londres. Ela foi demitida de seu trabalho em 1995 e ajuizou ação em face dos Estados Unidos alegando que sua demissão tinha sido em virtude de discriminação sexual conforme prevista no *Sex Discrimination Act* de 1975.

Posteriormente, quando ainda pendente sua ação, ela obteve mais um contrato pelo tempo de 12 meses também como assistente administrativo na embaixada americana. Ao fim desse contrato, ela tentou novo contrato com a embaixada e não conseguiu. Em função disso, ela ingressou com outra ação em face dos Estados Unidos pela recusa da embaixada de recontratá-la como consequência de sua vitória na ação de discriminação sexual.

A corte observou que parece haver uma tendência em direito internacional em comparado no sentido de limitar a imunidade estatal com respeito a questões trabalhistas. Quando o processo se relaciona a emprego em uma missão estrangeira ou embaixada, a prática internacional estaria dividida sobre a questão se a imunidade continua a aplicar-se e se se aplica, se cobriria questões relacionadas a contratos de toda a equipe ou somente membros mais antigos da missão.

A corte observou, ainda, que as questões trazidas não tratam de direitos contratuais de um empregado da embaixada, mas sim relacionadas com discriminação no processo de recrutamento. E questões referentes a recrutamento de pessoas em missões e embaixadas envolveriam pela sua natureza assuntos sensíveis e confidenciais relacionados à política de um Estado estrangeiro. A corte concluiu, portanto, que não houve denegação de acesso à justiça.

---

<sup>166</sup> *Fogarty v. Pedone*, *Annuaire de Droit International*, 1999, p. 40. Application n.37112/97, 21 novembro 2001.

### 3.4 Exceção de responsabilidade civil

Essa exceção destina-se a indivíduos que sofrem danos pessoais, morte, dano ou perda de propriedade decorrentes de ato ou omissão atribuíveis ao Estado estrangeiro. Uma vez que o ato danoso ou omissão tenha ocorrido no território do Estado do foro, a lei aplicável é a *lex loci delicti commissi* e o tribunal mais conveniente seria aquele do Estado onde o delito ocorreu. Assim, um tribunal fora da cena do delito poderia ser tido como um *forum non conveniens*. Ademais, o indivíduo que sofreu o dano ficaria sem recurso à justiça se o Estado tivesse direito de invocar sua imunidade de jurisdição.<sup>167</sup>

Essa exceção foi prevista nas Convenções européia e da ONU, leis internas dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália e Argentina:

#### CONVENÇÃO EUROPÉIA

##### 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.

#### CONVENÇÃO DA ONU

##### 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.

---

<sup>167</sup> Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, with commentaries. International law commission, forty-third session, ONU, 1991, p.44.

## **ESTADOS UNIDOS**

1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case –

(...)

(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to:

(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights;

## **REINO UNIDO**

5. A State is not immune as respects proceedings in respect of:

(a) death or personal injury; or

(b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom.

## **AUSTRÁLIA**

13 Personal injury and damage to property

A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) the death of, or personal injury to, a person; or

(b) loss of or damage to tangible property; caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia.

## **ARGENTINA**

Art. 2º - Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

(...)

Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

Quanto à extensão dos danos, o art.12 da Convenção da ONU visou principalmente à morte acidental ou ferimento físico a pessoas ou prejuízo à propriedade envolvendo acidentes de tráfego, tais como carros, motos, locomotivas ou barcos, ou seja, riscos passíveis de seguro.

Além disso, o alcance desse artigo abrangeria também dano físico intencional, dano malicioso à propriedade, incêndio premeditado e até mesmo homicídio, incluindo assassinato político.<sup>168</sup>

Com relação a esse último item, há o caso *Letelier*<sup>169</sup>, decidido nos Estados Unidos, no qual se buscou a compensação financeira para as mortes de Orlando Letelier, ex-embaixador chileno e Ronni Moffitt em função de uma bomba supostamente colocada no carro de Letelier pelo governo chileno.

O Chile, inicialmente, negou que tivesse participado nos eventos que resultaram nas duas mortes e, além disso, afirmou que, mesmo que tivesse, a corte americana não teria jurisdição para julgar, pois a exceção de responsabilidade civil não abrangeria assassinatos políticos em função de seu caráter governamental.

Como fundamento para isso, o Chile utiliza-se do histórico legislativo do FSIA, no qual consta que a exceção de responsabilidade civil seria direcionada principalmente para problemas de acidentes automobilísticos.

O tribunal começa, então, a fazer uma interpretação das palavras da lei. Dessa forma, ao analisar o art.1605 (a) (5), ele não verifica que os únicos atos a que a lei faz referência seriam aqueles classificados como privados.

De acordo com os relatórios dos comitês do Congresso, a lei é feita de forma genérica de maneira a abranger todas as ações de reparação civil, com finalidade de dar compensação para a vítima de acidente automobilístico ou outro ato não-comercial.

---

<sup>168</sup> Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, with commentaries. International law commission, forty-third session, ONU, 1991, p.45.

<sup>169</sup> *Letelier*, 488 F. Supp.665 (March 11 1980).

Por outro lado, as únicas exceções à exceção de responsabilidade civil estão reguladas na própria seção 1605 (a) (5), (A) e (B). Dessa maneira, o tribunal inicialmente rejeitou o item “B”, referente a abuso do processo, acusação maliciosa etc.

Restou examinar, então, o exercício de função discricionária. A corte entendeu, por fim, que não há discricionariedade para cometer-se um ato ilegal. Ademais, um Estado estrangeiro não teria discricionariedade para cometer uma conduta que resulte no assassinato de um indivíduo, o que seria contrário aos preceitos da humanidade reconhecidos tanto no direito nacional quanto no direito internacional.

Existe, ainda, o caso *Liu*,<sup>170</sup> em que Henry Liu foi assassinado em Daly City, Califórnia por pessoas a mando de Wong, diretor do escritório de inteligência da República da China.

Helen Liu, sua viúva, ajuizou ação de reparação civil pela morte de seu marido que ocorreu dentro dos Estados Unidos, com base na seção 1605 (a) (5) do SIA, o qual retira a imunidade tanto para o Estado estrangeiro como para os seus agentes que agem dentro dos limites de sua função. Helen Liu alegou, então, os dois motivos, a saber, que a República da China estava envolvida na conspiração para matar Henry Liu e que Wong havia agido dentro dos limites de seu cargo ao ordenar o assassinato.

A corte, assim, concluiu que a República da China seria responsável sob a teoria de *respondeat superior*, pois um empregador é responsável pelas ações dos seus empregados cometidas dentro dos limites do seu emprego.

A corte passa, em seguida, a analisar se a conduta de Wong estaria abrangida pela exceção de função discricionária do ato. Para tanto, utiliza-se do caso *Berkovitz v. United States*<sup>171</sup>, no qual a Suprema Corte estabeleceu dois requisitos para saber se o ato do empregado encaixa nessa exceção.

---

<sup>170</sup> *Liu v. Republic of Chile*, 892 F2d 1419.

<sup>171</sup> U.S. Supreme Court, *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988).



Primeiro, as cortes devem determinar se o empregado do governo tinha discricção para agir. Assim, se a conduta do empregado não pode ser o produto de julgamento ou escolha, logo não haveria discricionariiedade na conduta.

Segundo, se a ação envolve alguma discricção, então as cortes têm que determinar se o exercício dessa discricionariiedade é baseado em orientação social, econômica ou política.

Essa exceção seria inaplicável porque, nesse caso, Wong não teria discricionariiedade de violar sua lei interna que proíbe assassinato.

Pode-se constatar, dessa forma, pela análise das convenções européia e da ONU sobre imunidade de jurisdição, além das leis internas dos Estados Unidos e do Reino Unido, que não haveria distinção para permitir a exceção de responsabilidade civil tanto para atos de império como para atos de gestão. Assim, a prática das cortes americanas demonstra que a exceção de responsabilidade civil é independente da regra de atividades comerciais e não segue, necessariamente, a distinção estabelecida entre atos públicos e privados de Estados estrangeiros. Deve ficar claro que essa exceção abre o caminho para ações de responsabilidade civil em face de Estados estrangeiros mesmo se os atos tiverem sido cometidos no exercício de função governamental.<sup>172</sup> Os casos *Letelier*<sup>173</sup> e *Liu*<sup>174</sup> servem de exemplo para corroborar essa afirmação.

Cabe ressaltar, todavia, que em alguns casos tem havido a distinção entre atos de império e atos de gestão. No caso *Littrell v. Estados Unidos*<sup>175</sup>, julgado no Reino Unido, referente à negligência médica com relação a membros das forças armadas, a corte de apelação adotou o critério de distinção entre atos públicos e privados, referindo-se ao contexto total, ao lugar e às pessoas.

---

<sup>172</sup> SCHREUER, Christoph H. *State immunity: some recent developments*. Cambridge: Cambridge university press, 1988, p.49-50.

<sup>173</sup> *Letelier*, 488 F. Supp.665 (March 11 1980).

<sup>174</sup> *Liu v. Republic of Chile*, 892 F2d 1419.

<sup>175</sup> *Littrell v. USA* (Nº2) [1994] 4 All ER 203.

Em outro caso comentado a frente, a Corte Européia de Direitos Humanos manteve o entendimento da corte irlandesa ao aplicar imunidade do Estado estrangeiro com relação a suas forças armadas por entender serem *acta jure imperii*.<sup>176</sup> Isso abriria uma brecha para que em processos na mesma jurisdição o mesmo ato possa ser caracterizado como soberano ou privado.

Pode-se concluir, dessa forma, que a exceção de responsabilidade civil está fora da distinção tradicional entre atos de império e atos de gestão, daí o seu interesse nas ações fundadas sobre violação dos direitos humanos, pois se fosse necessário enquadrá-la em um ou outro, seriam necessariamente classificadas como atos de império.<sup>177</sup>

A Convenção Européia de 1972, as leis nacionais, a jurisprudência dos tribunais nacionais mais altos e os projetos internacionais de codificação parecem formar um corpo suficientemente significativo e uniforme como prova de uma *opinio juris* para afirmar o caráter costumeiro da exceção delitual. Essa situação minaria seriamente a teoria restritiva clássica segundo a qual os atos de império seriam sempre cobertos pela imunidade de jurisdição.

### 3.4.1 Conexão jurisdicional

A Convenção da ONU, seguindo a Convenção Européia, exige a cumulação de duas condições para a aplicação dessa exceção.<sup>178</sup>

A primeira, o ato ou omissão que cause morte, ferimento ou dano deve ter ocorrido no todo ou em parte no território do Estado do foro.

A segunda, o autor de tal ato ou omissão deve ter estado presente naquele Estado ao tempo do ato ou omissão, para tornar ainda mais próximo a conexão territorial entre o Estado do

<sup>176</sup> *McElhinney v. Ireland*, application 31253/96, julgamento de 21 de novembro de 2001, parágrafo 38.

<sup>177</sup> GAUDREAU, Julie. *Immunité de l'État et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*. Genebra: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 2004, p.24-25.

<sup>178</sup> Esses requisitos já eram previstos no art.10 (4) da Convenção de Haia sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matérias Civil e Comercial de 1971.

foro e o outro ou indivíduo cujo ato ou omissão foi a causa do dano no Estado do foro. Dessa forma, haveria a exclusão de ações de responsabilidade civil transfronteiriças, tais como exportação de explosivos, fogos de artifício ou substâncias perigosas que poderiam explodir ou causar dano por negligência, advertência ou acidente.<sup>179</sup>

O comitê da *International Law Association* propôs uma base jurisdicional um pouco mais ampla para a exceção de responsabilidade civil. Dessa forma, o comitê considerou que a exceção deveria abranger atos transfronteiriços, citando danos ambientais de longa distância, estendendo a conexão de jurisdição onde o ato ou omissão tenha um efeito direto no Estado do foro.

Cabe ressaltar, no entanto, que o FSIA americano, com a emenda que acrescentou a subseção 7 à seção 1605 (a), remove a imunidade em casos de ferimento pessoal ou morte causados por tortura, morte extrajudicial, sabotagem em aeronave, tomada de reféns por funcionários de um Estado estrangeiro agindo dentro do campo de seu trabalho com respeito a atos cometidos fora do território americano.

### 3.4.2 A reparação civil nos crimes de guerra

No Brasil, no julgamento do recurso ordinário nº 66- RJ, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

a imunidade *acta jure imperii* é absoluta e não comporta exceção, à guisa da pobreza dos autores ou porque os fatos ocorreram no território nacional ou ainda porque se trata de direitos humanos. O respeito à soberania do Estado estrangeiro é um preceito maior e anterior a essas questões. Curvar um Estado à soberania de um outro só por renúncia, por guerra ou por acordo ou por tratado bilateral.

---

<sup>179</sup> Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, with commentaries. International law commission, forty-third session, ONU, 1991, p.45.

Assim, não haveria como submeter a Alemanha à jurisdição nacional para responder a ação de indenização por danos morais e materiais por ato de império daquele país em virtude de afundamento de barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio-RJ, por um submarino nazista, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial.<sup>180</sup>

No mesmo sentido, o recurso ordinário nº 74-RJ<sup>181</sup>:

**DIREITO INTERNACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. BARCO AFUNDADO EM PERÍODO DE GUERRA. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE ABSOLUTA.**

1. A questão relativa à imunidade de jurisdição, atualmente, não é vista de forma absoluta, sendo excepcionada, principalmente, nas hipóteses em que o objeto litigioso tenha como fundo relações de natureza meramente civil, comercial ou trabalhista.
2. Contudo, em se tratando de atos praticados numa ofensiva militar em período de guerra, a imunidade *acta jure imperii* é absoluta e não comporta exceção.
3. Assim, não há como submeter a República Federal da Alemanha à jurisdição nacional para responder a ação de indenização por danos morais e materiais por ter afundado barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio durante a Segunda Guerra Mundial.
4. Recurso ordinário desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido parcialmente o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de agosto de 2009(data de julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Esse entendimento, entretanto, merece ser criticado. Em primeiro lugar, a ação indenizatória foi proposta no Brasil e o ataque do submarino alemão ao barco pesqueiro ocorreu no Brasil. Assim, haveria a exceção à imunidade de jurisdição decorrente de ato ilícito ocorrido no foro do Estado requerido, como previsto na Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição de 1972, art.11; parágrafo 1605(a) (5) do *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) norte-americano; seção 5 do *State Immunity Act* (1978) do Reino

<sup>180</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário nº 66-RJ, julgado em 15 de abril de 2008, relator Ministro Fernando Gonçalves.

<sup>181</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário nº 74- RJ, relator Ministro João Antônio Noronha.

Unido; seção 6 do *State Immunity Act* (1982) canadense e art.12 da Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdição. Veja-se também o caso *Letelier v. Republic of Chile*.<sup>182</sup>

Ainda, nesse contexto, é indiferente que o ato envolvido fosse um ato deliberado de natureza política, como um assassinato.<sup>183</sup>

Dessa forma, a classificação binária entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* merece uma crítica no sentido de que os atos de império não comportariam exceção.<sup>184</sup>

Nos sistemas jurídicos em que a matéria não foi consolidada por lei especial ou convenção internacional, a identificação das exceções à imunidade de jurisdição depende do estudo do direito internacional costumeiro. Esse é o caso do Brasil. Assim, conforme o magistério de Carmen Tiburcio, *in verbis*:

Costuma-se falar que os Estados estrangeiros não gozariam de imunidade com relação aos atos de gestão (*acta iure gestionis*), em oposição aos atos de império (*acta iure imperii*), com relação aos quais ainda gozariam de imunidade. Mas essa divisão binária é uma simplificação do estado das coisas. Uma simplificação que só se justifica por ser didaticamente útil. Ela, contudo, é uma simplificação, porque o direito internacional costumeiro – a fonte essencial para o regime da imunidade dos Estados – apresenta exceções que simplesmente não podem ser explicadas com base na simples divisão entre atos de gestão e atos de império. Visto sob outro ângulo, nos sistemas jurídicos onde não há lei ou convenção sobre a matéria, não há um catálogo prévio e pronto de hipóteses em que os tribunais nacionais poderão conhecer de causas envolvendo Estado estrangeiro. Ao contrário, deve-se a cada caso buscar no direito internacional costumeiro a existência ou não de uma exceção. (...) A partir da generalização de que os atos de império geram sempre imunidade de jurisdição, o julgamento parece ter-se escusado de analisar se o direito internacional costumeiro realmente amparava tal proposição. E é questionável se realmente ampara. No que diz respeito, por exemplo, à indenização por fatos ocorridos no território nacional, a imunidade de jurisdição é, de modo geral, afastada. (...)

Assim, a autora cita leis internas do países da *common law* e a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de seus Bens, além de casos julgados pelas Cortes Supremas da Grécia e da Itália nos quais se afastou a imunidade de jurisdição.

<sup>182</sup> *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F Supp. 665 (D.D.C. 1980).

<sup>183</sup> BROWNLIE, Ian, *op.cit.* p. 356.

<sup>184</sup> TIBURCIO, Carmen. *Boletim de direito internacional* nº91, maio de 1998, p.8.

Ao final, afirma que o Superior Tribunal de Justiça perdeu uma boa oportunidade para fazer uma análise mais acurada do direito costumeiro acerca da matéria.

No recurso ordinário nº 74-RJ<sup>185</sup>, contudo, o Ministro Luis Felipe Salomão, em voto-vista vencido, entendeu:

Com efeito, a hipótese em apreço apresenta diversos fundamentos que autorizam o reconhecimento de nova exceção à regra da imunidade soberana:

a) seja na tendência do direito internacional, observada na legislação de diversos países, de afastar a imunidade de jurisdição em ações civis envolvendo ato lesivo cometido no território do Estado foro, que resulte em dano pessoal ou morte, em conformidade com o art. 12 do projeto de tratado da CDI (*Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*).

b) seja na violação de disposições de direitos humanos e de direito humanitário, relativas a valores e princípios fundamentais da comunidade internacional (normas *ius cogens*), resultando no afastamento das regras costumeiras que garantem a imunidade de jurisdição, ante a prevalência das normas peremptórias de direito internacional, na linha do entendimento sufragado pelos julgados de Suprema Corte da Itália e da Grécia. É certo que o costume internacional na área não se encontra mais preso à dicotomia entre atos de gestão e atos de império, alcançando novos paradigmas acerca do alcance da imunidade de jurisdição e, em última análise, da função da soberania neste novo contexto internacional.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

The two approaches lead to different results. Under the approach based on the gestionis/imperii distinction, immunity can only be denied in commercial tort cases regardless of where the tortious acts were committed, provided the generally applicable jurisdiction requirements are fulfilled. In Germany, for example, it would suffice that the defendant state has assets in Germany which would not be entitled to immunity from execution (commercial assets). Under the territorial nexus approach, the qualification of the act is irrelevant so that even non-commercial tort cases can be brought if only the required relationship to the forum can be established. However, the basic difference and the bottom line is that the first approach is evidently based on the notion that states must not exercise jurisdiction in regard to governmental acts of another state, whereas the second approach denies the existence of such an obligation. The difference is crucial because especially human rights violations are usually committed governmentally. Such violations are thus totally outside the scope of the first approach whereas that is not so under the second approach given the territorial nexus to the forum state. Neither of the two approaches can be qualified as the consistent, prevailing practice, which leaves only the conclusion that the answer of international law to the question of the immunity of foreign states for tortious conduct is still open. The answer must and can only be found by balancing the (protected) legal interests of those primarily involved, the defendant state and the injured individual. (BRÖHMER, Jürgen. *State Immunity and the Violation of Human Rights*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 141)

As duas abordagens conduzem a resultados diversos. Sob a abordagem baseada na distinção entre atos de império e atos de gestão, a imunidade só pode ser afastada em casos de atos lesivos comerciais, independentemente do local onde a conduta danosa fora cometida, desde que os requisitos gerais de jurisdição sejam cumpridos. Na Alemanha, por exemplo, bastaria que o Estado réu possuísse bens naquele país que

<sup>185</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário nº 74-RJ, relator Ministro Fernando Gonçalves, voto-vista vencido do Ministro Luis Felipe Salomão, p.22-24.

não fossem protegidos pela imunidade de execução (bens comerciais). Sob a abordagem do nexa territorial, a qualificação do ato é irrelevante, de modo que mesmo casos de atos lesivos não-comerciais podem ser propostos se o elemento de ligação com o Estado foro for verificado. No entanto, a diferença básica e o ponto fundamental é que a primeira abordagem é claramente baseada na noção de que Estados não devem exercer jurisdição em relação a atos governamentais de outros Estados, ao passo que a segunda abordagem nega a existência de tal obrigação. A diferença é crucial, especialmente porque violações a direitos humanos são normalmente cometidas em âmbito governamental. Tais violações estão, assim, totalmente afastadas da esfera abrangida pela primeira abordagem. Contudo, não estão afastadas se considerada a segunda, haja vista o nexa territorial ao Estado foro. **Nenhuma das duas abordagens pode ser considerada como prática prevalente ou consistente, o que leva à conclusão singular de que a resposta do direito internacional à questão da imunidade de Estados estrangeiros por atos lesivos ainda permanece em aberto.** A resposta deve e pode apenas ser encontrada equilibrando-se os interesses legais das principais partes envolvidas: o Estado réu e o indivíduo lesado.

Assim, inexistindo costume internacional firme acerca da controvérsia, não há como aplicá-lo diretamente ao ordenamento jurídico interno, permanecendo incólume a determinação do art. 109, II, da Constituição Federal, que autoriza a análise, pelo Judiciário nacional, de demanda envolvendo Estado estrangeiro e particular. Esse foi a posição defendida pelo Ministro Francisco Rezek, no já mencionado *leading case* da Suprema Corte (AC n. 9.696-3/SP), encontrando igual aplicação no caso presente, conforme se depreende do referido aresto: O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era -, e que assegurava a imunidade em termos absolutos. Ademais, esse entendimento é o que melhor se coaduna com a prevalência atribuída pelo Estado brasileiro, em sua Constituição Federal, aos direitos humanos, seja na ordem interna, como direitos fundamentais do cidadão (art. 5º), seja na ordem externa, como princípios norteadores das relações internacionais do país (art. 4º, II).

10. Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para afastar a imunidade de jurisdição e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o feito tenha prosseguimento.

No mesmo diapasão, no parecer do Ministério Público Federal no Recurso Ordinário nº 59, entendeu-se que nos casos de crimes de guerra, o modelo centrado na distinção entre atos de império e de gestão não é suficiente, sendo necessário formar um novo modelo de imunidade estatal de jurisdição. Assim, entendeu, *in verbis*:

Um ponto de partida é um outro princípio constitucional orientador da política externa brasileira, a prevalência dos direitos humanos. Um Estado não pode se esconder atrás da imunidade de jurisdição para cometer violações de direitos humanos no território de outro Estado, deixando a pessoa desamparada diante de agressões dessa natureza (...) O ato de atacar e destruir uma embarcação civil, matando os seus tripulantes, em período de guerra, mas fora do teatro de guerra, é um desses atos de império que não devem ser protegidos pela imunidade de jurisdição. (...) É incompatível com um ordenamento que se pretenda razoável, exclua a imunidade de jurisdição para as reclamações trabalhistas, não a relativize também para graves violações dos direitos humanos, como as do caso em análise. O

direito à vida é um dos direitos humanos nucleares, cujo reconhecimento é universal, e sua preservação é tarefa de toda comunidade internacional. (...) Contudo, nessa flexibilização há sempre uma ponderação. No caso de imunidade, ela ocorre entre o respeito à soberania de outro Estado, e a obrigação do judiciário conhecer e decidir sobre violações a direitos. O modelo relativo de imunidade de jurisdição reconhece que em alguns casos o respeito à soberania não irá prevalecer. A questão aqui é, enfim, distinguir entre os atos que merecem essa imunidade, e os que não a merecem. (...) É possível levar essa idéia adiante e afirmar que um ato de outro Estado terá imunidade de jurisdição apenas se ele for inerente ao exercício da soberania. Sem dúvida o ato aqui cometido pela recorrida não pode ser qualificado como inerente à soberania, logo, não merece a proteção da imunidade de jurisdição. Não merece proteção mesmo que consideremos que não aplicar a imunidade de jurisdição em casos como o presente afeta o respeito à soberania de outro Estado, afinal haveria no exercício de jurisdição um elemento de submissão. Em um processo de conhecimento, o que está em jogo é a possibilidade de um Estado qualificar o ato de outro Estado como injusto, e essa qualificação é uma intervenção na soberania de outro Estado. Esse respeito, todavia, não é o único valor em jogo aqui. Há atos, como o aqui em discussão, cujo conteúdo de injusto é tão flagrante e tão grave, que falar em imunidade de jurisdição se torna uma zombaria diante do sofrimento das vítimas. Repetimos, a afirmação da imunidade é um resultado de um juízo de ponderação, e, por todo o exposto, em casos como este 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. Afastado o argumento de imunidade de jurisdição, opina o Ministério Público Federal pelo deferimento do pedido de reforma da sentença, devendo o processo retornar para a vara federal de origem para que o juiz desta o retome. O feito deve prosseguir, e a ré informada da flexibilização no caso da regra da imunidade de jurisdição, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Na Europa, duas cortes nacionais negaram imunidade de jurisdição no caso de violação dos direitos humanos cometida por atos de guerra.

Na Grécia, a Suprema Corte Grega, no caso *Prefecture of Voiotia*<sup>186</sup>, mandou a Alemanha pagar indenização pelos abusos aos direitos humanos cometidos pelas tropas de ocupação alemãs contra a população civil da cidade grega de Distomo em 1944.

A execução dessa decisão, todavia, não foi possível, pois, segundo o Código de Processo Civil grego, há a necessidade de autorização do ministro da justiça, a qual não foi concedida.

---

<sup>186</sup> Areios Pagos, j. 4 de maio 2000, caso nº 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, International Law Reports 129:513, 2007. Ver resumo em inglês em Maria Gavouneli e Elias Bantekas, Case Report: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Ajil 95: 198, 2001.



Em função disso, houve uma ação na Corte Européia de Direitos Humanos em face de Alemanha e Grécia, por violação do art.6, §1º da Convenção Européia e do art.art.1º do Protocolo nº1, por não terem cumprido a decisão da Corte de primeira instância de Leivadia.

A corte, embora tenha reconhecido que houvera uma restrição aos direitos assegurados pelos dispositivos, afirmou que se tratava de restrição que, além de ser imposta com fins legítimos, era proporcional. Julgou, outrossim, que não havia já aceitação no direito internacional de que os Estados não gozariam de imunidade com relação a ações civis propostas em outros Estados em razão de crimes contra a humanidade.<sup>187</sup>

Nesse julgamento, a corte citou o julgado do caso *Al-Adsani*<sup>188</sup>, no qual foi negada a indenização por crime de tortura que teria sido cometido pelo Kuwait em seu território.

O precedente não merecia ter sido citado, pois no caso em tela os ilícitos perpetrados foram no Estado do foro, o que já constitui exceção à imunidade de jurisdição como visto antes.

Ainda, em julgamento na Especial Superior Corte Grega, no caso *Miltiadis Margellos*<sup>189</sup>, a corte entendeu que uma norma de direito internacional costumeiro excluindo certos atos da lei de imunidade de jurisdição ainda não existe.

Uma minoria de cinco juízes, entretanto, também se baseando em práticas estatais, nos arts. 11 e 31 da Convenção Européia sobre Imunidade do Estado de 1972 e na opinião da minoria em *Al-Adsani*, julgou que esta exceção já existia sob o costume internacional.

Por fim, na Itália, no caso *Ferrini*<sup>190</sup> a Corte Suprema Italiana também negou imunidade de jurisdição à Alemanha no caso de um italiano que foi forçado a trabalhar na indústria de guerra alemã durante a Segunda Guerra Mundial depois de ser capturado e

---

<sup>187</sup> Corte Européia de Direitos Humanos, j. 12 dezembro 2002, Requête nº 59021/00, *Aikaterini Kalogeropoulou et autres c. la Grèce et l'Allemagne*.

<sup>188</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>189</sup> Suprema Corte Especial Grega, j.17 de setembro 2002, caso nº 6/2002, *International Law Reports* 129:525, 2007.

<sup>190</sup> Corte de Cassação italiana, j. 11 março 2004, sentença nº 5044, in: *Rivista di Diritto Internazionale*, nº 87, 2004, p.539.

deportado pelas forças de ocupação alemãs, conforme será visto adiante no item “o reconhecimento judicial da nova exceção à imunidade de jurisdição”.

Cabe lembrar, ainda, que a Alemanha acionou a Itália na Corte Internacional de Justiça em função da decisão da corte de cassação italiana.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> *Alemanha v. Itália*, CIJ, 2008.

#### 4 A NOVA EXCEÇÃO À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Historicamente, é possível vislumbrar o nascimento dos direitos humanos no chamado período axial, no qual se formaria o eixo histórico da humanidade (início do século VIII a. C.). Assim, a partir desse período o ser humano passou a ser considerado em sua igualdade essencial como um ser dotado de razão e liberdade, lançando-se os fundamentos para a compreensão da pessoa humana e para a existência de direitos universais a ela inerentes.<sup>192</sup>

Já o processo de internacionalização dos direitos humanos tem como primeiros marcos o direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.<sup>193</sup>

O direito humanitário remonta à Convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864. A convenção de Genebra inaugura o Direito Internacional humanitário, abrangendo o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É o marco dos direitos humanos no âmbito internacional. Hoje tem como fontes principais as Convenções de Genebra de 1949<sup>194</sup>, as quais se aplicam às guerras internacionais e guerras civis.

A Liga das Nações tinha previsões genéricas acerca dos direitos humanos, destacando-se o sistema de mandato, o das minorias e os parâmetros internacionais do direito ao trabalho. Isso significava um limite à concepção de soberania estatal absoluta, já que previa sanções econômicas e militares a serem impostas no caso de violação de suas obrigações.

Por fim, a Organização Mundial do Trabalho criada logo depois da Primeira Guerra Mundial tinha por finalidade garantir um padrão justo e digno nas condições de trabalho.

---

<sup>192</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.8-12.

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.107-115.

<sup>194</sup> Genebra, 12 de agosto de 1949; 75 UNTS 970, 75 UNTS 971, 75 UNTS 972, 75 UNTS 973.

Dessa maneira, há o fim de uma época em que o direito internacional regulava apenas relações entre os Estados, não sendo o Estado mais o único sujeito de direito internacional.<sup>195</sup> Também, a forma pela qual o Estado trata seus nacionais não seria mais concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado dos Estados, mas sendo matéria de interesse internacional.

No mesmo diapasão, o magistério de Nadia de Araujo<sup>196</sup>:

a soberania estatal deixou de ser considerada como princípio absoluto, e os indivíduos passaram a apresentar, ao lado dos Estados, o *status* de sujeitos de direito internacional. Multiplicaram-se, ao longo dos últimos anos, os instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem. O início dessa nova *vis directiva* do campo dos valores (no plano internacional) alçando a proteção dos direitos humanos à condição de tema global da humanidade, surge a partir da urgência da comunidade internacional em dar uma resposta aos horrores ocorridos na Segunda Guerra, por causa da ruptura ocasionada pela ação do Estado totalitário.

Ainda, a capacidade processual dos indivíduos foi gradualmente reconhecida em sucessivas experiências internacionais. Assim, na época da Liga das Nações podem-se destacar os sistemas de minorias e de mandatos.<sup>197</sup> Sob o primeiro, os habitantes das minorias de certos países europeus podiam enviar petições aos Comitês de Minorias da Liga.

Sob o segundo, as petições dos habitantes dos territórios sob mandato eram enviadas à Comissão Permanente dos Mandatos ainda que algumas vezes por meio das autoridades dos Estados mandatários.

Esse sistema veio a ser sucedido na era das Nações Unidas pelo sistema de tutela, sob o qual também se reconhece o direito de petição individual.

---

<sup>195</sup> Em sentido contrário, entendendo que somente os Estados soberanos e as organizações internacionais são pessoas jurídicas de direito internacional público, ver REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.151.

<sup>196</sup> ARAUJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.25-26.

<sup>197</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.53-55.

A verdadeira consolidação dos direitos humanos, no entanto, vai ocorrer em meados do século XX em decorrência da Segunda Guerra Mundial e como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo, em que o Estado figura como o grande violador dos direitos humanos.<sup>198</sup>

Nesse contexto, o Tribunal de Nuremberg deu um grande impulso ao movimento dos direitos humanos. Este tribunal foi previsto na Carta<sup>199</sup> anexa ao Acordo de Londres de 1945 para o julgamento de criminosos de guerra. Foram considerados como crimes dentro da jurisdição do tribunal os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade:

Article 6.

The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

É importante ressaltar que o tribunal possuía um caráter internacional na sua formação e era diferente dos tribunais militares nacionais perante os quais as leis da guerra tinham até então sido executadas. Ademais, houve a previsão no artigo 6º da Carta do Tribunal dos crimes internacionais para os quais haveria responsabilidade individual, o que seria um

<sup>198</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, op.cit., p.115-116.

<sup>199</sup> The Charter and judgement of the Nuremberg Tribunal, UN doc A/ACN 4/5 1949.

afastamento do então direito costumeiro ou convenções que enfatizavam os direitos dos Estados.

Ainda, o tribunal foi além dos crimes de guerra tradicionais em dois sentidos.<sup>200</sup>

Primeiro, a Carta incluiu os crimes contra a paz, chamados de *jus ad bellum* em oposição a crimes de guerra ou *jus in bello*. Hoje a Carta das Nações Unidas exige que os seus membros evitem nas relações internacionais a ameaça ou uso de força contra outros Estados, mas garante o direito de legítima defesa se um ataque armado for feito contra um membro (arts. 2 (4) e 51). Assim, não se discute mais entre guerra justa e injusta, mas a legítima defesa e a agressão proibida.

Segundo, o artigo 6 (c) representou uma grande inovação ao usar o termo crimes contra a humanidade e poderia incluir o programa inteiro do governo nazista para exterminar judeus e outros grupos civis dentro e fora da Alemanha, antes ou durante a guerra, incluindo judeus alemães ou estrangeiros.

Cabe ressaltar, por fim, o julgamento de *Eichmann*<sup>201</sup>, que foi julgado e condenado pela corte suprema de Israel com base na legislação penal comum de Israel, combinada com a lei israelense nº5710/50 que tratava do julgamento dos nazistas e de seus colaboradores e não com base na Convenção para a Prevenção e Represão do Genocídio de 1948 da qual Israel era parte. A lei israelense contemplava três crimes: crimes contra o povo judeu, cometidos no período nazista (1933-1945), crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Na sua defesa, Eichmann fundamentou-se na noção de ato soberano, ou seja, a razão de um Estado não pode ser julgada por outro Estado e no conceito de ato executado por ordens superiores, o que foi recusado pelo tribunal, o qual o condenou à morte.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. International human rights in context: law, politics, morals. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p.117-118.

<sup>201</sup> The Attorney General Versus Adolf Eichmann, criminal case 40/61.

<sup>202</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.183.

Tratava-se de genocídio, crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa a eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano, que Kant pretende preservar falando do direito à hospitalidade universal e apontando que a violação dos direitos de um alcança a todos.

#### 4.1 A formação do costume internacional

O Tribunal de Nuremberg aplicou o costume internacional para a condenação das pessoas envolvidas na execução de crimes contra a paz, crimes de guerra e contra a humanidade. Assim, ele julgou:

O direito de guerra deve ser encontrado não apenas nos tratados, mas nos costumes e nas práticas dos Estados, que gradualmente obtêm reconhecimento universal e ianda nos princípios gerais de justiça aplicados por juristas pelas cortes militares. Este direito não é estático, mas está em contínua adaptação, respondendo às necessidades de um mundo em mudança. Além disso, em muitos casos os tratados nada mais fazem do que expressar e definir com maior precisão os princípios de direito já existentes. (...) a agressão da guerra é não apenas ilegal, mas criminosa. A proibição da agressividade da guerra é demanda da consciência do mundo e encontra sua expressão em uma série de pactos e tratados a que o tribunal já fez referência.<sup>203</sup>

Com efeito, o costume internacional é previsto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo o qual constitui evidência de uma prática geral e comum aceita como lei.

Dessa forma, para que um comportamento seja considerado como um costume jurídico internacional são necessários dois elementos<sup>204</sup>:

- a) um elemento material, a *consuetudo*, isto é, uma prática reiterada de comportamentos;

<sup>203</sup> Judgement of Nuremberg Tribunal, 1946, *In: American journal of international law*, v.41, p.172, 1947.

<sup>204</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, v.1. São Paulo: Atlas, 2002, p.82.

- b) um elemento psicológico ou subjetivo, a *opinio juris vel necessitatis*, a saber, a certeza de que tais comportamentos são obrigatórios em função de representarem valores essenciais e exigíveis de todos os agentes da comunidade dos Estados.

Assim, os dois elementos estão previstos no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no qual a prática geral é a *consuetudo* e a sua aceitação como sendo o direito é o elemento psicológico.

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais internacionais, como no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*<sup>205</sup>, julgado pela Corte Internacional de Justiça, ressaltando a necessidade da *consuetudo* e da *opinio juris* para a formação do costume internacional:

77. The essential point in this connection-and it seems necessary to stress it-is that even if these instances of action by non-parties to the Convention were much more numerous than they in fact are, they would not, even in the aggregate, suffice in themselves to constitute the *opinio juris*; -for, in order to achieve this result, two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.

Pode-se observar, ainda, que algumas normas internacionais podem ter caráter misto quanto às fontes, ou seja, podem ser normas convencionais entre alguns Estados e normas costumeiras entre outros. É o caso de tratados multilaterais vigentes entre os Estados-partes e que são considerados costumes internacionais entre os Estados não partes.<sup>206</sup>

<sup>205</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, parag. 77.

<sup>206</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, v.1. , *op.cit.*, p.84-85.



Ademais, mesmo sendo escrita, a norma internacional não esgota as possibilidades de inovação no campo em que incide o texto escrito, em virtude da atuação dinâmica dos costumes internacionais. Assim, basta ver os preâmbulos das Convenções de Viena de 1961 e de 1963 sobre relações diplomáticas e consulares, respectivamente, os quais dispõem que “ as normas de direito consuetudinário internacional devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas pelas disposições da presente convenção.” No mesmo sentido, o preâmbulo da Convenção sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados.

Deve-se salientar, ainda, que o costume internacional tem eficácia *erga omnes*, aplicando-se a todos os Estados.

Além disso, o costume internacional tem aplicação direta, conforme ressalta Antenor Madrugá<sup>207</sup>:

O direito internacional de origem consuetudinária, ao contrário do convencional, não reclama qualquer procedimento formal de incorporação para ser válido e eficaz no Brasil, sendo a norma de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos uma comprovação dessa afirmação. No caso Nogueira v. Estados Unidos da América (USAID), o Supremo Tribunal Federal, ainda aplicando uma interpretação extensiva da imunidade de jurisdição dos Estados, reconheceu, para surpresa daqueles que cerram fileiras em favor do dualismo, sede constitucional para a aplicação direta da regra consuetudinária internacional.

#### **4.2 A formação de um novo costume internacional a partir de resoluções e declarações de organismos internacionais**

Uma organização internacional também pode contribuir para a formação do costume internacional. Assim, as resoluções da Assembléia Geral da ONU podem constituir um costume internacional, pois também são fontes autônomas de direito internacional.<sup>208</sup>

Dessa forma, uma resolução pode se transformar em costume desde que atenda às seguintes condições<sup>209</sup>:

<sup>207</sup> MADRUGA FILHO, Antenor, *op.cit.*, p.116-117.

<sup>208</sup> PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.192-193.

- a) Formular regras de direito;
- b) Mostrar a existência de uma real vontade geral;
- c) Ser seguida de uma prática geral de acordo com o estabelecido na resolução;
- d) Ser efetivamente aplicada.

Caso interessante é o da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Ela não constitui um tratado e foi adotada pela Assembléia Geral da ONU sob a forma de resolução, a qual não apresenta força de lei.

Há, todavia, os que defendem que a declaração teria força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, tendo, em consequência, força vinculante. Dessa forma, a proibição da escravidão, do genocídio e da tortura e outros dispositivos da declaração assumiriam o valor de direito costumeiro internacional ou de princípio geral de direito internacional aplicáveis a todos os Estados e não somente aos que assinaram a declaração.<sup>210</sup>

Dessa maneira, deve-se ressaltar a importância de Resoluções internacionais da Assembléia Geral da ONU como as suas declarações: a Universal dos Direitos do Homem (1958), dos Direitos da Criança (1959), sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Colonizados (1960), relativa aos Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados (1970) e sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis ou Degradantes (1975).

---

<sup>209</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, vol.I. Rio de Janeiro: 2004, p.294.

<sup>210</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, *op.cit.*, p.192-193.

Nesse sentido, no caso *Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua*<sup>211</sup>, a Corte Internacional de Justiça decidiu que a *opinio juris* pode ser deduzida das resoluções da Assembléia Geral da ONU:

The Court finds that both Parties take the view that the principles as to the use of force incorporated in the United Nations Charter correspond, in essentials, to those found in customary international law. They therefore accept a treaty-law obligation to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations (Art. 2, para. 4, of the Charter). The Court has however to be satisfied that there exists in customary law an *opinio juris* as to the binding character of such abstention. It considers that this *opinio juris* may be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) entitled "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations". Consent to such resolutions is one of the forms of expression of an *opinio juris* with regard to the principle of non-use of force, regarded as a principle of customary international law, independently of the provisions, especially those of an institutional kind, to which it is subject on the treaty-law plane of the Charter.

Ainda, conforme Ian Brownlie<sup>212</sup>:

Em geral, essas resoluções não são vinculativas para os Estados membros, mas quando dizem respeito a normas gerais de direito internacional a aceitação por votação majoritária faz prova das opiniões dos governos emitidas no maior fórum existente para a expressão dessas mesmas opiniões. Mesmo quando formuladas como princípios gerais, as resoluções deste tipo estabelecem uma base para o desenvolvimento progressivo do Direito e para a rápida consolidação das regras consuetudinárias. Como exemplos de importantes resoluções normativas contam-se a Resolução que afirmou os princípios de Direito Internacional reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberga e pelo Julgamento do Tribunal, a Resolução sobre a Proibição de Uso de Armas Nucleares para Fins Bélicos, a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, a Declaração relativa à Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais e a Declaração relativa aos Princípios Jurídicos que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior.

Impende mencionar, outrossim, que há dois enfoques do direito internacional costumeiro: o costume tradicional e o costume moderno.<sup>213</sup>

<sup>211</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, paragraphs 187-201.

<sup>212</sup> BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*, op.cit.p.26.

<sup>213</sup> ROBERTS, Anthea Elisabeth. *Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation*. In: American journal of international law, vol.95, nº4 (outubro de 2001), p.757-758.

O costume tradicional surge com uma prática geral e consistente seguida pelos Estados no sentido de obrigação legal. Ele foca primeiramente na prática estatal na forma de interação interestatal e aquiescência. A *opinio juris* seria uma consideração secundária para distinguir-se entre obrigações legais e não legais.

Ademais, ele é identificado por um processo indutivo, no qual o costume advém de exemplos específicos de prática estatal.

Já o costume moderno seria oriundo de um processo dedutivo que provém de declarações gerais de regras. Esse enfoque privilegia a *opinio juris* mais do que a prática estatal porquanto ele se baseia primordialmente em declarações. Assim, o costume moderno pode desenvolver-se rapidamente porque é deduzido de tratados multilaterais e declarações de foros multilaterais como a Assembléia Geral, a qual pode declarar costumes existentes, cristalizar costumes emergentes ou gerar novos costumes.

Nesse mesmo diapasão, o entendimento de Tomushat<sup>214</sup>:

It is obvious that under the conditions prevailing in the international community of today the easiest course of action to take would seem to seize the General Assembly, or another world-wide forum, of controversial issues where adjustment of a traditional rule to the exigencies of the modern world is considered imperative. If in a resolution the body seized emphasizes the need for a specific normative régime, any existing rule corresponding to that pronouncement will be confirmed and strengthened, any other rule not confirming to the General Assembly's statement will be shattered and weakened.

No mesmo sentido, ainda, o *restatement (3<sup>rd</sup>) of foreign relations*<sup>215</sup>, segundo o qual as resoluções e declarações da Assembléia Geral da ONU contribuem para o processo de formação do costume internacional:

The practice of states that builds customary law takes many forms and includes what states do in or through international organizations. Comment *b*. The United Nations

<sup>214</sup> TOMUSCHAT, Cristian. *Obligations for the states*. In: Recueil des cours, académie de droit international, tome 241, 1993, IV, p.277.

<sup>215</sup> *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* §102 reporters' note 2 (1987).

General Assembly in particular has adopted resolutions, declarations, and other statements of principles that in some circumstances contribute to the process of making customary law, insofar as statements and votes of governments are kinds of state practice, Comment *b*, and may be expressions of *opinio juris*, Comment *c*. The contributions of such resolutions and of the statements and votes supporting them to the lawmaking process will differ widely, depending on factors such as the subject of the resolution, whether it purports to reflect legal principles, how large a majority it commands and how numerous and important are the dissenting states, whether it is widely supported (including in particular the states principally affected), and whether it is later confirmed by other practice. "Declarations of principles" may have greater significance than ordinary resolutions. A memorandum of the Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat suggests that:

in view of the greater solemnity and significance of a "declaration," it may be considered to impart, on behalf of the organ adopting it, a strong expectation that Members of the international community will abide by it. Consequently, insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon States.

[E/CN.4/L. 610, quoted in 34 U.N. ESCOR, Supp. No. 8, p. 15, U.N. Doc. E/3616/Rev. 1 (1962)]. The Outer Space Declaration, for example, might have become law even if a formal treaty had not followed, since it was approved by all, including the principal "space powers." See Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Uses of Outer Space, G.A. Res. 1962, 18 U.N. GAOR, Supp. No. 15, at 15. A spokesman for the United States stated that his Government considered that the Declaration "reflected international law as accepted by the members of the United Nations," and both the United States and the U.S.S.R. indicated that they intended to abide by the Declaration. See 18 U.N. GAOR, 1st Committee, 1342d meeting, 2 Dec. 1963, pp. 159, 161.

For the effect of General Assembly resolutions on the development of the principle of self-determination, see *Western Sahara* (advisory opinion), [1975] I.C.J. Rep. 4, 31. The contribution of a resolution of a multilateral conference (on the law of the sea) to customary law is cited in *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland)*, [1974] I.C.J. Rep. 3, 24-26, 32. For the evidentiary significance of resolutions purporting to state international law, see § 103, Comment *c*.

Assim, no caso de alegação de imunidade de jurisdição de um Estado diante de uma violação de direitos humanos, como no caso da tortura, há que se atentar para o surgimento de um novo costume internacional, o qual ainda não foi cristalizado na última Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados.

Dessa forma, ao contrário do que é defendido por alguns autores<sup>216</sup>, existe o surgimento de um novo costume internacional conforme o enfoque moderno de costume internacional.

Para isso, basta ver os seguintes documentos:

---

<sup>216</sup> GRUENBAUM, Daniel. *A imunidade de jurisdição do estado alemão em matéria civil para ações decorrentes de atos praticados durante a segunda guerra mundial*. In: revista de direito do estado n°

Estatuto do Tribunal Penal Internacional;

Projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados;

Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Declaração de Proibição da Tortura de 1975 e outras Resoluções da ONU<sup>217</sup>;

Casos concretos como os casos Pinochet, *Prefecture of Voiotia*<sup>218</sup> e *Ferrini*<sup>219</sup>, adiante analisados.

Nesse mesmo sentido, criticando a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Al-Adsani*<sup>220</sup>, Leandro Moll<sup>221</sup> conclui que há a formação de um novo direito internacional em função do desenvolvimento dos direitos humanos:

As regards the amendment to the FSIA, the court made the point that the very fact that the amendment was needed confirmed the endurance of the general rule of international Law which grants immunity even in respect of claims concerning official act of torture. Had the Court perhaps discarded the possibility that the amendment could be reflecting or even forming a new international law? In effect, international custom is formed through the reiterated practice of states, which behave in a certain manner considering the need for such behaviour, making it obligatory. Furthermore, the jurisdictional immunity of states remains in force, in most parts of the world, in the form of custom. By framing the amendment to the FSIA in these terms, the European Court of Human Rights (in addition to asserting by implication that the US violated international law by including new exceptions to state immunity) simply denies international subjects their potential to collaborate in the evolution of international law. This implies that international law is immutable in this regard.

(...)

In conclusion, it is fitting to note that the international principle of state jurisdictional immunity seems to be undergoing a process of adaptation to new challenges present in the international system, if, in the second half of the 20<sup>th</sup>

<sup>217</sup> *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*, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/35, annex (2005) e *updated set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005).

<sup>218</sup> Areios Pagos, j. 4 de maio 2000, caso n° 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, International Law Reports 129:513, 2007.

<sup>219</sup> Corte de Cassação italiana, j. 11 março 2004, sentença n° 5044, in: *Rivista di Diritto Internazionale*, n° 87, 2004, p.539.

<sup>220</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>221</sup> MOLL, Leandro de Oliveira. *Case note: Al-Adsani v. United Kingdom – state immunity and denial of justice with respect to violations of fundamental human rights*. In: Melbourne journal of international law, 8, 2003, p.14

century, its transformation was necessary because of the so-called 'reality of global trade', the change now seems to be driven by the need to the efficient protection of human rights as a result of the development of international human rights law.

### 4.3 Os direitos humanos como normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*)

Depois da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram alçados a uma posição proeminente com a previsão nos art. 1, 55 e 56 da Carta das Nações Unidas, a qual consignou que um dos objetivos das Nações Unidas é promover o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais e o dever dos Estados-membros de assegurar a observância dos direitos humanos.

Verdross, já em 1937, entendia que havia normas imperativas, as quais os tratados deviam obedecer.<sup>222</sup> Assim, para ele, a maioria das normas de direito internacional é de normas dispositivas, mas também existem normas de caráter imperativo que não podem ser derogadas pelos Estados, pois visam aos interesses da comunidade dos Estados como um todo.<sup>223</sup>

Dessa maneira, em consequência dessa evolução, houve o reconhecimento expresso de determinadas normas como normas peremptórias de direito internacional, *jus cogens*, tal como previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969<sup>224</sup>, cujo art.53 dispõe:

um tratado é nulo, se, ao tempo de sua conclusão, ele conflita com uma norma peremptória de direito internacional geral. Para os objetivos da presente Convenção, uma norma peremptória de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e a qual só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional, tendo a mesma característica.

<sup>222</sup> VERDROSS, Alfred. *Forbidden treaties in international Law*. In: American journal of international law, vol.31, 1937, p.571-577.

<sup>223</sup> VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum and jus cogens in international Law*. In: American journal of international Law, vol.60, 1966, p.58.

<sup>224</sup> ONU, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, (1969)1155 UNTS 331.

Há, ainda, o art. 64 da mesma convenção, o qual diz que, se uma nova norma de direito internacional surgir, qualquer tratado que estiver em contradição com essa norma se torna nulo.

Com relação ao art. 53 mencionado, Robledo chama a atenção para a versão em espanhol que teria uma notável variação, qual seja, ao invés de definir a norma imperativa como aquela da qual nenhuma derrogação seria permitida, ela diz que a norma imperativa seria aquela que não admite acordo em contrário. Dessa maneira, a essência do *jus cogens* não residiria na inderrogabilidade da norma, mas, sim, na impossibilidade para os sujeitos da norma de se subtrair em qualquer caso de sua aplicação.<sup>225</sup>

Para Brownlie, contudo, a principal característica dessas normas é a sua não derrogabilidade. São regras de direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos desse tipo de norma seriam a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, a não discriminação racial, os crimes contra a humanidade e as regras que proíbem o comércio de escravos e a pirataria.<sup>226</sup>

Assim, o direito internacional conhece um grupo de normas, as quais não são derogáveis, também chamadas de a ordem pública da comunidade internacional.

Nesse sentido, Orakhelashvili, o qual menciona uma ordem pública verdadeiramente internacional, a qual emana do *jus cogens*:

Teachings of private international law accept that there can be a proper international public order common to all nations in the sense of public international law. In this sense, a treaty authorizing slavery is contrary to international public order. These teachings make a difference between public order as part of national law, and universal public order or *ordre public vraiment international* of the international community of States, which follows from *jus cogens* of supranational law, and this

<sup>225</sup> ROBLEDO, A. Gómez. *Le ius cogens international*. In: Recueil des Cours, académie de droit international, tomo 172, 1981, III, p.91.

<sup>226</sup> BROWNLIE, IAN. *Princípios de direito internacional público*, op.cit., p.537.



latter category can only exist as a genuine norm of international law and be applicable by international courts.<sup>227</sup>

Ainda, de acordo com o juiz Moreno-Quintana, no caso *Guardianship of Infants*, mencionando uma ordem jurídica internacional:

International public order operates within the limits of system of public international law, when it lays down certain principles such as the general principles of the law of nations and the fundamental rights of States, respect for which is indispensable to the legal coexistence of political units which make up the international community.<sup>228</sup>

Deve-se mencionar, outrossim, as gradações de ordem pública feitas por alguns autores. Assim, Carmen Tiburcio classifica a ordem pública em primeiro, segundo e terceiro grau, *in verbis*:

De forma simples, é de primeiro grau a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno, isto é, as regras e princípios do ordenamento jurídico considerados imperativos, não podendo ser afastados pela vontade das partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito de leis imperativas. A ordem pública de segundo grau situa-se no plano do direito internacional privado e é aquela que de fato impede a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública definida no plano interno. O terceiro grau de ordem pública descreve um conjunto de princípios aplicáveis sobretudo à relações internacionais, que traduzem os interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país.<sup>229230</sup>

<sup>227</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.27-28.

<sup>228</sup> Opinião separada do Juiz Moreno-Quintana, ICJ reports, 1958, 106-107.

<sup>229</sup> TIBÚRCIO, Carmen. *Pipeline. Patente obtida no exterior. Reconhecimento no Brasil em conformidade com a lei estrangeira. Interpretação do art.230 da lei da propriedade industrial (lei nº9279/96)*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.428-429.

<sup>230</sup> No mesmo sentido, veja-se DOLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. In: revista de informação legislativa do sendo federal 90:211: “Assim, identificar-se-ia por primeiro grau de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g., a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o segundo grau designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiras contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional. O terceiro grau de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da humanidade. Trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas.”

Dessa maneira, a concepção dominante enxerga a ordem pública internacional como um conjunto de normas que exprimem valores fundamentais da ordem jurídica internacional ou da comunidade internacional.

Por um movimento de atração, o *jus cogens* foi pouco a pouco adaptado a esse modelo. Dessa forma, foi o *jus cogens* que se modelou sobre o conceito de uma ordem pública pré-definida. Progressivamente, viu-se falar em normas supremas de expressão dos mais altos interesses da comunidade internacional ou de uma prescrição ética reconhecida universalmente.<sup>231</sup>

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, todavia, foi omissa na previsão de que direitos seriam normas imperativas. No caso dos direitos humanos, deve-se saber se as normas internacionais de proteção dos direitos humanos pertencem a essas normas imperativas.<sup>232</sup>

Ora, não há um tratado que preveja que os direitos humanos são normas *jus cogens*. Dessa maneira, resta o costume internacional como fonte do direito internacional, fazendo com que uma norma passe a ser considerada imperativa do direito internacional. Assim, o responsável pela valoração do caráter fundamental da norma internacional e de seu caráter de *jus cogens* é a comunidade internacional como um todo. E a comissão de direito internacional da Organização das Nações Unidas entende que essa comunidade internacional dos Estados deve reunir os Estados representativos de todas as tendências políticas e econômicas do mundo, evitando-se tanto a exigência de unanimidade entre Estados quanto a regra da maioria numérica.<sup>233</sup>

Outra questão é saber se todas ou apenas algumas normas de direitos humanos são imperativas. Dessa forma, a inexistência de um tratado internacional listando as espécies de

---

<sup>231</sup> KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international*. Paris: Presses universitaires de France, 2001, p.73.

<sup>232</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.170-171.

<sup>233</sup> Report of the commission to the general assembly, vol. II, state responsibility. *In*: yearbook of the international law commission, 1976. New York: United Nations, 1977, p.119.

normas de *jus cogens* dificulta a solução do problema. Logo, resta buscar outras fontes de direito internacional e também a análise das decisões arbitrais e judiciais internacionais, as quais esclarecem o sentido e o alcance das normas de direito internacional.<sup>234</sup>

Assim, por exemplo, a comissão de direito internacional da ONU no projeto de 1996 sobre a responsabilidade internacional do Estado, no art.19, parágrafo 3º previu que seria lesão aos valores essenciais da comunidade internacional a violação maciça e grave de direito fundamental do ser humano, tal como a obrigação de proibição de escravidão, do genocídio e do *apartheid*.

Outrossim, o Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional confirmou a proteção dos direitos humanos como parte do *jus cogens* internacional, uma vez que a violação de certos direitos do indivíduo (direito à vida, integridade física, liberdade entre outros) leva à responsabilização penal individual do criminoso, qualquer que seja seu posto ou função interna (atingindo inclusive chefes de Estado).<sup>235</sup>

#### **4.4 A possibilidade de hierarquização das normas de direitos humanos**

Há autores que entendem que os direitos fundamentais são uma categoria especial de direitos humanos, compreendendo os direitos humanos mais básicos que não podem ser derogados mesmo sob circunstâncias especiais. Destarte, fazendo uma análise de alguns tratados de direitos humanos, Carmen Tiburcio afirma que muitos tratados de direitos humanos contêm três níveis de direitos humanos, conforme os tipos de cláusulas de limitação:

---

<sup>234</sup> RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.* p.172-173.

<sup>235</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, *op. cit.* p.174.

- a. direitos que podem ser derogados por cláusulas limitativas, tais como ordem pública, segurança nacional, saúde pública, isto é, sob situações normais e em tempo de paz;
- b. direitos que podem ser derogados sob circunstâncias excepcionais, em emergências públicas;
- c. direitos não-derrogáveis, nem mesmo sob circunstâncias excepcionais.<sup>236</sup>

Deste modo, analisando a Convenção Americana<sup>237</sup>, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>238</sup> e a Convenção Européia sobre direitos humanos<sup>239</sup> a autora conclui que os quatro direitos não derogáveis comuns a todas essas convenções são o direito à vida, o direito à liberdade pessoal (compreendendo o direito a não ser torturado e de não ser submetido a outro tratamento degradante ou desumano, o direito de ser livre de escravidão e o direito de ser livre de prisão arbitrária) e o princípio da não retroatividade das leis penais.<sup>240</sup>

Esse entendimento parece ser compartilhado por Meron, o qual sugere que o núcleo comum de direitos não derogáveis sob diferentes instrumentos de direitos humanos possam ser vistos como *jus cogens*.

No mesmo sentido, Sudre chama esses direitos de núcleo duro dos direitos humanos, que seriam normas fundamentais, as quais beneficiam todos e em qualquer circunstância. Eles exprimem o valor do respeito da dignidade inerente à pessoa. Essa análise seria reforçada, ainda, pelo fato desses direitos figurarem como o mínimo humanitário garantido às vítimas

<sup>236</sup> TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. Haia: Martinus Nijhoff, 2001, p.76-80. Ver, também, MERON, Theodor. *A hierarchy of international human rights?* In: the American journal of international law, 80, 1986, p.6-7.

<sup>237</sup> American convention on human rights, OAS Treaty Series No. 36; 1144 UNTS 123; 9 ILM 99 (1969).

<sup>238</sup> International covenant on civil and political rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

<sup>239</sup> European Convention on Human Rights, ETS 5; 213 UNTS 221.

<sup>240</sup> TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*, *op.cit.* p. 80.

dos conflitos armados internacionais e não internacionais pelo artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.<sup>241</sup>

Somente esses direitos seriam suscetíveis de serem elevados a normas imperativas de direito internacional. Seria necessário evitar de fazer uma confusão entre o discurso filosófico, que é da ordem dos valores, e o discurso jurídico: deve-se constatar sobre o terreno do direito positivo que todos os direitos do homem proclamados pelas convenções internacionais não são colocados no mesmo pé e não são dotados de um mesmo regime jurídico.<sup>242</sup>

Por outro lado, segundo Orakhelashvili<sup>243</sup>, o núcleo comum e o consenso entre estruturas de tratados que tratam do mesmo assunto também podem ser inferidos da estrutura de um tratado que conceberia aquele assunto de maneira mais ampla do que os outros. Isso teria sido aplicado pelo Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia nos casos *Delalic*<sup>244</sup> e *Furundzija*<sup>245</sup>, nos quais foi entendido que a definição de tortura sob a Convenção da ONU de 1984<sup>246</sup> seria mais abrangente do que aquela contida na declaração da ONU contra a tortura de 1975 ou a Convenção Interamericana contra a Tortura de 1985. Dessa forma, ele questiona por que um catálogo mais amplo de direitos inderrogáveis em oposição ao núcleo comum de direitos inderrogáveis previstos em diferentes tratados não poderia representar normas peremptórias.

Ademais, alguns autores como Antônio Celso Alves Pereira<sup>247</sup>, também identificam algumas normas de *jus cogens* a partir de certas convenções, como o artigo 27, (2) da

---

<sup>241</sup> SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p.201-203.

<sup>242</sup> SUDRE, Frédéric, *op. cit.*, p.203-204.

<sup>243</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*, *op.cit.*, p.57.

<sup>244</sup> Delalic, parágrafo 459.

<sup>245</sup> Furundzija, parágrafo 160.

<sup>246</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>247</sup> PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas cogentes no direito internacional público*. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107-108.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>248</sup>, o qual prevê a não suspensão de alguns direitos fundamentais, tais como o direito à vida, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, as normas contra a tortura, a escravidão e a servidão, o direito à integridade pessoal, o princípio da legalidade, a liberdade de consciência e de religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos bem como as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos.

Ele acrescenta, ainda, a disposição no Pacto de Direitos Civis e Políticos<sup>249</sup> que proíbe a suspensão do direito da pessoa não ser presa por não cumprir obrigação contratual. No mesmo sentido, outrossim, a Convenção Européia sobre Direitos Humanos<sup>250</sup>, art.15 (2), o qual destaca os direitos inderrogáveis. Há, também, o artigo 28 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais<sup>251</sup>, o qual estabelece que suas disposições serão aplicadas sem qualquer limitação ou exceção. No mesmo diapasão, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>252</sup>, a qual em seu artigo X dispõe que em nenhum caso poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou instabilidade política para justificar o desaparecimento forçado de pessoas. Por fim, não existem cláusulas de suspensão de direitos na Convenção da ONU contra a Tortura nem na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Outrossim, Marilda Rosado de Sá Ribeiro, em artigo sobre empresas transnacionais, afirma que o direito de autodeterminação dos povos e o direito à soberania permanente sobre

<sup>248</sup> American convention on human rights, OAS Treaty Series No. 36; 1144 UNTS 123; 9 ILM 99 (1969).

<sup>249</sup> International covenant on civil and political rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

<sup>250</sup> European Convention on Human Rights, ETS 5; 213 UNTS 221.

<sup>251</sup> International covenant on economic, social and cultural rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (1966); 993 UNTS 3; 6 ILM 368 (1967).

<sup>252</sup> Inter-american convention on forced disappearance of persons, OAS Treaty Series No. 68, 33 ILM 1429 (1994).

recursos naturais tornaram-se um dos pilares do novo direito internacional, sendo que o princípio da soberania permanente seria candidata a ter *status* especial de *jus cogens*.<sup>253</sup>

Os critérios substantivos para identificarem-se as normas peremptórias de direitos humanos são os mesmos dos critérios gerais para se identificar o *jus cogens*:<sup>254</sup>

- a) se o direito protege o interesse comunitário, transcendendo os interesses individuais dos Estados;
- b) se a derrogação desse direito é evitada pelo seu caráter não bilateralizável.

Haveria, ainda, outros critérios para saber quais dos direitos humanos pertenceriam ao *jus cogens*.<sup>255</sup>

O primeiro seria perguntar se seria concebível que dois Estados concluam um acordo derogando esse direito.

Como exemplo, cita-se o direito de autodeterminação dos povos, mormente quando esse direito figura em primeiro lugar nos dois pactos internacionais de direitos humanos. Esse direito constitui *conditio sine qua non* para o gozo e o exercício para todos os outros direitos.

Se ele é a condição de outros que seriam *jus cogens*, ele também teria essa mesma natureza.

Atualmente, portanto, seria impensável que possa existir uma convenção segundo a qual dois ou mais Estados possam estipular a submissão de um povo.

<sup>253</sup> ~~RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá.~~ *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.466-467. Para analisar com mais detalhe ver RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.123.

<sup>254</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*, *op.cit.*, p.59.

<sup>255</sup> ROBLEDO, A. Gómez. *Le ius cogens international*. In: *Recueil des Cours, academie de droit international*, tomo 172, 1981, III, p.181-183.

O segundo critério consistiria em analisar os textos dos tratados e ver se eles autorizam ou não derrogar algumas de suas cláusulas, o que já foi analisado anteriormente.

Por último, o terceiro critério seria o fato de a comunidade internacional considerar a violação dessa norma como um crime internacional, o que também já foi visto antes.

Outrossim, deve-se mencionar as normas de caráter humanitário ou direito humanitário da guerra, o qual nasceu a partir dos conflitos armados com o objetivo de humanizar o tanto que possível a conduta das hostilidades.

O direito internacional humanitário é formado por uma série de tratados internacionais. Dentre eles, pode-se mencionar as Convenções de Genebra de 1949.

A primeira Convenção de Genebra trata de normas sobre as condições dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha. A segunda, das condições dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar. A terceira, sobre os prisioneiros de guerra e a quarta, prevê a proteção aos civis em tempo de guerra. Dessa forma, a grande maioria da doutrina entende que esse ramo do direito teria caráter de *jus cogens*, no todo ou em parte, como os direitos humanos.<sup>256</sup>

Ainda, quanto ao *jus cogens*, o *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*<sup>257</sup> conceitua o que seriam normas de *jus cogens*, ressaltando que, embora o conceito de *jus cogens* seja aceito agora, não haveria ainda consenso com relação a seu conteúdo:

*Seção 102, comentário k. Peremptory norms of international law (jus cogens).* Some rules of international law are recognized by the international community of states as peremptory, permitting no derogation. These rules prevail over and invalidate international agreements and other rules of international law in conflict with them. Such a peremptory norm is subject to modification only by a subsequent norm of international law having the same character. It is generally accepted that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force (Comment *h*) have the character of *jus cogens*. See § 331(2) and Comment *e* to that section.

<sup>256</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Direito internacional humanitário e normas imperativas (jus cogens): uma identificação possível?* In: *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. PRONER, Carol; GUERRA, Sidney (org.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p.264.

<sup>257</sup> American Law Institute, *Restatement (third) of Foreign Relations*, 1987.



Seção 102, nota dos relatores 6. *Peremptory norms* (juscogens). The concept of *jus cogens* is of relatively recent origin. See Schwelb, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission," *61 Am.J.Int'l L.* 946 (1967). It is now widely accepted, however, as a principle of customary law (albeit of higher status). It is incorporated in the Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 53 and 64. See § 331(2) and Comment *e* to that section. Comment *k* to this section adopts the definition of *jus cogens* found in Article 53 of the Vienna Convention. The Vienna Convention requires that the norm (and its peremptory character) must be "accepted and recognized by the international community of States as a whole" (Art. 53). Apparently that means by "a very large majority" of states, even if over dissent by "a very small number" of states. See Report of the Proceedings of the Committee of the Whole, May 21, 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 at 471-72.

Although the concept of *jus cogens* is now accepted, its content is not agreed. There is general agreement that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force are *jus cogens*. See Comment *k*; Verdross and Simma, *Universelles Volkerrecht* 83-87 (1976). It has been suggested that norms that create "international crimes" and obligate all states to proceed against violations are also peremptory. Compare Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, draft Art. 19, [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 95, 121. Such norms might include rules prohibiting genocide, slave trade and slavery, apartheid and other gross violations of human rights, and perhaps attacks on diplomats. Compare § 702, Comment *n*.

Outrossim, na seção 702, comentário 1, o *restatement*<sup>258</sup> prevê que nem todos os direitos humanos seriam *jus cogens*, enumerando os que seriam:

1. Genocídio;
2. escravidão ou comércio de escravos;
3. assassinato ou desaparecimento de indivíduos;
4. tortura ou outro tratamento ou punição cruel, humana ou degradante;
5. detenção arbitrária prolongada;
6. discriminação racial sistemática ou modos consistentes de violação maciça de direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Por fim, quanto à tortura, Peter Kooijmans, relator especial sobre a tortura, designado pela comissão de direitos humanos da ONU, ressaltou a natureza de *jus cogens* da proibição da tortura em seus relatórios:

Torture is now absolutely and without any reservation prohibited under international law whether in time of peace or of war. In all human rights instruments the prohibition of torture belongs to the group of rights from which no derogation can be

<sup>258</sup> American Law Institute, *Restatement (third) of Foreign Relations*, 1987.

made. (...) the prohibition of torture can be considered to belong to the rules of *jus cogens*.<sup>259</sup>

#### 4.5 O regime dual da responsabilidade internacional do Estado

Há a distinção entre dois tipos de responsabilidade internacional: um oriundo da violação de norma que só afeta o interesse de um Estado em particular e outro originado da violação de norma que afeta interesses da comunidade internacional como um todo. Esse último regime classificava os crimes internacionais como sendo um regime mais gravoso e multilateral da responsabilidade internacional do Estado, conforme o artigo 19 do projeto de Convenção sobre Responsabilidade Internacional do Estado da ONU de 1996.

Essa distinção foi feita no caso *Barcelona Traction*<sup>260</sup>, no qual foi ressaltada a possibilidade da violação gerar obrigações *erga omnes*, em que qualquer Estado tem interesse na sua observância:

... an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes* ... Obligations the performance of which is the subject of diplomatic protection are not of the same category. It cannot be held, when one such obligation in particular is in question, that all States have a legal interest in its observance. In order to bring a claim in respect of a breach of such an obligation, a State must first establish its right to do so ...

Em 2000, contudo, o *rapporteur* especial propôs e foi aceito que o conceito de crimes internacionais dos Estados fosse apagado e com ele o artigo 19, mas que certas conseqüências especiais seriam especificadas como aplicáveis à violação séria de uma obrigação devida à comunidade internacional como um todo. Ademais, houve preocupação de que o conceito de obrigações à comunidade internacional como um todo fosse muito genérico. Assim, para

<sup>259</sup> U.N Doc. E/CN.4/1986/15, 1.

<sup>260</sup> *I.C.J. Reports, 1970*, p. 3, at p. 32 (paras. 33-35).

evitar confusão foi acordado limitar a parte II do capítulo III a sérias violações de obrigações com o *status* de normas peremptórias.

Conseqüentemente, o capítulo III substituiu os artigos concernentes aos crimes estatais, deixando sem mudança algumas das conseqüências da violação dessas normas. Os dois artigos resultantes, os quais afirmam a existência de normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* de ação e abstenção resultantes de sua violação representam os exemplos do desenvolvimento progressivo do direito internacional nos artigos sobre reparação.<sup>261</sup>

Dessa forma, o artigo 40 do projeto sobre Responsabilidade dos Estados por atos Internacionais Ilícitos prevê dois requisitos para a caracterização da violação séria de uma obrigação oriunda de uma norma peremptória, um qualitativo e outro quantitativo.<sup>262</sup>

O primeiro relaciona-se com a característica da obrigação violada, a qual deve derivar de uma norma peremptória de direito internacional geral. As obrigações referidas no artigo 40 surgem das regras substantivas de conduta que proíbem o que vem sendo visto como intolerável por causa da ameaça que representa para a sobrevivência dos Estados e seus povos e nos valores humanos mais básicos. Como exemplos podem ser citados a proibição da agressão, escravidão, comércio de escravos, genocídio, discriminação racial, *apartheid* e tortura.

O segundo, qualifica a intensidade da violação, a qual deve ser séria, significando que uma certa magnitude de violação seria necessária.

A prática dos Estados também indica a aceitação de dois regimes de responsabilidade internacional do Estado. Assim, três são os elementos de prova dessa prática estatal.

O primeiro elemento seria o reconhecimento pelos Estados de normas de *jus cogens*; o segundo seria a aceitação pelo direito internacional geral da responsabilidade internacional

---

<sup>261</sup> SHELTON, Dinah. *Righting wrongs: reparations in the articles on state responsibility*. In: the American journal of international law, vol. 96, nº 4 (outubro 2002), p.842.

<sup>262</sup> *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts*, with commentaries, UN Doc. A/56/10 (2001), p.112.

penal do indivíduo e o último seria a existência de um regime especial de responsabilidade internacional do Estado pela violação de determinadas regras primárias constantes do capítulo VII da Carta da ONU referentes à paz e à segurança internacional.<sup>263</sup> Na hipótese de violação grave dos direitos humanos fundamentais, há a legitimação de terceiros Estados como se fossem diretamente ofendidos, reforçando-se o caráter *erga omnes* das normas de proteção dos direitos humanos.

Com relação ao artigo 41, 2 do projeto, o qual prevê o não reconhecimento de atos em violação de normas peremptórias, há o exemplo do caso da invasão do Kuwait pelo Iraque, em que o Conselho de Segurança na resolução 662 (1990) decidiu que a anexação não tinha validade legal e era nula e apelou para que todos os Estados e organizações internacionais não reconhecessem a anexação.

Pode-se, dizer, outrossim, que alguns autores entendem que se uma corte nacional concede imunidade a um Estado que tenha violado uma norma de *jus cogens*, ela poderia ser vista como violadora da regra do não-reconhecimento e se tornar cúmplice do ato.<sup>264</sup>

Ainda, com relação ao parágrafo 3 do artigo 41 pode-se dizer que uma violação séria no sentido do artigo 40 gera as conseqüências estipuladas para todas as violações nos capítulos I e II da parte II. Conseqüentemente, uma violação grave no sentido do artigo 40 obriga a cessar o ato ilícito e acarreta o dever de fazer a reparação em conformidade com as regras previstas no capítulo II dessa parte.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-64.

<sup>264</sup> BELSKY, Adam C.; MERVA, Mark; ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Implied waiver under FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law*. In: 77 *Californian law review* 365, 1989, p.401.

<sup>265</sup> *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries*, UN Doc. A/56/10 (2001), p.115.

Além disso, o parágrafo 3 mostra que o regime legal de violações sérias estaria ainda em desenvolvimento, sendo que o direito internacional pode reconhecer conseqüências adicionais provenientes do cometimento de violações sérias de acordo com o artigo 40.<sup>266</sup>

Por fim, as normas de *jus cogens* são reconhecidas pela Corte Européia de Direitos Humanos, pelo Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte Internacional de Justiça e por algumas cortes nacionais.

#### 4.6 Jurisprudência da corte européia de direitos humanos

Na Corte Européia, no caso *Al-Adsani*, foi decidido que a proibição da tortura atingiu o *status* de uma norma peremptória de *jus cogens*.<sup>267</sup> A Corte, entretanto, entendeu que não há ainda aceitação no direito internacional de que os Estados não teriam direito à imunidade no que concerne a ações civis por danos por tortura que teria sido cometida fora do Estado do foro. Ressaltou-se, outrossim, que a Lei de 1978, a qual concede imunidade a Estados em respeito a ações de danos pessoais, a não ser que o dano tenha ocorrido dentro do Reino Unido, não é inconsistente com as limitações aceitas pela comunidade de nações como parte da doutrina da imunidade do Estado.

Por fim, a corte julgou, por maioria, que não houve violação ao artigo 6º, §1º da Convenção européia.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts*, with commentaries, UN Doc. A/56/10 (2001), p.116.

<sup>267</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, parágrafo 60, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>268</sup> Para uma análise crítica dessa decisão, sustentando que a corte fez uma interpretação restritiva dos tratados de direitos humanos, ver ORAKHELASHVILI, Alexander. *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European court of human rights*. In: the European journal of international law, Vol.14, n°3, 2003.

No voto vencido dos juízes Rozakis, Caflish, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajic, mostra-se, todavia, que a conclusão a que chegou a maioria da corte seria errada com base em dois motivos.

Primeiro, as cortes britânicas nunca recorreram à distinção feita pela maioria da corte européia. Elas nunca alegaram qualquer diferença entre ações civis ou criminais ou entre processo civil ou criminal no que se refere à aplicação da lei britânica de 1978.

Assim, a posição da corte de apelação, a última corte que lidou com a questão, foi expressada pela opinião do Lorde Stuart Smith, o qual simplesmente negou que a proibição de tortura fosse uma norma de *jus cogens*.

Segundo, a distinção feita pela maioria entre processo civil ou criminal, concernente ao efeito da regra da proibição da tortura, não está de acordo com o funcionamento das regras de *jus cogens*. Não é a natureza do processo que determina os efeitos que a regra de *jus cogens* tem sobre uma outra norma de *jus cogens*, mas, sim, a característica da norma como uma norma peremptória e sua interação com uma norma hierarquicamente inferior.

Assim, a proibição da tortura, sendo uma norma de *jus cogens*, atua na área internacional e retira todos os efeitos da regra da imunidade de jurisdição nesta esfera, sendo irrelevante a natureza civil ou criminal do processo.

Já no voto dissidente do juiz Loucaides, foi ressaltado que qualquer forma de imunidade baseada no direito internacional ou na lei nacional, que é aplicada por uma corte para bloquear a determinação judicial de um direito civil sem ponderar os interesses conflitantes, é uma limitação desproporcional do art. 6º, §1º da Convenção. Assim, ele entende que qualquer aplicação automática da regra da imunidade de jurisdição violaria o artigo mencionado.

Os que apóiam a decisão do caso *Al-Adsani* possuem dois argumentos principais para possibilitá-los a sustentar que a imunidade de jurisdição não é impedida nesses casos:<sup>269</sup>

- a) de acordo com o primeiro argumento, não há conflito real de normas entre a norma de *jus cogens* e a regra de imunidade estatal. Isso porque no direito internacional, o qual não possui uma autoridade central executora, pode-se sempre distinguir entre regras materiais e as formas como essas regras são executadas. Assim, se uma norma de *jus cogens* proíbe uma certa conduta, como por exemplo, crimes de guerra, essa mesma regra não impede os Estados de alegarem imunidade de jurisdição diante de cortes nacionais em casos concernentes a crimes de guerra, uma vez que a imunidade estatal somente concerne a execução e não o conteúdo material da norma de *jus cogens*;
- b) o segundo argumento seria mais político do que jurídico. Teme-se que qualquer denegação de imunidade de jurisdição poderia resultar em caos judicial, pois os Estados estariam potencialmente sujeitos a um grande número de ações civis por condutas que teriam acontecido há muito tempo atrás.

Nenhum dos dois argumentos é convincente. Primeiro, mesmo que normas tradicionais de *jus cogens* como a proibição de crimes de guerra não contenham um elemento processual, uma regra de execução processual poderia também ter chegado ao *status* de *jus cogens*. Isso implicaria um desenvolvimento em duas fases. Na primeira, os Estados teriam chegado ao consenso de que, para assegurar os interesses fundamentais da comunidade internacional, a proibição em questão teria que ser considerada não derogável. Já na segunda, para melhor executar esses interesses fundamentais, eles poderiam ter chegado a outro

---

<sup>269</sup> BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *Jus cogens vs. state immunity, round two: the decision of the European court of human rights in the Kalogeropoulou et a. v. Greece and Germany decision*. German law journal n°5, maio de 2003,p.4.

consenso, segundo o qual a imunidade estatal não poderia ser alegada nos casos de violação dessas regras proibitivas.

Segundo, alguns autores entendem que uma norma processual de *jus cogens* seria oriunda do caráter peremptório de uma norma substancial, ou seja, toda norma de *jus cogens* contém ou pressupõe uma regra processual a qual garante a sua execução processual.

Quanto ao temor de caos judicial, considera-se a possibilidade de que as cortes de certos países pudessem ser usadas sem justo motivo contra outros Estados. O conceito de *jus cogens*, no entanto, pressupõe um amplo consenso de Estados. Assim, nenhum Estado pode declarar unilateralmente que uma regra faz parte do *jus cogens*.

Por fim, o medo de que os Estados não deixarão nunca o passado descansar pode ser superado por normas materiais sobre compensação por injustiças passadas. Dessa forma, os Estados podem firmar tratados prevendo quantias como reparações devidas por danos causados em troca de um acordo que outras reclamações só serão admitidas se não forem cobertas pelos tratados.<sup>270</sup>

Outrossim, no caso *McElhinney v. Ireland*,<sup>271</sup> a corte europeia entendeu que “ parece existir uma tendência tanto no direito internacional como no direito comparado para limitar a imunidade do Estado com respeito a lesão pessoal causada por um ato ou omissão causado dentro do Estado do foro, mas essa prática não seria universal. Ademais, parece que a tendência pode referir-se a lesões pessoais passíveis de seguro, como aquelas decorrentes de acidentes de trânsito do que problemas relativos a áreas de soberania do Estado, tais como atos de um soldado em território estrangeiro, os quais, pela sua natureza pode envolver questões sensíveis, afetando relações diplomáticas entre Estados e seguridade nacional. Certamente, não se pode dizer que a Irlanda está sozinha em sustentar que há imunidade em

---

<sup>270</sup> BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn, *op.cit.* p.4-6.

<sup>271</sup> *McElhinney v. Ireland*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, parágrafo 38, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.



ações a respeito de atos cometidos *jure imperii* ou que ao conceder essa imunidade, a Irlanda estaria fora de quaisquer padrões internacionais atuais.”

No voto dissidente do juiz Rozakis, entretanto, ele entendeu que a decisão por maioria da corte foi desproporcional, havendo violação do direito de acesso à corte. De acordo com a sua opinião, no exercício de sopesamento dos vários interesses envolvidos, a imunidade de jurisdição perderia muito do seu peso em comparação com os desenvolvimentos de direito internacional e do *status* atual do direito sobre imunidade soberana. Assim, em primeiro lugar, o autor é um nacional irlandês, o que freqüentemente cria um vínculo entre a pessoa e o seu Estado e a obrigação em direito internacional do Estado de protegê-la. Em segundo lugar, o ataque contra o autor ocorreu dentro do território irlandês, o que reforça a ligação jurisdicional. E, por fim, o autor invocou algumas dificuldades práticas com respeito a possibilidades alternativas de processo no Reino Unido.<sup>272</sup>

Ainda, no voto dissidente dos juízes Caflisch, Cabral Barreto e Vajic, foi ressaltado que o princípio da imunidade estatal deixou de ser há muito tempo uma regra geral isentando os Estados da jurisdição das cortes. Isso se deu pela relativização da imunidade estatal com a prática pelos Estados de atividades comerciais. Ademais, alguns países da *common law*, como o Reino Unido, os Estados Unidos, a Austrália previram a exceção à imunidade de jurisdição dos Estados no caso de processo relativo a morte ou ferimento pessoal. Outrossim, a mesma solução foi prevista no art.11 da Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição, se os fatos que ocasionaram a lesão ocorreram no território do foro e se o autor estivesse presente no território ao tempo em que os fatos ocorreram.<sup>273</sup>

Ademais, várias tentativas de codificação do direito internacional da imunidade estatal devem ser examinadas. A primeira, seria o artigo III (e) da resolução adotada pelo Instituto de Direito Internacional em 02 setembro de 1991 chamada *contemporary problems concerning*

---

<sup>272</sup> *Ibidem*, p.14-16.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p.17.

*the immunity of States in relation to questions of jurisdiction and enforcement*, segundo o qual “ the organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss 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.” <sup>274</sup>

Também outro texto no mesmo sentido é o esboço de artigos para uma Convenção sobre Imunidade do Estado de 1994 da International Law Association. Assim, no seu III (F) consta que “where the cause of action relates to : 1. Death or personal injury; or 2. Damage to or loss of property, and the act of omission which caused the death, injury or damage either occurred wholly or partly in the forum State or if the act or omission had a direct effect in the forum State” o Estado estrangeiro não deve ser imune.<sup>275</sup>

Por fim, o esboço de artigos preparado pela Comissão de Direito Internacional da Assembléia Geral das Nações Unidas (hoje Convenção sobre imunidade de jurisdição dos Estados) previu no seu art.12 a exceção à imunidade de jurisdição no caso de morte ou ferimento a pessoa causado por um ato ou omissão atribuível a um Estado, se o ato ou omissão ocorreu no todo ou em parte no território daquele Estado e se o autor do ato ou omissão estava presente naquele território ao tempo do ato ou da omissão.<sup>276</sup>

O comentário da Comissão sobre isso revela que a exceção que ela faz ao princípio geral da imunidade, enquanto principalmente destinado a englobar acidentes de trânsito passíveis de seguro, é larga o suficiente para cobrir também dano físico intencional, como ataque e espancamento, dano intencional a propriedade, incêndio premeditado ou até mesmo assassinato, incluindo assassinato político.<sup>277</sup>

Ademais, é necessário que:

---

<sup>274</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p.19.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p.19

o Estado do foro seja o Estado em cujo território o ato reclamado tenha ocorrido porque se o acesso às cortes fosse negado, a pessoa ferida ficaria sem recurso à justiça;

o autor do ato ou omissão tem que ter estado presente no território daquele Estado para excluir-se danos transfronteiriços, os quais são melhor classificados como litígios de Estado para Estado;

não há distinção feita entre atos ilícitos resultantes do exercício de *jus imperii* ou *jus gestionis*.<sup>278</sup>

Essas considerações mostram que o artigo 12 da Convenção reflete a lei como ela é no presente, sugerindo que não há dever por parte dos Estados de conceder imunidade a outros Estados no caso de atos ilícitos causados pelos agentes desses Estados.

Os juízes concluem, dessa forma, que não há conflito entre a regra da imunidade dos Estados e o direito de acesso às cortes domésticas garantido pelo art.6, §1º da Convenção, tendo havido restrição desproporcional aos direitos do autor.

Outrossim, o juiz Loucaides, também em voto dissidente, no mesmo caso, concordou que não houve conflito entre imunidade de jurisdição estatal e o direito de acesso às cortes locais previsto no art.6, §1º da Convenção, adicionando, ainda, que a concessão geral de imunidade a um Estado sem se ponderar os interesses conflitantes, gera uma restrição desproporcional ao direito de acesso ao tribunal.<sup>279</sup>

Assim, a doutrina da imunidade estatal nos tempos modernos está sujeita a limitações, com tendência a reduzir sua aplicação em vista dos desenvolvimentos no campo dos direitos humanos que reforçam a posição do indivíduo.

Por fim, o juiz conclui que a lei especial é a Convenção Europeia de Direitos Humanos e que os princípios gerais de direito internacional não estão previstos na convenção com

exceção a referências expressas feitas a eles pela convenção, como os artigos 15, 35,§1º e 53 e o artigo 1º do protocolo nº 1. Dessa forma, não se aceitariam restrições aos direitos estabelecidos na convenção oriundos de princípios de direito internacional tais como os que estabelecem imunidades que não são nem mesmo parte de normas de *jus cogens*.<sup>280</sup>

#### 4.7 Jurisprudência do tribunal penal internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia

No caso *Furundzija*,<sup>281</sup> o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, entendeu que a proibição da tortura evoluiu para uma norma peremptória de *jus cogens*, isto é, uma norma que goza de um patamar mais elevado na hierarquia internacional do que tratados e normas costumeiras comuns. Outrossim, entendeu-se que essa proibição é tão extensa que os Estados são até mesmo impedidos pelo direito internacional de expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde há fundados motivos para acreditar que a pessoa estaria em perigo de ser sujeita à tortura.

#### 4.8 Jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos

Em 1996, no caso *Blake v. Guatemala*<sup>282</sup>, foi reconhecida a existência de obrigações *erga omnes* de proteção como manifestação da própria emergência de normas imperativas de direito internacional.

No caso *Villagrán Morales*<sup>283</sup>, em 2000, foi ressaltado que o desaparecimento forçado de pessoas viola direitos humanos inderrogáveis e por essa razão pertencentes ao rol do *jus cogens*.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>281</sup> *Prosecutor v. Furundzija*, caso nº IT-95-17/I-T (1999) 38 ILM 317, parágrafos 144/154. No mesmo sentido, ver *Prosecutor v. Delacic and Others*, 16 de novembro de 1998, caso nº IT-96-21-T, §454 e *Prosecutor v. Kunarac*, 22 fevereiro de 2001, caso nº IT 96-23-T e IT 96-23/1, §466.

<sup>282</sup> Corte interamericana de direitos humanos, caso *Blake v. Guatemala*, parágrafo 28.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p.20.

Ainda, no parecer n.18 de 2003 sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados a corte salientou o dever dos Estados de respeitar e assegurar os direitos humanos dos migrantes à luz dos princípios da igualdade e não-discriminação. Assim, esses princípios fazem parte do domínio do *jus cogens*.<sup>284</sup>

Mais recentemente, no caso Goiburú<sup>285</sup>, foi reafirmada a natureza de *jus cogens*, em se tratando de proibição da tortura e do desaparecimento forçado de pessoas.

Acrescentou-se, ainda, a característica de norma imperativa ao acesso à justiça, gerando obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar medidas necessárias para combater a impunidade seja por meio da extradição ou do julgamento dos responsáveis.

#### 4.9 Jurisprudência da Corte internacional de justiça

A Corte Internacional de Justiça, já em 1951, em parecer consultivo<sup>286</sup>, reconheceu a existência de normas imperativas na interpretação das normas de direitos humanos previstas na Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio<sup>287</sup>.

Nos casos do Sudoeste Africano<sup>288</sup> (*Etiópia v. África do Sul e Libéria v. África do Sul*), entretanto, em 1966, a Corte entendeu que os argumentos da Etiópia e Libéria consagravam uma espécie de *actio popularis*, permitindo o reconhecimento do interesse jurídico de qualquer Estado da comunidade internacional em combater violações ao direito

<sup>283</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Villagrán Morales*, 2000, voto concorrente do juiz Cañado Trindade, parágrafo 11.

<sup>284</sup> Sobre a opinião consultiva nº 18 de 2003, ver PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Os direitos do trabalhador imigrante ilegal à luz da opinião consultiva 18/03 da corte interamericana de direitos humanos*. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.85-109.

<sup>285</sup> Corte interamericana de direitos humanos, *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, 2006, parág.131-132. Ver também o voto concorrente do juiz Cañado Trindade, parág.66-68, no qual destaca a expansão material do *jus cogens*, abrangendo o acesso à justiça.

<sup>286</sup> Parecer consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ report 1951, parágrafo 23, p.15.

<sup>287</sup> ONU, Convenção contra o genocídio, 78 UNTS 277.

internacional. Para a Corte, a *actio popularis* não era ainda aceita pelo direito internacional da época.

Já no caso *Barcelona Traction*<sup>289</sup>, a Corte julgou que em razão da importância dos direitos envolvidos, todos Estados podem ter interesse legal na sua proteção. São obrigações *erga omnes*. Essas obrigações derivam da proscrição de atos de agressão e de genocídio e também proteção contra a escravidão e a discriminação racial.

Assim, as normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* são lados da mesma moeda.

O *jus cogens* refere-se ao *status* legal que certos crimes internacionais alcançaram e as obrigações *erga omnes* são as implicações legais oriundas da caracterização de certos crimes como *jus cogens*.

Em 1986, no caso *Nicarágua v. Estados Unidos*<sup>290</sup>, a Nicarágua ajuizou ação em face dos Estados Unidos, acusando-os de colocar minas nos portos e águas da Nicarágua; realizar manobras militares na fronteira entre Nicarágua e Honduras, vôos no seu espaço aéreo e criar um exército para atuar contra o governo.

A Corte confirmou indiretamente a identificação da regra proibindo o uso da força como *jus cogens*, citando a previsão na Carta da ONU relativa à interdição do emprego da força como um exemplo de *jus cogens*. Ademais, em opiniões individuais, os juízes Sette Câmara e Singh reforçaram esse entendimento.<sup>291</sup>

Ainda, em 1996, no parecer sobre licitude do emprego de armas nucleares<sup>292</sup>, foi afirmado que as regras de direito humanitário fazem parte do *jus cogens*.

Em 1997, no caso da Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio<sup>293</sup> (*Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia*) o juiz Lauterpacht, em opinião

<sup>289</sup> *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (ICJ, 1970) 32.

<sup>290</sup> ICJ Reports, 1986, p.100-101.

<sup>291</sup> ICJ Reports, 1986, p.153 e 199.

<sup>292</sup> *Licitude da ameaça ou emprego de armas nucleares*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

<sup>293</sup> *Aplicabilidade da convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio. Bósnia-Herzegovina v.*

<sup>288</sup> ICJ Reports 1966, p.47.

*Iugoslávia*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

individual, salientou que a proibição do genocídio faz parte do *jus cogens*. Em 1993, a Bósnia-Herzegovina havia ingressado com processo em face da Iugoslávia, alegando violações de obrigações *erga omnes* contidas na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948.

Em 2006, no caso atividades armadas no território do Congo,<sup>294</sup> embora a corte tenha negado sua competência para julgar esse caso, foi reconhecido o caráter de *jus cogens* à proibição de tortura.

Por fim, no caso *Bélgica v. Senegal*<sup>295</sup>, o juiz Cançado Trindade, em voto dissidente em solicitação de medidas provisórias, ressalta a prática de tortura sistemática durante o governo de Habré no Chade, o que consiste em uma violação das normas de *jus cogens*.

---

<sup>294</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, 2006, disponível em <http://www.icj-cij.org>, §64.

<sup>295</sup> *Belgium v. Senegal*, No. 2009/13, 19 February 2009, disponível em <http://www.icj-cij.org>.



## 5 TEORIAS PARA AFASTAR A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS NO CASO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### 5.1 Teoria da hierarquia normativa e conseqüências das normas de *jus cogens*

A idéia de que a imunidade de um Estado estrangeiro soberano pudesse ser superada por normas superiores internacionais surgiu primeiramente nos Estados Unidos como reação à decisão da Suprema Corte Americana no caso *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*<sup>296</sup> Nesse caso, os autores ajuizaram ação de reparação civil, reclamando perdas decorrentes do ataque de um petroleiro em alto-mar pelo governo da Argentina. A Corte julgou que o FSIA seria a única base para se obter jurisdição sobre um Estado estrangeiro nos tribunais americanos. Ademais, entendeu-se que as cortes americanas poderiam julgar Estados estrangeiros somente quando houvesse expressa exceção à regra de imunidade do FSIA. Houve, então, a rejeição do pedido dos autores.

Essa interpretação restritiva das exceções previstas no FSIA incentivou um grupo de estudantes a publicarem um artigo em 1991, no qual eles defendem que os Estados perdem o direito à imunidade de jurisdição sob o direito internacional, quando eles ofendem os indivíduos em violação a normas de *jus cogens*.<sup>297</sup> Dessa forma, para eles, ao causar prejuízo a um indivíduo em violação ao *jus cogens*, um Estado não poderia mais usar a imunidade como defesa, pois o Estado teria renunciado implicitamente a qualquer direito a imunidade. Como fundamento para isso, os autores mencionam o art.1605 (a) (1) do FSIA, o qual autoriza o exercício de jurisdição no caso em que o Estado tenha renunciado sua jurisdição expressamente ou implicitamente.

---

<sup>296</sup> 488 U.S. 428 (1989).

<sup>297</sup> BELSKY, Adam C.; MERVA, Mark; ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Implied waiver under FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law*. In: 77 *Californian law review* 365, 1989.

Ainda, em outro caso, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*<sup>298</sup>, a Corte de Apelação do nono circuito teria aceito essa teoria. O caso tratava de tortura de um argentino e expropriação de sua propriedade por funcionários militares argentinos. A corte determinou que a Argentina não seria imune a ser processada porquanto a Argentina teria renunciado ao direito de imunidade sob o art.1605 (a) (1) do FSIA por envolver-se nos procedimentos legais americanos.

Além disso, a Corte afirmou que a violação de um Estado de uma norma de *jus cogens* que proíbe a tortura oficial não teria direito a imunidade.

O argumento da teoria da hierarquia normativa seria, ainda, discutido em *Princz v. Federal Republic of Germany*<sup>299</sup>, no qual havia reclamação de dano pessoal e de trabalho escravo decorrentes da prisão do autor em campos de concentração nazistas. A Corte de Apelação para o Distrito de Colúmbia negou o pedido do autor, rejeitando a teoria da hierarquia normativa.

A juíza Patricia Wald, entretanto, em voto dissidente advogou a sua aplicação, entendendo que a Alemanha teria renunciado à sua imunidade soberana ao violar as normas de *jus cogens* de direito internacional, as quais condenam a escravidão e o genocídio.

Essa teoria teve, outrossim, um grande impacto em países europeus, valendo ressaltar que os países da *civil law* não promulgaram leis domésticas sobre imunidade e em muitos o seu sistema constitucional obriga as cortes nacionais a olhar para o direito internacional para aplicar a imunidade estatal.

O Professor Bianchi<sup>300</sup>, por exemplo, ressalta a necessidade de uma interpretação coerente das normas da ordem internacional para resolver o conflito entre o princípio da soberania e seu corolário, a imunidade, e os direitos humanos fundamentais. Dessa maneira,

---

<sup>298</sup> 965 F. 2d 699 (9 th cir. 1992).

<sup>299</sup> 26 F. 3d 1166 (D.C. Cir. 1994).

<sup>300</sup> BIANCHI, Andrea. *Immunity versus human rights: the Pinochet case*. In: European journal of international law (1999), vol.10, n° 2, p.260-261.

para ele, seria evidente a inconsistência da noção de crimes de direito internacional com qualquer forma de imunidade, a qual protege os indivíduos atrás da posição oficial deles.

A imunidade como uma forma de proteção que o direito internacional confere para certas categorias de indivíduos seria incompatível com a conduta contrária a princípios fundamentais do sistema internacional legal. Isso porque o direito internacional não poderia conceder imunidade com relação a atos que o mesmo direito internacional condena como criminal e como um ataque aos interesses da comunidade internacional como um todo.

Quanto às conseqüências das normas de *jus cogens*, de acordo com o art.53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>301</sup>, uma norma peremptória anula qualquer tratado que seja contrário a essa norma.

Erika de Wet<sup>302</sup>, todavia, usando a tortura como exemplo e citando o caso *Furundzija*<sup>303</sup>, destaca outras conseqüências específicas para os Estados que violam uma norma peremptória:

- a) deslegitimação de quaisquer atos legislativo, administrativo ou judicial que autorize o ato proibido;
- b) anulação de anistia doméstica;
- c) permitir que vítimas processem em tribunais internacionais para tornar medidas nacionais internacionalmente ilegais;
- d) obter reparação civil em tribunais de qualquer jurisdição;
- e) permitir jurisdição universal para investigação, processo e condenação criminais;
- f) excluir aplicação de exceções políticas ou estatutos de limitação.

---

<sup>301</sup> ONU, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, (1969)1155 UNTS 331.

<sup>302</sup> WET, Erika de. *The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law*. In: *European journal of international law* (2004), vol. 15, nº 1, p.98.

<sup>303</sup> *Prosecutor v. Furundzija*, caso nº IT-95-17/I-T (1999) 38 ILM 317, parágrafos 144/154.

Ocorre, no entanto, que tanto na jurisprudência como na doutrina tem havido uma crítica a essa teoria, limitando as conseqüências advindas do *status* de *jus cogens* da proibição da tortura.

No caso *Jones*<sup>304</sup>, tanto na Corte de Apelação como na Câmara dos Lordes não foi aceita a validade do argumento da prevalência do *jus cogens* sobre a imunidade de jurisdição, no caso de tortura, como será visto adiante.

Ainda, o fato de uma norma de *jus cogens* não tornar automaticamente ineficaz outras normas de direito internacional foi visto supra no caso *Congo v. Bélgica*<sup>305</sup>, no qual foi julgado que um ministro das relações exteriores em exercício mantinha imunidade enquanto estivesse no cargo, apesar da natureza de *jus cogens* de alguns dos crimes em questão.

Em outro caso, *Congo v. Ruanda*<sup>306</sup> também foi decidido que jurisdição não seria automaticamente determinada pela violação de uma norma de *jus cogens*.

## 5.2 Teoria de Caplan: teoria do benefício coletivo

Caplan faz uma crítica à teoria da hierarquia normativa, começando por afirmar que não há um conflito entre as normas de imunidade estatal e de *jus cogens*.

Para ele, na realidade, se houver alguma colisão entre normas internacionais seria entre a proteção dos direitos humanos e o direito do Estado do foro de regular a autoridade dos seus órgãos judiciais, mais conhecido como o direito de jurisdição adjudicatória.<sup>307</sup>

Dessa forma, a imunidade estatal operaria como uma exceção ao princípio de jurisdição adjudicatória e ela não cobriria ofensas aos direitos humanos. Qualquer proteção

<sup>304</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26.

<sup>305</sup> *Congo v. Bélgica*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

<sup>306</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, 2006, disponível em <http://www.icj-cij.org>, §64.

<sup>307</sup> CAPLAN, Lee M. *State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory*. In: *American journal of international law*, 97, 2003, p.771.

para abusos de direitos humanos no nível doméstico resultaria do exercício pelo Estado do foro do direito de jurisdição adjudicatória.<sup>308</sup>

Ademais, para ele há questões em torno da aplicação do *jus cogens*. Isso porque proponentes da teoria da hierarquia normativa teriam falhado em gerar uma lista precisa de normas de direitos humanos com caráter peremptório. Dessa maneira, haveria consenso quanto ao *status* de certas normas, como proibição contra pirataria, genocídio, escravidão, agressão e tortura. Essas normas, todavia, representariam apenas uma pequena fração das normas que poderiam pertencer às normas peremptórias. No caso *Prefecture of Voiotia*<sup>309</sup>, por exemplo, as cortes gregas identificaram os direitos de honra familiar, vida, propriedade privada e convicções religiosas como *jus cogens*.<sup>310</sup>

Em segundo lugar, se o verdadeiro choque entre normas seria entre a proteção dos direitos humanos e o princípio da jurisdição adjudicatória, qual seria a relação entre essas duas normas?

Caplan entende que o princípio da jurisdição estatal, isto é, a liberdade do Estado de exercer jurisdição, especialmente com base na territorialidade, por meio de suas próprias instituições governamentais, estaria incluído no conceito de normas de *jus cogens*.<sup>311</sup>

Dessa forma, poderia haver um conflito entre duas normas peremptórias, a proteção dos direitos humanos e o princípio da jurisdição exclusiva estatal. Qual então prevaleceria? O fato de a teoria da hierarquia normativa poder levar os tribunais a esse dilema colocaria em dúvida a viabilidade prática dela.

Continuando a crítica, Caplan entende que pela teoria da hierarquia normativa a denegação da imunidade ocorre por duas ficções resultantes da má-compreensão da real natureza da doutrina da imunidade do Estado estrangeiro.

---

<sup>308</sup> *Ibidem*, p.771.

<sup>309</sup> Areios Pagos, j. 4 de maio 2000, caso nº 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, International Law Reports 129:513, 2007.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p.772.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p.773.

Pela primeira, a noção de que o Estado estrangeiro implicitamente renunciaria à imunidade ao agir contra a norma de *jus cogens* seria insustentável porque o direito de um Estado estrangeiro à imunidade por violação aos direitos humanos não derivaria do direito internacional, então um Estado estrangeiro não poderia perder o seu direito à imunidade por violar o direito internacional. Na realidade, o direito a esse respeito e conseqüentemente a renúncia à imunidade seria um problema de regulação doméstico.<sup>312</sup>

Essa realidade teria sido demonstrada no caso *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*<sup>313</sup>, no qual a Líbia admitiu que sua alegada participação na explosão do voo 103 da Pan Am consistiria em violação de *jus cogens*, mas discute que tal violação demonstraria uma renúncia implícita de imunidade soberana de acordo com o sentido do *FSIA*. Por conseguinte, a corte julgou que a Líbia não tinha renunciado à sua imunidade porque o *FSIA* previu renúncia implícita somente sob algumas circunstâncias específicas.

No caso *Smith*, pode-se levantar a questão de como um Estado estrangeiro poderia ter renunciado implicitamente à sua imunidade quando seria provável, se perguntado, de afirmar exatamente o contrário.

Já pela segunda ficção, haveria a exclusão do ato do Estado violador dos direitos humanos da categoria dos atos *jure imperii*. Essa ficção também não seria persuasiva, na medida em que um Estado soberano não deixa de ser soberano porque ele praticou atos que um particular poderia cometer. Na mesma lógica, um Estado estrangeiro não deixa de ser soberano porque cometeu atos de natureza criminal, incluindo violações de natureza criminal. Ademais, se uma conduta que violou o *jus cogens* não seria *jure imperii* e também não *jure gestionis*, o que seria? Essa questão não é respondida pelos defensores da teoria da hierarquia normativa. A resposta seria que os Estados estrangeiros têm direito a imunidade por violações dos direitos humanos somente na medida em que o Estado do foro conceda a eles esse

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, p.774-775.

<sup>313</sup> *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F. 3d. (2nd Cir.(N.Y.) Nov. 26, 1996).

privilégio. Assim, a exclusão da conduta violadora do *jus cogens* da categoria de atos de império só poderia ser efetuada pela política de imunidade do Estado do foro, não pelo direito internacional.<sup>314</sup>

Dessa forma, Caplan entende que a proteção à imunidade resulta da renúncia do Estado do foro ao seu direito de jurisdição adjudicatória. Como entendia Marshall em *the Schooner Exchange*<sup>315</sup>, as proteções à imunidade de jurisdição foram criadas originariamente quando o Estado do foro concedia a um Estado soberano uma “licença” para operar dentro da jurisdição daquele Estado do foro, livre de arresto e outros procedimentos legais.

Conseqüentemente, para definir-se o alcance da regra de imunidade estatal dependeria de determinar-se as circunstâncias nas quais os Estados do foro teriam cedido o seu direito de jurisdição adjudicatória em favor da proteção da imunidade.

Ainda, como Marshall ressaltou, a imunidade estatal existiria somente para o benefício mútuo de relacionamento entre Estados.<sup>316</sup>

No caso *Congo v. Bélgica*<sup>317</sup>, essa justificação para as imunidades dos Estados teria sido confirmada no contexto de imunidades de ministros de relações exteriores. A Corte Internacional de Justiça entendeu que tais imunidades são destinadas a possibilitar aos ministros desempenhar suas funções efetivamente e protegê-los dos atos de autoridade de outro Estado que iriam impedi-los de realizar tais funções.

Se se aceitar essa premissa, a conduta de um Estado estrangeiro que não se conformasse com o desenvolvimento de relações interestatais benéficas estaria fora do “acordo” de imunidade estatal e, assim, não seria imune em função do costume internacional. O mais óbvio exemplo excluiria o ato de um Estado estrangeiro que prejudicasse o interesse vital do Estado do foro, tal como o cometimento de abusos aos direitos humanos em face dos

---

<sup>314</sup> CAPLAN, Lee M., *op. cit.* p.775-776.

<sup>315</sup> *The Schooner Exchange*, 11 US, p.137.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p.136.

<sup>317</sup> *Congo v. Bélgica*, disponível em <http://www.icj-cij.org>, §52 e 54.

nacionais do Estado do foro. Dessa forma, o teste para distinguir-se entre atos imunes e não-imunes não deveria ser se a conduta do Estado é pública ou privada, como a teoria da imunidade restrita exige, mas se tal conduta iria prejudicar substancialmente os interesses vitais do Estado do foro.<sup>318</sup>

Caplan aponta dois recentes desenvolvimentos no que concerne a imunidade de jurisdição e a violação dos direitos humanos, de acordo com a teoria do benefício coletivo estatal: nos Estados Unidos e na Grécia.

Primeiro, nos Estados Unidos, com a emenda em 1996 ao *FSIA*, com a criação de uma exceção à imunidade de alguns Estados estrangeiros para alguns casos de violações aos direitos humanos. Essa exceção não necessita de conexão territorial com os Estados Unidos, havendo jurisdição do Estado americano em função da nacionalidade americana da vítima. Essa exceção estaria de acordo com a teoria do benefício coletivo na medida em que ela protege um dos mais vitais interesses do Estado democrático: o bem-estar de seus cidadãos.<sup>319</sup>

O campo de atuação dessa exceção poderia ser maior, de acordo com essa teoria, e poderia estender-se a uma mais larga classe de Estados estrangeiros e não somente àqueles designados como patrocinadores de terrorismo.

O segundo desenvolvimento seria a decisão da Suprema Corte Grega no caso *Prefecture of Voiotia*<sup>320</sup>, em que esse tribunal entendeu que cortes nacionais têm jurisdição para julgar ações de responsabilidade civil, incluindo compensação por ofensas contra pessoas e propriedade que aconteceram no território do foro por órgãos de um país estrangeiro, o qual esteve presente no território quando a ofensa ocorreu, mesmo se foi um ato de império.

A segunda contribuição desse caso foi que mesmo no campo do conflito armado um Estado não seria imune quando ele abusa de sua força oficial em detrimento de cidadãos do

---

<sup>318</sup> CAPLAN, Lee M., *op. cit.* p.777.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 778-779.

<sup>320</sup> Areios Pagos, j. 4 de maio 2000, caso nº 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, *International Law Reports* 129:513, 2007.



Estado do foro. A corte observou que os comentários ao art.12 da Convenção da ONU, o art.31 da Convenção Européia e a seção 16 (2) da Lei britânica sobre imunidade dos Estados, todos indicam uma regra de costume internacional que dá direito de imunidade aos Estados com relação a atividade militar. A corte determinou, entretanto, que essa regra continha uma exceção para prejuízos advindos de crimes, como crimes contra a humanidade, que afetam não necessariamente como consequência de guerra, determinados civis, não civis como um todo, e que esses civis não têm conexão com aquele conflito armado durante a ocupação militar.<sup>321</sup>

Dessa maneira, a decisão em *Prefecture of Voiotia*<sup>322</sup> estaria de acordo com a teoria do benefício coletivo na medida em que o terror infligido sobre os civis gregos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial foi uma afronta direta ao interesse vital da Grécia, o Estado do foro, não importando o rótulo de soberano, militar ou *jure imperii* que se possa dar ao ato.<sup>323</sup>

### 5.3 Teoria de Jürgen Bröhmer

A teoria de Bröhmer é baseada na abolição de imunidade estatal no caso de violações a direitos humanos isoladas enquanto a imunidade para violação massiva dos direitos humanos seria preservada.<sup>324</sup>

Dessa forma, dois critérios foram identificados, nos quais as exceções à imunidade são baseadas: a opção de um Estado em cometer um determinado ato e o cálculo do risco da responsabilidade estatal. Ambos critérios deveriam ser aplicados no caso de violação dos direitos humanos. Assim, ele entendeu que conquanto seja difícil pré-calcular o risco da

<sup>321</sup> *Ibidem*, p.779.

<sup>322</sup> *Areios Pagos*, j. 4 de maio 2000, caso nº 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, *International Law Reports* 129:513, 2007.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p.780.

<sup>324</sup> BRÖHMER, Jürgen. *State immunity and the violation of human rights*. A Haia: Martinus Nijhoff publishers, 1997, p.204.

responsabilidade nesses casos, isso seria compensado pelo critério da opção, já que as violações dos direitos humanos são marcadas pelo fato de que o Estado violador tem controle total sobre suas ações.

Essa distinção deve, ainda, adequar-se a um terceiro critério, qual seja, a extensão da interferência com a soberania funcional dos Estados estrangeiros. Dessa forma, para ele, violações individuais aos direitos humanos não precisam estar protegidas pela imunidade porque não causariam ameaça à soberania dos Estados enquanto que a violação em massa dos direitos humanos deveria estar protegida pela imunidade por causa dos efeitos devastadores na imunidade funcional dos Estados, quando a soma dos danos individuais irá exceder a capacidade financeira dos Estados.<sup>325</sup>

Assim, ele propôs que um Estado estrangeiro não deve ter imunidade de jurisdição no foro de outro Estado se a ação está relacionada a morte ou ferimento pessoal e constitui também uma violação de direitos humanos fundamentais internacionais que são parte do *jus cogens* e se o ato do Estado estrangeiro não está violando outras normas de direito internacional destinadas a proteger grandes grupos de indivíduos como a proibição do genocídio.

Por fim, ele entende que, em circunstâncias excepcionais, o Estado estrangeiro deve ser imune à jurisdição de outro Estado se o exercício de jurisdição sobre esse Estado puder levar a uma série de casos similares e interferir na habilidade desse Estado em desempenhar suas funções públicas ou que o Estado estrangeiro tenha submetido a questão a um tribunal internacional ou a um mecanismo de resolução internacional de controvérsias:

A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of the forum State to adjudicate

A. if the cause of action relates to death or personal injury and the act or omission, whether governmental in nature or not, which caused the death or injury also constitutes a violation of such fundamental international human rights, which

<sup>325</sup> BRÖHMER, Jürgen. *State immunity and the violation of human rights*, op.cit., p.205.

are part of the *jus cogens* body of international law, e.g., the prohibition of torture and extrajudicial killing, and if

1. the act or omission of the foreign State which caused the death or personal injury was aimed at the injured or killed individual and if
  2. the act or omission of the foreign State which caused the death or personal injury is not in violation of other norms of international law designed to protect large groups of individuals, e.g. the prohibition of genocide and if
  3. the act or omission of the foreign State which caused the death or personal injury did not occur in the context of an armed conflict between States.
- B. In exceptional circumstances a foreign State shall be immune from the jurisdiction of the forum State to adjudicate despite the applicability of section A.1. above
1. if the foreign State presents a prima facie case that the exercise of jurisdiction in this matter could lead to an unforeseeable number of similar claims in the forum State or other States which to settle individually could seriously interfere with foreign State's ability to discharge its public functions or if
  2. the foreign State establishes to the satisfaction of the tribunal that it has submitted the matter either to a respective international institution with jurisdiction to review the allegations and provide the plaintiff with adequate compensation or to some effective international dispute settlement mechanism.
-

## 6 O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA NOVA EXCEÇÃO À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

### 6.1 O caso Pinochet

Em outubro de 1998 Pinochet foi preso no Reino Unido enquanto estava em um hospital em Londres. Um mandado internacional de prisão havia sido expedido pelo juiz espanhol Garzon, o qual foi seguido por um outro mandado internacional de prisão e um pedido de extradição pelo governo espanhol. O primeiro mandado de prisão tratava do assassinato de nacionais espanhóis no Chile, enquanto o segundo era relativo a alegações de tortura, tomada de reféns e assassinato. De acordo com esses dois mandados de prisão, os magistrados britânicos expediram dois mandados provisórios de prisão de Pinochet. A questão a ser respondida consistia em saber se Pinochet, chefe de Estado quando ele supostamente havia cometido esses crimes, poderia invocar a regra da imunidade de jurisdição funcional contra essas acusações.

A Câmara dos Lordes teve que julgar esse caso duas vezes. A primeira decisão de 25 de novembro de 1998<sup>326</sup> foi anulada por causa da relação de um Lorde com a Anistia Internacional. Houve uma segunda decisão em 24 de março de 1999<sup>327</sup>. As duas decisões sustentam que o ex-chefe de Estado somente beneficia-se de imunidade por atos que ele tenha realizado durante as suas funções e no exercício das mesmas.<sup>328</sup>

No último julgado, entretanto, por maioria de 6 a 1 foi decidido que não poderia haver imunidade para ex-chefes de Estado por acusações de tortura.

---

<sup>326</sup> *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex p Pinochet Ugarte* [1998] 4 All ER 897 (UK, HL, 1998), Pinochet 1.

<sup>327</sup> *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex p Pinochet Ugarte* [1999] 1 All ER 577 (UK, HL, 1999), Pinochet 2.

<sup>328</sup> Essa regra está prevista no art.20.1 do Sovereign Immunity Act de 1978 e deve ser combinada com o art.39.2 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961.

Para poder chegar a uma *ratio decidendi* das duas decisões é necessário que se faça uma análise dos votos de cada uma.

#### 6.1.1 Os argumentos dos Lordes majoritários da decisão de 25 de novembro de 1998

A discussão no primeiro julgamento centrou-se em um falso problema, a saber, a definição dos atos que entram na função de um chefe de Estado. Os votos majoritários basearam-se nisso. Constatando a condenação pelo direito internacional dos atos de tortura e de seqüestro, eles julgaram que é impossível considerar que se trate aí de atos realizados na função de dirigentes. Ora, a questão de saber se um ato é realizado no exercício das funções permite somente de imputá-lo à pessoa ou ao Estado. A fraqueza da argumentação reside, então, na fixação quase arbitrária de um limite do tolerável. Seria o sentimento de que alguns crimes não ficassem impunes que justificaria a ausência de imunidade.<sup>329</sup>

Nesse sentido, Lorde Nicholas of Birkenhead entendeu que o art. 39.2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aplicada aos ex-chefes de Estado pela seção 20 do SIA de 1978, confere imunidade com respeito a atos cometidos no exercício das funções de chefe de Estado. A tortura de pessoas, todavia, não é vista pelo direito internacional como função de um chefe de Estado:

In my view, article 39.2 of the Vienna Convention, as modified and applied to former heads of state by section 20 of the 1978 Act, is apt to confer immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognises as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution. This formulation, and this test for determining what are the functions of a head of state for this purpose, are sound in principle and were not the subject of controversy before your Lordships. International law does not require the grant of any wider immunity. And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state. All states disavow the use of torture as abhorrent, although from time to time some still resort to it. Similarly, the taking of hostages, as much as torture, has been outlawed by the international community as an offence. International law recognises, of course, that the functions of a head of state may include activities

<sup>329</sup> COSNARD, Michel. *Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*. In: revue générale de droit international public tome 103/1999/2: Pedone, Paris.

which are wrongful, even illegal, by the law of his own state or by the laws of other states. But international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law.

This was made clear long before 1973 and the events which took place in Chile then and thereafter. A few references will suffice. Under the charter of the Nurnberg International Military Tribunal (8 August 1945) crimes against humanity, committed before as well as during the second world war, were declared to be within the jurisdiction of the tribunal, and the official position of defendants, "whether as heads of state or responsible officials in government", was not to free them from responsibility (articles 6 and 7). The judgment of the tribunal included the following passage:

"The principle of international law which, under certain circumstance, protects the representatives of a state cannot be applied to acts condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position to be freed from punishment."

Ainda, no mesmo diapasão, Lorde Steyn, o qual também entendeu que os crimes de tortura, genocídio e crimes contra a humanidade não podem ser atos cometidos no exercício da função de chefe de Estado:

My Lords, the concept of an individual acting in his capacity as Head of State involves a rule of law which must be applied to the facts of a particular case. It invites classification of the circumstances of a case as falling on a particular side of the line. It contemplates at the very least that some acts of a Head of State may fall beyond even the most enlarged meaning of official acts performed in the exercise of the functions of a Head of State. If a Head of State kills his gardener in a fit of rage that could by no stretch of the imagination be described as an act performed in the exercise of his functions as Head of State. If a Head of State orders victims to be tortured in his presence for the sole purpose of enjoying the spectacle of the pitiful twitchings of victims dying in agony (what Montaigne described as the farthest point that cruelty can reach) that could not be described as acts undertaken by him in the exercise of his functions as a Head of State. Counsel for General Pinochet expressly, and rightly, conceded that such crimes could not be classified as official acts undertaken in the exercise of the functions of a Head of State. These examples demonstrate that there is indeed a meaningful line to be drawn.

How and where the line is to be drawn requires further examination. Is this question to be considered from the vantage point of the municipal law of Chile, where most of the acts were committed, or in the light of the principles of customary international law? Municipal law cannot be decisive as to where the line is to be drawn. If it were the determining factor, the most abhorrent municipal laws might be said to enlarge the functions of a Head of State. But I need not dwell on the point because it is conceded on behalf of General Pinochet that the distinction between official acts performed in the exercise of functions as a Head of State and acts not satisfying these requirements must depend on the rules of international law. It was at one stage argued that international law spells out no relevant criteria and is of no assistance. In my view that is not right. Negatively, the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d'etat, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of

international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a Head of State.

A questão que necessitaria resolver seria, pois, a de uma eventual exceção feita pelo direito internacional à regra da imunidade dos ex-chefes de Estado. É nessa que se concentraram os Lordes minoritários em novembro de 1998 e em 1999. Eles recusaram-se a examinar a qualificação do ato, não vendo nenhum fundamento jurídico em uma linha de divisão entre atos simplesmente ilegais e aqueles que seriam tão horríveis que não seriam mais atos da função. Eles partiram, pois, do princípio de que qualquer que seja a sua gravidade, os atos incriminados foram cometidos no exercício das funções de chefe de Estado e pesquisaram se a Convenção contra a Tortura da ONU de 1984<sup>330</sup> previu a não-imunidade dos ex-chefes de Estado.

#### 6.1.2 Os argumentos dos Lordes minoritários

Lorde Lloyd of Bernwick (acórdão de 25 novembro de 1998) somente analisa a competência atribuída aos Estados pela Convenção de 1984<sup>331</sup> para julgar os crimes de tortura. Dessa forma, ele julgou que não há nada nessa convenção que disponha sobre imunidade estatal. Além disso, ele entendeu que o estabelecimento de tribunais internacionais para o julgamento de acusados de genocídio, tortura e outros crimes contra a humanidade faz com que chefes de Estado e outros funcionários do governo não possam ser julgados por cortes comuns de outros Estados:

---

<sup>330</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>331</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

(...) Thus in the case of torture a state party is obliged to establish extra-territorial jurisdiction when the alleged offender is a national of that state, but not where the victim is a national. In the latter case the state has a discretion: see article 5.1(b) and (c). In addition there is an obligation on a state to extradite or prosecute where a person accused of torture is found within its territory--aut dedere aut judicare: see article 7. But there is nothing in the Torture Convention which touches on state immunity. The contrast with the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) could not be more marked. Article 4 of the Genocide Convention provides:

"Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article 3 shall be punished whether they are constitutionally responsible rulers or public officials or private individuals."

There is no equivalent provision in either the Torture Convention or the Taking of Hostages Convention.

Moreover when the Genocide Convention was incorporated into English law by the Genocide Act 1969, article 4 was omitted. So Parliament must clearly have intended, or at least contemplated, that a head of state accused of genocide would be able to plead sovereign immunity. If the Torture Convention and the Taking of Hostages Convention had contained a provision equivalent to article 4 of the Genocide Convention (which they did not) it is reasonable to suppose that, as with genocide, the equivalent provisions would have been omitted when Parliament incorporated those conventions into English law. I cannot for my part see any inconsistency between the purposes underlying these Conventions and the rule of international law which allows a head of state procedural immunity in respect of crimes covered by the Conventions.

(...) Stuart Smith L.J. observed that the draftsman of the State Immunity Act must have been well aware of the numerous international conventions covering torture (although he could not, of course, have been aware of the convention against torture in 1984). If civil claims based on acts of torture were intended to be excluded from the immunity afforded by section 1(1) of the Act of 1978, because of the horrifying nature of such acts, or because they are condemned by international law, it is inconceivable that section 1(1) would not have said so.

(...) Professor Greenwood took us back to the charter of the International Military Tribunal for the trial of war criminals at Nuremburg, and drew attention to article 7, which provides:

"The official position of defendants, whether as heads of state or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment."

One finds the same provision in almost identical language in article 7(2) of the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (1993), article 6(2) of the Statute of the International Tribunal for Rwanda (1994) and most recently in article 27 of the Statute of the International Criminal Court (1998). Like the Divisional Court, I regard this as an argument more against the appellants than in their favour. The setting up of these special international tribunals for the trial of those accused of genocide and other crimes against humanity, including torture, shows that such crimes, when committed by heads of state or other responsible government officials cannot be tried in the ordinary courts of other states. If they could, there would be little need for the international tribunal.

Ocorre que a existência de competências concorrentes entre os Estados e os tribunais internacionais não tem qualquer efeito sobre a regra das imunidades dos ex-chefes de Estado,



uma vez que a razão de ser desses tribunais não é preencher um vazio jurídico, mas de atuar nas insuficiências dos Estados.<sup>332</sup>

Por outro lado, Lorde Slynn of Hadley também baseia o seu voto principalmente na jurisdição universal atribuída pela Convenção contra a Tortura de 1984<sup>333</sup>. Dessa maneira, ele entende que, se os Estados quisessem visar aos chefes de Estado, eles o teriam feito expressamente, e não teriam empregado a expressão *public official*, como dito no excerto abaixo, *in verbis*:

(...) I conclude that the reference to public officials in the Torture Convention does not include Heads of State or former Heads of State, either because States did not wish to provide for the prosecution of Heads of State or former Heads of State or because they were not able to agree that a plea in bar to the proceedings based on immunity should be removed. I appreciate that there may be considerable political and diplomatic difficulties in reaching agreement, but if States wish to exclude the long established immunity of former Heads of State in respect of allegations of specific crimes, or generally, then they must do so in clear terms. They should not leave it to National Courts to do so because of the appalling nature of the crimes alleged.

The second provisional warrant does not mention genocide, though the international warrant and the request for extradition do. The Genocide Convention in Article 6 limits jurisdiction to a tribunal in the territory in which the act was committed and is not limited to acts by public officials. The provisions in Article 4 making "constitutionally responsible rulers" liable to punishment is not incorporated into the English Genocide Act of 1948. Whether or not your Lordships are concerned with the second international warrant and the request for extradition (and Mr. Nicholls, Q.C. submits that you are not), the Genocide Convention does not therefore satisfy the test which I consider should be applied.

The Taking of Hostages Convention which came into force in 1983 and the Taking of Hostages Act 1982 clearly make it a crime for "any person, whatever his nationality" who "in the United Kingdom or elsewhere to take hostages for one of the purposes specified." This again indicates the scope both of the substantive crime and of jurisdiction, but neither the Convention nor the Act contain any provisions which can be said to take away the customary international law immunity as Head of State or former Head of State.

It has been submitted that a number of other factors indicate that the immunity should not be refused by the United Kingdom--the United Kingdom's relations with Chile, the fact that an amnesty was granted, that great efforts have been made in Chile to restore democracy and that to extradite the respondent would risk unsettling what has been achieved, the length of time since the events took place, that prosecutions have already been launched against the respondent in Chile, that the respondent has, it is said, with the United Kingdom Government's approval or acquiescence, been admitted into this country and been received in official quarters. These are factors, like his age, which may be relevant on the question whether he

<sup>332</sup> COSNARD, Michel. *In: quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, op.cit.*, p.316.

<sup>333</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

should be extradited, but it seems to me that they are for the Secretary of State (the executive branch) and not for your Lordships on this occasion.

Cabe aqui também tecer algumas observações.<sup>334</sup>

Em primeiro lugar, a definição da qualidade da pessoa foi feita para recusar que ela escape de uma condenação. Trata-se, portanto, de proibir um meio de defesa sobre o fundo. Seria paradoxal concluir que a qualidade de oficial possa reaparecer como meio para uma exceção preliminar.

Em segundo lugar, os termos interpretados designam os autores dos atos para fins de definir o termo tortura conforme a Convenção. Não se trata de determinar a competência *ratione personae* das jurisdições nacionais. Dessa forma, excluindo os chefes de Estado da categoria de *public officials*, ele os exclui do campo de aplicação pessoal da Convenção de 1984, o que seria contrário às intenções dos autores da Convenção.

Lorde Goff of Chieveley (acórdão de 24 de março de 1999) também procura uma eventual exceção à imunidade dos ex-chefes de Estado na Convenção contra a Tortura de 1984<sup>335</sup>, uma vez que o princípio da irrelevância da capacidade oficial se referiria apenas à responsabilidade internacional perante tribunais internacionais e não à exclusão da imunidade estatal em processo criminal diante de cortes nacionais.

Dessa forma, ele lembra que toda renúncia à imunidade dos Estados deve ser expressa e não vê nenhuma renúncia na Convenção revestindo este caráter. Conseqüentemente, ele conclui que somente o Estado pode julgar os seus antigos dirigentes culpados de crimes de tortura, *in verbis*:

---

<sup>334</sup> *Ibidem*, p.317.

<sup>335</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

I now come to the second of the two issues which were raised during the hearing of the appeal, viz. whether the Torture Convention has the effect that state parties to the Convention have agreed to exclude reliance on state immunity *ratione materiae* in relation to proceedings brought against their public officials, or other persons acting in an official capacity, in respect of torture contrary to the Convention. In broad terms I understand the argument to be that, since torture contrary to the Convention can only be committed by a public official or other person acting in an official capacity, and since it is in respect of the acts of these very persons that states can assert state immunity *ratione materiae*, it would be inconsistent with the obligations of state parties under the Convention for them to be able to invoke state immunity *ratione materiae* in cases of torture contrary to the Convention. In the case of heads of state this objective could be achieved on the basis that torture contrary to the Convention would not be regarded as falling within the functions of a head of state while in office, so that although he would be protected by immunity *ratione personae* while in office as head of state, no immunity *ratione materiae* would protect him in respect of allegations of such torture after he ceased to hold office. There can, however, be no doubt that, before the Torture Convention, torture by public officials could be the subject of state immunity. Since therefore exclusion of immunity is said to result from the Torture Convention and there is no express term of the Convention to this effect, the argument has, in my opinion, to be formulated as dependent upon an implied term in the Convention. It is a matter of comment that, for reasons which will appear in a moment, the proposed implied term has not been precisely formulated; it has not therefore been exposed to that valuable discipline which is always required in the case of terms alleged to be implied in ordinary contracts.

(...) (d) An implication must in any event be rejected.

In any event, however, even if it were possible for such a result to be achieved by means of an implied term, there are, in my opinion, strong reasons why any such implication should be rejected.

I recognise that a term may be implied into a treaty, if the circumstances are such that "the parties must have intended to contract on the basis of the inclusion in the treaty of a provision whose effect can be stated with reasonable precision"; see *Oppenheim's International Law*, 9th ed., p. 1271, n.4. It would, however, be wrong to assume that a term may be implied into a treaty on the same basis as a term may be implied into an ordinary commercial contract, for example to give the contract business efficacy (as to which see *Treitel on Contract*, 9th ed., pp. 185 et seq.). This is because treaties are different in origin, and serve a different purpose. Treaties are the fruit of long negotiation, the purpose being to produce a draft which is acceptable to a number, often a substantial number, of state parties. The negotiation of a treaty may well take a long time, running into years. Draft after draft is produced of individual articles, which are considered in depth by national representatives, and are the subject of detailed comment and consideration. The agreed terms may well be the fruit of "horse-trading" in order to achieve general agreement, and proposed articles may be amended, or even omitted in whole or in part, to accommodate the wishes or anxieties of some of the negotiating parties. In circumstances such as these, it is the text of the treaty itself which provides the only safe guide to its terms, though reference may be made, where appropriate, to the travaux préparatoires. But implied terms cannot, except in the most obvious cases, be relied on as binding the state parties who ultimately sign the treaty, who will in all probability include those who were not involved in the preliminary negotiations. (...)

The cumulative effect of all these considerations is, in my opinion, to demonstrate the grave difficulty of recognising an implied term, whatever its form, on the basis that it must have been agreed by all the

state parties to the Convention that state immunity should be excluded. In this connection it is particularly striking that, in the *Handbook on the Torture Convention* by Burgers and Danelius, it is recognised that the obligation of a state party, under Article 5(1) of the Convention, to establish jurisdiction over offences of torture committed within its territory, is subject to an exception in the case of those benefiting from special immunities, including foreign diplomats. It is true that this statement could in theory be read as limited to immunity *ratione personae*; but in the absence of explanation it should surely be read in the ordinary way as applicable both to immunity *ratione personae* and its concomitant immunity *ratione materiae*, and in any event the total silence in this passage on the subject of waiver makes it highly improbable that there was any intention that immunity *ratione materiae* should be regarded as having been implicitly excluded by the Convention. Had there been such an intention, the authors would have been bound to refer to it. They do not do so.

Haveria, dessa maneira, uma certa confusão entre renúncia e exceção à regra das imunidades: as regras relativas à renúncia só valem quando se encontram em um caso em que o réu pode valer sua imunidade.<sup>336</sup>

### 6.1.3 A opinião dos lordes majoritários da decisão de 24 de março de 1999

#### 6.1.3.1 Lorde Browne-Wilkinson

Lorde Browne-Wilkinson considerou que a imunidade por atos oficiais executados no exercício das funções de chefe de Estado seria equivalente à imunidade estatal *ratione materiae*.

O seu voto, entretanto, foi um pouco ambíguo. Primeiramente, ele afirmou que antes da Convenção sobre a Tortura da ONU<sup>337</sup>, tortura estatal era tida como um crime internacional no mais alto sentido, destacando, ainda, a sua natureza de *jus cogens* para

<sup>336</sup> *Ibidem*, p.317-318.

<sup>337</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

justificar que os Estados tivessem jurisdição universal sobre a tortura em qualquer lugar em que fosse cometida.

Depois, todavia, ele entendeu que a tortura não poderia ser descrita como um crime internacional totalmente constituído até que a Convenção desse aos Estados jurisdição universal para julgar os supostos torturadores.

A mesma ambigüidade também ocorre nas razões para denegar a imunidade. Dessa maneira, ele se indaga como pode uma função oficial fazer algo que a lei internacional proíbe e criminaliza e depois ele baseou seu argumento decisivo contra a concessão da imunidade nos termos da Convenção sobre a Tortura.<sup>338</sup>

Accordingly, in my judgment, Senator Pinochet as former head of state enjoys immunity *ratione materiae* in relation to acts done by him as head of state as part of his official functions as head of state.

The question then which has to be answered is whether the alleged organisation of state torture by Senator Pinochet (if proved) would constitute an act committed by Senator Pinochet as part of his official functions as head of state. It is not enough to say that it cannot be part of the functions of the head of state to commit a crime. Actions which are criminal under the local law can still have been done officially and therefore give rise to immunity *ratione materiae*. The case needs to be analysed more closely.

Can it be said that the commission of a crime which is an international crime against humanity and *jus cogens* is an act done in an official capacity on behalf of the state? I believe there to be strong ground for saying that the implementation of torture as defined by the Torture Convention cannot be a state function. This is the view taken by Sir Arthur Watts (*supra*) who said (at p. 82):

"While generally international law . . . does not directly involve obligations on individuals personally, that is not always appropriate, particularly for acts of such seriousness that they constitute not merely international wrongs (in the broad sense of a civil wrong) but rather international crimes which offend against the public order of the international community. States are artificial legal persons: they can only act through the institutions and agencies of the state, which means, ultimately through its officials and other individuals acting on behalf of the state. For international conduct which is so serious as to be tainted with criminality to be regarded as attributable only to the impersonal state and not to the individuals who ordered or perpetrated it is both unrealistic and offensive to common notions of justice.

"The idea that individuals who commit international crimes are internationally accountable for them has now become an accepted part of international law. Problems in this area--such as the non-existence of any standing international tribunal to have jurisdiction over such crimes, and the lack of agreement as to what acts are internationally criminal for this purpose--have not affected the general acceptance of the principle of individual responsibility for international criminal conduct."

<sup>338</sup> ALEBEEK, Rosanne van. *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.229.

Later, at p. 84, he said:

"It can no longer be doubted that as a matter of general customary international law a head of state will personally be liable to be called to account if there is sufficient evidence that he authorised or perpetrated such serious international crimes."

It can be objected that Sir Arthur was looking at those cases where the international community has established an international tribunal in relation to which the regulating document *expressly* makes the head of state subject to the tribunal's jurisdiction: see, for example, the Nuremberg Charter Article 7; the Statute of the International Tribunal for former Yugoslavia; the Statute of the International Tribunal for Rwanda and the Statute of the International Criminal Court. It is true that in these cases it is expressly said that the head of state or former head of state is subject to the court's jurisdiction. But those are cases in which a new court with no existing jurisdiction is being established. The jurisdiction being established by the Torture Convention and the Hostages Convention is one where existing domestic courts of all the countries are being authorised and required to take jurisdiction internationally. The question is whether, in this new type of jurisdiction, the only possible view is that those made subject to the jurisdiction of each of the state courts of the world in relation to torture are not entitled to claim immunity.

I have doubts whether, before the coming into force of the Torture Convention, the existence of the international crime of torture as *jus cogens* was enough to justify the conclusion that the organisation of state torture could not rank for immunity purposes as performance of an official function. At that stage there was no international tribunal to punish torture and no general jurisdiction to permit or require its punishment in domestic courts. Not until there was some form of universal jurisdiction for the punishment of the crime of torture could it really be talked about as a fully constituted international crime. But in my judgement the Torture Convention did provide what was missing: a worldwide universal jurisdiction. Further, it required all member states to ban and outlaw torture: Article 2. How can it be for international law purposes an official function to do something which international law itself prohibits and criminalises? Thirdly, an essential feature of the international crime of torture is that it must be committed "by or with the acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity." As a result all defendants in torture cases will be state officials. Yet, if the former head of state has immunity, the man most responsible will escape liability while his inferiors (the chiefs of police, junior army officers) who carried out his orders will be liable. I find it impossible to accept that this was the intention.

Finally, and to my mind decisively, if the implementation of a torture regime is a public function giving rise to immunity *ratione materiae*, this produces bizarre results. Immunity *ratione materiae* applies not only to ex-heads of state and ex-ambassadors but to all state officials who have been involved in carrying out the functions of the state. Such immunity is necessary in order to prevent state immunity being circumvented by prosecuting or suing the official who, for example, actually carried out the torture when a claim against the head of state would be precluded by the doctrine of immunity. If that applied to the present case, and if the implementation of the torture regime is to be treated as official business sufficient to found an immunity for the former head of state, it must also be official business sufficient to justify immunity for his inferiors who actually did the torturing. Under the Convention the international crime of torture can only be committed by an official or someone in an official capacity. They would all be entitled to immunity. It would follow that there can be no case outside Chile in which a successful prosecution for torture can be brought unless the State of Chile is prepared to waive its right to its officials immunity. Therefore the whole elaborate structure of universal jurisdiction over torture committed by officials is rendered abortive and one of the main objectives of the Torture Convention--to provide a system under which there is no safe haven for torturers--will have been frustrated. In my judgment all these factors together demonstrate that the notion of continued immunity for ex-heads of state is inconsistent with the provisions of the Torture Convention.

For these reasons in my judgment if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 December 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to

international law, Chile had agreed to outlaw such conduct and Chile had agreed with the other parties to the Torture Convention that all signatory states should have jurisdiction to try official torture (as defined in the Convention) even if such torture were committed in Chile. (...)

#### 6.1.3.2 Lorde Hope of Craighead

Lorde Hope of Craighead fez a distinção entre atos privados de um lado e atos governamentais realizados no exercício da autoridade como chefe de Estado do outro. Ele considerou ato de Estado para o objetivo de imunidade estatal ato atribuível ao Estado ou ato governamental. Dessa forma, Lorde Hope perguntou-se se a Convenção sobre a Tortura teria deixado claro que um ex-chefe de Estado não teria imunidade nas cortes de um Estado que teria jurisdição para julgar o crime. Como não há previsão expressa a respeito, deve-se perguntar se a imunidade teria sido removida de forma implícita, com o que ele não concorda.

Lorde Hope, todavia, questionou-se se a imunidade poderia sobreviver à ratificação pelo Chile à Convenção sobre a Tortura da ONU<sup>339</sup> se a tortura alegada fosse de certa escala que fosse um crime internacional. Assim, ele entendeu que indivíduos que cometem crimes internacionais são internacionalmente responsáveis por eles e uma vez que cortes nacionais podem exercer jurisdição sobre crimes contra o direito internacional cometidos no exterior, ele decidiu que este princípio seria aplicável aos processos de corte nacional.

Lorde Hope, portanto, não se baseia na definição de crime de tortura na Convenção sobre Tortura da ONU<sup>340</sup>, mas, sim, no estabelecimento de jurisdição universal sobre o crime de tortura e tortura no sentido de crime contra o direito internacional pela Convenção sobre a Tortura<sup>341</sup>:

<sup>339</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>340</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>341</sup> ALEBEEK, Rosanne, *op.cit.* p.230-232.

As to the second of those questions, I consider that the answer to it is well settled in customary international law. The test is whether they were private acts on the one hand or governmental acts done in the exercise of his authority as head of state on the other. It is whether the act was done to promote the state's interests - whether it was done for his own benefit or gratification or was done for the state: *United States v. Noriega* (1990) 746 F.Supp. 1506, 1519-1521. Sir Arthur Watts Q.C. in his Hague Lectures, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers* (1994-III) 247 *Recueil des cours*, p. 56, said : "The critical test would seem to be whether the conduct was engaged in under colour of or in ostensible exercise of the head of state's public authority." The sovereign or governmental acts of one state are not matters upon which the courts of other states will adjudicate: *I Congresso del Partido* [1983] A.C. 244, 262C *per* Lord Wilberforce. The fact that acts done for the state have involved conduct which is criminal does not remove the immunity. Indeed the whole purpose of the residual immunity *ratione materiae* is to protect the former head of state against allegations of such conduct after he has left office. A head of state needs to be free to promote his own state's interests during the entire period when he is in office without being subjected to the prospect of detention, arrest or embarrassment in the foreign legal system of the receiving state: see *United States v. Noriega*, p. 1519; *Lafontant v. Aristide* (1994) 844 F.Supp. 128, 132. The conduct does not have to be lawful to attract the immunity.

It may be said that it is not one of the functions of a head of state to commit acts which are criminal according to the laws and constitution of his own state or which customary international law regards as criminal. But I consider that this approach to the question is unsound in principle. The principle of immunity *ratione materiae* protects all acts which the head of state has performed in the exercise of the functions of government. The purpose for which they were performed protects these acts from any further analysis. There are only two exceptions to this approach which customary international law has recognised. The first relates to criminal acts which the head of state did under the colour of his authority as head of state but which were in reality for his own pleasure or benefit. The examples which Lord Steyn gave [1998] 3 W.L.R. 1456, 1506B-C of the head of state who kills his gardener in a fit of rage or who orders victims to be tortured so that he may observe them in agony seem to me plainly to fall into this category and, for this reason, to lie outside the scope of the immunity. The second relates to acts the prohibition of which has acquired the status under international law of *jus cogens*. This compels all states to refrain from such conduct under any circumstances and imposes an obligation *erga omnes* to punish such conduct. As Sir Arthur Watts Q.C. said in his Hague Lectures, page 89, note 198, in respect of conduct constituting an international crime, such as war crimes, special considerations apply.(...)

Despite the difficulties which I have mentioned, I think that there are sufficient signs that the necessary developments in international law were in place by that date. The careful discussion of the *jus cogens* and *erga omnes* rules in regard to allegations of official torture in *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 26 F.2d 1166, pp. 714-718, which I regard as persuasive on this point, shows that there was already widespread agreement that the prohibition against official torture had achieved the status of a *jus cogens* norm. Articles which were published in 1988 and 1989 are referred to at p. 717 in support of this view. So I think that we can take it that that was the position by 29 September 1988. Then there is the Torture Convention of 10 December 1984. Having secured a sufficient number of signatories, it entered into force on 26 June 1987. In my opinion, once the machinery which it provides was put in place to enable jurisdiction over such crimes to be exercised in the courts of a foreign state, it was no longer open to any state which was a signatory to the Convention to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic or widespread torture committed after that date being made in the courts of that state against its officials or any other person acting in an official capacity.

As Sir Arthur Watts, Q.C. has explained in his Hague Lectures (1994) at p. 82, the general principle in such cases is that of individual responsibility for international criminal conduct. After a review of various general international instruments



relating mainly but not exclusively to war crimes, of which the most recent was the International Law Commission's draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1988, he concludes at p. 84 that it can no longer be doubted that as a matter of general customary international law a head of state will personally be liable to be called to account if there is sufficient evidence that he authorised or perpetrated such serious international crimes. A head of state is still protected while in office by the immunity *ratione personae*, but the immunity *ratione materiae* on which he would have to rely on leaving office must be denied to him.

I would not regard this as a case of waiver. Nor would I accept that it was an implied term of the Torture Convention that former heads of state were to be deprived of their immunity *ratione materiae* with respect to all acts of official torture as defined in article 1. It is just that the obligations which were recognised by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction over crimes committed after that date which the United Kingdom had made available.

I consider that the date as from which the immunity *ratione materiae* was lost was 30 October 1988, which was the date when Chile's ratification of the Torture Convention on 30 September 1988 took effect. Spain had already ratified the Convention. It did so on 21 October 1987. The Convention was ratified by the United Kingdom on 8 December 1988 following the coming into force of section 134 of the Criminal Justice Act 1988. On the approach which I would take to this question the immunity *ratione materiae* was lost when Chile, having ratified the Convention to which section 134 gave effect and which Spain had already ratified, was deprived of the right to object to the extra-territorial jurisdiction which the United Kingdom was able to assert over these offences when the section came into force. But I am content to accept the view of my noble and learned friend Lord Saville of Newdigate that Senator Pinochet continued to have immunity until 8 December 1988 when the United Kingdom ratified the Convention.

#### Conclusion

It follows that I would hold that, while Senator Pinochet has immunity *ratione materiae* from prosecution for the conspiracy in Spain to murder in Spain which is alleged in charge 9 and for such conspiracies in Spain to murder in Spain and such conspiracies in Spain prior to 8 December 1988 to commit acts of torture in Spain as could be shown to be part of the allegations in charge 4, he has no immunity from prosecution for the charges of torture and of conspiracy to torture which relate to the period after that date. None of the other charges which are made against him are extradition crimes for which, even if he had no immunity, he could be extradited. On this basis only I too would allow the appeal, to the extent necessary to permit the extradition to proceed on the charges of torture and conspiracy to torture relating to the period after 8 December 1988.

#### 6.1.3.3 Lorde Hutton

Lorde Hutton fundamentou a denegação da imunidade na qualificação da tortura como crime contra o direito internacional.

Dessa maneira, depois de uma revisão dos desenvolvimentos no direito internacional e dos princípios da responsabilidade individual e da irrelevância da capacidade

oficial, ele concluiu que certos crimes são tão graves e desumanos que eles constituem crimes contra o direito internacional e que atos de tortura não se qualificam para proteção sob a imunidade funcional, pois eles não podem ser vistos como funções de chefe de Estado sob o direito internacional quando o direito internacional expressamente proíbe a tortura como medida que um Estado pode empregar em quaisquer circunstâncias.

Ele alude, ainda, à Convenção sobre a Tortura apenas para dizer que antes de 29 de setembro não havia jurisdição para julgar Pinochet na Inglaterra:

As your Lordships hold that there is no jurisdiction to extradite Senator Pinochet for acts of torture prior to 29 September 1988, which was the date on which section 134 of the Criminal Justice Act 1988 came into operation, it is unnecessary to decide when torture became a crime against international law prior to that date, but I am of opinion that acts of torture were clearly crimes against international law and that the prohibition of torture had required the status of *ius cogens* by that date.

(...)

But the issue in the present case is whether Senator Pinochet, as a former head of state, can claim immunity (*ratione materiae*) on the grounds that acts of torture committed by him when he was head of state were done by him in exercise of his functions as head of state. In my opinion he is not entitled to claim such immunity. The Torture Convention makes it clear that no state is to tolerate torture by its public officials or by persons acting in an official capacity and Article 2 requires that:

"1. Each state party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction."

Article 2 further provides that:

"2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture."

Article 4 provides:

"1. Each state party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture."

"2. Each state party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."

Article 7 provides:

"1. The state party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found, shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution."

I do not accept the argument advanced by counsel on behalf of Senator Pinochet that the provisions of the Convention were designed to give one state jurisdiction to prosecute a public official of another state in the event of that state deciding to waive state immunity. I consider that the clear intent of the provisions is that an official of one state who has committed torture should be prosecuted if he is present in another state.

Therefore having regard to the provisions of the Torture Convention, I do not consider that Senator Pinochet or Chile can claim that the commission of acts of torture after 29 September 1988 were functions of the head of state. The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head

of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime. It is relevant to observe that in 1996 the military government of Chile informed a United Nations working group on human rights violations in Chile that torture was unconditionally prohibited in Chile, that the Constitutional prohibition against torture was fully enforced and that:

"It is therefore apparent that the practice of inflicting unlawful ill-treatment has not been instituted in our country as is implied by the resolution [a UN resolution critical of Chile] and that such ill-treatment is not tolerated; on the contrary, a serious, comprehensive and coherent body of provisions exist to prevent the occurrence of such ill-treatment and to punish those responsible for any type of abuse."

(...)

My conclusion that Senator Pinochet is not entitled to immunity is based on the view that the commission of acts of torture is not a function of a head of state, and therefore in this case the immunity to which Senator Pinochet is entitled as a former head of state does not arise in relation to, and does not attach to, acts of torture.

A number of international instruments define a crime against humanity as one which is committed on a large scale. Article 18 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996 provides:

"A crime against humanity means any of the following acts, when committed in a systematic manner on a large scale or instigated or directed by a Government or any organisation or a group:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Torture . . ."

And article 7 of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court provides:

"For the purposes of this Statute, 'crime against humanity' means any of the following acts when committed as part of a wide spread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- . . .
- (f) Torture
- . . ."

However, article 4 of the Torture Convention provides that:

"Each state party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law." (emphasis added)

Therefore I consider that a single act of torture carried out or instigated by a public official or other person acting in a official capacity constitutes a crime against international law, and that torture does not become an international crime only when it is committed or instigated on a large scale. Accordingly I am of opinion that Senator Pinochet cannot claim that a single act of torture or a small number of acts of torture carried out by him did not constitute international crimes and did not constitute acts committed outside the ambit of his functions as head of state.

For the reasons given by Oppenheim at p. 545, which I have cited in an earlier part of this judgment, I consider that under international law Chile is responsible for acts of torture carried out by Senator Pinochet, but could claim state immunity if sued for damages for such acts in a court in the United Kingdom. Senator Pinochet could also claim immunity if sued in civil proceedings for damages under the principle stated in *Jaffe v. Miller*. But I am of opinion that there is no inconsistency between Chile and Senator Pinochet's entitlement to claim immunity if sued in civil proceedings for damages and Senator Pinochet's lack of entitlement to claim immunity in criminal proceedings for torture brought against him personally. This distinction between the responsibility of the state for the improper and unauthorised acts of a state official outside the scope of his functions and the individual responsibility of that official in criminal proceedings for an international crime is

recognised in Article 4 and the commentary thereon in the 1996 draft Report of the International Law Commission:

"Responsibility of States

The fact that the present Code provides for the responsibility of individuals for crimes against the peace and security of mankind is without prejudice to any question of the responsibility of states under international law.

"Commentary

(1) Although, as made clear by article 2, the present Code addresses matters relating to the responsibility of individuals for the crimes set out in Part II, it is possible, indeed likely, as pointed out in the commentary to article 2, that an individual may commit a crime against the peace and security of mankind as an 'agent of the State', 'on behalf of the State', 'in the name of the State' or even in a de facto relationship with the state, without being vested with any legal power.

(2) The 'without prejudice' clause contained in article 4 indicates that the present Code is without prejudice to any question of the responsibility of a state under international law for a crime committed by one of its agents. As the commission already emphasised in the commentary to article 19 of the draft articles on state responsibility, the punishment of individuals who are organs of the state 'certainly does not exhaust the prosecution of the international responsibility incumbent upon the state for internationally wrongful acts which are attributed to it in such cases by reason of the conduct of its organs'. The state may thus remain responsible and be unable to exonerate itself from responsibility by invoking the prosecution or punishment of the individuals who committed the crime."

#### 6.1.3.4 Lorde Saville of Newdigate

Lorde Saville of Newdigate entendeu que um ex-chefe de Estado seria imune por atos realizados em sua capacidade oficial como chefe de Estado.

Ainda, segundo ele, não haveria exceção à imunidade para o crime internacional da tortura antes da existência da Convenção da Tortura da ONU<sup>342</sup>. Ele concluiu, entretanto, que desde a ratificação da referida Convenção pela Inglaterra em 8 de dezembro 1988 Pinochet não poderia basear-se na defesa de imunidade em respeito à alegação de tortura, pois dessa data em diante Espanha, Chile e Inglaterra eram todos partes na Convenção.

Por fim, ele entendeu que:

---

<sup>342</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

Former heads of state do not enjoy this form of immunity. However, in general under customary international law a former head of state does enjoy immunity from criminal proceedings in other countries in respect of what he did in his official capacity as head of state. This form of immunity is known as immunity *ratione materiae*.

These immunities belong not to the individual but to the state in question. They exist in order to protect the sovereignty of that state from interference by other states. They can, of course, be modified or removed by agreement between states or waived by the state in question.

In my judgment the effect of Section 20(1)(a) of the State Immunity Act 1978 is to give statutory force to these international law immunities.

The relevant allegations against Senator Pinochet concern not his private activities but what he is said to have done in his official capacity when he was head of state of Chile. It is accepted that the extradition proceedings against him are criminal proceedings. It follows that unless there exists, by agreement or otherwise, any relevant qualification or exception to the general rule of immunity *ratione materiae*, Senator Pinochet is immune from this extradition process.

The only possible relevant qualification or exception in the circumstances of this case relates to torture.

I am not persuaded that before the Torture Convention there was any such qualification or exception. Although the systematic or widespread use of torture became universally condemned as an international crime, it does not follow that a former head of state, who as head of state used torture for state purposes, could under international law be prosecuted for torture in other countries where previously under that law he would have enjoyed immunity *ratione materiae*.

The Torture Convention set up a scheme under which each state becoming a party was in effect obliged either to extradite alleged torturers found within its jurisdiction or to refer the case to its appropriate authorities for the purpose of prosecution. Thus as between the states who are parties to the Convention, there is now an agreement that each state party will establish and have this jurisdiction over alleged torturers from other state parties.

This country has established this jurisdiction through a combination of Section 134 of the Administration of Justice Act 1988 and the Extradition Act 1989. It ratified the Torture Convention on 8 December 1988. Chile's ratification of the Convention took effect on 30 October 1988 and that of Spain just over a year earlier.

It is important to bear in mind that the Convention applies (and only applies) to any act of torture "inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity." It thus covers what can be described as official torture and must therefore include torture carried out for state purposes. The words used are wide enough to cover not only the public officials or persons acting in an official capacity who themselves inflict torture but also (where torture results) those who order others to torture or who conspire with others to torture.

To my mind it must follow in turn that a head of state, who for state purposes resorts to torture, would be a person acting in an official capacity within the meaning of this Convention. He would indeed to my mind be a prime example of an official torturer. It does not follow from this that the immunity enjoyed by a serving head of state, which is entirely unrelated to whether or not he was acting in an official capacity, is thereby removed in cases of torture. In my view it is not, since immunity *ratione personae* attaches to the office and not to any particular conduct of the office holder.

On the other hand, the immunity of a former head of state does attach to his conduct whilst in office and is wholly related to what he did in his official capacity.

So far as the states that are parties to the Convention are concerned, I cannot see how, so far as torture is concerned, this immunity can exist consistently with the terms of that Convention. Each state party has agreed that the other state parties can exercise jurisdiction over alleged official torturers found within their territories, by extraditing them or referring them to their own appropriate authorities for prosecution; and thus to my mind can hardly simultaneously claim an immunity from extradition or prosecution that is necessarily based on the official nature of the alleged torture.

Since 8 December 1988 Chile, Spain and this country have all been parties to the Torture Convention. So far as these countries at least are concerned it seems to me that from that date these state parties are in agreement with each other that the immunity *ratione materiae* of their former heads of state cannot be claimed in cases of alleged official torture. In other words, so far as the allegations of official torture against Senator Pinochet are concerned, there is now by this agreement an exception or qualification to the general rule of immunity *ratione materiae*.

I do not reach this conclusion by implying terms into the Torture Convention, but simply by applying its express terms. A former head of state who it is alleged resorted to torture for state purposes falls in my view fairly and squarely within those terms and on the face of it should be dealt with in accordance with them. Indeed it seems to me that it is those who would seek to remove such alleged official torturers from the machinery of the Convention who in truth have to assert that by some process of implication or otherwise the clear words of the Convention should be treated as inapplicable to a former head of state, notwithstanding he is properly described as a person who was "acting in an official capacity".

I can see no valid basis for such an assertion. It is said that if it had been intended to remove immunity for alleged official torture from former heads of state there would inevitably have been some discussion of the point in the negotiations leading to the treaty. I am not persuaded that the apparent absence of any such discussions takes the matter any further. If there were states that wished to preserve such immunity in the face of universal condemnation of official torture, it is perhaps not surprising that they kept quiet about it.

It is also said that any waiver by states of immunities must be express, or at least unequivocal. I would not dissent from this as a general proposition, but it seems to me that the express and unequivocal terms of the Torture Convention fulfil any such requirement. To my mind these terms demonstrate that the states who have become parties have clearly and unambiguously agreed that official torture should now be dealt with in a way which would otherwise amount to an interference in their sovereignty.

For the same reasons it seems to me that the wider arguments based on Act of State or non-justiciability must also fail, since they are equally inconsistent with the terms of the Convention agreed by these state parties. (...)

#### 6.1.3.5 Lorde Millet

Muitos doutrinadores entenderam que Lorde Millet denegou imunidade para crimes internacionais em geral.

A denegação, todavia, teria sido de forma mais restrita, pois ele decidiu que a definição de tortura é totalmente inconsistente com a existência de imunidade *ratione materiae*. Dessa maneira, segundo ele, a natureza oficial do ato, a qual forma a base da imunidade, é um ingrediente essencial da ofensa e nenhum sistema racional de justiça criminal poderia permitir uma imunidade com relação a essa ofensa:

In my opinion, the systematic use of torture on a large scale and as an instrument of state policy had joined piracy, war crimes and crimes against peace as an international crime of universal jurisdiction well before 1984. I consider that it had done so by 1973. For my own part, therefore, I would hold that the courts of this country already possessed extra-territorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy to torture on the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it. I understand, however, that your Lordships take a different view, and consider that statutory authority is required before our courts can exercise extra-territorial criminal jurisdiction even in respect of crimes of universal jurisdiction. Such authority was conferred for the first time by section 134 of the Criminal Justice Act 1988, but the section was not retrospective. I shall accordingly proceed to consider the case on the footing that Senator Pinochet cannot be extradited for any acts of torture committed prior to the coming into force of the section.

The Convention against Torture (1984) did not create a new international crime. But it redefined it. Whereas the international community had condemned the widespread and systematic use of torture as an instrument of state policy, the Convention extended the offence to cover isolated and individual instances of torture provided that they were committed by a public official. I do not consider that offences of this kind were previously regarded as international crimes attracting universal jurisdiction. The charges against Senator Pinochet, however, are plainly of the requisite character. The Convention thus affirmed and extended an existing international crime and imposed obligations on the parties to the Convention to take measures to prevent it and to punish those guilty of it. As Burgers and Danielus explained, its main purpose was to introduce an institutional mechanism to enable this to be achieved. Whereas previously states were entitled to take jurisdiction in respect of the offence wherever it was committed, they were now placed under an obligation to do so. Any state party in whose territory a person alleged to have committed the offence was found was bound to offer to extradite him or to initiate proceedings to prosecute him. The obligation imposed by the Convention resulted in the passing of section 134 of the Criminal Justice Act 1988.

I agree, therefore, that our courts have statutory extra-territorial jurisdiction in respect of the charges of torture and conspiracy to torture committed after the section had come into force and (for the reasons explained by my noble and learned friend, Lord Hope of Craighead) the charges of conspiracy to murder where the conspiracy took place in Spain.

I turn finally to the plea of immunity *ratione materiae* in relation to the remaining allegations of torture, conspiracy to torture and conspiracy to murder. I can deal with the charges of conspiracy to murder quite shortly. The offences are alleged to have taken place in the requesting state. The plea of immunity *ratione materiae* is not available in respect of an offence committed in the forum state, whether this be England or Spain.

The definition of torture, both in the Convention and section 134, is in my opinion entirely inconsistent with the existence of a plea of immunity *ratione materiae*. The offence can be committed only by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. The official or governmental nature of the act, which forms the basis of the immunity, is an essential ingredient of the offence. No rational system of criminal justice can allow an immunity which is co-extensive with the offence.

In my view a serving head of state or diplomat could still claim immunity *ratione personae* if charged with an offence under section 134. He does not have to rely on the character of the conduct of which he is accused. The nature of the charge is irrelevant; his immunity is personal and absolute. But the former head of state and the former diplomat are in no different position from anyone else claiming to have acted in the exercise of state authority. If the respondent's arguments were accepted, section 134 would be a dead letter. Either the accused was acting in a private capacity, in which case he cannot be charged with an offence under the section; or he was acting in an official capacity, in which case he would enjoy immunity from prosecution. Perceiving this weakness in her argument, counsel for Senator Pinochet submitted that the United Kingdom took jurisdiction so that it would be available if,

but only if, the offending state waived its immunity. I reject this explanation out of hand. It is not merely far-fetched; it is entirely inconsistent with the aims and object of the Convention. The evidence shows that other states were to be placed under an obligation to take action precisely because the offending state could not be relied upon to do so.

#### 6.1.3.6 Lorde Philips

Lorde Philips argumentou que não há regra de direito costumeiro internacional que garanta imunidade de jurisdição criminal para atos oficiais.

Ele propôs-se a considerar se a imunidade foi sustentada pelo princípio da igualdade dos Estados e a regra relacionada de que um Estado não irá julgar atos governamentais de outro e o princípio da não-intervenção nos negócios internos de outros Estados.

O primeiro princípio aplicar-se-ia em processos civis em face de funcionários públicos estrangeiros, uma vez que processar um indivíduo com respeito à conduta do Estado seria indiretamente processar o Estado. Ele considerou Pinochet imune se o caso fosse referente a processo civil com respeito a alegações de tortura.

Ele, contudo, não pensa que isso se aplicaria a processo criminal, o qual concerne a responsabilidade pessoal do indivíduo.

À primeira vista, parece que Lorde Philips denegou imunidade *ratione materiae* a todos os crimes contra o direito internacional. O argumento gira em torno da existência de jurisdição extra-territorial em combinação com a afirmação se o direito costumeiro internacional reconheceria jurisdição internacional com respeito a crimes internacionais, o que



fez com que a Convenção contra a Tortura da ONU<sup>343</sup> fosse indispensável para a sua conclusão sobre imunidade.<sup>344</sup>

O *obiter dictum* que não haveria imunidade *ratione materiae* para atos de genocídio também geraria incerteza, pois a Convenção sobre o Genocídio<sup>345</sup> não prevê jurisdição universal.<sup>346</sup>

Um outro *obiter dictum* torna o voto de Lorde Philips internamente incoerente. Ele salienta que se o SIA de 1978 obriga a conceder imunidade a Pinochet com respeito a todos os atos cometidos na função de chefe de Estado, ele não acredita que tal função possa estender-se a ações que são proibidas como criminais sob o direito internacional. Isso não seria, todavia, compatível com as suas constatações anteriores de que atos de tortura seriam atos oficiais para a finalidade de processo civil.<sup>347</sup>

Outrossim, a consideração de que a única conduta coberta pela Convenção da Tortura da ONU<sup>348</sup> seria aquela sujeita à imunidade *ratione materiae*, se tal imunidade fosse aplicável, não seria coerente se a tortura não fosse considerada um ato oficial.<sup>349</sup>

There would seem to be two explanations for immunity *ratione materiae*. The first is that to sue an individual in respect of the conduct of the state's business is, indirectly, to sue the state. The state would be obliged to meet any award of damage made against the individual. This reasoning has no application to criminal proceedings. The second explanation for the immunity is the principle that it is contrary to international law for one state to adjudicate upon the internal affairs of another state. Where a state or a state official is impleaded, this principle applies as part of the explanation for immunity. Where a state is not directly or indirectly impleaded in the litigation, so that no issue of state immunity as such arises, the English and American courts have nonetheless, as a matter of judicial restraint, held themselves not competent to entertain litigation that turns on the validity of the public acts of a foreign state, applying what has become known as the act of state doctrine.

<sup>343</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>344</sup> ALEBEEK, Rosanne van, *op.cit.* p.232.

<sup>345</sup> Nova Iorque, 9 de dezembro de 1948, ONU, 78 UNTS 277.

<sup>346</sup> ALEBEEK, Rosanne van, *op.cit.*, p.233.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p.234.

<sup>348</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>349</sup> ALEBEEK, Rosanne van, *op.cit.*, p.234.

(...)

I believe that it is still an open question whether international law recognises universal jurisdiction in respect of international crimes--that is the right, under international law, of the courts of any state to prosecute for such crimes wherever they occur. In relation to war crimes, such a jurisdiction has been asserted by the State of Israel, notably in the prosecution of Adolf Eichmann, but this assertion of jurisdiction does not reflect any general state practice in relation to international crimes. Rather, states have tended to agree, or to attempt to agree, on the creation of international tribunals to try international crimes. They have however, on occasion, agreed by conventions, that their national courts should enjoy jurisdiction to prosecute for a particular category of international crime wherever occurring.

(...)

Where states, by convention, agree that their national courts shall have jurisdiction on a universal basis in respect of an international crime, such agreement cannot implicitly remove immunities *ratione personae* that exist under international law. Such immunities can only be removed by express agreement or waiver. Such an agreement was incorporated in the Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide 1984, which provides:

"Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in Article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials, or private individuals."

Had the Genocide Convention not contained this provision, an issue could have been raised as to whether the jurisdiction conferred by the Convention was subject to state immunity *ratione materiae*. Would international law have required a court to grant immunity to a defendant upon his demonstrating that he was acting in an official capacity? In my view it plainly would not. I do not reach that conclusion on the ground that assisting in genocide can never be a function of a state official. I reach that conclusion on the simple basis that no established rule of international law requires state immunity *ratione materiae* to be accorded in respect of prosecution for an international crime. International crimes and extra-territorial jurisdiction in relation to them are both new arrivals in the field of public international law. I do not believe that state immunity *ratione materiae* can co-exist with them. The exercise of extra-territorial jurisdiction overrides the principle that one state will not intervene in the internal affairs of another. It does so because, where international crime is concerned, that principle cannot prevail. An international crime is as offensive, if not more offensive, to the international community when committed under colour of office. Once extra-territorial jurisdiction is established, it makes no sense to exclude from it acts done in an official capacity.

(...)

It is only recently that the criminal courts of this country acquired jurisdiction, pursuant to Section 134 of the Criminal Justice Act 1984, to prosecute Senator Pinochet for torture committed outside the territorial jurisdiction, provided that it was committed in the performance, or purported performance, of his official duties. Section 134 was passed to give effect to the rights and obligations of this country under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984, to which the United Kingdom, Spain and Chile are all signatories. That Convention outlaws the infliction of torture "by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity". Each state party is required to make such conduct criminal under its law, wherever committed. More pertinently, each state party is required to prosecute any person found within its jurisdiction who has committed such an offence, unless it extradites that person for trial for the offence in another state. The only conduct covered by this Convention is conduct which would be subject to immunity *ratione materiae*, if such immunity were applicable. The Convention is thus incompatible with the applicability of immunity *ratione materiae*. There are only two possibilities. One is that the States Parties to the Convention proceeded on the premise that no immunity could exist *ratione materiae* in respect of torture, a crime contrary to international law. The other is that the States Parties to the Convention expressly agreed that immunity *ratione materiae* should not apply in the case of torture. I believe that the first of these alternatives is the correct one, but

either must be fatal to the assertion by Chile and Senator Pinochet of immunity in respect of extradition proceedings based on torture.

(...)

Insofar as Part III of the Act of 1978 entitles a former head of state to immunity in respect of the performance of his official functions I do not believe that those functions can, as a matter of statutory interpretation, extend to actions that are prohibited as criminal under international law. In this way one can reconcile, as one must seek to do, the provisions of the Act of 1978 with the requirements of public international law.

#### 6.1.4 A primazia da lei interna sobre o direito internacional

Os Lordes examinam, então, a partir de quando os atos de tortura cometidos sobre um território estrangeiro por estrangeiros e cujas vítimas são estrangeiras tornaram-se crimes puníveis no direito inglês. O crime de tortura foi introduzido no direito inglês no dia 29 de setembro de 1988, data da entrada em vigor do artigo 134 do Criminal Justice Act, o qual incorporou as disposições da Convenção contra a Tortura da ONU.<sup>350</sup>

O dia 29 de setembro de 1988 refletiria uma concepção estrita do princípio da dupla incriminação, tomando em consideração somente as datas a partir das quais os fatos fossem puníveis nos direitos escritos dos Estados requerente e requerido.

O princípio da dupla incriminação tem como fundamento o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o qual deve ser tomado em consideração como ele é aplicado em direito internacional penal.

O Tribunal de Nuremberg e o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia tornaram menos rigoroso esse princípio, exigindo apenas o conhecimento pelo agente do caráter delituoso dos fatos imputados, sem implicar uma definição rigorosa da infração nem a enunciação precisa da penas.

---

<sup>350</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

Ademais, essa interpretação está de acordo com o Pacto dos direitos civis e políticos<sup>351</sup>, cujo artigo 15§2º dispõe que o princípio da legalidade das penas e dos delitos não se opõe ao julgamento ou à condenação de todo indivíduo em razão de atos ou de omissões que, no momento em que foram cometidos eram tidos por criminais de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pelo conjunto das nações.

Dessa maneira, no caso de crime contra a humanidade, a única data a tomar-se em consideração na aplicação do princípio da dupla incriminação seria aquela da aparição da qualificação em direito internacional de um ato como criminal. No caso em espécie, a proibição da tortura já existia na data do golpe de Estado do general Pinochet em 11 de setembro de 1973.

Limitando *ratione temporis* a lista dos crimes extraditáveis, a explicação da não-imunidade pelo sistema previsto pela Convenção cairia por terra, pois a não-imunidade não decorreria implicitamente da Convenção, mas pela incorporação ao direito interno.

Seria difícil combinar essa regra com o caráter de *jus cogens* reconhecido à interdição à tortura, pois este dependeria da data da ratificação por cada Estado.

O princípio da dupla incriminação deveria ter sido, portanto, interpretado e aplicado de acordo com os princípios costumeiros de direito internacional penal, os quais foram ignorados em favor da aplicação da lei inglesa, consagrando a primazia do direito interno sobre o direito internacional.<sup>352</sup>

#### 6.1.5 A coerência dos acórdãos do caso Pinochet: princípio da responsabilidade criminal individual

Parece que somente os Lordes Hutton e Philips teriam elaborado um sistema coerente.

<sup>351</sup> International covenant on civil and political rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

<sup>352</sup> COSNARD, Michel. *In: quelques observations sur les decisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, op.cit.*, p.327-328.

Dessa forma, eles começam fazendo uma distinção entre processo civil e criminal. No processo criminal, a responsabilidade individual do ex-chefe de Estado seria distinta da responsabilidade do Estado.<sup>353</sup>

Esse princípio teria duas noções.<sup>354</sup> Em primeiro lugar, ninguém pode ser responsável por ofensas criminais praticadas por outras pessoas. Assim, não mais seria possível a noção de responsabilidade coletiva e um grupo religioso ou étnico ao qual a pessoa possa pertencer não seria responsável por atos realizados por um membro do grupo na sua capacidade individual.

Em segundo lugar, uma pessoa somente pode ser responsável criminalmente se ela for culpada por qualquer infringência às leis criminais, isto é, se houver sua participação mental na ofensa, pois a responsabilidade criminal objetiva está proscria.

Ora, toda imunidade é concedida a um Estado e não a um chefe de Estado. Ela somente poderia ser invocada se o Estado fosse diretamente ou indiretamente afetado. Assim, um processo criminal contra um chefe de Estado em exercício interferiria no bom funcionamento do Estado que ele dirige, o qual poderia reclamar sua imunidade.<sup>355</sup>

Pode-se concluir, então, que desde que o chefe de Estado não está mais em exercício, sua responsabilidade penal individual não afeta o Estado e o processo não interferiria no bom funcionamento do Estado, não havendo razão para lhe conceder imunidade.<sup>356</sup>

## 6.2 O caso Ferrini

No caso *Ferrini*<sup>357</sup> a Corte Suprema Italiana negou imunidade de jurisdição à Alemanha no caso de um italiano que foi forçado a trabalhar na indústria de guerra alemã

<sup>353</sup> Esse princípio oriundo dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio vem previsto no art.7º da Resolução 827, art.8º da Resolução 955 do Conselho de Segurança, as quais criaram os tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda e no art.25 da Convenção de Roma do Tribunal Penal Internacional.

<sup>354</sup> CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p.136-137.

<sup>355</sup> COSNARD, Michel. *In: quelques observations sur les decisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, op.cit.*, p.322-323.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p.323.

durante a Segunda Guerra Mundial depois de ser capturado e deportado pelas forças de ocupação alemãs.

No julgamento desse caso, a Suprema Corte Italiana ressaltou que os crimes cometidos pela Alemanha consistiam em grave violação dos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja proteção é assegurada por normas peremptórias de direito internacional. Essas normas prevalecem sobre todas as outras normas e, portanto, também sobre normas concernentes à imunidade. Dessa forma, parece que a corte iria encampar a teoria da hierarquia normativa defendida por vários autores.

O que levou, todavia, a corte a rejeitar a imunidade da Alemanha à jurisdição italiana não foi somente a supremacia formal das normas violadas, mas a importância substancial que pode ser atribuída aos valores protegidos por essas normas em contraste com o princípio tradicional da soberania estatal.<sup>358</sup>

A corte, de acordo com essa premissa, primeiro rejeitou o argumento segundo o qual a violação de normas peremptórias constituiria uma renúncia implícita da imunidade de jurisdição. Ela entendeu que a renúncia à imunidade não pode ser imaginada em abstrato, mas somente experimentada em concreto.<sup>359</sup>

Ademais, a corte entendeu que as normas sobre imunidade estatal devem ser interpretadas de uma forma sistemática, de acordo com outros princípios do mesmo sistema legal. Disso decorre que outras exceções à imunidade podem ser reconhecidas.<sup>360</sup>

Uma dessas exceções resultaria da necessidade de dar prioridade a normas superiores, ou seja, *jus cogens*, porque nesse caso reconhecer a imunidade iria atrapalhar a proteção de

---

<sup>357</sup> Corte de Cassação italiana, j. 11 março 2004, sentença nº 5044, in: *Rivista di Diritto Internazionale*, nº 87, 2004, p.539.

<sup>358</sup> SENA, Pasquale de; VITTOR, Francesca de. *State immunity and human rights: the Italian supreme court decision on the Ferrini case*. In: *the European journal of international law*, vol. 16, nº 1, 2005, p.101.

<sup>359</sup> Parágrafo 8.2 do julgamento.

<sup>360</sup> *Ibidem*, parágrafo 9.2

valores cuja salvaguarda é para ser considerada essencial à toda a comunidade internacional.<sup>361</sup>

Dessa forma, nesse caso, parece haver uma ponderação de dois princípios fundamentais de direito internacional, a saber, princípio da igualdade soberana dos Estados (implicando o reconhecimento da imunidade) e o do respeito aos direitos humanos invioláveis, o que forma a base do regime legal dos crimes internacionais.<sup>362</sup>

Disso decorreriam algumas conseqüências, tais como uma avaliação crítica do *Antiterrorism and effective death penalty act*, aprovado nos Estados Unidos em 1996.<sup>363</sup> Isso ocorre porque essa lei americana aceita uma exceção à imunidade soberana em poucos casos de violações graves de direitos humanos, mas condicionado a que o autor da ação seja americano contra um dos Estados que o Departamento de Estado americano considere patrocinador de terrorismo.

Essa lei é criticada na medida em que o não reconhecimento da imunidade de jurisdição é o resultado da ponderação do princípio da soberania estatal, a qual é a mesma para todos os Estados e as normas peremptórias protetoras dos direitos humanos, as quais têm o mesmo valor, sem consideração da nacionalidade da vítima e do acusado de violação.<sup>364</sup>

O outro argumento utilizado pela corte para justificar a jurisdição sobre Estados estrangeiros em casos de violações graves de direitos humanos consiste na extensão do regime legal internacional previsto para crimes internacionais cometidos por indivíduos. De acordo com esse regime, crimes individuais poderiam ser processados, embora os seus autores estivessem agindo como funcionários do Estado, apesar da imunidade funcional.<sup>365</sup>

Assim, a corte procede a uma analogia entre imunidade funcional de funcionários do Estado e imunidade do Estado, partindo da premissa de que imunidade funcional e imunidade

---

<sup>361</sup> *Ibidem*, parágrafo 9.2.

<sup>362</sup> SENA, Pasquale de; VITTOR, Francesca de, *op. cit.* p.103.

<sup>363</sup> *US antiterrorism and effective death penalty act* de 24 de abril 1996, 36 ILM (1997) 759.

<sup>364</sup> SENA, Pasquale de; VITTOR, Francesca de, *op. cit.* p.103.

<sup>365</sup> *Ibidem*, p.107-109.

estatal expressam a mesma obrigação internacional de abster-se do exercício de jurisdição sobre Estados estrangeiros, parecendo mais do que legítimo referir-se à prática relativa à punição dos funcionários do Estado responsáveis por crimes internacionais e inferir disso a possibilidade de também submeter Estados estrangeiros à jurisdição.

Pode-se concluir, então, que uma vez que a imunidade funcional ou residual é um corolário da imunidade soberana estrangeira, não haveria razão para manter a imunidade do Estado enquanto se nega a imunidade aos seus órgãos com respeito aos mesmos atos.<sup>366</sup>

Pode dizer, ademais, que, no caso da teoria da hierarquia normativa, há autores que entendem que as normas de direitos humanos são substantivas enquanto que a imunidade jurisdicional é processual e que não haveria conflito entre elas.

Esse problema, contudo, não existiria se se argumentar que uma séria violação de uma norma peremptória pode causar o não-reconhecimento da imunidade sob a lei de responsabilidade do Estado ou que, ao se interpretar o âmbito de aplicação da imunidade de jurisdição dos Estados, deve-se tomar em consideração e ceder à necessidade de assegurar a implementação dos valores que sustentam as normas peremptórias.<sup>367</sup>

Dessa forma, é importante ressaltar a interpretação por meio do equilíbrio reflexivo, proposta por John Rawls. Para ele, esse equilíbrio não seria necessariamente estável, estando sujeito a desestabilizar-se por casos particulares que possam fazer com que reavaliemos nossos juízos. Assim, Rawls entende<sup>368</sup>:

Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até esse ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse

<sup>366</sup> BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*. In: the American journal of international law, vol.99, nº 1 (jan.2005), p.245.

<sup>367</sup> BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, op.cit., p.247.

<sup>368</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.24-25.



caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da situação inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos a reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas de equilíbrio reflexivo.

Dessa maneira, alguns autores afirmam que no caso de conflito entre valores internacionais como a soberania estatal e a proibição da tortura, deve-se utilizar o método do equilíbrio reflexivo. Assim, no caso *Al-Adsani*<sup>369</sup>, em que a maioria e a minoria dos juízes entenderam em sentido opostos, deveria ter sido feita uma ponderação de valores<sup>370</sup> ou a aplicação do equilíbrio reflexivo.

Quanto ao equilíbrio reflexivo, haveria a necessidade de se fazer uma reconciliação entre os valores conflitantes. Dessa forma, o Estado do foro deveria assegurar o julgamento da ação civil referente à tortura, o que respeitaria a independência do Estado responsável. A mesma interpretação, todavia, deveria ressaltar que o Estado responsável só poderia alegar jurisdição exclusiva sob condição de que ele realmente providenciasse acesso a suas cortes com relação à reclamação referente à tortura.<sup>371</sup>

<sup>369</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* [2001] 34 EHRR 273.

<sup>370</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002 e também o caso *Arrest Warrant*, opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal.

<sup>371</sup> VOYIAKIS, Emmanuel. *Access to court v. state immunity*. In: international and comparative law quarterly, vol.52, abril 2003, p.330-331.

## 7 O CASO JONES

O caso *Jones*<sup>372</sup> trata de ação de reparação civil no Reino Unido em decorrência de suposta tortura sofrida por Jones na Arábia Saudita. Nesse caso, a ação foi proposta tanto em face do Estado da Arábia Saudita como de funcionários da Administração saudita, os quais teriam sido responsáveis pelos atos de tortura.

Com relação ao Estado saudita, a Corte de Apelação<sup>373</sup> seguiu o entendimento do caso *Al-Adsani*<sup>374</sup>, entendendo que a imunidade estatal seria, sob a égide do SIA de 1978, uma barreira que seria uma restrição razoável ao direito de acesso à corte sob o art.6º (1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos para uma ação em face de um Estado soberano para indenização por tortura.

No que concernem os funcionários públicos envolvidos, a corte entendeu, inicialmente, que não poderia haver distinção entre o Estado e seus funcionários com respeito à imunidade. Ocorre que, nesse caso, tratava-se de tortura, um crime internacional, o qual não se beneficiaria de imunidade *ratione materiae* porque não poderia ser um ato oficial, pois estaria fora do campo de exercício de autoridade soberana.

Assim, Lorde Phillips, interpretando *Pinochet 2*, entendeu que, se a tortura não poderia ser tratada como o exercício de uma função estatal para atrair a imunidade *ratione materiae* em processos criminais em face de indivíduos, também pareceria que ela não poderia ser assim tratada em processos civis em face de indivíduos.<sup>375</sup>

---

<sup>372</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26.

<sup>373</sup> [2004] EWCA Civ 1394.

<sup>374</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* [2001] 34 EHRR 273.

<sup>375</sup> [2004] EWCA Civ 1394, parágrafo 127.

Outrossim, Lorde Mance entendeu que a dignidade do Estado não estaria sendo prejudicada por uma ação civil em face de um funcionário de um Estado estrangeiro, sendo a responsabilidade pessoal do indivíduo, não a do Estado, que estaria em questão.<sup>376</sup>

Ainda, de acordo com Lorde Phillips, o Estado não estaria sendo indiretamente afetado pelos processos civis internacionais em face do indivíduo torturador. Isso porque se a ação civil for em face de indivíduos por ato de tortura quando o Estado for imune *ratione personae*, o Estado não seria responsável. Seria a responsabilidade pessoal dos indivíduos, não a do Estado, que estaria em questão.<sup>377</sup>

Já na Câmara dos Lordes,<sup>378</sup> houve entendimento unânime de que a imunidade estatal prevista no SIA de 1978 aplicar-se-ia tanto ao Estado saudita quanto aos funcionários estatais.

A decisão dos Lordes foi baseada em dois fundamentos.

Primeiro, a tortura seria um ato oficial do Estado e, conseqüentemente, a imunidade *ratione materiae* seria ligada a ela para os fins de ações civis.

Segundo, a imunidade *ratione materiae* ligada ao Estado não poderia ser burlada por ações propostas em face de indivíduos que agiram em nome do Estado. Dessa forma, para Lorde Bingham, o fato de um ato ter sido ilegal não seria motivo para recusar-se a imunidade.<sup>379</sup>

Lorde Bingham observou, ainda, que nesse caso todos os réus estavam sendo processados como funcionários da Arábia Saudita e que a conduta desempenhada era em função de seus deveres. Ele utilizou, outrossim, a atribuição de responsabilidade do Estado

<sup>376</sup> [2004] EWCA Civ 1394, parágrafos 75 e 76.

<sup>377</sup> [2004] EWCA Civ 1394, parágrafo 128.

<sup>378</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26.

<sup>379</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 12.

para atos dos agentes estatais e considerou os artigos 4º e 7º sobre responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos:<sup>380</sup>

## CHAPTER II ATTRIBUTION OF CONDUCT TO A STATE

### Article 4

#### Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

### Article 7

#### Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

Lorde Bingham também enfatizou a definição da tortura prevista na Convenção da ONU sobre tortura, segundo a qual a tortura deve ser aplicada, por um funcionário público ou por uma pessoa que esteja agindo em uma capacidade oficial.<sup>381</sup>

Ele notou, ainda, que a convenção exige que os Estados exerçam jurisdição criminal sobre os supostos torturadores, como uma jurisdição universal, mas que não haveria obrigação similar com respeito à jurisdição civil.<sup>382</sup>

Ele também ressaltou que a violação de uma norma de *jus cogens* de direito internacional não seria suficiente para conferir jurisdição e que a imunidade estatal seria uma regra processual que não afetaria a norma substantiva,<sup>383</sup> como afirma Hazel Fox:<sup>384</sup>

<sup>380</sup> Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, in report of International law commission on the work of its fifty-third session, UN GAOR, 56 th sess, supp. N° 10, at 43, UN doc. A/56/10 (2001).

<sup>381</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 16.

<sup>382</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 16 e 25.

<sup>383</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 24.

<sup>384</sup> FOX, Hazel. *The law of state immunity, op.cit.*, p.151.

State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a *jus cogens* mandate can bite.”

Ademais, examinando a convenção da ONU sobre imunidade de jurisdição de 2004<sup>385</sup>, ele conclui que ela não prevê nenhuma exceção de imunidade no caso de ações civis baseadas em atos de tortura e a convenção seria o mais autorizado documento sobre os limites da imunidade estatal em ações civis.<sup>386</sup>

Por fim, analisando a jurisprudência de cortes internacionais e nacionais, ele chega à conclusão de que não há evidência de que os Estados tenham reconhecido uma obrigação de direito internacional de exercer jurisdição universal sobre reclamações advindas de violação de *jus cogens* e que não haveria consenso de que os Estados deveriam reconhecer tal obrigação. Assim, a imunidade estatal deveria prevalecer nesse caso e apelação de Jones foi desprovida<sup>387</sup>.

Lorde Hoffmann, votando no mesmo sentido de Lorde Bingham, começou também por dizer que a aplicação da imunidade estatal nos processos como este opera como uma barreira procedimental, repetindo a mesma citação de Hazel Fox.<sup>388</sup>

Assim, para ele, o *jus cogens* seria a proibição da tortura. Mas o Reino Unido, ao conceder imunidade estatal para a Arábia Saudita não está propondo torturar ninguém. Nem a

<sup>385</sup> United nations convention on jurisdictional immunities of states and their property, doc. A/Res/59/38.

<sup>386</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 26.

<sup>387</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 27.

<sup>388</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 44.

Arábia Saudita, ao reclamar imunidade, estaria justificando o uso da tortura. Ela estaria objetando *in limine* à jurisdição da corte inglesa de decidir se ela usou tortura ou não.<sup>389</sup>

Para produzir conflito com a imunidade estatal, seria então necessário demonstrar que a proibição da tortura teria gerado uma regra procedimental auxiliar, que, por meio de exceção à imunidade estatal, daria direito aos Estados de assumir jurisdição civil sobre outros Estados em casos em que a tortura fosse alegada. Essa regra, embora possa ser desejável, não teria advindo da proibição da tortura.<sup>390</sup>

A seguir, Lorde Hoffman analisa se essa exceção estaria reconhecida pelo direito internacional por meio de tratados, decisões judiciais ou doutrina.

Quanto aos tratados, ele cita o art.14, o qual requer que cada Estado-parte assegure que a vítima de um ato de tortura obtenha reparação. Ele entende, no entanto, que esse artigo seria relacionado com atos de tortura cometidos dentro da jurisdição do Estado concernente.

O outro tratado relevante seria a convenção da ONU sobre imunidade de jurisdição de 2004<sup>391</sup>, a qual possui um número de exceções, mas nenhum caso prevê a alegação de tortura.<sup>392</sup>

Em seguida, Lorde Hoffman passa para o exame das decisões judiciais, começando pelas internacionais.

No caso *Congo v. Bélgica*<sup>393</sup> a Corte Internacional de Justiça teria aceito que a proibição da tortura seria *jus cogens*, mas julgou que isso não daria direito a uma exceção à regra da imunidade de jurisdição para um chefe de Estado e outros altos funcionários públicos, tais como um ministro das relações exteriores.

---

<sup>389</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 44.

<sup>390</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 45.

<sup>391</sup> United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, doc. A/Res/59/38.

<sup>392</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 46 e 47.

<sup>393</sup> *Congo v. Bélgica*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

Posteriormente, Lorde Hoffman cita o caso *Furundzija*,<sup>394</sup> no qual a tortura também foi reconhecida como *jus cogens, in verbis*:

The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the interstate and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a state say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had locus standi before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked inter alia to disregard the legal value of the national authorising act.

Lorde Hoffman entende, todavia, que as observações a respeito da possibilidade de uma ação civil por danos não estariam direcionadas para a questão da imunidade estatal.<sup>395</sup>

Em seguida, ele cita os casos *Al-Adsani*<sup>396</sup> e *Kalogeropoulou*<sup>397</sup> da Corte Europeia de Direitos Humanos, os quais afastaram a possibilidade de indenização civil.<sup>398</sup>

Por fim, em nível internacional, há alguns comentários do Comitê contra a Tortura estabelecido pela Convenção contra a Tortura<sup>399</sup>. O comitê recomendou que o Canadá deveria rever sua posição sob o artigo 14 da Convenção para assegurar compensação civil para todas as vítimas de tortura.

<sup>394</sup> *Prosecutor v. Furundzija* (1998) 38 ILM 317.

<sup>395</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 54.

<sup>396</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>397</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos, j. 12 dezembro 2002, Requête n° 59021/00, *Aikaterini Kalogeropoulou et autres c. la Grèce et l' Allemagne*.

<sup>398</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 55.

<sup>399</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

Lorde Hoffman entendeu que essa recomendação não teria valor algum, pois o comitê não teria poderes legislativos.<sup>400</sup>

Por derradeiro, Lorde Hoffman trata dos casos nacionais.

Ele começou pelo caso *Bouzari*,<sup>401</sup> no qual se analisou se o direito internacional costumeiro teria reconhecido uma exceção à imunidade estatal no caso de tortura. Foi decidido que as decisões de cortes nacionais, tribunais internacionais e a legislação dos Estados não apoiariam a conclusão de que haveria uma prática estatal geral, a qual concederia uma exceção de imunidade estatal para atos de tortura cometidos fora do Estado do foro.<sup>402</sup>

Adiante, Lorde Hoffman citou o caso *Prefeitura de Voiotia*<sup>403</sup>, o qual adotara a teoria da renúncia implícita, a qual não teria recebido apoio de outras decisões.

Passa, então, ao caso *Ferrini*<sup>404</sup>, o qual deu prioridade aos valores incorporados na proibição da tortura sobre os valores da regra da imunidade estatal. Ele entende que, embora a ponderação de valores seja uma técnica de julgamento, não poderia ser usada em direito internacional, o qual seria baseado em um consentimento comum das nações. Uma corte nacional não poderia desenvolver o direito internacional ao adotar unilateralmente uma versão daquela lei que não seria aceita por outros Estados.<sup>405</sup>

Por derradeiro, Lorde Hoffman ataca o argumento de que a tortura ou outra afronta ao *jus cogens* não poderia atrair imunidade *ratione materiae* porque não poderia ser um ato oficial.

---

<sup>400</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 57.

<sup>401</sup> *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* 124 ILR 427.

<sup>402</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 60 e 61.

<sup>403</sup> Areios Pagos, j. 4 de maio 2000, caso nº 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, *International Law Reports* 129:513, 2007.

<sup>404</sup> Corte de Cassação italiana, j. 11 março 2004, sentença nº 5044, in: *Rivista di Diritto Internazionale*, nº 87, 2004, p.539.

<sup>405</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 63.



De início, ele examina os casos *Pinochet 1* e *2*. O caso *Pinochet 1* foi anulado e não poderia ser usado como precedente. Já no caso *Pinochet 2*, alguns Lordes entenderam que a tortura não seria um ato oficial, mas a maioria entendeu que a imunidade *ratione materiae* seria afastada em função da previsão expressa da Convenção contra a Tortura<sup>406</sup> a respeito da responsabilidade penal universal.

Por último, ele verifica que os autores baseiam-se em casos decididos pelos Estados Unidos sob o *Alien Tort Act* o qual concede jurisdição às cortes federais em todas as hipóteses em que um estrangeiro ajuíza uma ação civil no caso de violação à lei das nações.

Ele cita alguns casos como *Filartiga*<sup>407</sup>, e *Sosa v. Alvarez-Machain*<sup>408</sup>, este último julgado pela Suprema Corte, entendendo que esses casos seriam apenas concernentes à assunção de jurisdição sob o *Alien Tort Act* e não com qualquer questão de imunidade estatal. Ele entende, outrossim, que eles são contrários ao direito costumeiro internacional e a convenção da imunidade e não estão de acordo com a lei da Inglaterra.<sup>409</sup>

O principal argumento para conceder a apelação à Arábia Saudita foi de que a imunidade concedida ao Estado saudita também se estenderia aos seus funcionários, com base no SIA e na convenção da ONU sobre imunidade de jurisdição.

Dessa forma, Lorde Bingham afirmou que a Convenção sobre Imunidade de Jurisdição representaria o mais autorizado documento disponível sobre o atual entendimento internacional dos limites da imunidade estatal nos casos civis e que ela não contém qualquer exceção no caso de ações civis baseadas em atos de tortura.<sup>410</sup>

Realmente, a convenção não prevê uma exceção nesse caso, mas também o grupo de trabalho sobre a convenção notou um atual interesse na interação entre a questão da

<sup>406</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>407</sup> *Filartiga v. Pena- Irala* (1980) 630 F 2d 876.

<sup>408</sup> *Sosa v. Alvarez Machain* (2004) 542 US 692.

<sup>409</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 95 a 99.

<sup>410</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 26.

imunidade estatal e o *jus cogens*, concluindo que a questão não estaria suficientemente madura para uma codificação.<sup>411</sup>

O grupo de trabalho reconheceu que a relação entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens* está em um *state of flux*, ou seja, mudando constantemente. Dessa forma, qualquer tratamento definitivo da questão teria sido prematuro, uma vez que o objetivo da convenção foi promover uniformidade e clareza na lei das imunidades de jurisdição.

A alegação de Lorde Bingham de que a Convenção representaria a codificação do direito internacional sobre a questão da imunidade estatal em processo civil contradiria a premissa básica sobre a qual o grupo de trabalho se baseou quando elaborou a convenção.<sup>412</sup>

Igualmente, o grupo de trabalho analisou o desenvolvimento das cortes nacionais somente até 1999, quando apenas um número limitado de casos e artigos acadêmicos tinham considerado a relação entre o *jus cogens* e imunidade de jurisdição.

Dessa maneira, também deve ser criticada a afirmação de Lorde Bingham de que a convenção seria a afirmação mais autorizada disponível sobre os limites da imunidade estatal em casos civis.<sup>413</sup>

Os Lordes também criticaram a decisão da corte de apelação de não tratar atos de tortura com atos oficiais do Estado. A fundamentação da corte de apelação foi baseada em vários julgados de cortes nacionais, especialmente dos Estados Unidos, como *Filartiga*<sup>414</sup> e *Alvarez-Machain*.<sup>415</sup>

---

<sup>411</sup> Ver relatório do presidente, UN Doc. A/C.6/54/L.12 parágrafo 47 (1999).

<sup>412</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia. Case n° [2006] UKHL 26. In: The American Journal of International Law*, vol.100, n°4 (outubro 2006), p.904.

<sup>413</sup> Ver, entre outros, MCGREGOR, Lorna. *State immunity and jus cogens. In: International and comparative law quarterly*,(2006), vol.55, p.437-438, o qual critica a convenção por excluir as normas de *jus cogens* de sua

abrangência, e sugerindo a criação de um protocolo adicional de direitos humanos.

<sup>414</sup> *Filartiga v. Pena-Irala* (1980) 630 F 2d 876.

<sup>415</sup> *Sosa v. Alvarez Machain* (2004) 542 US 692.

<sup>409</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 95 a 99.

<sup>410</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafo 26.

Os Lordes rejeitaram os princípios utilizados nesses casos, entendendo que eles não eram amplamente compartilhados por outras nações, um requisito para formar uma regra de direito costumeiro internacional.

Eles não consideraram, entretanto, que outros Estados não se opuseram à prática das cortes americanas de exercer jurisdição em processo civil, o que seria jurisdição universal sobre graves violações de direito internacional cometidas por estrangeiros no exterior.<sup>416</sup>

Dessa forma, outros Estados concordaram com a prática americana, o que seria também outra forma válida de expressar consenso, permitindo que uma regra de direito internacional surja.<sup>417</sup>

Com relação às decisões nacionais de outros países, os Lordes rejeitaram o julgamento do caso *Ferrini*<sup>418</sup> pela Corte de Cassação italiana. Lorde Hoffman afirmou que uma corte nacional não poderia desenvolver o direito internacional, adotando unilateralmente uma versão daquele direito que não seria aceita por outros Estados.

Esse entendimento seria estranho, uma vez que a Corte de Cassação não estaria fazendo nada diferente do que a Câmara dos Lordes no presente caso, ou seja, interpretando o direito internacional no contexto do caso em tela. Ademais, decisões judiciais são reconhecidas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como meio de determinar o direito internacional.<sup>419</sup>

Lorde Hoffman também recusou o julgado *Voiotia*<sup>420</sup>, da Suprema Corte grega, a qual se utilizou da teoria da renúncia implícita, entendendo que esse caso não representava o

---

<sup>416</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia. Case n° [2006] UKHL 26. In: The American Journal of International Law*, vol.100, n°4 (outubro 2006), p.905.

<sup>417</sup> CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case, op.cit.*, p.853.

<sup>418</sup> Corte de Cassação italiana, j. 11 março 2004, sentença n° 5044, in: *Rivista di Diritto Internazionale*, n° 87, 2004, p.539.

<sup>419</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi*

direito internacional atualmente em vigor. Ele não reconheceu, todavia, foi que o direito internacional concernente à imunidade estatal em processo civil está atualmente em estado de fluxo (*state of flux*).<sup>421</sup>

Os Lordes refutaram, ainda, a recomendação do Comitê contra a Tortura para que o Canadá revisse sua posição com respeito ao artigo 14 da convenção contra a tortura<sup>422</sup>, o qual exige que Estados providenciem um remédio efetivo para as vítimas de tortura. O comitê observou que não há nenhuma norma peremptória de direito internacional geral que impeça os Estados de retirar a imunidade de Estados estrangeiros no caso de responsabilidade civil em virtude de ato de tortura.

Lorde Bingham negou valor das recomendações do comitê. O comitê, no entanto, é o corpo exclusivo encarregado de considerar os relatórios estatais sob a convenção da tortura. Ademais, os comentários são as únicas guias disponíveis para os Estados-partes sobre suas obrigações com relação à convenção e são feitos por expertos respeitados no campo dos direitos humanos.<sup>423</sup>

Outrossim, ambos Lordes Bingham e Hoffman citaram os casos *Congo v. Bélgica*<sup>424</sup> e *Furundzija*.<sup>425</sup> Com relação a este, Hoffman disse que a observação sobre a possibilidade de ação civil por danos não seria direcionada à questão de imunidade estatal. No parágrafo em questão, no entanto, o tribunal discutia a invalidade de leis de anistia que protegeriam os torturadores, produzindo, na prática, os mesmos efeitos da imunidade estatal. O tribunal julgou a lei incompatível com a natureza de *jus cogens* da proibição da tortura. A decisão de

<sup>421</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*. Case n° [2006] UKHL 26, *op.cit.*, p.906.

<sup>422</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>423</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*. Case n° [2006] UKHL 26, *op.cit.*, p.906.

<sup>424</sup> *Case of the King of the Belgians v. Federal Republic of Germany*, 1970 ICJ Rep. 177, 1970 (1970).

<sup>425</sup> *Pratt v. Attorney General of Jamaica*, 1999 ILR 129, 131, 2007 International Law Reports 129-131, 2007.

Lorde Hoffman, sustentando a imunidade estatal enquanto concorda com o tribunal a respeito da incompatibilidade das leis de anistia com a proibição da tortura causa perplexidade.<sup>426</sup>

Não é também claro porque nem Lorde Hoffman nem Lorde Bingham não consideraram a aplicabilidade da regra de que em caso de um funcionário estatal que comete crimes internacionais como tortura, este ato, além de ser imputado ao Estado do qual o indivíduo atua como agente, também resulta em responsabilidade criminal individual.<sup>427</sup>

Os Lordes ignoraram, ainda, outra questão, a saber, se um funcionário estatal seria potencialmente sujeito a processo criminal apesar da aplicação de imunidade, por que deveria ser aplicada uma regra diferente em processo civil?<sup>428</sup>

Por fim, Lorde Hoffman criticou a corte de apelação por distinguir entre imunidade concedida à Arábia Saudita e a dada aos seus funcionários, com fulcro no caso *Congo v. Bélgica*<sup>429</sup>, no qual foi decidido que a imunidade estende-se aos atos dos funcionários mesmo quando estes atos constituem tortura.<sup>430</sup>

Ele, todavia, não mencionou a crítica pesada feita a esse caso por falhar em fazer uma distinção clara entre imunidades funcional e pessoal. A Corte Internacional de Justiça teria falhado em não se referir à regra costumeira, por meio da qual não se aplica a imunidade funcional em caso de crimes internacionais cometidos por agentes estatais.<sup>431</sup>

Dessa maneira, seguir a decisão da Corte Internacional significaria que um ex-ministro das relações exteriores só poderia ser acusado por atos cometidos antes de ele tomar posse ou por atos considerados como realizados na sua capacidade particular. Ademais, ao se permitir a aplicação da imunidade estatal nesses casos seria negada a compensação para as vítimas

<sup>426</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia. Case n° [2006] UKHL 26, op.cit.*, p.907.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p.907.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p.907.

<sup>429</sup> *Congo v. Bélgica*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

<sup>430</sup> *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A S Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, 2006 UKHL 26, parágrafos 48-50.

<sup>431</sup> CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*, *op. cit.* p.865 e SPINEDI, Marina. *State responsibility v. individual responsibility for international crimes: tertium non datur?* In: *European journal of international law* (2002), vol. 13, p.895.

desses crimes, sendo que a jurisdição civil exercida sobre estrangeiros que possuem *status* oficial seria menos intrusiva do que a jurisdição criminal, a qual a Câmara dos Lordes permitiu no caso Pinochet.<sup>432</sup>

Pode-se concluir, dessa forma, que a linha de argumentação em *Jones* impede que qualquer vítima de tortura em um país estrangeiro ajuíze uma ação de responsabilidade civil. Uma vez que a convenção sobre a tortura prevê que a tortura somente pode ser exercida por um funcionário estatal e que a imunidade estatal se estende a ações de funcionários oficiais, mesmo quando essas ações constituam tortura, não haveria forma pela qual uma vítima de tortura pudesse obter compensação civil pelo sofrimento no país estrangeiro. Essa análise, portanto, seria incompatível com o objetivo e o espírito da Convenção contra a Tortura<sup>433</sup>, a natureza de *jus cogens* da proibição da tortura e o desenvolvimento sobre o direito à compensação e à responsabilidade estatal no direito internacional.<sup>434</sup>

---

<sup>432</sup> CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*, *op.cit.*, 2002, p.859 e 874.

<sup>433</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>434</sup> STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*. *Case n° [2006] UKHL 26*, *op.cit.*, p.908.

Ver também *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*, UN Doc. E/CN. 4/RES/2005/35, annex (2005), *updated set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, UN Doc. E/CN. 4/2005/102/Add. 1 (2005) e *articles on responsibility of states for internationally wrongful acts*, in report of the international law commission on the work of its fifty-third session, UN GAOR 56 th sess., sup no 10 at 43, UN Doc. A/56/10 (2001).

## 8 O *JUS GENTIUM* COMO FUNDAMENTO PARA A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

A literatura moderna tem tentado diversas interpretações para o conceito de *jus gentium*, sem que nenhuma delas seja apropriada para cobrir todas as suas aplicações. De qualquer forma, é possível determinar seus dois âmbitos principais<sup>435</sup>:

- a. a acepção de direito interestatal, o que em língua alemã se denomina *Völkerrecht* (direito de gentes ou direito internacional público). Trata-se de relações entre Estados reconhecidos como independentes;
- b. em outro campo, em sentido amplo, surgiu da necessidade de um ordenamento esclarecedor das relações sociais e jurídicas entre romanos e não romanos ou peregrinos, isto é, de sujeitos particulares entre si, no âmbito do direito privado. Assim, os romanos adotavam normas próprias para regular o tráfico jurídico com estrangeiros partindo do pressuposto de que as mesmas seriam comuns a todos os povos. São normas que se remetem ao domínio da razão natural. *O jus gentium* seria válido sem necessidade de nenhuma previsão jurídico-positiva legal ou de qualquer outro tipo, uma vez que corresponde à experiência moral e jurídica segundo a tradição dos antepassados. A validade do *jus gentium* estaria, portanto, ligada com a vinculação jurídica gerada pelo costume;

Dessa forma, o conceito de *jus gentium* tem duas classificações principais: uma situada no âmbito do direito internacional público e outra no direito privado. De qualquer forma, ambas têm um núcleo conceitual comum, já que tanto em uma como em outra se transcendem as fronteiras da esfera jurídica romana, em especial as de direito público

---

<sup>435</sup> KASER, Max. *Ius gentium*. Granada: Comares, 2004, p.6-12.



intraestatal, de forma que o *jus gentium* também vincula sujeitos não romanos: no campo do direito privado, os não cidadãos (*peregrini*); no direito internacional, os Estados extraromanos.

Como fundamento para essa vinculação superadora das fronteiras atua a idéia de direito natural conforme o modelo grego, a concepção de qualidade de humano comum a todos os homens, sem diferenças de nacionalidades e Estados.

No Digesto, há duas definições principais de *jus gentium*: uma de Gaio e outra de Ulpiano. Assim, para Gaio:

Em todos os povos que são regidos pelas leis e pelos costumes, serve-se tanto do direito que lhe é próprio como do direito que é comum a todos os homens. Com efeito, o direito que cada povo estabeleceu para si é próprio à cidade ela mesma; mas o direito que a razão natural estabeleceu entre todos os homens é uma regra segundo a qual todos observam igualmente e se chama direito das gentes, na medida em que é o direito de que todas as nações se servem.<sup>436</sup>

Haveria, portanto, duas categorias de normas: o direito civil e o direito das gentes. Aquele próprio de cada Estado, que é também o seu autor; este é comum a todos os homens e se manifesta de forma igual em todos os povos, decorrendo de um princípio superior, a *naturalis ratio*. Trata-se de um direito anterior ao direito positivo, originado de um estado de inocência primitiva. Fica clara a diferença entre um direito de um povo e aquele comum a todos os povos, um direito baseado na vontade humana e outro decorrente da reta razão, um direito escrito e outro não-escrito. Não haveria, então, problema em substituir a expressão *jus gentium* por direito natural.<sup>437</sup>

Cícero, por sua vez, também não fazia distinção entre o *jus naturalis* e o *jus gentium*. Assim, Cícero em *De Officiis* investiga a natureza das obrigações que proíbem prejudicar o próximo, argumentando que isso não se dá apenas por força da natureza, pelo direito das

<sup>436</sup> Digesto, 1,1,9. *Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano*. Trad. Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>437</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Uma comparação entre os conceitos de jus gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio*. Tese de doutorado em direito pela UERJ. Rio de Janeiro: 2007, p.37.

gentes, mas também pelas leis dos povos que sustentam a coisa pública em cada cidade. Outrossim, ele demonstra a validade dessa lei mesmo diante da torpeza dos costumes e da corrupção da lei civil:

Embora eu constate que semelhante embuste não é considerado torpe em virtude da perversão dos costumes, nem é proibido pela lei ou pelo direito civil, creio que a lei da natureza o proíbe. Com efeito, existe uma sociedade – já disse muitas vezes, mas convém repeti-lo outras muitas – bastante ampla, a sociedade de todos os homens; uma mais restrita, a dos que integram a mesma família, e, por fim, um ainda menor, a dos que são da mesma cidade. Quiseram, pois, nossos antepassados que existisse, por um lado, o direito dos povos, por outro, o direito civil. O direito civil não precisa ser necessariamente o direito dos povos, mas o direito dos povos precisa ser necessariamente o direito civil.<sup>438</sup>

Ulpiano, por seu turno, acrescenta um terceiro termo a essa divisão de fontes, que seria o direito natural. Por oposição a esse conceito, esse autor define o *jus gentium* como sendo “aquele aplicado às gentes humanas, que por meio do entendimento pode depreender facilmente da natureza, e, entre todos os animais, apenas o homem compartilha entre si.”<sup>439</sup> O direito das gentes seria, pois, a parte do direito natural que se aplica somente aos seres humanos.

Hugo Grócio também trabalhou com o conceito de *jus gentium*:

O direito civil é aquele que emana do poder civil. O poder civil é o que está à frente do Estado. O Estado é uma união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum. O direito mais amplo é o *jus gentium*, isto é, aquele que recebeu sua força obrigatória da vontade de todas as nações ou de grande número delas. Acrescentei “de grande número” porque, à exceção do direito natural, que costumamos chamá-lo também *jus gentium* (direito das gentes), não encontramos praticamente direito que seja comum a todas as nações.<sup>440</sup>

Ademais, segundo o mesmo autor, esse direito das gentes se prova da mesma maneira que o direito civil não escrito, por um uso continuado e pelo testemunho dos peritos.

<sup>438</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Trad. Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.136 e 157.

<sup>439</sup> Digesto, 1,1,1,4. *Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano*. Trad. Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>440</sup> GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz, op.cit.*, v.1, I, XIV, 1.

Nem Grócio nem Suárez, contudo, nas suas noções de *jus gentium* desenvolveram um direito internacional no sentido contemporâneo do termo. Nenhum dos dois conheceu a idéia de Estados soberanos. Ambos conheceram, todavia, um direito das gentes que escapa ao universo cultural romano: um direito positivo e aplicável entre os povos. Os escritores que sucederam esses dois autores também envidaram um direito positivo *inter gentes*, mas este direito passou a reger somente a conduta dos Estados, não dos indivíduos, tornando-se um direito descomprometido com qualquer ideal de justiça.<sup>441</sup>

Também Emer de Vattel tratou do *jus gentium*, definindo-o como “a ciência do direito que tem lugar entre nações ou Estados, assim como das obrigações correspondentes a esse direito.”<sup>442</sup>

Vattel menciona, outrossim, o direito das gentes necessário, o qual seria “a aplicação do direito natural às nações. Ele seria necessário porque as nações são absolutamente obrigadas a respeitá-lo. Esse direito contém os preceitos que a lei natural confere aos Estados, os quais não estão menos obrigados a ela que os particulares, porque os Estados são compostos de homens e as deliberações são tomadas por homens e porque a lei da natureza obriga todos os homens a terem capacidade para agir. É esse mesmo direito que Grócio e seus seguidores chamam de direito das gentes interno, à medida que obriga as nações em consciência. Muitos escritores o designam também de direito das gentes natural.”<sup>443</sup>

O direito das gentes não é originariamente senão o direito da natureza aplicado às nações. É preciso, todavia, saber aplicá-lo com uma precisão baseada na reta razão.<sup>444</sup>

A consciência de que somente por meio de uma ação conjunta, em escala universal, será possível enfrentar os problemas que afetam a comunidade internacional como um todo faz reviver com um novo sentido a concepção clássica do *jus gentium*. Com efeito, desde os

<sup>441</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de, *op. cit.* p.340.

<sup>442</sup> VATTEL, Emer de. *O direito das gentes, op.cit.*, 2004, p.3, §3º.

<sup>443</sup> *Ibidem*, p.3, §7º.

<sup>444</sup> *Ibidem*, p.2 e 3.

tratados de paz de Westphalia (1648), com a implantação de um sistema de justaposição de soberanias absolutas e a coordenação de Estados-nações independentes, houve a exclusão dos indivíduos como sujeitos de direitos. Dessa forma, na área internacional, os Estados assumiram o monopólio da titularidade dos direitos, tendo os indivíduos ficado totalmente à mercê da intermediação discricionária de seus Estados nacionais.<sup>445</sup>

O direito internacional, todavia, vem evoluindo no sentido de que não depende da vontade dos Estados. Com a gradual evolução da simples justaposição de Estados soberanos do passado à formação de uma comunidade internacional, os Estados passam a reagir a violações graves do direito internacional ainda que não diretamente afetados por elas e surgem obrigações emanadas do direito internacional, as quais os vinculam independentemente de sua vontade individual.<sup>446</sup>

O caminho, portanto, afigura-se conducente a um direito internacional universal. No tocante ao domínio da jurisdição e imunidades, com base em desenvolvimentos recentes, que incluem a vigência de tratados como a convenção das Nações Unidas contra a tortura de 1984, os quais consagram o princípio da jurisdição universal, a imunidade de agentes estatais não pode prevalecer para acobertar atos de tortura como política de Estado, isto é, não pode haver imunidade para violações de normas de conduta universalmente aceitas, ainda que ocorridas em foro doméstico. É a comunidade internacional que reage, com base em normas imperativas do direito internacional. Ainda que a implementação das normas internacionais continue descentralizada, há um redirecionamento de um enfoque estatocêntrico a uma nova visão de comunidade internacional como um todo.<sup>447</sup>

---

<sup>445</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.1075.

<sup>446</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*, *op. cit.* p. 1087.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p.1090-1091.

No novo *jus gentium*<sup>448</sup> do século XXI, o ser humano emerge como sujeito de direitos emanados diretamente do direito internacional, dotado de capacidade processual para vindicá-los. Haveria, então, uma reconstrução do *jus gentium*, consoante a *recta ratio*, como um novo direito universal da humanidade. Por meio de sua humanização e universalização, o direito internacional contemporâneo passa a ocupar-se mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores, os quais dizem respeito à humanidade como um todo.<sup>449</sup>

<sup>448</sup> Para aprofundamento sobre o *jus gentium*, ver Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Cours générale de droit international*. In: recueil des cours, académie de droit international, vol.316 e 317, 2006.

<sup>449</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.18-19.

## 9 CONCLUSÕES

Após a Segunda Guerra Mundial, houve a internacionalização dos direitos humanos, a partir da Carta da ONU de 1945 e do Tribunal de Nuremberg, o qual deu um grande impulso a esse movimento de internacionalização, sendo demonstrado a partir daí que os direitos humanos não poderiam mais ficar adstritos à exclusiva jurisdição dos Estados, pois se mostrou que o Estado tem constituído o grande violador dos direitos humanos.

Posteriormente, a internacionalização dos direitos humanos desenvolveu-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Esse sistema global de proteção dos direitos humanos foi ampliado com o surgimento de outros tratados sobre direitos humanos, tais como a Convenção contra o Genocídio, a Convenção contra a Tortura da ONU, a Convenção contra a Discriminação Racial, a Convenção contra a Discriminação da Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outras.

Houve, ainda, a criação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, nos âmbitos europeu, interamericano e africano. Assim, um novo direito internacional costumeiro vem surgindo baseado no amplo respeito aos direitos humanos, o qual sobrepõe-se à regra da imunidade de jurisdição dos Estados.

Nesse sentido insere-se a nova exceção à imunidade de jurisdição dos Estados no caso de violação dos direitos humanos. Pode-se, então, resumir as principais idéias expostas na tese nas seguintes proposições objetivas:

1) A jurisdição pode ser vista sob dois enfoques. Pelo primeiro, adotado no caso *Lotus*, os Estados têm direito a fazer tudo aquilo que não é proibido por uma convenção internacional ou costume. Já pelo segundo, os Estados não estão autorizados a exercer a jurisdição a não ser que possam se fundamentar, especialmente, nos princípios da territorialidade e da jurisdição universal. O princípio da territorialidade é aquele segundo o qual os tribunais do local onde o crime é cometido podem exercer jurisdição, havendo uma presunção contra a extraterritorialidade, a qual é excepcional. O princípio da jurisdição universal, na modalidade limitada unilateral, adotado nas principais convenções internacionais, é aquele consoante o qual se possibilita a qualquer Estado ter jurisdição sobre uma categoria limitada de ofensas caracterizadas como de preocupação universal, sem se levar em consideração o lugar da ofensa, a nacionalidade do ofensor nem do ofendido. Isso significa dizer, como foi analisado no *Alien Tort Statute* de 1789 dos Estados Unidos nos casos *Filartiga* e *Sosa*, que há uma origem comum da jurisdição civil universal e da jurisdição criminal universal.

2) O reconhecimento internacional da jurisdição civil universal é previsto na Convenção da ONU contra a Tortura no art. 14, o qual prevê o direito à indenização em função de ato de tortura, não limitando a jurisdição ao Estado onde teria ocorrido o ato ou à nacionalidade da vítima ou do agressor. Cabe ressaltar, ainda, no mesmo sentido, o projeto de Convenção sobre Jurisdição e Julgamentos Estrangeiros em Assuntos Cíveis e Comerciais adotado pela ONU, segundo o qual é autorizada a jurisdição civil universal no caso de crimes contra a humanidade, crimes de guerra, graves violações contra uma pessoa de direitos inderrogáveis, tais como tortura, escravidão.

3) A imunidade de jurisdição é um conceito legal expresso em termos de uma relação jurídica. Assim, a imunidade que uma pessoa ou um Estado possui corresponde a uma ausência de poder por parte da autoridade correspondente. No tocante à imunidade dos

funcionários públicos, faz-se mister diferenciar imunidade de jurisdição pessoal ou *ratione personae* de imunidade de jurisdição funcional ou *ratione materiae*. A imunidade de jurisdição pessoal estende-se a atos praticados por um funcionário público do alto escalão do governo ou por agentes diplomáticos tanto na capacidade oficial ou no exercício de atos particulares tanto antes ou durante o tempo em que está em exercício e termina quando ele deixa de exercer sua função. A imunidade de jurisdição funcional ou *ratione materiae* é aquela a que tem direito todo funcionário público sem levar-se em conta o nível de sua função e se estende somente a atos praticados na capacidade oficial, não se aplicando a atos particulares e continua a existir mesmo depois que o funcionário deixa o governo.

4) A imunidade jurisdicional dos Estados passou por uma evolução, transmudando-se da imunidade absoluta à imunidade relativa. Dessa forma, até meados do século XX predominava a imunidade absoluta dos Estados. Posteriormente, foi adotada a imunidade relativa, em que havia algumas exceções à imunidade jurisdicional, como no caso de atos comerciais, reclamações trabalhistas, responsabilidade civil etc. Impende ressaltar que muitos países de *common law* como Estados Unidos, Reino Unido, Austrália acabaram por adotar leis internas consagrando essas exceções. Já os países de *civil law* como o Brasil ainda não adotaram leis internas, sendo regidos na matéria pelo costume internacional. É importante ressaltar, todavia, que a Argentina adotou uma lei interna sobre imunidade de jurisdição dos Estados consagrando as exceções acima.

5) Quanto à doutrina do ato de Estado, pode-se dizer que o juiz não pode se pronunciar sobre a validade e eficácia da legislação do Estado estrangeiro, quando aplicada no território deste. Trata-se de matéria de mérito, não se confundindo com imunidade de jurisdição, a qual é preliminar e afasta a jurisdição.

6) Exceção imobiliária à imunidade de jurisdição - No que pertine às exceções à imunidade de jurisdição, examinou-se primeiramente a exceção imobiliária, a qual já existia



mesmo na época da imunidade absoluta, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

7) Exceção comercial à imunidade de jurisdição - Alguns Estados entendem que se deve verificar a natureza da atividade comercial e outros a natureza seguida do critério da finalidade do ato como suplementar, o que foi consagrado pela Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdição no seu art.2, 2.

8) Exceção trabalhista à imunidade de jurisdição - Na exceção trabalhista, os tribunais dos Estados têm se utilizado, em regra, do critério dicotômico *jure imperii/jure gestionis* para verificar se o Estado estrangeiro estaria realizando uma atividade privada ou soberana. Observou-se, entretanto, que há outros critérios para se afastar ou manter a imunidade de jurisdição, tais como local do emprego, *status* do empregado, nexu territorial entre o foro, o empregado e o contrato de trabalho e, ainda, a natureza da ação.

9) Exceção de responsabilidade civil à imunidade de jurisdição - ela visa principalmente à morte acidental ou ferimento físico ou prejuízo à propriedade relacionados a acidentes de tráfego, tais como carros, motos, barcos. Ademais, envolveria, outrossim, o dano físico intencional, dano malicioso à propriedade, incêndio premeditado e até mesmo o assassinato político, tais como nos casos *Letelier e Liu*. Estes dois casos servem, ainda, para ratificar o entendimento segundo o qual a exceção de responsabilidade civil está fora da distinção tradicional entre atos de império e atos de gestão, decorrendo daí a sua importância no caso das ações fundadas em violação dos direitos humanos, as quais poderiam ser classificadas como atos de império. Cabe ressaltar, outrossim, que o *FSIA* americano com a emenda que acrescentou a subseção 7 à seção 1605 (a) afasta a imunidade de jurisdição no caso de ferimento pessoal ou morte causados por tortura, sabotagem em aeronave, tomada de reféns.

Ainda, dentro da exceção de responsabilidade civil, no caso de crimes de guerra, foi visto que, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em se tratando de atos praticados em uma ofensiva militar em período de guerra, tais atos seriam tidos como atos de império, sendo a imunidade absoluta. Foi verificado, todavia, que há voto vencido no sentido de relativizar a imunidade nesses casos. Foi analisado, também, o caso *Prefeitura de Voioitia*, no qual a Suprema Corte grega condenara a Alemanha a pagar indenização com relação ao massacre de Distomo.

10) Nova exceção à imunidade de jurisdição: a proibição da violação dos direitos humanos - foi constatada a internacionalização dos direitos humanos e formação de uma ordem pública internacional, a qual seria um conjunto de normas que exprimem valores fundamentais da comunidade internacional. Dessa forma, houve o reconhecimento expresso pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 de normas peremptórias de direito internacional ou *jus cogens*, as quais são normas que não admitem nenhuma derrogação. Os melhores exemplos dessas normas seriam as regras sobre o genocídio, a não discriminação racial, os crimes contra a humanidade, a escravidão, a pirataria e a tortura.

11) No regime de responsabilidade internacional do Estado há a distinção entre dois tipos de responsabilidade: um decorrente da violação da norma que só afeta o interesse de um Estado em particular e outro originado da violação das normas peremptórias que afeta interesses da comunidade internacional como um todo, sendo que qualquer Estado pode ter interesse em sua proteção, por serem obrigações *erga omnes*, conforme julgado no caso *Barcelona Traction*.

12) A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia como também da Corte Interamericana de Direitos

Humanos entenderam que certas normas são reconhecidas como peremptórias ou de *jus cogens*, as quais geram obrigações *erga omnes*.

13) Algumas teorias foram sistematizadas para explicar o afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados no caso de violação dos direitos humanos.

14) Teoria da hierarquia normativa - segundo essa teoria, a regra da imunidade estatal seria afastada quando em conflito com normas peremptórias ou de *jus cogens*. Alguns autores, ainda, entendem que, nesse caso, o Estado teria renunciado implicitamente a qualquer direito à imunidade de jurisdição. Essa teoria foi adotada no caso *Siderman de Blake*. No caso *Princz*, também, foi discutida essa teoria, a qual foi defendida em voto vencido da juíza Patrícia Wald. Foram verificadas, outrossim, as conseqüências do *jus cogens*, tais como a deslegitimação de quaisquer atos legislativo, administrativo ou judicial que autorizem o ato proibido, a anulação de anistia doméstica, a obtenção de reparação civil em tribunais de qualquer jurisdição, permitir jurisdição universal para a investigação, processo e condenação criminais etc. Essa teoria, todavia, tem sido muito criticada, sendo que a jurisprudência, apesar de reconhecer o caráter de *jus cogens* de certas normas, tem limitado as conseqüências advindas dessas normas, como nos casos *Al-Adsani*, *Congo v. Bélgica* e *Jones*.

15) Teoria do benefício coletivo de Caplan – consoante essa teoria, o teste para distinguir-se entre atos imunes e não-imunes seria verificar se a conduta iria prejudicar substancialmente os interesses vitais do Estado do foro. Assim, Caplan indica dois exemplos de desenvolvimento quanto à imunidade de jurisdição e a violação dos direitos humanos de acordo com a teoria do benefício coletivo.

O primeiro seria a emenda ao *FSIA* americano com a instituição de uma nova exceção à imunidade de jurisdição no caso de violações aos direitos humanos, a qual é empregada em função da nacionalidade americana da vítima. Essa exceção está de acordo com a teoria do benefício coletivo, pois ela protege o bem-estar dos americanos.

O segundo seria a decisão da Suprema Corte grega no caso *Prefeitura de Voiotia*, no qual a corte entendeu que os tribunais nacionais têm jurisdição para julgar ações de responsabilidade civil por ofensas contra pessoas que aconteceram no território do foro por um país estrangeiro, mesmo se foi um ato de império. Essa decisão estaria de acordo com a teoria do benefício coletivo uma vez que o terror infligido sobre os civis gregos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial foi uma afronta direta ao interesse vital da Grécia, não importando se foi um ato militar ou de império.

16) Teoria de Bröhmer – de acordo com esse autor, a imunidade de jurisdição é afastada no caso de violações isoladas aos direitos humanos e mantida quando há violação massiva dos direitos humanos. Para ele, as violações individuais aos direitos humanos não precisam estar protegidas pela imunidade porque não causariam ameaça à soberania dos Estados enquanto que a violação em massa dos direitos humanos deveria estar protegida pela imunidade em função da interferência com a soberania funcional dos Estados estrangeiros, pois irá exceder a capacidade financeira dos Estados.

17) A consagração do reconhecimento judicial da nova exceção à imunidade de jurisdição: a proibição da violação dos direitos humanos:

a) o caso *Pinochet* - No caso *Pinochet*, a Câmara dos Lordes afastou a imunidade de jurisdição de um ex-chefe de Estado por cometimento de tortura quando era chefe de Estado, principalmente com base na Convenção contra a Tortura da ONU. Foi ressalvado, ainda, o princípio da responsabilização criminal individual, tal como previsto no artigo 25 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional;

b) o caso *Ferrini* - No caso *Ferrini*, julgado pela Suprema Corte italiana, entendeu-se que os crimes cometidos pela Alemanha teriam violado gravemente os direitos fundamentais da pessoa humana cuja proteção é garantida por normas peremptórias de direito internacional.

Procedeu-se, então, a uma interpretação sistemática a respeito das normas sobre imunidade estatal, devendo as mesmas serem interpretadas de acordo com outros princípios do mesmo sistema legal, sendo que outras exceções à imunidade poderiam ser reconhecidas. Uma dessas poderia surgir para dar prioridade a normas *de jus cogens*. Dessa forma, a corte realizou uma ponderação do princípio da igualdade soberana dos Estados com o respeito aos direitos humanos invioláveis consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A corte realizou, outrossim, uma avaliação crítica da emenda ao *FSIA* americano, a qual acrescentou uma nova exceção à imunidade de jurisdição no caso de terrorismo. Isso porque a lei aceita uma exceção à imunidade de jurisdição condicionado a que o autor da ação seja americano e que seja contra um dos Estados que o Departamento de Estado americano considere patrocinador de terrorismo. Sucede que a lei teria feito uma ponderação do princípio da soberania estatal, que é o mesmo para todos os Estados, com as normas peremptórias protetoras dos direitos humanos, as quais têm o mesmo valor sem a consideração da nacionalidade da vítima.

Ademais, a corte fez uma analogia entre imunidade funcional de funcionários do Estado e imunidade do Estado, pois ambas expressam a mesma obrigação de abster-se do exercício de jurisdição sobre Estados estrangeiros, sendo legítimo referir-se à prática relativa à punição dos funcionários do Estado responsáveis por crimes internacionais e inferir disso a possibilidade de submeter também os Estados estrangeiros à jurisdição.

18) No caso de conflito entre os valores da soberania estatal e a proibição da tortura (norma de *jus cogens*), há a possibilidade de se aplicar o equilíbrio reflexivo proposto por Rawls. Assim, poder-se-ia fazer uma reconciliação entre os valores conflitantes. Uma forma de se fazer isso seria que o Estado do foro assegurasse o julgamento da ação de reparação civil referente à tortura, o que respeitaria a independência do Estado responsável.

19) A nova exceção à imunidade de jurisdição, a proibição da violação dos direitos humanos e a responsabilidade civil, o caso *Jones* - No caso *Jones*, a Câmara dos Lordes não afastou a imunidade do Estado no caso de ação civil reparatória decorrente de tortura. Foi criticado na tese o entendimento de que a Convenção sobre a Imunidade de Jurisdição da ONU representaria o mais autorizado documento sobre os limites da imunidade estatal no caso de ações civis e de que ela não contém qualquer exceção no caso de ações civis baseadas em atos de tortura.

Ora, foi visto que o grupo de trabalho sobre o tema não quis tratar do assunto porque reconheceu que a relação entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens* estaria em um *state of flux*, isto é, mudando constantemente. Dessa forma, qualquer tratamento definitivo da questão teria sido precipitado e o objetivo da Convenção foi promover clareza e uniformização.

Os Lordes refutaram, outrossim, a recomendação do Comitê contra a Tortura para que o Canadá revisse sua posição com respeito ao artigo 14 da Convenção sobre a Tortura da ONU, o qual exige que os Estados dêem um remédio efetivo para as vítimas de tortura. Foi visto, entretanto, que os comentários são as únicas guias disponíveis para os Estados-membros sobre suas obrigações relativas à Convenção e que são feitos por expertos na matéria.

Concluiu-se, enfim, que a argumentação desenvolvida em *Jones* impede que qualquer vítima de tortura em um país estrangeiro ajuíze uma ação de responsabilidade civil, pois a Convenção contra a Tortura da ONU dispõe que a tortura somente pode ser exercida por um funcionário estatal e a imunidade estatal se estenderia a ações de funcionários públicos, mesmo quando essas ações sejam tortura.

Essa interpretação, portanto, seria incompatível com o objetivo da Convenção sobre a Tortura da ONU, a natureza do *jus cogens* da proibição da tortura e o desenvolvimento sobre o direito à compensação e a responsabilidade estatal no direito internacional.

20) O novo *jus gentium* em tema de direitos humanos – Da análise da evolução da imunidade de jurisdição dos Estados e dos paradigmáticos casos julgados se depreende que está em processo inicial de formação hoje um novo *jus gentium*, um direito comum a todos os povos, que vem sendo reconstruído no sentido de que o ser humano emergja como sujeito de direitos emanados diretamente do direito internacional, não dependendo mais da vontade dos Estados. Assim, quanto ao domínio da jurisdição e das imunidades, com os desenvolvimentos recentes como a Convenção da ONU contra a Tortura de 1984, a qual consagra o princípio da jurisdição universal, a imunidade dos agentes estatais não pode mais prevalecer para acobertar atos de tortura como política de Estado. Em breve também a jurisdição civil universal, representada por sua faceta mais sensível, a responsabilidade civil, também se adequará a esse novo modelo de regulação justa das relações internacionais, como se verifica, *de lege ferenda*, no Projeto de Responsabilidade Civil dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais da ONU.

Em suma, a presente tese procurou demonstrar que a nova exceção à imunidade de jurisdição: a proibição da violação dos direitos humanos é um importante aspecto da construção desse novo *jus gentium*, um novo direito, baseado em padrões de comportamento internacional justo, aplicáveis a todas as nações e, dentre estes, o mais significativo, o amplo respeito a todos os seres humanos.

## 10 REFERÊNCIAS

- AKANDE, Dapo. *International law immunities and the international criminal court*. In: the American journal of international law, vol.98, n.3, 2004.
- ALEBEEK, Rosanne van. *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ALEXIDZE, Levan. *Legal nature of jus cogens in contemporary international law*. In: Recueil des Cours, académie de droit international, tomo 172, 1981, III.
- ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*. Coimbra: Almedina, 2009.
- APPELBAUM, Christian. *Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen: Klagen von Bürgern gegen einen fremden Staat oder ausländische staatliche Funktionsträger vor nationalen Gerichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- ARAUJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BADR, Gamal Moursi. *State immunity: an analytical and prognostic view*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1984.
- BANTEKAS, Ilias. *The Pinochet affair in international law*. In: revue hellénique de droit international, 52, 1999.
- BARKER, J. Craig. *State immunity, diplomatic immunity and act of state: a triple protection against legal action*. In: International and comparative law quarterly, vol. 47, 1998.
- BARKER, J. Craig. *The future of former head of state immunity after ex parte Pinochet*. In: international and comparative law quarterly, vol.48, part 4, 1999.
- BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *Jus cogens vs. state immunity, round two: the decision of the European court of human rights in the Kalogeropoulou et a. v. Greece and Germany decision*. In: German law journal n°5, maio de 2003.
- BATES, Ed. *State immunity for torture*. In: human rights law review, 2007.
- BELSKY, Adam C.; MERVA, Mark; ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Implied waiver under FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law*. In: Californian law review, vol. 77, 365, 1989.
- BIANCHI, Andrea. *Human rights and the magic of jus cogens*. In: the European journal of international law, vol.19, 3, 2008.
- BIANCHI, Andrea. *Immunity versus human rights: the Pinochet case*. In: the European journal of international law, vol.10, n° 2, 1999.



BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*. In: the American journal of international law, vol.99, n° 1, 2005.

BRÖHMER, Jürgen. *State immunity and the violation of human rights*. A Haia: Martinus Nijhoff publishers, 1997.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Trad. Maria Manuela Farrajota Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

CAFLISH, Lucius. *Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme*. In: CHAZOURNES, Laurence Boisson de; DEBBAS, Vera Gowlland (org.). *The international legal system in quest of equity and universality*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.

CANDRIAN, Jérôme. *L'immunité des États face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels*. Zurich: Schulthess, 2005.

CAPLAN, Lee M. *State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory*. In: the American journal of international law, vol. 97, 2003.

CARA, Jean-Yves de. *L'affaire Pinochet devant la chambre des Lords*. In: annuaire français de droit international, XLV, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*. In: European journal of international law, vol.13, 2002.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Trad. Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CLAPHAM, Andrew. *National action challenged: sovereignty, immunity and universal jurisdiction before the international court of justice*. In: LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (org.). *Justice for crimes against humanity*. Oxford: Hart, 2003.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL – ONU – Report of the working group on jurisdictional immunities of states and their property. Doc. A/CN.4/L.576, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*. Paris: Pedone, 1996.

COSNARD, Michel. *Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*. In: revue générale de droit international public, vol. 103/1999/2.

CRAWFORD, James; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. *The ILC's articles on responsibility of states for internationally wrongful acts: completion of the second reading*. In: *European journal of international law*, vol.12, nº5, 2001.

DENZA, Eileen. *The 2005 UN convention on state immunity in perspective*. In: *International and comparative law quarterly*, vol. 55, 2006.

DENZA, Eileen. *Ex parte Pinochet: lacuna or leap?* In: *international and comparative law quarterly*, vol.48, part 4, 1999.

DICKINSON, Andrew. *Status of forces under the UN convention on state immunity*. In: *International and comparative law quarterly*, 55, (2006).

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*, trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. In: *revista de informação legislativa*, ano 19, nº76, out./dez. 1982.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. In: *revista de informação legislativa do sendo federal*, 90.

DOMINICÉ, Christian. *Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'état*. In: *revue générale de droit international public*, vol. 103/1999/2.

DONOVAN, Donald Francis; ROBERTS, Anthea. *The emerging recognition of universal civil jurisdiction*. In: *the American journal of international law*, Vol. 100, nº 1 (jan. 2006).

DUPUY, Pierre-Marie. *Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des seconds*. In: *revue générale de droit international public*, vol. 103/1999/2.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPIELL, Hector Gros. *La convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme*. In: *recueil des cours, académie de droit international*, vol. 218, 1989, VI.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FITZMAURICE, Gerald. *State immunity from proceedings in foreign countries*. B.Y.I.L. XIV: 1933.

FORCESE, Craig. *De-immunizing torture: reconciling human rights and state immunity*. In: *Mc Gill law journal*, vol. 52, 2007.

FOX, Hazel. *In defence of state immunity: why the UN convention on state immunity is important*. In: *International and comparative law quarterly*, vol. 55, 2006.

FOX, Hazel. *The first Pinochet case: immunity of a former head of state*. In: *international and comparative law quarterly*, vol.48, part 1, 1999.

FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

FOX, Hazel. *The Pinochet case n°3*. In: *international and comparative law quarterly*, vol.48, part 3, 1999.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Direito internacional humanitário e normas imperativas (jus cogens): uma identificação possível?* In: *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. PRONER, Carol; GUERRA, Sidney (org.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: fórum, 2004.

GABBA. *De la compétence des tribunaux à l'égard des souverains et des États étrangers*. *Clunet*, vol, 15, 1888.

GAJA, Giorgio. *Jus cogens: beyond the Vienna convention*. In: *Recueil des Cours, académie de droit international*, vol. 172, 1981, III.

GALICKI, Zdzislaw. *Third report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, doc. A/CN.4/603.

GARDINER, Richard. *UN convention on state immunity: form and function*. In: *International and comparative law quarterly*, vol. 55, 2006.

GARNETT, Richard. *State immunity in employment matters*. In: *international and comparative law quarterly*, vol.46, janeiro 1997.

GAUDREAU, Julie. *Immunité de l'État et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*. Genebra: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 2004.

GOUTTES, Régis. *L'apport de l'arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation de 20 juin 2003 dans la problématique de l'immunité de juridiction des États étrangers*. In: *droit des immunités et exigences du procès équitable*. Pedone: Paris, 2004.

GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. 2ª Ed. Ijuí: Unijuí, 2005, v.1, I, XIV, 1.

GRUENBAUM, Daniel. *A imunidade de jurisdição do estado alemão em matéria civil para ações decorrentes de atos praticados durante a segunda guerra mundial*. In: *revista de direito do estado* n°

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HALL, Christopher Keith. *The duty of states parties to the convention against torture to provide procedures permitting victims to recover reparations for torture committed abroad.* In: the European journal of international law, vol.18, 5, 2008.

HALL, Christopher Keith. *UN convention on state immunity: the need for a human rights protocol.* In: International and comparative law quarterly, vol. 55, 2006.

HASSON, Adam Isaac. *Extraterritorial jurisdiction and sovereign immunity on trial: Noriega, Pinochet and Milosevic – trends in political accountability and transnational criminal law.* In: Boston college international and comparative law review, vol. XXV, nº2, 2002.

HIGGINS, Rosalyn. *After Pinochet: developments on head of state and ministerial immunities.* In: the ILCR annual lecture, 2006, disponível em <http://www.lawreports.co.uk>, acesso em 1º/09/2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JENNINGS, Robert. *The Pinochet extradition case in the english courts.* In: CHAZOURNES, Laurence Boisson de; DEBBAS, Vera Gowlland.(org.). *The international legal system in quest of equity and universality.* The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.

KASER, Max. *Ius gentium.* Granada: Comares, 2004.

KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international.* Paris: Presses universitaires de France, 2001.

KOLODKIN, Roman Anatolevich. *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction,* doc. A/CN.4/601.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais.* Barueri: Manole, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LALIVE, J. F. *L'immunité de juridiction.* Recueil de Cours, academie de droit international, vol. 84, 1953, III.

LENUZZA, Isabelle Pingel. *Les immunités des États en droit international.* Bruxelles: Bruylant, 1997.

LENUZZA, Isabelle Pingel. *Droit d'access aux tribunaux et exception d'immunité: la cour de Strasbourg persiste.* In: revue général de droit international public, 2002, 4.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *A ingerência humanitária e a guerra justa.* In: FERREIRA JÚNIOR, Lier Pires; BORGES, Paulo (orgs.). *Direitos humanos & direito internacional.* Curitiba: Juruá, 2006.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Hugo Grócio e o direito: o jurista da guerra e da paz*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *O direito das gentes: entre o direito natural e o direito positivo*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, 2008.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Uma comparação entre os conceitos de jus gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio*. Tese de doutorado em direito pela UERJ. Rio de Janeiro: 2007.

MCLACHLAN, Campbell. *Pinochet revisited*. In: international and comparative law quarterly, vol.51, part.4, 2002.

MADRUGA FILHO, Antenor. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000.

MAHMOUD, Mohamed Salah M. *Les leçons de l'affaire Pinochet*. In: journal du droit international n°4, 1999.

MANN, F.A. *The doctrine of jurisdiction in international law*. In: Recueil des cours, académie de droit international, volume 111, 1964, I.

MARQUES, Sérgio André Laclau Sarmiento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MCGREGOR, Lorna. *State immunity and jus cogens*. In: International and comparative law quarterly, vol. 55, 2006.

MCGREGOR, Lorna. *Torture and state immunity: deflecting impunity, distorting sovereignty*. In: the European journal of international law, vol.18, 5, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, vol.I. Rio de Janeiro: 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MERON, Theodor. *On a hierarchy of international human rights*. In: the American journal of international law, vol. 80, 1986.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. In: revista de processo, nº 50.

MOLL, Leandro de Oliveira. *Case note: Al-Adsani v. United Kingdom – state immunity and denial of justice with respect to violations of fundamental human rights*. In: Melbourne journal of international law, 8, 2003.

MÖLLER, Josué Emilio. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*. In: revista de processo nº65.

MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A, 1953.

NICHOLLS, Clive. *Reflections on Pinochet*. In: Virginia journal of international law, volume 41, nº1, 2000.

NOVOGRODSKY, Noah Benjamin. *Immunity for torture: lessons from Bouzari v. Iran*. In: the European journal of international law, vol.18, 5, 2008.

NOWAK, Manfred; MCARTHUR, Elizabeth. *The united nations convention against torture: a commentary*. Oxford: Oxford university press, 2008.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European court of human rights*. In: European journal of international law, vol.14, nº 3, 2003.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *State immunity and hierarchy of norms: why the house of lords got it wrong*. In: the European journal of international law, vol.18, nº5, 2008.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Os direitos do trabalhador imigrante ilegal à luz da opinião consultiva 18/03 da corte interamericana de direitos humanos*. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas cogentes no direito internacional público*. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REYDAMS, Luc. *Universal jurisdiction: international and municipal legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROBERTS, Anthea Elisabeth. *Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation*. In: American journal of international law, vol.95, nº4, outubro de 2001.

ROBLEDO, A. Gómez. *Le ius cogens international*. In: Recueil des Cours, académie de droit international, vol. 172, 1981, III.

RUFFERT, Matthias. *Pinochet follow up: the end of sovereign immunity?* In: Netherlands international law review, XLVIII, 2001.

RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in international law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREUER, Christoph H. *State immunity: some recent developments*. Cambridge: Cambridge university press, 1988.

SENA, Pasquale de. *Immunità di ex-capi di stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della camera dei lords nel caso Pinochet*. In: rivista di diritto internazionale, 4/1999.

SENA, Pasquale de; VITTOR, Francesca de. *State immunity and human rights: the Italian supreme court decision on the Ferrini case*. In: the European journal of international law, vol. 16, nº 1, 2005.

- SHELTON, Dinah. *Righting wrongs: reparations in the articles on state responsibility*. In: the American journal of international law, vol. 96, n° 4 , outubro 2002.
- SHELTON, Dinah. *Normative hierarchy in international law*. In: the American journal of international law, vol.100, n°2, abril, 2006.
- SINCLAIR, Ian. *The law of sovereign immunity: recent developments*. In: recueil des cours, académie de droit international, vol. 167, 1980, II.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, v.1. São Paulo: Atlas, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SPINEDI, Marina. *State responsibility v. individual responsibility for international crimes: tertium non datur?* In: European journal of international law, vol.13, 2002.
- STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights in context: law, politics, morals*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- STEINERTE, Elina; WALLACE, Rebecca M.M. *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia. Case n° [2006] UKHL 26*. In: The American Journal of International Law, vol.100, n°4, outubro 2006.
- SUCHARITKUL, Sompong. *Eighth report on immunity of states and their property*, doc. A/CN.4/396 and Corr.1, 1986, vol.II (1).
- SUCHARITKUL, Sompong. *Fifth report on immunity of states and their property*, doc. A/CN.4/363 & Corr.1 and Add.1 & Corr. 1, 1983, vol.II (1).
- SUCHARITKUL, Sompong. *Immunities of foreign states*. In: recueil des cours, académie de droit international, vol. 149, 1976, I.
- SUCHARITKUL, Sompong. *Second report on immunity of states and their property*, doc. A/CN.4/331 and Add.1, 1980, vol.II (1).
- SUCHARITKUL, Sompong. *State immunity and trading activities in international law*. London: Stevens & Sons Limited, 1959.
- SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- TIBURCIO, Carmen. *Atualidades e comentário à jurisprudência*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TIBURCIO, Carmen. *Boletim de direito internacional* n°91, maio de 1998.
- TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Imunidade de jurisdição: o estado federal e os estados-membros*. In: TIBURCIO, Carmen; Barroso, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



TIBURCIO, Carmen. *Pipeline. Patente obtida no exterior. Reconhecimento no Brasil em conformidade com a lei estrangeira. Interpretação do art.230 da lei da propriedade industrial (lei nº9279/96)*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. Haia: Martinus Nijhoff, 2001.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: between idealism and realism*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

TOMUSCHAT, Cristian. *Obligations for the states*. In: *Recueil des cours, académie de droit international*, vol. 241, 1993, IV.

TOMUSCHAT, Christian. Instituto de Direito Internacional, 17ª comissão, Sessão de Cracóvia, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Cours générale de droit international*. In: *recueil des cours, académie de droit international*, vol. 316 e 317, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TROOBOFF, P. D. *Foreign state immunity*. In: *recueil des cours, académie de droit international*, vol, 200, 1986, V.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, v.III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Brasília: UNB: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, 2004.

VERDROSS, Alfred. *Forbidden treaties in international Law*. In: *American journal of international law*, vol. 31,1937.

VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum and jus cogens in international Law*. In: *American journal of international Law*, 60, 1966.

VILLALPANDO, Santiago. *L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la chambre des lords du 24 mars 1999*. In: *revue de droit international public*, vol. 104/2000/2.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VOYIAKIS, Emmanuel. *Access to court v. state immunity*. In: *international and comparative law quarterly*, vol.52, abril 2003.

WARBRICK, Colin. Extradition law aspects of Pinochet 3. *In: international and comparative law quarterly*, vol.48, part 4, 1999.

WATTS, Arthur. *The legal position in international law of heads of states, heads of government, foreign ministers*. *In: Recueil des Cours, académie de droit international*, vol. 247, 1994, III.

WET, Erika de. *The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law*. *In: the European journal of international law*, vol. 15, n° 1, 2004.

WEYEMBERG, Anne. *Sur l'ordonnance du juge d'instruction vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet*. *In: revue belge de droit international*, vol.XXXII, 1999, 1.

WHITE, Melinda. *Pinochet, universal jurisdiction and impunity*. *In: southwestern journal of law and trade in the Americas*, vol. VII, N°1, 2000.

ZAPPALÀ, Salvatore. *Do heads of state in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The Ghaddafi case before the French cour de cassation*. *In: the European journal of international law*, vol. 12, n°3, 2001.

## 11 ANEXO I:

### CONVENÇÃO EUROPÉIA SOBRE IMUNIDADE DO ESTADO

#### EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY (Basle 16.V. 1972)

##### Preamble

The member States of the Council of Europe, signatory hereto,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Taking into account the fact that there is in international law a tendency to restrict the cases in which a State may claim immunity before foreign courts;

Desiring to establish in their mutual relations common rules relating to the scope of the immunity of one State from the jurisdiction of the courts of another State, and designed to ensure compliance with judgments given against another State;

Considering that the adoption of such rules will tend to advance the work of harmonisation undertaken by the member States of the Council of Europe in the legal field,

Have agreed as follows:

#### Chapter I – Immunity from jurisdiction

##### Article 1

- 1 A Contracting State which institutes or intervenes in proceedings before a court of another Contracting State submits, for the purpose of those proceedings, to the jurisdiction of the courts of that State.
- 2 Such a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of the other Contracting State in respect of any counterclaim:
  - a arising out of the legal relationship or the facts on which the principal claim is based;
  - b if, according to the provisions of this Convention, it would not have been entitled to invoke immunity in respect of that counterclaim had separate proceedings been brought against it in those courts.

- 3 A Contracting State which makes a counterclaim in proceedings before a court of another Contracting State submits to the jurisdiction of the courts of that State with respect not only to the counterclaim but also to the principal claim.

### **Article 2**

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it has undertaken to submit to the jurisdiction of that court either:

- a by international agreement;
- b by an express term contained in a contract in writing; or
- c by an express consent given after a dispute between the parties has arisen.

### **Article 3**

- 1 A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if, before claiming immunity, it takes any step in the proceedings relating to the merits. However, if the State satisfies the Court that it could not have acquired knowledge of facts on which a claim to immunity can be based until after it has taken such a step, it can claim immunity based on these facts if it does so at the earliest possible moment.
- 2 A Contracting State is not deemed to have waived immunity if it appears before a court of another Contracting State in order to assert immunity.

### **Article 4**

- 1 Subject to the provisions of Article 5, a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the proceedings relate to an obligation of the State, which, by virtue of a contract, falls to be discharged in the territory of the State of the forum.
- 2 Paragraph 1 shall not apply:
  - a in the case of a contract concluded between States;
  - b if the parties to the contract have otherwise agreed in writing;
  - c if the State is party to a contract concluded on its territory and the obligation of the State is governed by its administrative law.

### **Article 5**

- 1 A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a contract of employment between the State and an individual where the work has to be performed on the territory of the State of the forum.

- 2 Paragraph 1 shall not apply where:
  - a the individual is a national of the employing State at the time when the proceedings are brought;
  - b at the time when the contract was entered into the individual was neither a national of the State of the forum nor habitually resident in that State; or
  - c the parties to the contract have otherwise agreed in writing, unless, in accordance with the law of the State of the forum, the courts of that State have exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter.
  
- 3 Where the work is done for an office, agency or other establishment referred to in Article 7, paragraphs 2.a and b of the present article apply only if, at the time the contract was entered into, the individual had his habitual residence in the Contracting State which employs him.

#### **Article 6**

- 1 A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it participates with one or more private persons in a company, association or other legal entity having its seat, registered office or principal place of business on the territory of the State of the forum, and the proceedings concern the relationship, in matters arising out of that participation, between the State on the one hand and the entity or any other participant on the other hand.
  
- 2 Paragraph 1 shall not apply if it is otherwise agreed in writing.

#### **Article 7**

- 1 A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it has on the territory of the State of the forum an office, agency or other establishment through which it engages, in the same manner as a private person, in an industrial, commercial or financial activity, and the proceedings relate to that activity of the office, agency or establishment.
  
- 2 Paragraph 1 shall not apply if all the parties to the dispute are States, or if the parties have otherwise agreed in writing.

#### **Article 8**

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate:

- a to a patent, industrial design, trade-mark, service mark or other similar right which, in the State of the forum, has been applied for, registered or deposited or is otherwise protected, and in respect of which the State is the applicant or owner;

- b to an alleged infringement by it, in the territory of the State of the forum, of such a right belonging to a third person and protected in that State;
- c to an alleged infringement by it, in the territory of the State of the forum, of copyright belonging to a third person and protected in that State;
- d to the right to use a trade name in the State of the forum.

### **Article 9**

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to:

- a its rights or interests in, or its use or possession of, immovable property; or
- b its obligations arising out of its rights or interests in, or use or possession of, immovable property

and the property is situated in the territory of the State of the forum.

### **Article 10**

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a right in movable or immovable property arising by way of succession, gift or *bona vacantia*.

### **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.

### **Article 12**

- 1 Where a Contracting State has agreed in writing to submit to arbitration a dispute which has arisen or may arise out of a civil or commercial matter, that State may not claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State on the territory or according to the law of which the arbitration has taken or will take place in respect of any proceedings relating to:

- a the validity or interpretation of the arbitration agreement;
- b the arbitration procedure;
- c the setting aside of the award,

unless the arbitration agreement otherwise provides.

- 2 Paragraph 1 shall not apply to an arbitration agreement between States.

### **Article 13**

Paragraph 1 of Article 1 shall not apply where a Contracting State asserts, in proceedings pending before a court of another Contracting State to which it is not a party, that it has a right or interest in property which is the subject-matter of the proceedings, and the circumstances are such that it would have been entitled to immunity if the proceedings had been brought against it.

### **Article 14**

Nothing in this Convention shall be interpreted as preventing a court of a Contracting State from administering or supervising or arranging for the administration of property, such as trust property or the estate of a bankrupt, solely on account of the fact that another Contracting State has a right or interest in the property.

### **Article 15**

A Contracting State shall be entitled to immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the proceedings do not fall within Articles 1 to 14; the court shall decline to entertain such proceedings even if the State does not appear.

## **Chapter II – Procedural rules**

### **Article 16**

- 1 In proceedings against a Contracting State in a court of another Contracting State, the following rules shall apply.
- 2 The competent authorities of the State of the forum shall transmit
  - the original or a copy of the document by which the proceedings are instituted;
  - a copy of any judgment given by default against a State which was defendant in the proceedings,

through the diplomatic channel to the Ministry of Foreign Affairs of the defendant State, for onward transmission, where appropriate, to the competent authority. These documents shall be accompanied, if necessary, by a translation into the official language, or one of the official languages, of the defendant State.
- 3 Service of the documents referred to in paragraph 2 is deemed to have been effected by their receipt by the Ministry of Foreign Affairs.
- 4 The time-limits within which the State must enter an appearance or appeal against any judgment given by default shall begin to run two months after the date on which the document by which the proceedings were instituted or the copy of the judgment is received by the Ministry of Foreign Affairs.

- 5 If it rests with the court to prescribe the time-limits for entering an appearance or for appealing against a judgment given by default, the court shall allow the State not less than two months after the date on which the document by which the proceedings are instituted or the copy of the judgment is received by the Ministry of Foreign Affairs.
- 6 A Contracting State which appears in the proceedings is deemed to have waived any objection to the method of service.
- 7 If the Contracting State has not appeared, judgment by default may be given against it only if it is established that the document by which the proceedings were instituted has been transmitted in conformity with paragraph 2, and that the time-limits for entering an appearance provided for in paragraphs 4 and 5 have been observed.

### **Article 17**

No security, bond or deposit, however described, which could not have been required in the State of the forum of a national of that State or a person domiciled or resident there, shall be required of a Contracting State to guarantee the payment of judicial costs or expenses. A State which is a claimant in the courts of another Contracting State shall pay any judicial costs or expenses for which it may become liable.

### **Article 18**

A Contracting State party to proceedings before a court of another Contracting State may not be subjected to any measure of coercion, or any penalty, by reason of its failure or refusal to disclose any documents or other evidence. However the court may draw any conclusion it thinks fit from such failure or refusal.

### **Article 19**

- 1 A court before which proceedings to which a Contracting State is a party are instituted shall, at the request of one of the parties or, if its national law so permits, of its own motion, decline to proceed with the case or shall stay the proceedings if other proceedings between the same parties, based on the same facts and having the same purpose:
  - a are pending before a court of that Contracting State, and were the first to be instituted; or
  - b are pending before a court of any other Contracting State, were the first to be instituted and may result in a judgment to which the State party to the proceedings must give effect by virtue of Article 20 or Article 25.
- 2 Any Contracting State whose law gives the courts a discretion to decline to proceed with a case or to stay the the proceedings in cases where proceedings between the same parties, based on the same facts and having the same purpose, are pending before a court of another Contracting State, may, by notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that its courts shall not be bound by the provisions of paragraph 1.



## Chapter III – Effect of Judgment

### Article 20

- 1 A Contracting State shall give effect to a judgment given against it by a court of another Contracting State:
  - a if, in accordance with the provisions of Articles 1 to 13, the State could not claim immunity from jurisdiction; and
  - b if the judgment cannot or can no longer be set aside if obtained by default, or if it is not or is no longer subject to appeal or any other form of ordinary review or to annulment.
- 2 Nevertheless, a Contracting State is not obliged to give effect to such a judgment in any case:
  - a where it would be manifestly contrary to public policy in that State to do so, or where, in the circumstances, either party had no adequate opportunity fairly to present his case;
  - b where proceedings between the same parties, based on the same facts and having the same purpose:
    - i are pending before a court of that State and were the first to be instituted;
    - ii are pending before a court of another Contracting State, were the first to be instituted and may result in a judgment to which the State party to the proceedings must give effect under the terms of this Convention;
  - c where the result of the judgment is inconsistent with the result of another judgment given between the same parties:
    - i by a court of the Contracting State, if the proceedings before that court were the first to be instituted or if the other judgment has been given before the judgment satisfied the conditions specified in paragraph 1.b; or
    - ii by a court of another Contracting State where the other judgment is the first to satisfy the requirements laid down in the present Convention;
  - d where the provisions of Article 16 have not been observed and the State has not entered an appearance or has not appealed against a judgment by default.
- 3 In addition, in the cases provided for in Article 10, a Contracting State is not obliged to give effect to the judgment:
  - a if the courts of the State of the forum would not have been entitled to assume jurisdiction had they applied, *mutatis mutandis*, the rules of jurisdiction (other than those mentioned in the annex to the present Convention) which operate in the State against which judgment is given; or

- b if the court, by applying a law other than that which would have been applied in accordance with the rules of private international law of that State, has reached a result different from that which would have been reached by applying the law determined by those rules.

However, a Contracting State may not rely upon the grounds of refusal specified in sub-paragraphs a and b above if it is bound by an agreement with the State of the forum on the recognition and enforcement of judgments and the judgment fulfils the requirement of that agreement as regards jurisdiction and, where appropriate, the law applied.

### **Article 21**

- 1 Where a judgment has been given against a Contracting State and that State does not give effect thereto, the party which seeks to invoke the judgment shall be entitled to have determined by the competent court of that State the question whether effect should be given to the judgment in accordance with Article 20. Proceedings may also be brought before this court by the State against which judgment has been given, if its law so permits.
- 2 Save in so far as may be necessary for the application of Article 20, the competent court of the State in question may not review the merits of the judgment.
- 3 Where proceedings are instituted before a court of a State in accordance with paragraph 1:
  - a the parties shall be given an opportunity to be heard in the proceedings;
  - b documents produced by the party seeking to invoke the judgment shall not be subject to legalisation or any other like formality;
  - c no security, bond or deposit, however described, shall be required of the party invoking the judgment by reason of his nationality, domicile or residence;
  - d the party invoking the judgment shall be entitled to legal aid under conditions no less favourable than those applicable to nationals of the State who are domiciled and resident therein.
- 4 Each Contracting State shall, when depositing its instrument of ratification, acceptance or accession, designate the court or courts referred to in paragraph 1, and inform the Secretary General of the Council of Europe thereof.

### **Article 22**

- 1 A Contracting State shall give effect to a settlement to which it is a party and which has been made before a court of another Contracting State in the course of the proceedings; the provisions of Article 20 do not apply to such a settlement.

- 2 If the State does not give effect to the settlement, the procedure provided for in Article 21 may be used.

### **Article 23**

No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case.

## **Chapter IV – Optional provisions**

### **Article 24**

- 1 Notwithstanding the provisions of Article 15, any State may, when signing this Convention or depositing its instrument of ratification, acceptance or accession, or at any later date, by notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that, in cases not falling within Articles 1 to 13, its courts shall be entitled to entertain proceedings against another Contracting State to the extent that its courts are entitled to entertain proceedings against States not party to the present Convention. Such a declaration shall be without prejudice to the immunity from jurisdiction which foreign States enjoy in respect of acts performed in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*).
- 2 The courts of a State which has made the declaration provided for in paragraph 1 shall not however be entitled to entertain such proceedings against another Contracting State if their jurisdiction could have been based solely on one or more of the grounds mentioned in the annex to the present Convention, unless that other Contracting State has taken a step in the proceedings relating to the merits without first challenging the jurisdiction of the court.
- 3 The provisions of Chapter II apply to proceedings instituted against a Contracting State in accordance with the present article.
- 4 The declaration made under paragraph 1 may be withdrawn by notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall take effect three months after the date of its receipt, but this shall not affect proceedings instituted before the date on which the withdrawal becomes effective.

### **Article 25**

- 1 Any Contracting State which has made a declaration under Article 24 shall, in cases not falling within Articles 1 to 13, give effect to a judgment given by a court of another Contracting State which has made a like declaration:
  - a if the conditions prescribed in paragraph 1.b of Article 20 have been fulfilled; and
  - b if the court is considered to have jurisdiction in accordance with the following paragraphs.
- 2 However, the Contracting State is not obliged to give effect to such a judgment:

- a if there is a ground for refusal as provided for in paragraph 2 of Article 20; or
  - b if the provisions of paragraph 2 of Article 24 have not been observed.
- 3 Subject to the provisions of paragraph 4, a court of a Contracting State shall be considered to have jurisdiction for the purpose of paragraph 1.b:
- a if its jurisdiction is recognised in accordance with the provisions of an agreement to which the State of the forum and the other Contracting State are Parties;
  - b where there is no agreement between the two States concerning the recognition and enforcement of judgments in civil matters, if the courts of the State of the forum would have been entitled to assume jurisdiction had they applied, *mutatis mutandis*, the rules of jurisdiction (other than those mentioned in the annex to the present Convention) which operate in the State against which the judgment was given. This provision does not apply to questions arising out of contracts.
- 4 The Contracting States having made the declaration provided for in Article 24 may, by means of a supplementary agreement to this Convention, determine the circumstances in which their courts shall be considered to have jurisdiction for the purposes of paragraph 1.b of this article.
- 5 If the Contracting State does not give effect to the judgment, the procedure provided for in Article 21 may be used.

#### **Article 26**

Notwithstanding the provisions of Article 23, a judgment rendered against a Contracting State in proceedings relating to an industrial or commercial activity, in which the State is engaged in the same manner as a private person, may be enforced in the State of the forum against property of the State against which judgment has been given, used exclusively in connection with such an activity, if:

- a both the State of the forum and the State against which the judgment has been given have made declarations under Article 24;
- b the proceedings which resulted in the judgment fell within Articles 1 to 13 or were instituted in accordance with paragraphs 1 and 2 of Article 24; and
- c the judgment satisfies the requirements laid down in paragraph 1.b of Article 20.

### **Chapter V – General provisions**

#### **Article 27**

- 1 For the purposes of the present Convention, the expression “Contracting State” shall not include any legal entity of a Contracting State which is distinct therefrom and is capable of suing or being sued, even if that entity has been entrusted with public functions.

- 2 Proceedings may be instituted against any entity referred to in paragraph 1 before the courts of another Contracting State in the same manner as against a private person; however, the courts may not entertain proceedings in respect of acts performed by the entity in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*).
- 3 Proceedings may in any event be instituted against any such entity before those courts if, in corresponding circumstances, the courts would have had jurisdiction if the proceedings had been instituted against a Contracting State.

### **Article 28**

- 1 Without prejudice to the provisions of Article 27, the constituent States of a Federal State do not enjoy immunity.
- 2 However, a Federal State Party to the present Convention, may, by notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that its constituent States may invoke the provisions of the Convention applicable to Contracting States, and have the same obligations.
- 3 Where a Federal State has made a declaration in accordance with paragraph 2, service of documents on a constituent State of a Federation shall be made on the Ministry of Foreign Affairs of the Federal State, in conformity with Article 16.
- 4 The Federal State alone is competent to make the declarations, notifications and communications provided for in the present Convention, and the Federal State alone may be party to proceedings pursuant to Article 34.

### **Article 29**

The present Convention shall not apply to proceedings concerning:

- a social security;
- b damage or injury in nuclear matters;
- c customs duties, taxes or penalties.

### **Article 30**

The present Convention shall not apply to proceedings in respect of claims relating to the operation of seagoing vessels owned or operated by a Contracting State or to the carriage of cargoes and of passengers by such vessels or to the carriage of cargoes owned by a Contracting State and carried on board merchant vessels.

### **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.

**Article 32**

Nothing in the present Convention shall affect privileges and immunities relating to the exercise of the functions of diplomatic missions and consular posts and of persons connected with them.

**Article 33**

Nothing in the present Convention shall affect existing or future international agreements in special fields which relate to matters dealt with in the present Convention.

**Article 34**

- 1 Any dispute which might arise between two or more Contracting States concerning the interpretation or application of the present Convention shall be submitted to the International Court of Justice on the application of one of the parties to the dispute or by special agreement unless the parties agree on a different method of peaceful settlement of the dispute.
- 2 However, proceedings may not be instituted before the International Court of Justice which relate to:
  - a a dispute concerning a question arising in proceedings instituted against a Contracting State before a court of another Contracting State, before the court has given a judgment which fulfils the condition provided for in paragraph 1.b of Article 20;
  - b a dispute concerning a question arising in proceedings instituted before a court of a Contracting State in accordance with paragraph 1 of Article 21, before the court has rendered a final decision in such proceedings.

**Article 35**

- 1 The present Convention shall apply only to proceedings introduced after its entry into force.
- 2 When a State has become Party to this Convention after it has entered into force, the Convention shall apply only to proceedings introduced after it has entered into force with respect to that State.
- 3 Nothing in this Convention shall apply to proceedings arising out of, or judgments based on, acts, omissions or facts prior to the date on which the present Convention is opened for signature.

**Chapter VI – Final provisions****Article 36**

- 1 The present Convention shall be open to signature by the member States of the Council of Europe. It shall be subject to ratification or acceptance. Instruments of ratification or acceptance shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.
- 2 The Convention shall enter into force three months after the date of the deposit of the third instrument of ratification or acceptance.
- 3 In respect of a signatory State ratifying or accepting subsequently, the Convention shall enter into force three months after the date of the deposit of its instrument of ratification or acceptance.

#### **Article 37**

- 1 After the entry into force of the present Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe may, by a decision taken by a unanimous vote of the members casting a vote, invite any non-member State to accede thereto.
- 2 Such accession shall be effected by depositing with the Secretary General of the Council of Europe an instrument of accession which shall take effect three months after the date of its deposit.
- 3 However, if a State having already acceded to the Convention notifies the Secretary General of the Council of Europe of its objection to the accession of another non-member State, before the entry into force of this accession, the Convention shall not apply to the relations between these two States.

#### **Article 38**

- 1 Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or accession, specify the territory or territories to which the present Convention shall apply.
- 2 Any State may, when depositing its instrument of ratification, acceptance or accession or at any later date, by declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend this Convention to any other territory or territories specified in the declaration and for whose international relations it is responsible or on whose behalf it is authorised to give undertakings.
- 3 Any declaration made in pursuance of the preceding paragraph may, in respect of any territory mentioned in such declaration, be withdrawn according to the procedure laid down in Article 40 of this Convention.

#### **Article 39**

No reservation is permitted to the present Convention.

#### **Article 40**

- 1 Any Contracting State may, in so far as it is concerned, denounce this Convention by means of notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.
- 2 Such denunciation shall take effect six months after the date of receipt by the Secretary General of such notification. This Convention shall, however, continue to apply to proceedings introduced before the date on which the denunciation takes effect, and to judgments given in such proceedings.

#### **Article 41**

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe and any State which has acceded to this Convention of:

- a any signature;
- b any deposit of an instrument of ratification, acceptance or accession;
- c any date of entry into force of this Convention in accordance with Articles 36 and 37 thereof;
- d any notification received in pursuance of the provisions of paragraph 2 of Article 19;
- e any communication received in pursuance of the provisions of paragraph 4 of Article 21;
- f any notification received in pursuance of the provisions of paragraph 1 of Article 24;
- g the withdrawal of any notification made in pursuance of the provisions of paragraph 4 of Article 24;
- h any notification received in pursuance of the provisions of paragraph 2 of Article 28;
- i any notification received in pursuance of the provisions of paragraph 3 or Article 37;
- j any declaration received in pursuance of the provisions of Article 38;
- k any notification received in pursuance of the provisions of Article 40 and the date on which denunciation takes effect.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at Basle, this 16th day of May 1972, in English and French, both texts being equally authoritative, in a single copy which shall remain deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each of the signatory and acceding States.



## ANNEX

The grounds of jurisdiction referred to in paragraph 3, sub-paragraph a, of Article 20, paragraph 2 of Article 24 and paragraph 3, sub-paragraph b, of Article 25 are the following:

- a the presence in the territory of the State of the forum of property belonging to the defendant, or the seizure by the plaintiff of property situated there, unless:
  - the action is brought to assert proprietary or possessory rights in that property, or arises from another issue relating to such property; or
  - the property constitutes the security for a debt which is the subject-matter of the action;
- b the nationality of the plaintiff;
- c the domicile, habitual residence or ordinary residence of the plaintiff within the territory of the State of the forum unless the assumption of jurisdiction on such a ground is permitted by way of an exception made on account of the particular subject-matter of a class of contracts;
- d the fact that the defendant carried on business within the territory of the State of the forum, unless the action arises from that business;
- e a unilateral specification of the forum by the plaintiff, particularly in an invoice.

A legal person shall be considered to have its domicile or habitual residence where it has its seat, registered office or principal place of business.

## 12 ANEXO II

### CONVENÇÃO DA ONU SOBRE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS E DE SEUS BENS

#### **United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property**

*The States Parties to the present Convention,*

*Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law, Having in mind the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations,*

*Believing that an international convention on the jurisdictional immunities of States and their property would enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area,*

*Taking into account developments in State practice with regard to the jurisdictional immunities of States and their property,*

*Affirming that the rules of customary international law continue to govern matters not regulated by the provisions of the present Convention, Have agreed as follows:*

#### **Part I**

#### **Introduction**

#### **Article 1**

#### **Scope of the present Convention**

The present Convention applies to the immunity of a State and its property from the jurisdiction of the courts of another State.

#### **Article 2**

#### **Use of terms**

1. For the purposes of the present Convention:

(a) “court” means any organ of a State, however named, entitled to exercise judicial functions;

(b) “State” means:

(i) the State and its various organs of government;

(ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;

– 2 –

(iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;

(iv) representatives of the State acting in that capacity;

(c) “commercial transaction” means:

(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;

(ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.

2. In determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in other international instruments or in the internal law of any State.

### **Article 3**

#### **Privileges and immunities not affected by the present Convention**

1. The present Convention is without prejudice to the privileges and immunities enjoyed by a State under international law in relation to the exercise of the functions of:

(a) its diplomatic missions, consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; and

(b) persons connected with them.

2. The present Convention is without prejudice to privileges and immunities accorded under international law to heads of State *ratione personae*.

3. The present Convention is without prejudice to the immunities enjoyed by a State under international law with respect to aircraft or space objects owned or operated by a State.

– 3 –

### **Article 4**

#### **Non-retroactivity of the present Convention**

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which jurisdictional immunities of States and their property are subject under international law independently of the present Convention, the present Convention shall not apply to any question of jurisdictional immunities of States or their property arising in a proceeding instituted against a State before a court of another State prior to the entry into force of the present Convention for the States concerned.

## **Part II**

### **General principles**

#### **Article 5**

##### **State immunity**

A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.

#### **Article 6**

##### **Modalities for giving effect to State immunity**

1. A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.

2. A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State:

(a) is named as a party to that proceeding; or

(b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State.

#### **Article 7**

##### **Express consent to exercise of jurisdiction**

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case:

(a) by international agreement;

(b) in a written contract; or

– 4 –

(c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding.

2. Agreement by a State for the application of the law of another State shall not be interpreted as consent to the exercise of jurisdiction by the courts of that other State.

#### **Article 8**

##### **Effect of participation in a proceeding before a court**

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State if it has:

(a) itself instituted the proceeding; or

(b) intervened in the proceeding or taken any other step relating to the merits. However, if the State satisfies the court that it could not have acquired knowledge of facts on which a claim to immunity can be based until after it took such a step, it can claim immunity based on those facts, provided it does so at the earliest possible moment.

2. A State shall not be considered to have consented to the exercise of jurisdiction by a court of another State if it intervenes in a proceeding or takes any other step for the sole purpose of:

(a) invoking immunity; or

(b) asserting a right or interest in property at issue in the proceeding.

3. The appearance of a representative of a State before a court of another State as a witness shall not be interpreted as consent by the former State to the exercise of jurisdiction by the court.

4. Failure on the part of a State to enter an appearance in a proceeding before a court of another State shall not be interpreted as consent by the former State to the exercise of jurisdiction by the court.

#### **Article 9**

##### **Counterclaims**

1. A State instituting a proceeding before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of any counterclaim arising out of the same legal relationship or facts as the principal

claim.

2. A State intervening to present a claim in a proceeding before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of any counterclaim arising out of the same legal relationship or facts as the claim presented by the State.

– 5 –

3. A State making a counterclaim in a proceeding instituted against it before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of the principal claim.

### **Part III**

#### **Proceedings in which State immunity cannot be invoked**

##### **Article 10**

###### **Commercial transactions**

1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.

2. Paragraph 1 does not apply:

- (a) in the case of a commercial transaction between States; or
- (b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.

3. Where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality and is capable of:

- (a) suing or being sued; and
- (b) acquiring, owning or possessing and disposing of property, including property which that State has authorized it to operate or manage, is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected.

##### **Article 11**

###### **Contracts of employment**

1. 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 a contract of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.

2. Paragraph 1 does not apply if:

- (a) the employee has been recruited to perform particular functions in the exercise of governmental authority;
- (b) the employee is:

– 6 –

- (i) a diplomatic agent, as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961;

- (ii) a consular officer, as defined in the Vienna Convention on Consular Relations of 1963;

- (iii) a member of the diplomatic staff of a permanent mission to an international organization or of a special mission, or is recruited to represent a State at an international conference; or

- (iv) any other person enjoying diplomatic immunity;

- (c) the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual;
- (d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State;
- (e) the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum; or
- (f) the employer State and the employee have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter of the proceeding.

#### **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.

#### **Article 13**

##### **Ownership, possession and use of 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 the determination of:

– 7 –

- (a) any right or interest of the State in, or its possession or use of, or any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, immovable property situated in the State of the forum;
- (b) any right or interest of the State in movable or immovable property arising by way of succession, gift or *bona vacantia*; or
- (c) any right or interest of the State in the administration of property, such as trust property, the estate of a bankrupt or the property of a company in the event of its winding up.

#### **Article 14**

##### **Intellectual and industrial 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:

- (a) the determination of any right of the State in a patent, industrial design, trade name or business name, trademark, copyright or any other form of intellectual or industrial property which enjoys a measure of legal protection, even if provisional, in the State of the forum; or
- (b) an alleged infringement by the State, in the territory of the State of the forum, of a right of the nature mentioned in subparagraph (a) which belongs to a third person and is protected in the State of the forum.

## **Article 15**

### **Participation in companies or other collective bodies**

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to its participation in a company or other collective body, whether incorporated or unincorporated, being a proceeding concerning the relationship between the State and the body or the other participants therein, provided that the body:

(a) has participants other than States or international organizations;  
and

(b) is incorporated or constituted under the law of the State of the forum or has its seat or principal place of business in that State.

2. A State can, however, invoke immunity from jurisdiction in such a proceeding if the States concerned have so agreed or if the parties to the dispute have so provided by an agreement in writing or if the instrument establishing or regulating the body in question contains provisions to that effect.

– 8 –

## **Article 16**

### **Ships owned or operated by a State**

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.

3. 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 the carriage of cargo on board a ship owned or operated by that State if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

4. Paragraph 3 does not apply to any cargo carried on board the ships referred to in paragraph 2, nor does it apply to any cargo owned by a State and used or intended for use exclusively for government non-commercial purposes.

5. States may plead all measures of defence, prescription and limitation of liability which are available to private ships and cargoes and their owners.

6. If in a proceeding there arises a question relating to the government and non-commercial character of a ship owned or operated by a State or cargo owned by a State, a certificate signed by a diplomatic representative or other competent authority of that State and communicated to the court shall serve as evidence of the character of that ship or cargo.

## **Article 17**

### **Effect of an arbitration agreement**

If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

(a) the validity, interpretation or application of the arbitration

agreement;  
 (b) the arbitration procedure; or  
 (c) the confirmation or the setting aside of the award,  
 unless the arbitration agreement otherwise provides.

– 9 –

#### **Part IV**

#### **State immunity from measures of constraint in connection with proceedings before a court**

##### **Article 18**

##### **State immunity from pre-judgment measures of constraint**

No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, 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.

##### **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 postjudgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.

– 10 –

##### **Article 20**

##### **Effect of consent to jurisdiction to measures of constraint**

Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint.

##### **Article 21**

##### **Specific categories of property**

1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19,



subparagraph (c):

- (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;
  - (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;
  - (c) property of the central bank or other monetary authority of the State;
  - (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;
  - (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.
2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).

## **Part V**

### **Miscellaneous provisions**

#### **Article 22**

##### **Service of process**

1. Service of process by writ or other document instituting a proceeding against a State shall be effected:
  - (a) in accordance with any applicable international convention binding on the State of the forum and the State concerned; or
  - 11 –
  - (b) in accordance with any special arrangement for service between the claimant and the State concerned, if not precluded by the law of the State of the forum; or
  - (c) in the absence of such a convention or special arrangement:
    - (i) by transmission through diplomatic channels to the Ministry of Foreign Affairs of the State concerned; or
    - (ii) by any other means accepted by the State concerned, if not precluded by the law of the State of the forum.
2. Service of process referred to in paragraph 1 (c) (i) is deemed to have been effected by receipt of the documents by the Ministry of Foreign Affairs.
3. These documents shall be accompanied, if necessary, by a translation into the official language, or one of the official languages, of the State concerned.
4. Any State that enters an appearance on the merits in a proceeding instituted against it may not thereafter assert that service of process did not comply with the provisions of paragraphs 1 and 3.

#### **Article 23**

##### **Default judgment**

1. A default judgment shall not be rendered against a State unless the court has found that:
  - (a) the requirements laid down in article 22, paragraphs 1 and 3, have been complied with;
  - (b) a period of not less than four months has expired from the date on which the service of the writ or other document instituting a proceeding has been effected or deemed to have been effected in accordance with article 22,

paragraphs 1 and 2; and

(c) the present Convention does not preclude it from exercising jurisdiction.

2. A copy of any default judgment rendered against a State, accompanied if necessary by a translation into the official language or one of the official languages of the State concerned, shall be transmitted to it through one of the means specified in article 22, paragraph 1, and in accordance with the provisions of that paragraph.

3. The time-limit for applying to have a default judgment set aside shall not be less than four months and shall begin to run from the date on which the copy of the judgment is received or is deemed to have been received by the State concerned.

– 12 –

#### **Article 24**

##### **Privileges and immunities during court proceedings**

1. Any failure or refusal by a State to comply with an order of a court of another State enjoining it to perform or refrain from performing a specific act or to produce any document or disclose any other information for the purposes of a proceeding shall entail no consequences other than those which may result from such conduct in relation to the merits of the case. In particular, no fine or penalty shall be imposed on the State by reason of such failure or refusal.

2. A State shall not be required to provide any security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of judicial costs or expenses in any proceeding to which it is a respondent party before a court of another State.

#### **Part VI**

##### **Final clauses**

#### **Article 25**

##### **Annex**

The annex to the present Convention forms an integral part of the Convention.

#### **Article 26**

##### **Other international agreements**

Nothing in the present Convention shall affect the rights and obligations of States Parties under existing international agreements which relate to matters dealt with in the present Convention as between the parties to those agreements.

#### **Article 27**

##### **Settlement of disputes**

1. States Parties shall endeavour to settle disputes concerning the interpretation or application of the present Convention through negotiation.

2. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which cannot be settled through negotiation within six months shall, at the request of any of those States Parties, be submitted to arbitration. If, six months after the date of the request for arbitration, those States Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any of those States Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in accordance with the Statute of the Court.

– 13 –

3. Each State Party may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval of, or accession to, the present Convention, declare that it does not consider itself bound by paragraph 2. The other States Parties shall not be bound by paragraph 2 with respect to any State Party which has made such a declaration.

4. Any State Party that has made a declaration in accordance with paragraph 3 may at any time withdraw that declaration by notification to the Secretary-General of the United Nations.

#### **Article 28**

##### **Signature**

The present Convention shall be open for signature by all States until 17 January 2007, at United Nations Headquarters, New York.

#### **Article 29**

##### **Ratification, acceptance, approval or accession**

1. The present Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval.
2. The present Convention shall remain open for accession by any State.
3. The instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

#### **Article 30**

##### **Entry into force**

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.
2. For each State ratifying, accepting, approving or acceding to the present Convention after the deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

#### **Article 31**

##### **Denunciation**

1. Any State Party may denounce the present Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations.
2. Denunciation shall take effect one year following the date on which notification is received by the Secretary-General of the United Nations. The present Convention shall, however, continue to apply to any question of – 14 – jurisdictional immunities of States or their property arising in a proceeding instituted against a State before a court of another State prior to the date on which the denunciation takes effect for any of the States concerned.
3. The denunciation shall not in any way affect the duty of any State Party to fulfil any obligation embodied in the present Convention to which it would be subject under international law independently of the present Convention.

#### **Article 32**

##### **Depositary and notifications**

1. The Secretary-General of the United Nations is designated the depositary of the present Convention.
2. As depositary of the present Convention, the Secretary-General of the United Nations shall inform all States of the following:

- (a) signatures of the present Convention and the deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession or notifications of denunciation, in accordance with articles 29 and 31;
- (b) the date on which the present Convention will enter into force, in accordance with article 30;
- (c) any acts, notifications or communications relating to the present Convention.

### **Article 33**

#### **Authentic texts**

The Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of the present Convention are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Convention opened for signature at United Nations Headquarters in New York on 17 January 2005.  
– 15 –

### **Annex to the Convention**

#### **Understandings with respect to certain provisions of the Convention**

The present annex is for the purpose of setting out understandings relating to the provisions concerned.

#### **With respect to article 10**

The term “immunity” in article 10 is to be understood in the context of the present Convention as a whole.

Article 10, paragraph 3, does not prejudge the question of “piercing the corporate veil”, questions relating to a situation where a State entity has deliberately misrepresented its financial position or subsequently reduced its assets to avoid satisfying a claim, or other related issues.

#### **With respect to article 11**

The reference in article 11, paragraph 2 (d), to the “security interests” of the employer State is intended primarily to address matters of national security and the security of diplomatic missions and consular posts.

Under article 41 of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and article 55 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, all persons referred to in those articles have the duty to respect the laws and regulations, including labour laws, of the host country. At the same time, under article 38 of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and article 71 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, the receiving State has a duty to exercise its jurisdiction in such a manner as not to interfere unduly with the performance of the functions of the mission or the consular post.

#### **With respect to articles 13 and 14**

The expression “determination” is used to refer not only to the ascertainment or verification of the existence of the rights protected, but also to the evaluation or assessment of the substance, including content, scope and extent, of such rights.

#### **With respect to article 17**

The expression “commercial transaction” includes investment matters.  
– 16 –

#### **With respect to article 19**

The expression “entity” in subparagraph (c) means the State as an

independent legal personality, a constituent unit of a federal State, a subdivision of a State, an agency or instrumentality of a State or other entity, which enjoys independent legal personality.

The words “property that has a connection with the entity” in subparagraph (c) are to be understood as broader than ownership or possession.

Article 19 does not prejudge the question of “piercing the corporate veil”, questions relating to a situation where a State entity has deliberately misrepresented its financial position or subsequently reduced its assets to avoid satisfying a claim, or other related issues.

## 13 ANEXO III

### LEI DOS ESTADOS UNIDOS (FSIA)

#### FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT OF 1976

(as amended in 1988)

---

El 1602. Findings and declaration of purpose.

El 1603. Definitions.

El 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction.

El 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state.

El 1606. Extent of liability.

El 1607. Counterclaims.

El 1608. Service; time to answer default.

El 1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state.

El 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution.

El 1611. Certain types of property immune from execution.

---

#### **El 1602. Findings and declaration of purpose**

The Congress finds that the determination by United States courts of the claims of foreign states to immunity from the jurisdiction of such courts would serve the interests of justice and would protect the rights of both foreign states and litigants in United States courts. Under international law, states are not immune from the jurisdiction of foreign courts insofar as their commercial activities are concerned, and their commercial property may be levied upon for the satisfaction of judgments rendered against them in connection with their commercial activities. Claims of foreign states to immunity should henceforth be decided by courts of the United States and of the States in conformity with the principles set forth in this chapter.

#### **El 1603. Definitions**

For purposes of this chapter --

(a) A "foreign state", except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).

(b) An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity --

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332 (c) and (d) of this title, nor created under the laws of any third country.

(c) The "United States" includes all territory and waters, continental or insular, subject to the jurisdiction of the United States.

(d) A "commercial activity" means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

(e) A "commercial activity carried on in the United States by a foreign state" means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States.

#### **El 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

#### **El 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state**

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case --

- (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;
- (2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;
- (3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States;
- (4) in which rights in property in the United States acquired by succession or gift or rights in immovable property situated in the United States are in issue;
- (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to --

- (A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or
- (B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights; or

(6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable.

(b) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the United States in any case in which a suit in admiralty is brought to enforce a maritime lien against a vessel or cargo of the foreign state, which maritime lien is based upon a commercial activity of the foreign state: Provided, That --

(1) notice of the suit is given by delivery of a copy of the summons and of the complaint to the person, or his agent, having possession of the vessel or cargo against which the maritime lien is asserted; and if the vessel or cargo is arrested pursuant to process obtained on behalf of the party bringing the suit, the service of process of arrest shall be deemed to constitute valid delivery of such notice, but the party bringing the suit shall be liable for any damages sustained by the foreign state as a result of the arrest if the party bringing the suit had actual or constructive knowledge that the vessel or cargo of a foreign state was involved; and

(2) notice to the foreign state of the commencement of suit as provided in section 1608 of this title is initiated within ten days either of the delivery of notice as provided in paragraph (1) of this subsection or, in the case of a party who was unaware that the vessel or cargo of a foreign state was involved, of the date such party determined the existence of the foreign state's interest.

(c) Whenever notice is delivered under subsection (b)(1), the suit to enforce a maritime lien shall thereafter proceed and shall be heard and determined according to the principles of law and rules of practice of suits in rem whenever it appears that, had the vessel been privately owned and possessed, a suit in rem might have been maintained. A decree against the foreign state may include costs of the suit and, if the decree is for a money judgment, interest as ordered by the court, except that the court may not award judgment against the foreign state in an amount greater than the value of the vessel or cargo upon which the maritime lien arose. Such value shall be determined as of the time notice is served under subsection (b)(1). Decrees shall be subject to appeal and revision as provided in other cases of admiralty and maritime jurisdiction. Nothing shall preclude the plaintiff in any proper case from seeking relief in personam in the same action brought to enforce a maritime lien as provided in this section (d). A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the United States in any action brought to foreclose a preferred mortgage, as defined in the Ship Mortgage Act, 1920 (46 U.S.C. 911 and following). Such action shall be brought, heard, and determined in accordance with the provisions of that Act and in accordance with the principles of law and rules of practice of suits in rem, whenever it appears that had the vessel been privately owned and possessed a suit in rem might have been maintained.



### **El 1606. Extent of liability**

As to any claim for relief with respect to which a foreign state is not entitled to immunity under section 1605 or 1607 of this chapter, the foreign state shall be liable in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances; but a foreign state except for an agency or instrumentality thereof shall not be liable for punitive damages; if, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the action or omission occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the foreign state shall be liable for actual or compensatory damages measured by the pecuniary injuries resulting from such death which were incurred by the persons for whose benefit the action was brought.

### **El 1607. Counterclaims**

In any action brought by a foreign state, or in which a foreign state intervenes, in a court of the United States or of a State, the foreign state shall not be accorded immunity with respect to any counterclaim --

- (a) for which a foreign state would not be entitled to immunity under section 1605 of this chapter had such claim been brought in a separate action against the foreign state; or
- (b) arising out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the claim of the foreign state; or
- (c) to the extent that the counterclaim does not seek relief exceeding in amount or differing in kind from that sought by the foreign state.

### **El 1608. Service; time to answer; default**

(a) Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon a foreign state or political subdivision of a foreign state:

- (1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the foreign state or political subdivision; or
- (2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with an applicable international convention on service of judicial documents; or
- (3) if service cannot be made under paragraphs (1) or (2), by sending a copy of the summons and complaint and a notice of suit, together with a translation of each into the official language of the foreign state, by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the head of the ministry of foreign affairs of the foreign state concerned, or
- (4) if service cannot be made within 30 days under paragraph (3), by sending two copies of the summons and complaint and a notice of suit, together with a translation of each into the official language of the foreign state, by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the Secretary of State in Washington, District of Columbia, to the attention of the Director of Special Consular Services - and the Secretary shall transmit one copy of the papers through diplomatic channels to the foreign state and shall send to the clerk of the court a certified copy of the diplomatic note indicating when the papers were transmitted.

As used in this subsection, a "notice of suit" shall mean a notice addressed to a foreign state and in a form prescribed by the Secretary of State by regulation.

(b) Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon an agency or instrumentality of a foreign state:

(1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the agency or instrumentality; or

(2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint either to an officer, a managing or general agent, or to any other agent authorized by appointment or by law to receive service of process in the United States; or in accordance with an applicable international convention on service of judicial documents; or

(3) if service cannot be made under paragraphs (1) or (2), and if reasonably calculated to give actual notice, by delivery of a copy of the summons and complaint, together with a translation of each into the official language of the foreign state --

(A) as directed by an authority of the foreign state or political subdivision in response to a letter rogatory or request or

(B) by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the agency or instrumentality to be served, or

(C) as directed by order of the court consistent with the law of the place where service is to be made.

(c) Service shall be deemed to have been made --

(1) in the case of service under subsection (a)(4), as of the date of transmittal indicated in the certified copy of the diplomatic note; and

(2) in any other case under this section, as of the date of receipt indicated in the certification, signed and returned postal receipt, or other proof of service applicable to the method of service employed.

(d) In any action brought in a court of the United States or of a State, a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state shall serve an answer or other responsive pleading to the complaint within sixty days after service has been made under this section.

(e) No judgment by default shall be entered by a court of the United States or of a State against a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state, unless the claimant establishes his claim or right to relief by evidence satisfactory to the court. A copy of any such default judgment shall be sent to the foreign state or political subdivision in the manner prescribed for service in this section.

#### **El 1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter.

#### **El 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution**

(a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from

attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if --

- (1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or
- (2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or
- (3) the execution relates to a judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law, or
- (4) the execution relates to a judgment establishing rights in property --
  - (A) which is acquired by succession or gift, or
  - (B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission, or
- (5) the property consists of any contractual obligation or any proceeds from such a contractual obligation to indemnify or hold harmless the foreign state or its employees under a policy of automobile or other liability or casualty insurance covering the claim which merged into the judgment, or
- (6) the judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign state, provided that attachment in aid of execution, or execution, would not be inconsistent with any provision in the arbitral agreement.

(b) In addition to subsection (a), any property in the United States of an agency or instrumentality of a foreign state engaged in commercial activity in the United States shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if --

- (1) the agency or instrumentality has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or implicitly, notwithstanding any withdrawal of the waiver the agency or instrumentality may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or
- (2) the judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605(a)(2), (3), or (5), or 1605(b) of this chapter, regardless of whether the property is or was used for the activity upon which the claim is based.

(c) No attachment or execution referred to in subsections (a) and (b) of this section shall be permitted until the court has ordered such attachment and execution after having determined that a reasonable period of time has elapsed following the entry of judgment and the giving of any notice required under section 1608(e) of this chapter.

(d) The property of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment prior to the entry of judgment in any action brought in a court of the United States or of a State, or prior to the elapse of the period of time provided in subsection (c) of this section, if --

- (1) the foreign state has explicitly waived its immunity from attachment prior to judgment, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, and
- (2) the purpose of the attachment is to secure satisfaction of a judgment that has been or may ultimately be entered against the foreign state, and not to obtain jurisdiction.

(e) The vessels of a foreign state shall not be immune from arrest in rem, interlocutory sale, and execution in actions brought to foreclose a preferred mortgage as provided in section 1605(d).

**El 1611. Certain types of property immune from execution**

(a) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of those organizations designated by the President as being entitled to enjoy the privileges, exemptions, and immunities provided by the International Organizations Immunities Act shall not be subject to attachment or any other judicial process impeding the disbursement of funds to, or on the order of, a foreign state as the result of an action brought in the courts of the United States or of the States.

(b) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if --

- (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver; or
- (2) the property is, or is intended to be, used in connection with a military activity and
  - (A) is of a military character, or
  - (B) is under the control of a military authority or defense agency.

## 14 ANEXO IV

### LEI DO REINO UNIDO (SIA)

#### United Kingdom

#### STATE IMMUNITY ACT OF 1978

An Act to make new provision with respect to proceedings in the United Kingdom by or against other States, to provide for the effect of judgments given against the United Kingdom in the courts of States parties to the European Convention on State Immunity; to make new provision with respect to the immunities and privileges of heads of State; and for connected purposes.

[20th July 1978]

---

#### PART I. PROCEEDINGS IN UNITED KINGDOM BY OR AGAINST OTHER STATES

Immunity from jurisdiction

Exceptions from immunity

Procedure

Supplementary provisions

#### PART II. JUDGMENTS AGAINST UNITED KINGDOM IN CONVENTION STATES

#### PART III. MISCELLANEOUS AND SUPPLEMENTARY

---

#### **PART I. PROCEEDINGS IN UNITED KINGDOM BY OR AGAINST OTHER STATES**

##### **Immunity from jurisdiction**

1.--(1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.

(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.

##### **Exceptions from immunity**

2.--(1) A State is not immune as respects proceedings in respect of which it has submitted to the jurisdiction of the courts of the United Kingdom.

(2) A State may submit after the dispute giving rise to the proceedings has arisen or by a prior written agreement; but a provision in any agreement that it is to be governed by the law of the United Kingdom is not to be regarded as a submission.

(3) A State is deemed to have submitted--

- (a) if it has instituted the proceedings; or
- (b) subject to subsections (4) and (5) below, if it has intervened or taken any step in the proceedings.

(4) Subsection (3)(b) above does not apply to intervention or any step taken for the purpose only of--

- (a) claiming immunity; or
- (b) asserting an interest in property in circumstances such that the State would have been entitled to immunity if the proceedings had been brought against it.

(5) Subsection (3)(b) above does not apply to any step taken by the State in ignorance of facts entitling it to immunity if those facts could not reasonably have been ascertained and immunity is claimed as soon as reasonably practicable.

(6) A submission in respect of any proceedings extends to any appeal but not to any counterclaim unless it arises out of, the same legal relationship or facts as the claim.

(7) The head of a State's diplomatic mission in the United Kingdom, or the person for the time being performing his functions, shall be deemed to have authority to submit on behalf of the State in respect of any proceedings; and any person who has entered into a contract on behalf of and with the authority of a State shall be deemed to have authority to submit on its behalf in respect of proceedings arising out of the contract.

**3.--(1)** A State is not immune as respects proceedings relating to--

- (a) a commercial transaction entered into by the State or
- (b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom.

(2) This section does not apply if the parties to the dispute are States or have otherwise agreed in writing; and subsection (1)(b) above does not apply if the contract (not being a commercial transaction) was made in the territory of the State concerned and the obligation in question is governed by its administrative law.

(3) In this section "commercial transaction" means--

- (a) any contract for the supply of goods or services;
- (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
- (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority;

but neither paragraph of subsection (1) above applies to a contract of employment between a State and an individual.

4.--(1) A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below, this section does not apply if--

(a) at the time when the proceedings are brought the individual is a national of the State concerned; or

(b) at the time when the contract was made the individual was neither a national of the United Kingdom nor habitually resident there; or

(c) the parties to the contract have otherwise agreed in writing.

(3) Where the work is for an office, agency or establishment maintained by the State in the United Kingdom for commercial purposes, subsection (2)(a) and (b) above do not exclude the application of this section unless the individual was, at the time when the contract was made, habitually resident in that State.

(4) Subsection (2)(c) above does not exclude the application of this section where the law of the United Kingdom requires the proceedings to be brought before a court of the United Kingdom.

(5) In subsection (2)(b) above "national of the United Kingdom" means a citizen of the United Kingdom and Colonies, a person who is a British subject by virtue of section 2, 13 or 16 of the British Nationality Act 1948 or by virtue of the British Nationality Act 1965, a British protected person within the meaning of the said Act of 1948 or a citizen of Southern Rhodesia.

(6) In this section "proceedings relating to a contract of employment" includes proceedings between the parties to such a contract in respect of any statutory rights or duties to which subject as employer or employee.

5. A State is not immune as respects proceedings in respect of--

(a) death or personal injury; or

(b) damage to or loss of tangible property,

caused by an act or omission in the United Kingdom.

6.--(1) A State is not immune as respects proceedings relating to--

(a) any interest of the State in, or its possession or use of, immovable property in the United Kingdom; or

(b) any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, any such property.

(2) A State is not immune as respects proceedings relating to any interest of the State in movable or immovable property, being an interest arising by way of succession, gift or bona vacantia.

(3) The fact that a State has or claims an interest in any property shall not preclude any court from exercising in respect of it any jurisdiction relating to the estates of deceased persons or persons of unsound mind or to insolvency, the winding up of companies or the administration of trusts.

(4) A court may entertain proceedings against a person other than a State notwithstanding that the proceedings relate to property--

- (a) which is in the possession or control of a State; or
- (b) in which a State claims an interest,

if the State would not have been immune had the proceedings been brought against it or, in a case within paragraph (b) above, if the claim is neither admitted nor supported by prima facie evidence.

**7.** A State is not immune as respects proceedings relating to--

- (a) any patent, trade-mark, design or plant breeders' rights belonging to the State and registered or protected in the United Kingdom or for which the State has applied in the United Kingdom;
- (b) an alleged infringement by the State in the United Kingdom of any patent, trade-mark, design, plant breeders' rights or copyright; or
- (c) the right to use a trade or business name in the United Kingdom.

**8.--(1)** A State is not immune as respects proceedings relating to its membership of a body corporate, an unincorporated body or a partnership which--

- (a) has members other than States; and
- (b) is incorporated or constituted under the law of the United Kingdom or is controlled from or has its principal place of business in the United Kingdom,

being proceedings arising between the State and the body or its other members or, as the case may be, between the State and the other partners.

(2) This section does not apply if provision to the contrary has been made by an agreement in writing between the parties to the dispute or by the constitution or other instrument establishing or regulating the body or partnership in question.

**9.--(1)** Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration.

(2) This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States.

**10.--(1)** This section applies to--



- (a) Admiralty proceedings: and
- (b) proceedings on any claim which could be made the subject of Admiralty proceedings.

(2) A State is not immune as respects--

- (a) an action in rem against a ship belonging to that State; or
- (b) an action in personam for enforcing a claim in connection with such a ship,

if, at the time when the cause of action arose, the ship was in use or intended for use for commercial purposes.

(3) Where an action in rem is brought against a ship belonging to a State for enforcing a claim in connection with another ship belonging to that State, subsection (2)(a) above does not apply as respects the first-mentioned ship unless, at the time when the cause of action relating to the other ship arose, both ships were in use or intended for use for commercial purposes.

(4) A State is not immune as respect--

- (a) an action in rem against a cargo belonging to that State if both the cargo and the ship carrying it were, at the time when the cause of action arose, in use or intended for use for commercial purposes; or
- (b) an action in personam for enforcing a claim in connection with such a cargo if the ship carrying it was then in use or intended for use as aforesaid.

(5) In the foregoing provisions references to a ship or cargo belonging to a State include references to a ship or cargo in its possession or control or in which it claims an interest; and, subject to subsection (4) above, subsection (2) above applies to property other than a ship as it applies to a ship.

(6) Sections 3 to 5 above do not apply to proceedings of the kind described in subsection (1) above if the State in question is a party to the Brussels Convention and the claim relates to the operation of a ship owned or operated by that State, the carriage of cargo or passengers on any such ship or the carriage of cargo owned by that State on any other ship.

**11.** A State is not immune as respects proceedings relating to its liability for--

- (a) value added tax, any duty of customs or excise or any agricultural levy; or
- (b) rates in respect of premises occupied by it for commercial purposes.

## **Procedure**

**12.--(1)** Any writ or other document required to be served for instituting proceedings against a State shall be served by being transmitted through the Foreign and Commonwealth Office to the Ministry of Foreign Affairs of the State and service shall be deemed to have been effected when the writ or document is received at the Ministry.

(2) Any time for entering an appearance (whether prescribed by rules of court or otherwise) shall begin to run two months after the date on which the writ or document is received as aforesaid.

(3) A State which appears in proceedings cannot thereafter object that subsection (1) above has not been complied with in the case of those proceedings.

(4) No judgment in default of appearance shall be given against a State except on proof that subsection (1) above has been complied with and that the time for entering an appearance as extended by subsection (2) above has expired.

(5) A copy of any judgment given against a State in default of appearance shall be transmitted through the Foreign and Commonwealth Office to the Ministry of Foreign Affairs of that State and any time for applying to have the judgment set aside (whether prescribed by rules of court or otherwise) shall begin to run two months after the date on which the copy of the judgment is received at the Ministry.

(6) Subsection (1) above does not prevent the service of a writ or other document in any manner to which the State has agreed and subsections (2) and (4) above do not apply where service is effected in any such manner.

(7) This section shall not be construed as applying to proceedings against a State by way of counter-claim or to an action in rem; and subsection (1) above shall not be construed as affecting any rules of court whereby leave is required for the service of process outside the jurisdiction.

**13.--**(1) No penalty by way of committal or fine shall be imposed in respect of any failure or refusal by or on behalf of a State to disclose or produce any document or other information for the purposes of proceedings to which it is a party.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below--

(a) relief shall not be given against a State by way of injunction or order for specific performance or for the recovery of land or other property; and

(b) the property of a State shall not be subject to any process for the enforcement of a judgment or arbitration award or, in an action in rem, for its arrest, detention or sale.

(3) Subsection (2) above does not prevent the giving of any relief or the issue of any process with the written consent of the State concerned; and any such consent (which may be contained in a prior agreement) may be expressed so as to apply to a limited extent or generally; but a provision merely submitting to the jurisdiction of the courts is not to be regarded as a consent for the purposes of this subsection.

(4) Subsection (2)(b) above does not prevent the issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes; but, in a case not falling within section 10 above, this subsection applies to property of a State party to the European Convention on State Immunity only if--

(a) the process is for enforcing a judgment which is final within the meaning of section 18(1)(b) below and the State has made a declaration under Article 24 of the Convention; or

(b) the process is for enforcing an arbitration award.

(5) The head of a State's diplomatic mission in the United Kingdom, or the person for the time being performing his functions, shall be deemed to have authority to give on behalf of the State any such consent as is mentioned in subsection (3) above and, for the purposes of subsection (4) above, his certificate to the effect that any property is not in use or intended for use by or on behalf of the State for commercial purposes shall be accepted as sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved.

(6) In the application of this section to Scotland--

(a) the reference to "injunction" shall be construed as a reference to "interdict";

(b) for paragraph (b) of subsection (2) above there shall be substituted the following paragraph--

"(b) the property of a State shall not be subject to any diligence for enforcing a judgment or order of a court or a decree arbitral or, in an action in rem, to arrestment or sale."; and

(c) any reference to "process" shall be construed as a reference to "diligence", any reference to "the issue of any process" as a reference to "the doing of diligence" and the reference in subsection (4)(b) above to "an arbitration award" as a reference to "a decree arbitral".

### **Supplementary provisions**

**14.--**(1) The immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom, and references to a State include references to--

(a) the sovereign or other head of that State in his public capacity;

(b) the government of that State; and

(c) any department of that government,

but not to any entity (hereafter referred to as a "separate entity") which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.

(2) A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if--

(a) the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and

(b) the circumstances are such that a State (or, in the case of proceedings to which section 10 above applies, a State which is not a party to the Brussels Convention) would have been so immune.

(3) If a separate entity (not being a State's central bank or other monetary authority) submits to the jurisdiction in respect of proceedings in the case of which it is entitled to immunity by virtue of subsection (2) above, subsections (1) to (4) of section 13 above shall apply to it in respect of those proceedings as if references to a State were references to that entity.

(4) Property of a State's central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purposes of subsection (4) of section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; and where any such bank or authority is a separate entity subsections (1) to (3) of that section shall apply to it as if references to a State were references to the bank or authority.

(5) Section 12 above applies to proceedings against the constituent territories of a federal State; and Her Majesty may by Order in Council provide for the other provisions of this Part of this Act to apply to any such constituent territory specified in the Order as they apply to a State.

(6) Where the provisions of this Part of this Act do not apply to a constituent territory by virtue of any such Order subsections (2) and (3) above shall apply to it as if it were a separate entity.

**15.--**(1) If it appears to Her Majesty that the immunities and privileges conferred by this Part of this Act in relation to any State--

- (a) exceed those accorded by the law of that State in relation to the United Kingdom; or
- (b) are less than those required by any treaty, convention or other international agreement to which that State and the United Kingdom are parties.

Her Majesty may by Order in Council provide for restricting or, as the case may be, extending those immunities and privileges to such extent as appears to Her Majesty to be appropriate.

(2) Any statutory instrument containing an Order under this section shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

**16.--**(1) This Part of this Act does not affect any immunity or privilege conferred by the Diplomatic Privileges Act 1964 or the Consular Relations Act 1968; and--

- (a) section 4 above does not apply to proceedings concerning the employment of the members of a mission within the meaning of the Convention scheduled to the said Act of 1964 or of the members of a consular post within the meaning of the Convention scheduled to the said Act of 1968;
- (b) section 6(1) above does not apply to proceedings concerning a State's title to or its possession of property used for the purposes of a diplomatic mission.

(2) This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952.

(3) This Part of this Act does not apply to proceedings to which section 17(6) of the Nuclear Installations Act 1965 applies.

(4) This Part of this Act does not apply to criminal proceedings.

(5) This Part of this Act does not apply to any proceedings relating to taxation other than those mentioned in section 11 above.

17.--(1) In this Part of this Act--

"the Brussels Convention" means the International Convention for the Unification of Certain Rules Concerning the Immunity of State-owned Ships signed in Brussels on 10th April 1926;

"commercial purposes" means purposes of such transactions or activities as are mentioned in section 3(3) above;

"ship" includes hovercraft.

(2) In sections 2(2) and 13(3) above references to an agreement include references to a treaty, convention or other international agreement.

(3) For the purposes of sections 3 to 8 above the territory of the United Kingdom shall be deemed to include any dependent territory in respect of which the United Kingdom is a party to the European Convention on State Immunity.

(4) In sections 3(1), 4(1), 5 and 16(2) above references to the United Kingdom include references to its territorial waters and any area designated under section 1(7) of the Continental Shelf Act 1964.

(5) In relation to Scotland in this Part of this Act "action in rem" means such an action only in relation to Admiralty proceedings.

---

## **PART II. JUDGMENTS AGAINST UNITED KINGDOM IN CONVENTION STATES**

18.--(1) This section applies to any judgment given against the United Kingdom by a court in another State party to the European Convention on State immunity, being a judgment--

(a) given in proceedings in which the United Kingdom was not entitled to immunity by virtue of provisions corresponding to those of sections 2 to ii above; and

(b) which is final, that is, to say, which is not or is no longer subject to appeal or, if given in default of appearance, liable to be set aside.

(2) Subject to section 19 below, a judgment to which this section applies shall be recognised in any court in the United Kingdom as conclusive between the parties thereto in all proceedings founded on the same cause of action and may be relied on by way of defence or counter-claim in such proceedings.

(3) Subsection (2) above (but not section 19 below) shall have effect also in relation to any settlement entered into by the United Kingdom before a court in another State party to the Convention which under the law of that State is treated as equivalent to a judgment.

(4) In this section references to a court in a State party to the Convention include references to a court in any territory in respect of which it is a party.

19.--(1) A court need not give effect to section 18 above in the case of a judgment--

(a) if to do so would be manifestly contrary to public policy or if any party to the proceedings in which the judgment was given had no adequate opportunity to present his case; or

(b) if the judgment was given without provisions corresponding to those of section 12 above having been complied with and the United Kingdom has not entered an appearance or applied to have the judgment set aside.

(2) A court need not give effect to section 18 above in the case of a judgment--

(a) if proceedings between the same parties' based on the same facts and having the same purpose--

(i) are pending before a court in the United Kingdom and were the first to be instituted; or

(ii) are pending before a court in another State party to the Convention, were the first to be instituted and may result in a judgment to which that section will apply; or

(b) if the result of the judgment is inconsistent with the result of another judgment given in proceedings between the same parties and--

(i) the other judgment is by a court in the United Kingdom and either those proceedings were the first to be instituted or the judgment of that court was given before the first-mentioned judgment became final within the meaning of subsection (1)(b) of section 18 above; or

(ii) the other judgment is by a court in another State party to the Convention and that section has already become applicable to it.

(3) Where the judgment was given against the United Kingdom in proceedings in respect of which the United Kingdom was not entitled to immunity by virtue of a provision corresponding to section 6(2) above, a court need not give effect to section 18 above in respect of the judgment if the court that gave the judgment--

(a) would not have had jurisdiction in the matter if it had applied rules of jurisdiction corresponding to those applicable to such matters in the United Kingdom; or

(b) applied a law other than that indicated by the United Kingdom rules of private international law and would have reached a different conclusion if it had applied the law so indicated.

(4) In subsection (2) above references to a court in the United Kingdom include references to a court in any dependent territory in respect of which the United Kingdom is a party to the Convention, and references to a court in another State party to the Convention include references to a court in any territory in respect of which it is a party.

---

### **PART III. MISCELLANEOUS AND SUPPLEMENTARY**

**20.**-(1) Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to--

(a) a sovereign or other head of State;

(b) members of his family forming part of his household; and

(c) his private servants,

as it applies to the head of a diplomatic mission, to members of his family forming part of his household and to his private servants.

(2) The immunities and privileges conferred by virtue of subsection (1)(a) and (b) above shall not be subject to the restrictions by reference to nationality or residence mentioned in Article 37(1) or 38 in Schedule 1 to the said Act of 1964.

(3) Subject to any direction to the contrary by the Secretary of State, a person on whom immunities and privileges are conferred by virtue of subsection (1) above shall be entitled to the exemption conferred by section 8(3) of the Immigration Act 1971.

(4) Except as respects value added tax and duties of customs or excise, this section does not affect any question whether a person is exempt from, or immune as respects proceedings relating to, taxation.

(5) This section applies to the sovereign or other head of any State on which immunities and privileges are conferred by Part I of this Act and is without prejudice to the application of that Part to any such sovereign or head of State in his public capacity.

**21.** A certificate by or on behalf of the Secretary of State shall be conclusive evidence on any question--

(a) whether any country is a State for the purposes of Part I of this Act, whether any territory is a constituent territory of a federal State for those purposes or as to the person or persons to be regarded for those purposes as the head or government of a State;

(b) whether a State is a party to the Brussels Convention mentioned in Part I of this Act;

(c) whether a State is a party to the European Convention on State Immunity, whether it has made a declaration under Article 24 of that Convention or as to the territories in respect of which the United Kingdom or any other State is a party;

(d) whether, and if so when, a document has been served or received as mentioned in Section 12(1) or (5) above.

**22.--**(1) In this Act "court" includes any tribunal or body exercising judicial functions; and references to the courts or law of the United Kingdom include references to the courts or law of any part of the United Kingdom.

(2) In this Act references to entry of appearance and judgments in default of appearance include references to any corresponding procedures.

(3) In this Act "the European Convention on State Immunity" means the Convention of that name signed in Basle on 16th May 1972.

(4) In this Act "dependent territory" means--

(a) any of the Channel Islands;

(b) the Isle of Man;

- (c) any colony other than one for whose external relations a country other than the United Kingdom is responsible; or
- (d) any country or territory outside Her Majesty's dominions in which Her Majesty has jurisdiction in right of the government of the United Kingdom.

(5) Any power conferred by this Act to make an Order in Council includes power to vary or revoke a previous Order.

**23.--**(1) This Act may be cited as the State Immunity Act 1978.

(2) . . . . .

(3) Subject to subsection (4) below, Parts I and II of this Act do not apply to proceedings in respect of matters that occurred before the date of the coming into force of this Act and, in particular--

- (a) sections 2(2) and 13(3) do not apply to any prior agreement, and
- (b) sections 3, 4 and 9 do not apply to any transaction, contract or arbitration agreement, entered into before that date.

(4) Section 12 above applies to any proceedings instituted after the coming into force of this Act.

(5) This Act shall come into force on such date as may be specified by an order made by the Lord Chancellor by statutory instrument.

(6) This Act extends to Northern Ireland.

(7) Her Majesty may by Order in Council extend any of the provisions of this Act, with or without modification, to any dependent territory.

-----

*The following provision has been omitted from the text for the reason stated:--*

S. 23(2) ... .. repeals Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act 1938 (c. 63) s.13 and Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1940 (c. 42), s. 7.



## 15 ANEXO V

### LEI AUSTRALIANA

#### AUSTRALIAN FOREIGN STATES IMMUNITIES ACT 1985

##### An Act relating to foreign State immunity

##### Part I—Preliminary

##### 1 Short title [see Note 1]

This Act may be cited as the *Foreign States Immunities Act 1985*.

##### 2 Commencement [see Note 1]

The provisions of this Act shall come into operation on such day as is, or such respective days as are, fixed by Proclamation.

##### 3 Interpretation

(1) In this Act, unless the contrary intention appears:

**agreement** means an agreement in writing and includes:

- (a) a treaty or other international agreement in writing; and
- (b) a contract or other agreement in writing.

**Australia** when used in a geographical sense, includes each of the external Territories.

**bill of exchange** includes a promissory note.

**court** includes a tribunal or other body (by whatever name called) that has functions, or exercises powers, that are judicial functions or powers or are of a kind similar to judicial functions or powers.

**diplomatic property** means property that, at the relevant time, is in use predominantly for the purpose of establishing or maintaining a diplomatic or consular mission, or a visiting mission, of a foreign State to Australia.

**foreign State** means a country the territory of which is outside Australia, being a country that is:

- (a) an independent sovereign state; or

##### Part I Preliminary

##### Section 3

##### 2 *Foreign States Immunities Act 1985*

(b) a separate territory (whether or not it is self-governing) that is not part of an independent sovereign state.

**initiating process** means an instrument (including a statement of claim, application, summons, writ, order or third party notice) by reference to which a person becomes a party to a proceeding.

**law of Australia** means:

- (a) a law in force throughout Australia; or
  - (b) a law of or in force in a part of Australia;
- and includes the principles and rules of the common law and of equity as so in force.

**military property** means:

- (a) a ship of war, a Government yacht, a patrol vessel, a police or customs vessel, a hospital ship, a defence force supply

ship or an auxiliary vessel, being a ship or vessel that, at the relevant time, is operated by the foreign State concerned (whether pursuant to requisition or under a charter by demise or otherwise); or

(b) property (not being a ship or vessel) that is:

- (i) being used in connection with a military activity; or
- (ii) under the control of a military authority or defence agency for military or defence purposes.

**proceeding** means a proceeding in a court but does not include a prosecution for an offence or an appeal or other proceeding in the nature of an appeal in relation to such a prosecution.

**property** includes a chose in action.

**separate entity**, in relation to a foreign State, means a natural person (other than an Australian citizen), or a body corporate or corporation sole (other than a body corporate or corporation sole that has been established by or under a law of Australia), who or that:

- (a) is an agency or instrumentality of the foreign State; and
- (b) is not a department or organ of the executive government of the foreign State.

#### Preliminary **Part I**

##### Section 4

##### *Foreign States Immunities Act 1985* 3

(2) For the purposes of the definition of **separate entity** in subsection (1), a natural person who is, or a body corporate or a corporation sole that is, an agency of more than one foreign State shall be taken to be a separate entity of each of the foreign States.

(3) Unless the contrary intention appears, a reference in this Act to a foreign State includes a reference to:

- (a) a province, state, self-governing territory or other political subdivision (by whatever name known) of a foreign State;
- (b) the head of a foreign State, or of a political subdivision of a foreign State, in his or her public capacity; and
- (c) the executive government or part of the executive government of a foreign State or of a political subdivision of a foreign State, including a department or organ of the executive government of a foreign State or subdivision; but does not include a reference to a separate entity of a foreign State.

(4) A reference in this Act to a court of Australia includes a reference to a court that has jurisdiction in or for any part of Australia.

(5) A reference in this Act to a commercial purpose includes a reference to a trading, a business, a professional and an industrial purpose.

(6) A reference in this Act to the entering of appearance or to the entry of judgment in default of appearance includes a reference to any like procedure.

#### **4 External Territories**

This Act extends to each external Territory.

#### **5 Act to bind Crown**

This Act binds the Crown in all its capacities.

## **Part I Preliminary**

### Section 6

*4 Foreign States Immunities Act 1985*

#### **6 Savings of other laws**

This Act does not affect an immunity or privilege that is conferred by or under the *Consular Privileges and Immunities Act 1972*, the *Defence (Visiting Forces) Act 1963*, the *Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967* or any other Act.

#### **7 Application**

(1) Part II (other than section 10) does not apply in relation to a proceeding concerning:

- (a) a contract or other agreement or a bill of exchange that was made or given;
- (b) a transaction or event that occurred;
- (c) an act done or omitted to have been done; or
- (d) a right, liability or obligation that came into existence; before the commencement of this Act.

(2) Section 10 does not apply in relation to a submission mentioned in that section that was made before the commencement of this Act.

(3) Part III and section 36 do not apply in relation to a proceeding instituted before the commencement of this Act.

(4) Part IV only applies where, by virtue of a provision of Part II, the foreign State is not immune from the jurisdiction of the courts of Australia in the proceeding concerned.

#### **8 Application to courts**

In the application of this Act to a court, this Act has effect only in relation to the exercise or performance by the court of a judicial power or function or a power or function that is of a like kind.

## **Immunity from jurisdiction Part II**

### Section 9

*Foreign States Immunities Act 1985 5*

## **Part II—Immunity from jurisdiction**

### **9 General immunity from jurisdiction**

Except as provided by or under this Act, a foreign State is immune from the jurisdiction of the courts of Australia in a proceeding.

### **10 Submission to jurisdiction**

(1) A foreign State is not immune in a proceeding in which it has submitted to the jurisdiction in accordance with this section.

(2) A foreign State may submit to the jurisdiction at any time, whether by agreement or otherwise, but a foreign State shall not be taken to have so submitted by reason only that it is a party to an agreement the proper law of which is the law of Australia.

(3) A submission under subsection (2) may be subject to a specified limitation, condition or exclusion (whether in respect of remedies or otherwise).

(4) Without limiting any other power of a court to dismiss, stay or otherwise decline to hear and determine a proceeding, the court may dismiss, stay or otherwise decline to hear and determine a proceeding if it is satisfied that, by reason of the nature of a

limitation, condition or exclusion to which a submission is subject (not being a limitation, condition or exclusion in respect of remedies), it is appropriate to do so.

(5) An agreement by a foreign State to waive its immunity under this Part has effect to waive that immunity and the waiver may not be withdrawn except in accordance with the terms of the agreement.

(6) Subject to subsections (7), (8) and (9), a foreign State may submit to the jurisdiction in a proceeding by:

- (a) instituting the proceeding; or
- (b) intervening in, or taking a step as a party to, the proceeding.

## **Part II Immunity from jurisdiction**

### Section 10

#### *6 Foreign States Immunities Act 1985*

(7) A foreign State shall not be taken to have submitted to the jurisdiction in a proceeding by reason only that:

- (a) it has made an application for costs; or
- (b) it has intervened, or has taken a step, in the proceeding for the purpose or in the course of asserting immunity.

(8) Where the foreign State is not a party to a proceeding, it shall not be taken to have submitted to the jurisdiction by reason only that it has intervened in the proceeding for the purpose or in the course of asserting an interest in property involved in or affected by the proceeding.

(9) Where:

- (a) the intervention or step was taken by a person who did not know and could not reasonably have been expected to know of the immunity; and
  - (b) the immunity is asserted without unreasonable delay;
- the foreign State shall not be taken to have submitted to the jurisdiction in the proceeding by reason only of that intervention or step.

(10) Where a foreign State has submitted to the jurisdiction in a proceeding, then, subject to the operation of subsection (3), it is not immune in relation to a claim made in the proceeding by some other party against it (whether by way of set-off, counter-claim or otherwise), being a claim that arises out of and relates to the transactions or events to which the proceeding relates.

(11) In addition to any other person who has authority to submit, on behalf of a foreign State, to the jurisdiction:

- (a) the person for the time being performing the functions of the head of the State's diplomatic mission in Australia has that authority; and
- (b) a person who has entered into a contract on behalf of and with the authority of the State has authority to submit in that contract, on behalf of the State, to the jurisdiction in respect of a proceeding arising out of the contract.

## Immunity from jurisdiction **Part II**

### Section 11

#### *Foreign States Immunities Act 1985 7*

## **11 Commercial transactions**

(1) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns a commercial transaction.

(2) Subsection (1) does not apply:

(a) if all the parties to the proceeding:

(i) are foreign States or are the Commonwealth and one or more foreign States; or

(ii) have otherwise agreed in writing; or

(b) in so far as the proceeding concerns a payment in respect of a grant, a scholarship, a pension or a payment of a like kind.

(3) In this section, **commercial transaction** means a commercial, trading, business, professional or industrial or like transaction into which the foreign State has entered or a like activity in which the State has engaged and, without limiting the generality of the foregoing, includes:

(a) a contract for the supply of goods or services;

(b) an agreement for a loan or some other transaction for or in respect of the provision of finance; and

(c) a guarantee or indemnity in respect of a financial obligation; but does not include a contract of employment or a bill of exchange.

### **12 Contracts of employment**

(1) A foreign State, as employer, is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns the employment of a person under a contract of employment that was made in Australia or was to be performed wholly or partly in Australia.

(2) A reference in subsection (1) to a proceeding includes a reference to a proceeding concerning:

(a) a right or obligation conferred or imposed by a law of Australia on a person as employer or employee; or

(b) a payment the entitlement to which arises under a contract of employment.

### **Part II Immunity from jurisdiction**

#### Section 12

#### *8 Foreign States Immunities Act 1985*

(3) Where, at the time when the contract of employment was made, the person employed was:

(a) a national of the foreign State but not a permanent resident of Australia; or

(b) an habitual resident of the foreign State;

subsection (1) does not apply.

(4) Subsection (1) does not apply where:

(a) an inconsistent provision is included in the contract of employment; and

(b) a law of Australia does not avoid the operation of, or prohibit or render unlawful the inclusion of, the provision.

(5) Subsection (1) does not apply in relation to the employment of:

(a) a member of the diplomatic staff of a mission as defined by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, being the Convention the English text of which is set out in the Schedule to the *Diplomatic Privileges and Immunities Act*

1967; or

(b) a consular officer as defined by the Vienna Convention on Consular Relations, being the Convention the English text of which is set out in the Schedule to the *Consular Privileges and Immunities Act 1972*.

(6) Subsection (1) does not apply in relation to the employment of:

(a) a member of the administrative and technical staff of a mission as defined by the Convention referred to in

paragraph (5)(a); or

(b) a consular employee as defined by the Convention referred to in paragraph (5)(b);

unless the member or employee was, at the time when the contract of employment was made, a permanent resident of Australia.

(7) In this section, permanent resident of Australia means:

(a) an Australian citizen; or

(b) a person resident in Australia whose continued presence in Australia is not subject to a limitation as to time imposed by or under a law of Australia.

## Immunity from jurisdiction **Part II**

### Section 13

*Foreign States Immunities Act 1985* 9

#### **13 Personal injury and damage to property**

A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) the death of, or personal injury to, a person; or

(b) loss of or damage to tangible property;

caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia.

#### **14 Ownership, possession and use of property etc.**

(1) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) an interest of the State in, or the possession or use by the State of, immovable property in Australia; or

(b) an obligation of the State that arises out of its interest in, or its possession or use of, property of that kind.

(2) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns an interest of the State in property that arose by way of gift made in Australia or by succession.

(3) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) bankruptcy, insolvency or the winding up of a body corporate; or

(b) the administration of a trust, of the estate of a deceased person or of the estate of a person of unsound mind.

#### **15 Copyright, patents, trade marks etc.**

(1) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) the ownership of a copyright or the ownership, or the registration or protection in Australia, of an invention, a design or a trade mark;

## **Part II** Immunity from jurisdiction

### Section 16

#### *10 Foreign States Immunities Act 1985*

(b) an alleged infringement by the foreign State in Australia of copyright, a patent for an invention, a registered trade mark or a registered design; or

(c) the use in Australia of a trade name or a business name.

(2) Subsection (1) does not apply in relation to the importation into Australia, or the use in Australia, of property otherwise than in the course of or for the purposes of a commercial transaction as defined by subsection 11(3).

### **16 Membership of bodies corporate etc.**

(1) A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns its membership, or a right or obligation that relates to its membership, of a body corporate, an unincorporated body or a partnership that:

(a) has a member that is not a foreign State or the Commonwealth; and

(b) is incorporated or has been established under the law of Australia or is controlled from, or has its principal place of business in, Australia;

being a proceeding arising between the foreign State and the body or other members of the body or between the foreign State and one or more of the other partners.

(2) Where a provision included in:

(a) the constitution or other instrument establishing or regulating the body or partnership; or

(b) an agreement between the parties to the proceeding; is inconsistent with subsection (1), that subsection has effect subject to that provision.

### **17 Arbitrations**

(1) Where a foreign State is a party to an agreement to submit a dispute to arbitration, then, subject to any inconsistent provision in the agreement, the foreign State is not immune in a proceeding for the exercise of the supervisory jurisdiction of a court in respect of the arbitration, including a proceeding:

Immunity from jurisdiction **Part II**

### Section 18

#### *Foreign States Immunities Act 1985 11*

(a) by way of a case stated for the opinion of a court;

(b) to determine a question as to the validity or operation of the agreement or as to the arbitration procedure; or

(c) to set aside the award.

(2) Where:

(a) apart from the operation of subparagraph 11(2)(a)(ii), subsection 12(4) or subsection 16(2), a foreign State would not be immune in a proceeding concerning a transaction or event; and

(b) the foreign State is a party to an agreement to submit to arbitration a dispute about the transaction or event;

then, subject to any inconsistent provision in the agreement, the foreign State is not immune in a proceeding concerning the recognition as binding for any purpose, or for the enforcement, of an award made pursuant to the arbitration, wherever the award was made.

(3) Subsection (1) does not apply where the only parties to the agreement are any 2 or more of the following:

- (a) a foreign State;
- (b) the Commonwealth;
- (c) an organisation the members of which are only foreign States or the Commonwealth and one or more foreign States.

### **18 Actions *in rem***

(1) A foreign State is not immune in a proceeding commenced as an action *in rem* against a ship concerning a claim in connection with the ship if, at the time when the cause of action arose, the ship was in use for commercial purposes.

(2) A foreign State is not immune in a proceeding commenced as an action *in rem* against a ship concerning a claim against another ship if:

- (a) at the time when the proceeding was instituted, the ship that is the subject of the action *in rem* was in use for commercial purposes; and

## **Part II Immunity from jurisdiction**

### **Section 19**

#### *12 Foreign States Immunities Act 1985*

(b) at the time when the cause of action arose, the other ship was in use for commercial purposes.

(3) A foreign State is not immune in a proceeding commenced as an action *in rem* against cargo that was, at the time when the cause of action arose, a commercial cargo.

(4) The preceding provisions of this section do not apply in relation to the arrest, detention or sale of a ship or cargo.

(5) A reference in this section to a ship in use for commercial purposes or to a commercial cargo is a reference to a ship or a cargo that is commercial property as defined by subsection 32(3).

### **19 Bills of exchange**

Where:

(a) a bill of exchange has been drawn, made, issued or indorsed by a foreign State in connection with a transaction or event; and

(b) the foreign State would not be immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns the transaction or event; the foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns the bill of exchange.

### **20 Taxes**

A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns an obligation imposed on it by or under a provision of a law of Australia with respect to taxation, being a provision that is prescribed, or is included in a class of provisions that is prescribed, for the purposes of this section.



## **21 Related proceedings**

Where, by virtue of the operation of the preceding provisions of this Part, a foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns a matter, it is not immune in any other proceeding (including an appeal) that arises out of and relates to Immunity from jurisdiction **Part II**

Section 22

*Foreign States Immunities Act 1985 13*

the first-mentioned proceeding in so far as that other proceeding concerns that matter.

## **22 Application of Part to separate entities**

The preceding provisions of this Part (other than subparagraph 11(2)(a)(i), paragraph 16(1)(a) and subsection 17(3)) apply in relation to a separate entity of a foreign State as they apply in relation to the foreign State.

**Part III** Service and judgments

Section 23

*14 Foreign States Immunities Act 1985*

## **Part III—Service and judgments**

### **23 Service of initiating process by agreement**

Service of initiating process on a foreign State or on a separate entity of a foreign State may be effected in accordance with an agreement (wherever made and whether made before or after the commencement of this Act) to which the State or entity is a party.

### **24 Service through the diplomatic channel**

(1) Initiating process that is to be served on a foreign State may be delivered to the Attorney-General for transmission by the Department of Foreign Affairs to the department or organ of the foreign State that is equivalent to that Department.

(2) The initiating process shall be accompanied by:

- (a) a request in accordance with Form 1 in the Schedule;
- (b) a statutory declaration of the plaintiff or applicant in the proceeding stating that the rules of court or other laws (if any) in respect of service outside the jurisdiction of the court concerned have been complied with; and
- (c) if English is not an official language of the foreign State:
  - (i) a translation of the initiating process into an official language of the foreign State; and
  - (ii) a certificate in that language, signed by the translator, setting out particulars of his or her qualifications as a translator and stating that the translation is an accurate translation of the initiating process.

(3) Where the process and documents are delivered to the equivalent department or organ of the foreign State in the foreign State, service shall be taken to have been effected when they are so delivered.

(4) Where the process and documents are delivered to some other person on behalf of and with the authority of the foreign State,

Service and judgments **Part III**

Section 25

*Foreign States Immunities Act 1985 15*

service shall be taken to have been effected when they are so delivered.

(5) Subsections (1) to (4) (inclusive) do not exclude the operation of any rule of court or other law under which the leave of a court is required in relation to service of the initiating process outside the jurisdiction.

(6) Service of initiating process under this section shall be taken to have been effected outside the jurisdiction and in the foreign State concerned, wherever the service is actually effected.

(7) The time for entering an appearance begins to run at the expiration of 2 months after the date on which service of the initiating process was effected.

(8) This section does not apply to service of initiating process in a proceeding commenced as an action *in rem*.

**25 Other service ineffective**

Purported service of an initiating process upon a foreign State in Australia otherwise than as allowed or provided by section 23 or 24 is ineffective.

**26 Waiver of objection to service**

Where a foreign State enters an appearance in a proceeding without making an objection in relation to the service of the initiating process, the provisions of this Act in relation to that service shall be taken to have been complied with.

**27 Judgment in default of appearance**

(1) A judgment in default of appearance shall not be entered against a foreign State unless:

(a) it is proved that service of the initiating process was effected in accordance with this Act and that the time for appearance has expired; and

**Part III Service and judgments**

Section 28

*16 Foreign States Immunities Act 1985*

(b) the court is satisfied that, in the proceeding, the foreign State is not immune.

(2) A judgment in default of appearance shall not be entered against a separate entity of a foreign State unless the court is satisfied that, in the proceeding, the separate entity is not immune.

**28 Enforcement of default judgments**

(1) Subject to subsection (6), a judgment in default of appearance is not capable of being enforced against a foreign State until the expiration of 2 months after the date on which service of:

(a) a copy of the judgment, sealed with the seal of the court or, if there is no seal, certified by an officer of the court to be a true copy of the judgment; and

(b) if English is not an official language of the foreign State:

(i) a translation of the judgment into an official language of the foreign State; and

(ii) a certificate in that language, signed by the translator, setting out particulars of his or her qualifications as a

translator and stating that the translation is an accurate translation of the judgment;

has been effected in accordance with this section on the department or organ of the foreign State that is equivalent to the Department of Foreign Affairs.

(2) Where a document is to be served as mentioned in subsection (1), the person in whose favour the judgment was given shall give it, together with a request in accordance with Form 2 in the Schedule, to the Attorney-General for transmission by the Department of Foreign Affairs to the department or organ of the foreign State that is equivalent to that Department.

(3) Where the document is delivered to the equivalent department or organ of the foreign State in the foreign State, service shall be taken to have been effected when it is so delivered.

(4) Where the document is delivered to some other person on behalf of and with the authority of the foreign State, service shall be taken to have been effected when it is so delivered.

### Service and judgments **Part III**

#### Section 29

##### *Foreign States Immunities Act 1985 17*

(5) The time, if any, for applying to have the judgment set aside shall be at least 2 months after the date on which the document is delivered to or received on behalf of that department or organ of the foreign State.

(6) Where a judgment in default of appearance has been given by a court against a foreign State, the court may, on the application of the person in whose favour the judgment was given, permit, on such terms and conditions as it thinks fit, the judgment to be enforced in accordance with this Act against the foreign State before the expiration of the period mentioned in subsection (1).

### **29 Power to grant relief**

(1) Subject to subsection (2), a court may make any order (including an order for interim or final relief) against a foreign State that it may otherwise lawfully make unless the order would be inconsistent with an immunity under this Act.

(2) A court may not make an order that a foreign State employ a person or re-instate a person in employment.

### **Part IV Enforcement**

#### Section 30

##### *18 Foreign States Immunities Act 1985*

### **Part IV—Enforcement**

#### **30 Immunity from execution**

Except as provided by this Part, the property of a foreign State is not subject to any process or order (whether interim or final) of the courts of Australia for the satisfaction or enforcement of a judgment, order or arbitration award or, in Admiralty proceedings, for the arrest, detention or sale of the property.

#### **31 Waiver of immunity from execution**

(1) A foreign State may at any time by agreement waive the application of section 30 in relation to property, but it shall not be

taken to have done so by reason only that it has submitted to the jurisdiction.

(2) The waiver may be subject to specified limitations.

(3) An agreement by a foreign State to waive its immunity under section 30 has effect to waive that immunity and the waiver may not be withdrawn except in accordance with the terms of the agreement.

(4) A waiver does not apply in relation to property that is diplomatic property or military property unless a provision in the agreement expressly designates the property as property to which the waiver applies.

(5) In addition to any other person who has authority to waive the application of section 30 on behalf of a foreign State or a separate entity of the foreign State, the person for the time being performing the functions of the head of the State's diplomatic mission in Australia has that authority.

#### Enforcement **Part IV**

##### Section 32

*Foreign States Immunities Act 1985 19*

#### **32 Execution against commercial property**

(1) Subject to the operation of any submission that is effective by reason of section 10, section 30 does not apply in relation to commercial property.

(2) Where a foreign State is not immune in a proceeding against or in connection with a ship or cargo, section 30 does not prevent the arrest, detention or sale of the ship or cargo if, at the time of the arrest or detention:

(a) the ship or cargo was commercial property; and

(b) in the case of a cargo that was then being carried by a ship belonging to the same or to some other foreign State—the ship was commercial property.

(3) For the purposes of this section:

(a) commercial property is property, other than diplomatic property or military property, that is in use by the foreign State concerned substantially for commercial purposes; and

(b) property that is apparently vacant or apparently not in use shall be taken to be being used for commercial purposes unless the court is satisfied that it has been set aside otherwise than for commercial purposes.

#### **33 Execution against immovable property etc.**

Where:

(a) property:

(i) has been acquired by succession or gift; or

(ii) is immovable property; and

(b) a right in respect of the property has been established as against a foreign State by a judgment or order in a proceeding as mentioned in section 14;

then, for the purpose of enforcing that judgment or order, section 30 does not apply to the property.

#### **Part IV Enforcement**

## Section 34

*Foreign States Immunities Act 1985***34 Restrictions on certain other relief**

A penalty by way of fine or committal shall not be imposed in relation to a failure by a foreign State or by a person on behalf of a foreign State to comply with an order made against the foreign State by a court.

**35 Application of Part to separate entities**

(1) This Part applies in relation to a separate entity of a foreign State that is the central bank or monetary authority of the foreign State as it applies in relation to the foreign State.

(2) Subject to subsection (1), this Part applies in relation to a separate entity of the foreign State as it applies in relation to the foreign State if, in the proceeding concerned:

(a) the separate entity would, apart from the operation of section 10, have been immune from the jurisdiction; and

(b) it has submitted to the jurisdiction.

**Miscellaneous Part V**

## Section 36

*Foreign States Immunities Act 1985 21***Part V—Miscellaneous****36 Heads of foreign States**

(1) Subject to the succeeding provisions of this section, the *Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967* extends, with such modifications as are necessary, in relation to the person who is for the time being:

(a) the head of a foreign State; or

(b) a spouse of the head of a foreign State;

as that Act applies in relation to a person at a time when he or she is the head of a diplomatic mission.

(2) This section does not affect the application of any law of Australia with respect to taxation.

(3) This section does not affect the application of any other provision of this Act in relation to a head of a foreign State in his or her public capacity.

(4) Part III extends in relation to the head of a foreign State in his or her private capacity as it applies in relation to the foreign State and, for the purpose of the application of Part III as it so extends, a reference in that Part to a foreign State shall be read as a reference to the head of the foreign State in his or her private capacity.

**37 Effect of agreements on separate entities**

An agreement made by a foreign State and applicable to a separate entity of that State has effect, for the purposes of this Act, as though the separate entity were a party to the agreement.

**38 Power to set aside process etc.**

Where, on the application of a foreign State or a separate entity of a foreign State, a court is satisfied that a judgment, order or process of the court made or issued in a proceeding with respect to the

**Part V Miscellaneous**

## Section 39

*22 Foreign States Immunities Act 1985*

foreign State or entity is inconsistent with an immunity conferred by or under this Act, the court shall set aside the judgment, order or process so far as it is so inconsistent.

**39 Discovery**

(1) A penalty by way of fine or committal shall not be imposed in relation to a failure or refusal by a foreign State or by a person on behalf of a foreign State to disclose or produce a document or to furnish information for the purposes of a proceeding.

(2) Such a failure or refusal is not of itself sufficient ground to strike out a pleading or part of a pleading.

**40 Certificate as to foreign State etc.**

(1) The Minister for Foreign Affairs may certify in writing that, for the purposes of this Act:

(a) a specified country is, or was on a specified day, a foreign State;

(b) a specified territory is or is not, or was or was not on a specified day, part of a foreign State;

(c) a specified person is, or was at a specified time, the head of, or the government or part of the government of, a foreign State or a former foreign State; or

(d) service of a specified document as mentioned in section 24 or 28 was effected on a specified day.

(2) The Minister for Foreign Affairs may, either generally or as otherwise provided by the instrument of delegation, delegate by instrument in writing to a person his or her powers under subsection (1) in relation to the service of documents.

(3) A power so delegated, when exercised by the delegate, shall, for the purposes of this Act, be deemed to have been exercised by the Minister.

(4) A delegation under subsection (2) does not prevent the exercise of the power by the Minister.

Miscellaneous **Part V**

Section 41

*Foreign States Immunities Act 1985 23*

(5) A certificate under this section is admissible as evidence of the facts and matters stated in it and is conclusive as to those facts and matters.

**41 Certificate as to use**

For the purposes of this Act, a certificate in writing given by the person for the time being performing the functions of the head of a foreign State's diplomatic mission in Australia to the effect that property specified in the certificate, being property:

(a) in which the foreign State or a separate entity of the foreign State has an interest; or

(b) that is in the possession or under the control of the foreign State or of a separate entity of the foreign State;

is or was at a specified time in use for purposes specified in the certificate is admissible as evidence of the facts stated in the certificate.

#### **42 Restrictions and extensions of immunities and privileges (1)**

Where the Governor-General is satisfied that an immunity or privilege conferred by this Act in relation to a foreign State is not accorded by the law of the foreign State in relation to Australia, the Governor-General may make regulations modifying the operation of this Act with respect to those immunities and privileges in relation to the foreign State.

(2) Where the Governor-General is satisfied that the immunities and privileges conferred by this Act in relation to a foreign State differ from those required by a treaty, convention or other agreement to which the foreign State and Australia are parties, the Governor-General may make regulations modifying the operation of this Act with respect to those immunities and privileges in relation to the foreign State so that this Act as so modified conforms with the treaty, convention or agreement.

(3) Regulations made under subsection (1) or (2) that are expressed to extend or restrict an immunity from the jurisdiction may be expressed to extend to a proceeding that was instituted before the

#### **Part V Miscellaneous**

##### Section 43

##### *24 Foreign States Immunities Act 1985*

commencement of the regulations and has not been finally disposed of.

(4) Regulations made under subsection (1) or (2) that are expressed to extend or restrict an immunity from execution or other relief may be expressed to extend to a proceeding that was instituted before the commencement of the regulations and in which procedures to give effect to orders for execution or other relief have not been completed.

(5) Regulations in relation to which subsection (3) or (4) applies may make provision with respect to the keeping of property, or for the keeping of the proceeds of the sale of property, with which a proceeding specified in the regulations is concerned, including provision authorising an officer of a court to manage, control or preserve the property or, if, by reason of the condition of the property, it is necessary to do so, to sell or otherwise dispose of the property.

(6) Regulations under this section have effect notwithstanding that they are inconsistent with an Act (other than this Act) as in force at the time when the regulations came into operation.

(7) Jurisdiction is conferred on the Federal Court of Australia and, to the extent that the Constitution permits, on the courts of the Territories, and the courts of the States are invested with federal jurisdiction, in respect of matters arising under the regulations but a court of a Territory shall not exercise any jurisdiction so conferred in respect of property that is not within that Territory or a Territory in which the court may exercise jurisdiction and a court of a State shall not exercise any jurisdiction so invested in respect of property that is not within that State.

#### **43 Regulations**

The Governor-General may make regulations, not inconsistent with this Act, prescribing matters:

- (a) required or permitted by this Act to be prescribed; or
- (b) necessary or convenient to be prescribed for carrying out or giving effect to this Act.

**Schedule**

*Foreign States Immunities Act 1985 25*

**Schedule**

**Form 1**

Section 24

*Request For Service Of Originating Process On A Foreign State*

TO: The Attorney-General of the Commonwealth

A proceeding has been commenced in (*name of court, tribunal, etc.*) against (*here insert name of foreign State*).

The proceeding concerns (*short particulars of the claim against the foreign State*).

In accordance with section 24 of the *Foreign States Immunities Act 1985*, enclosed are:

- (a) the initiating process in the proceeding;
  - (b) a statutory declaration;
  - (c) \*a translation of the initiating process into (*name of language*), an official language of the foreign State; and
  - (d) \*a certificate signed by the translator,
- and it is requested that the initiating process, \*the translation and the certificate be transmitted by the Department of Foreign Affairs to the department or organ of the foreign State that is equivalent to that Department.

It is further requested that, when service of the initiating process and other documents has been effected on the foreign State in accordance with that Act, the Minister for Foreign Affairs certify accordingly under section 40 of that Act, and forward the certificate to (*name and address of person to whom certificate of service should be forwarded*).

DATED this day of 19

(*signature of plaintiff or applicant*)

\* delete if not applicable.

**Schedule**

*26 Foreign States Immunities Act 1985*

**Form 2**

Section 28

*Request For Service Of Default Judgment On A Foreign State*

TO: The Attorney-General of the Commonwealth

In a proceeding in (*name of court, tribunal, etc.*), a judgment in default of appearance has been given against (*name of foreign State*).

The proceeding concerns (*short particulars of the claim against the foreign State*).

In accordance with section 28 of the *Foreign States Immunities Act 1985*, enclosed are:

- (a) a copy of the judgment, authenticated as required by that Act;
- (b) \*a translation of the judgment into (*name of language*), an official language of the foreign State; and
- (c) \*a certificate signed by the translator,



and it is requested that the judgment, \*the translation and the certificate be transmitted by the Department of Foreign Affairs to the department or organ of the foreign State that is equivalent to that Department.

It is further requested that, when service of the judgment and other documents has been effected on the foreign State in accordance with that Act, the Minister for Foreign Affairs certify accordingly under section 40 of that Act, and forward the certificate to *(name and address of person to whom certificate of service should be forwarded)*.

## **16 ANEXO VI**

### **LEI ARGENTINA**

#### **LEY DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN ARGENTINA**

Norma: Ley 24488

Emisor: PODER LEGISLATIVO NACIONAL (P.L.N.)

Sumario: Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos.

Fecha de Sanción: 31/05/1995

Fecha de Promulgación: 22/06/2005 (Vetada parcialmente por dec. 849/95)

Publicada en: Boletín Oficial 28/06/1995 – ADLA 1995 \_ D, 4339

Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos

Art. 1º - Los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

Art. 2º - Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

- a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;
- b) Cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;
- c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;
- d) Cuando fuere determinados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes

en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentran en el territorio nacional;

h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

Art. 3° - Si se presentaren demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al derecho internacional de los derechos humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podrá formular su reclamo, si correspondiere. Asimismo, remitirá copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que tome conocimiento del reclamo y adopte las medidas que correspondan en el orden internacional.

Art. 4° - La presentación de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos para invocar la inmunidad de jurisdicción no debe interpretarse como aceptación de competencia.

La interposición de la defensa de inmunidad jurisdiccional suspenderá el término procesal del traslado o citación hasta dicho planteamiento sea resuelto.

Art. 5° - Los Jueces, a pedido del Estado extranjero, podrán ampliar prudencialmente los plazos para contestar la demanda y oponer excepciones.

Art. 6° - Las previsiones de esta ley no afectarán ninguna inmunidad o privilegio conferido por las convenciones de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, o de 1963 sobre

relaciones consulares.

Art. 7º - En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter “amigo del tribunal”.

Art. 8º - Comuníquese, etc.