

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

LEONARDO FREITAS

A Imunidade Jurisdicional dos Estados em casos de graves violações dos Direitos Humanos: o julgamento Alemanha v. Itália pela Corte Internacional de Justiça e seus desdobramentos no Direito Internacional

FLORIANÓPOLIS

Novembro de 2014

LEONARDO FREITAS

A Imunidade Jurisdicional dos Estados em casos de graves violações dos Direitos Humanos: o julgamento Alemanha v. Itália pela Corte Internacional de Justiça e seus desdobramentos no Direito Internacional

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Junior, Ph.D.

FLORIANÓPOLIS
Novembro de 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

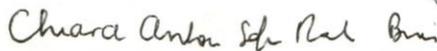
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A Imunidade jurisdicional dos Estados em casos de graves violações dos Direitos Humanos: o caso da Alemanha v. Itália pela Corte Internacional de Justiça e seus desdobramentos no Direito Internacional**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Leonardo Freitas**, defendido em **14/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez.), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de Novembro de 2014

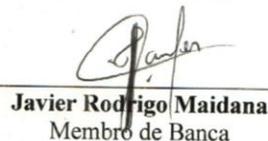


Arno Dal Ri Júnior
Professor(a) Orientador(a)



Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi

Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi
Membro de Banca



Javier Rodrigo Maidana
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Contudo, houve Trabalho de Conclusão de Curso. E não inicio estas palavras com uma conjunção adversativa à toa. Aqui e ali as interrogações arvoram-se na busca por respostas. Fosse o conhecimento humano uma ilha e o que a circunda tudo aquilo que ignoramos, à medida que nos embrenhássemos por novos caminhos e nos expuséssemos a novas teorias o limiar entre esses dois espectros, por consequência, ampliar-se-ia. Vale dizer, quanto mais se sabe, mais se precisa questionar.

Das palavras ditas e repetidas à exaustão, as de agradecimento nunca se desgastam, não se cansam de estar e ser. E a meu ver a gratidão só se expressa na sua completude quando espraia o nome das pessoas que a fizeram florescer. Por isso, enuncio com alegria os nomes de Arno Dal Ri Junior, meu orientador e norte profissional, que, desde os primeiros anos de faculdade, despertou em mim a paixão pelo Direito Internacional e pela geopolítica, por ser um exemplo de como a Academia brasileira pode ser um local dinâmico e respeitado, de ideias sólidas, áridas e renovadas; de Lucas Carlos Lima, caro amigo que mesmo em solo italiano e atarefado com o doutoramento sempre foi solícito nos meus infundáveis questionamentos acerca da Monografia; e de Taciano Scheidt Zimmermann, um dos seres humanos mais inteligentes que tive o prazer de conhecer durante a graduação e cujas contribuições foram fundamentais para este trabalho. Desejo partilhar a amizade de vocês por muito tempo. Do mesmo modo, estendo meus cumprimentos aos colegas da sala 313 e do *Ius Gentium*, sempre atenciosos e compreensivos com meus dramas e dúvidas.

A minha família pelo apoio durante os anos que dediquei à Universidade Federal de Santa Catarina; a meus colegas de curso e amigos, pelas prazerosas jornadas e discussões; a todas as pessoas que, do seu modo e com suas ideias, deram um pouco de si para que eu formasse um tanto de mim. Obrigado!

“If one would like to see our European morality for once as it looks from a distance, and if one would like to measure it against other moralities, past and future, then one has to proceed like a traveler who wants to know how high the towers in a town are: he leaves the city.”

Friedrich **Nietzsche**

RESUMO

O cotejo entre o direito internacional e o direito interno sempre foi fonte de alongadas e frutíferas discussões dentre os internacionalistas. Na dinâmica deste enfrentamento, o Princípio da Imunidade Jurisdicional dos Estados enlaça-se virginalmente à soberania, à igualdade destes sujeitos e à concepção que cada Estado tem em relação ao alcance das normas que concebeu dentro de suas fronteiras e às quais aderiu em virtude da sua convivência com outros entes perante a comunidade internacional. Dado tal panorama, neste trabalho objetiva-se analisar sentença lavrada pela Corte Internacional de Justiça em que litigaram Alemanha e Itália. Em síntese, a Corte de Cassação Italiana condenou em diferentes oportunidades o Estado Alemão a indenizar vítimas de graves violações de Direitos Humanos perpetradas pelo Reich em território italiano no transcurso da 2ª Guerra Mundial, dentre as quais estão o envio de cidadãos a campos de concentração e o desrespeito à condição de prisioneiros de guerra a membros das forças armadas italianas. Por consequência, a Alemanha buscou guarida na CIJ para ter seu direito à imunidade jurisdicional garantido. Logo, a proposta apresentada cuida da seguinte interrogação: seria possível questionar a aplicação da Imunidade Jurisdicional dos Estados em casos de graves violações dos Direitos Humanos no âmbito do ordenamento jurídico internacional, a partir dos subsídios constantes na sentença exarada pela CIJ no caso Alemanha v. Itália? A estrutura do trabalho trata, em um primeiro momento, do histórico desde a concepção de soberania nos Estados modernos (Paz da Westphalia) até a atual noção de imunidade relativa. Ao segundo capítulo foi relegada a função de conceituar a imunidade e o *jus cogens* de acordo com a visão dos doutrinadores contemporâneos. Por fim, no terceiro capítulo há análise específica sentença e seu paralelo com jurisprudência, legislação e doutrina internacionais.

Palavras-chave: imunidade jurisdicional dos Estados, Corte Internacional de Justiça, soberania, *jus cogens*.

ABSTRACT

The comparison between international law and national law has always been a source of lengthy and fruitful discussions among the internationalists. In this confrontational dynamic, the jurisdictional immunity of states principle entangles virginally to sovereignty, to equality and to the perception that every state has towards the rules it has conceived within its own borders and to which it has acceded into force due to its co-existence along with other entities before the international community. Given this situation, the primary goal is to analyze the judgment written by the International Court of Justice in which Germany and Italy have litigated. In short, on different occasions, the Italian Court of Cassation condemned the German State to indemnify the victims from gross violations of humanitarian law that were perpetrated by the Reich within Italian territory during the 2nd World War, among which stand the displacing of citizens to concentration camps and the vile conditions that the war prisoners had to endure. As a result, Germany sought legal help at the ICJ to assure its right to immunity. Therefore, the proposal presented in this work refers to the following question: would it be possible to wrangle the application of the jurisdictional immunity of the States in cases of serious violations of human rights at the international legal framework from the subsidies present on the judgment of Germany v. Italy? At first, the structure of this work deals with the historical events from the conception of sovereignty in the modern States (Peace of Westphalia) to the current notion of restrictive immunity. The second chapter was relegated to conceptualize the immunity according to the view of contemporary scholars. Finally, in the third chapter there is a specific analysis of the judgment and its parallel with the jurisprudence, the legislation and the international doctrine.

Keywords: jurisdictional immunities of states, International Court of Justice, sovereignty, *jus cogens*.

SUMÁRIO

Introdução	10
1 Abordagem histórica da Soberania e do desenvolvimento da Imunidade Estatal	14
1.1 Aspectos históricos da Soberania	14
1.2 A Soberania em Bodin – breves anotações	15
1.3 A Soberania em Hobbes – breves anotações	17
1.4 Da Soberania à Imunidade Absoluta dos Estados	19
1.5 <i>Acta jure imperii, acta jure gestionis</i> e a Imunidade Relativa	26
1.6 Imunidade Jurisdicional dos Estados nas normas contemporâneas	30
1.6.1 Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais - <i>Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts</i> (ARS).....	32
1.6.2 Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e Seus Bens	33
1.6.3 Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal – <i>European Convention on State Immunity</i> (1972)	36
1.6.4 <i>Jones and others v. The United Kingdom</i> (2014)	37
1.6.5 <i>Democratic Republic of the Congo v. Rwanda</i> (2008)	38
1.6.6 <u><i>Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub. L. No. 104–132, 110 Stat. 1214. Section 221 (Jurisdiction for Lawsuits against Terrorist States) amended Section 1605 of Title 28 United States Code (Foreign Sovereign Immunity Act)</i></u>	39
2 O conceito de Imunidade Estatal e de <i>jus cogens</i> pela doutrina e pela jurisprudência	41
2.1 Preliminares I – A distinção entre Imunidade Diplomática e Imunidade Estatal ..	41

2.2 Preliminares II – Distinção entre Imunidade Estatal e não-julgabilidade (<i>non-justiciability</i>)	42
2.3 Conceituação de Imunidade Jurisdicional dos Estados pela doutrina nacional ..	43
2.4 Conceituação de Imunidade Jurisdicional dos Estados pela doutrina internacional	46
2.5 Conceituação de Imunidade Estatal pela <i>International Law Commission</i> - Comentários à Convenção sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens	53
2.6 Violações ao Direito Internacional– <i>jus cogens</i>	54
3 O Caso Ferrini e o Julgamento Alemanha v. Itália pela Corte Internacial de Justiça	60
3.1 Cronologia da 2ª Guerra Mundial	60
3.2 O Caso Ferrini	61
3.3 Alemanha v. Itália pela Corte Internacional de Justiça	62
3.4 O <i>Last Resort Argument</i>	66
3.5 Gravidade das violações	71
3.6 A relação entre <i>jus cogens</i> e a Imunidade Estatal	73
3.7 O Princípio do Ilícito Territorial	76
Conclusões	80
Referências Bibliográficas	84

Introdução

O cotejo entre o direito internacional e o direito interno sempre foi fonte de alongadas e frutíferas discussões dentre os internacionalistas. Na dinâmica deste enfrentamento, o Princípio da Imunidade Jurisdicional dos Estados enlaça-se virginalmente à soberania, à igualdade destes sujeitos e à concepção que cada Estado tem em relação ao alcance das normas que concebeu dentro de suas fronteiras e às quais aderiu em virtude da sua convivência com outros entes perante a comunidade internacional.

Dado tal panorama, neste trabalho objetiva-se analisar sentença lavrada pela Corte Internacional de Justiça em que litigaram Alemanha e Itália. Em síntese, a Corte de Cassação Italiana condenou em diferentes oportunidades o Estado Alemão a indenizar vítimas de graves violações de Direitos Humanos perpetradas pelo Reich em território italiano no transcurso da 2ª Guerra Mundial, dentre as quais estão o envio de cidadãos a campos de concentração e o desrespeito à condição de prisioneiros de guerra a membros das forças armadas italianas.

O caso Ferrini (2008) foi o ápice nesta crise e, embora teutônicos tenham procurado resolver a contenda pela via diplomática – conduta sustentada por alguns especialistas, e portanto, alheia aos tribunais internacionais e ao judiciário de cada país - , italianos iniciaram o processo de execução da sentença ao confiscar bens alemães em solo local, a exemplo do que se deu em *Villa Vigoni*. À Alemanha, restou socorrer-se da Corte Internacional de Justiça para ver garantido seu direito à Imunidade Jurisdicional.

Logo, a proposta apresentada cuida da seguinte interrogação: seria possível questionar a aplicação da Imunidade Jurisdicional dos Estados em casos de graves violações dos Direitos Humanos no âmbito do ordenamento jurídico internacional, a partir dos subsídios constantes na sentença exarada pela CIJ no caso Alemanha v. Itália? Ao fim, a conclusão foi pela correção na manutenção da imunidade em favor

da Alemanha, embora se ressalte o nulo avanço em relação à matéria se tomado tão somente o debate promovido na Corte. Vale dizer, não foram trazidos na sentença elementos em que pudessem ser vislumbradas novas perspectivas em relação à imunidade, ainda que tal tema seja frequentemente inquirido por internacionalistas e em outros tribunais com competência internacional.

Evitou-se aqui a tendência acadêmica em se classificar os estudiosos citados entre liberais, conservadores, realistas ou progressistas e a razão para tanto é singela. O tema envolve discussões técnicas e políticas muito mais complexas do que estas e seria contraproducente e até ingênuo considerar que este rotulamento pudesse servir de parâmetro para produzir uma saída viável ao problema.

Por questões metodológicas e com o fim de produzir um contexto mais racional, não foram apreciados os aspectos da sentença que cuidam das medidas de constrição contra a propriedade pertencente ao Estado Alemão localizadas em território italiano, vez que o escopo era tão somente discutir o conceito de imunidade e a hipótese de sua modulação.

Tampouco foi objeto deste trabalho, ao menos de forma imediata, conceituar ou aprofundar-se no tema da violação dos direitos humanos. Assim, pois já se parte do pressuposto de que os atos discutidos são de fato ilícitos, na medida em que tanto Alemanha quanto Itália admitem tal percepção, razão pela qual são seguidos pela CIJ. Em verdade, a Corte limita-se a emitir opinião acerca da possibilidade de um instituto procedimental ser suprimido por outro de modo a importar automaticamente proteção à violação dos Direitos Humanos.

Fica evidente, desde logo, o relevo do tema, cuja estrutura conceitual e teórica tornou-se robusta em anos recentes e hoje permeia debates acerca do direito humanitário internacional e governança mundial.

Deste modo, não coube, e tampouco era esta a pretensão, demarcar o domínio dos Direitos Humanos por decorrência da interpretação das nações ou das Cortes, mas tão somente averiguar, na espécie, uma eventual antinomia normativa em que uma das regras impor-se-ia sobre a outra em virtude de seu conteúdo, sendo este já reconhecido e acolhido de antemão pelas partes envolvidas.

A análise proposta foi concebida em três capítulos. No primeiro deles deu-se corpo a um desenlace histórico necessário para conceber as raízes da imunidade - germinada no contexto da formação dos Estados Modernos e sob a égide do conceito de soberania disseminado por Jean Bodin, Thomas Hobbes e Emer Vattel - , a institutos fundadores desta nova ordem, como a imunidade absoluta, os *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* e, por fim, a variada jurisprudência nacional e internacional acerca da matéria, além da legislação que lhe é inerente.

O marco teórico foi alocado no segundo capítulo desta obra. De início, foram destrinchados alguns equívocos em que usualmente incidem aqueles não familiarizados ao tema, a exemplo da distinção entre a imunidade do diplomata e a imunidade do Estado, além do cotejo deste princípio com a regra de *non-justiciability*. Na sequência, são apresentadas, uma a uma, as concepções dos estudiosos que formaram o arcabouço doutrinário pertinente à matéria, função para a qual foram fundamentais os arrazoados de Rosalyn Higgins, Ernest Bankas, Martin Dixon e Antonio Cassese.

Firmadas os apontamentos necessários e estabelecidas as premissas teóricas, chegamos ao terceiro capítulo em cujo bojo procurou-se fazer o cotejo analítico entre a sentença da Corte e a jurisprudência de outros tribunais. Neste ponto, os artigos científicos também foram essenciais. Muito se produziu acerca do julgamento nas universidades europeias em tempos recentes, já que pela primeira vez na história a CIJ pôde apreciar um conflito entre temas centrais no ordenamento jurídico internacional, como as imunidades, acesso à justiça, violações dos Direitos Humanos e normas peremptórias/*jus cogens*.

A trinca de capítulos foi concebida por meio do método indutivo, em que conclusões podem ser compostas mediante análise de situações específicas, particionadas, como dito supra, em jurisprudência, doutrina específica e legislação atinente ao tema. Para a redação, foram observadas as regras preceituadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas¹.

¹ Todas as traduções são de responsabilidade do autor da pesquisa. As notas de rodapé e explicativas foram mescladas, de modo a facilitar a leitura e compreensão de indicações literárias as quais não fazem parte do corpo do texto.

1 Abordagem histórica da Soberania e do desenvolvimento da Imunidade Estatal

1.1 Aspectos históricos da Soberania

Em grande parte, os princípios de direito são concebidos a partir de processos históricos ou fenômenos sociais que lhes dão maturação e permitem que seus efeitos espraíem-se conforme o comportamento dos grupos sociais em que estão inseridos. Considerando que a maioria dos princípios de direito postos no sistema normativo internacional segue dinâmica semelhante, cabe a todos que se debruçarem sobre o assunto a busca pelos institutos e origens conceituais que deram vazão a tais normas. Sendo assim, e para que se alcancem razoáveis conclusões acerca do tema em comento, cumpre compulsar o ambiente em que se deram ruturas e germinaram novas ideias e políticas, a remodelarem o sistema vigente.

A soberania é um destes institutos basilares imprescindíveis para compreender o desenlace histórico das Imunidades no âmbito internacional. Há muito se fala neste conceito e na impossibilidade de uma esfera do Direito Interno de um Estado poder interferir na de outro, sob pena de ser ferido o consagrado Princípio da Imunidade dos Estados. Sob o primado conceitual desenvolvido por Jean Bodin e aprimorado por Thomas Hobbes, à época da formatação dos Estados Modernos², o poder soberano era absoluto e indivisível. “Embora se possa dizer que ‘absoluto’ não comporta superlativo, não chega a ser paradoxal afirmar que o poder soberano de Hobbes é ainda mais absoluto do que o de Bodin”³ ⁴. Este protecionismo entre os

² Anote-se que do ponto de vista conceitual, o Estado como instrumento existiu muito antes, vale dizer, o Estado Absolutista, o Estado Feudal e os Impérios nada mais eram que organizações sociais e políticas voltadas a determinado fim. Sobre isto, ler: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*: ensaio sobre história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

³ BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 2001. p. 107

⁴ Anterior ainda ao raciocínio de Bobbio, em *Oppenheim's international law* Hersch Lauterpacht afirma que “*On the other hand, in the seventeenth century, Hobbes went even beyond Bodin, maintaining that a Sovereign was not bound by anything and had a right over everything, even over religion*”. Disponível em: <https://archive.org/stream/internationallaw12oppe#page/104/mode/2up> (Acessado em 10/4/2014).

chamados Estados-nação – que nações de fato só tornar-se-iam a partir do século XIX⁵ -, fomentado pela Paz da Westfália (1648), fez-se necessário, pois aqueles precisavam impor-se e dar supedâneo aos novos monarcas frente aos súditos e às frequentes investidas da Igreja. Nota-se também uma economia de mercado embrionária, fomentada por um amplo espírito colonizador, viagens de descobrimento e desenvolvimento de comércio exterior.

Ainda, no período pré-estatal havia um vácuo no que concerne ao controle dos costumes da população e ausentes mecanismos burocráticos e fiscais, vale dizer, o poder político e legal estava fragmentado, do mesmo modo que estava a Europa, definida por Paolo Grossi como “uma sociedade formada por sociedades”⁶. Havia certa pluralidade de entidades políticas autônomas. Este processo de centralização do poder, da transmutação das comunidades medievais para sociedades hierarquicamente ordenadas ocorreu de maneira bastante lenta, pois “passou-se do poder disperso e local a um poder situado num foco axial. Os senhores feudais, que detinham o poder em cada uma de suas sedes territoriais, perdem-no aos poucos para o monarca, que o exerce em um centro, unificado politicamente no reino”.⁷

1.2 A Soberania em Bodin – breves anotações

Tal controvérsia foi o pano de fundo na construção de Bodin, cuja teoria estava fundada na doutrina da igualdade soberana e na máxima *par in parem non habet imperium*⁸. Não obstante, o pensador francês esteve aquém do entendimento de Hobbes, vez que permitia exceções ao conceito de soberania absoluta. “A teoria de Bodin, entretanto, é insuficiente quando ele postulou e admitiu que a soberania não

⁵ Sobre isto, conferir: MANCINI, Pasquale. Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Editora Ijuí, Ijuí, 2003 [Coleção Clássicos do Direito internacional/ Dirigida por Arno Dal Ri Júnior].

⁶ GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Tradução de Laurence Hooper. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010. Tradução livre. Do original: *The socio-political reality of the Middle Ages was composed of an extremely fragmented complex of communities, a society made up of societies* p. 6 (grifo nosso).

⁷ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 9.

⁸ Termo latino que denota a igualdade entre os estados de modo a não se submeterem uns às leis dos outros.

poderia anular certas leis importantes consolidadas e caras aos governados ,[...] que as Leis de Deus e na natureza devem ser devidamente respeitadas pelo soberano e cidadãos”.⁹

Sobretudo no que toca ao respeito às leis divinas e das marcas da soberania, o próprio autor francês traz no primeiro dos seus Seis Livros da República a assertiva de que

Posto que não há nada maior na Terra, depois de Deus, que os Príncipes soberanos, e que eles são estabelecidos por Ele como seus tenentes para comandar os outros homens, é necessário levar em conta sua qualidade, a fim de respeitar e reverenciar sua majestade em toda obediência, sentir e falar deles em toda honra, pois aquele que engana seu Príncipe soberano engana a Deus, do qual ele é a imagem na Terra.¹⁰

Como em tantos acontecimentos históricos, resta evidente que tal processo não foi repentino. O descolamento entre a visão de submissão a um Imperador e a consequente identificação do indivíduo medieval com a *civitas*, pertencente a um território, são as primeiras mudanças de escopo “na lenta separação desta matriz comum que toma forma uma nova imagem de soberania”.¹¹

Para Ernest Bankas,

Esta inclinação de pensamento contribui grandemente para a postulação de que se um país ou um estado soberano tem sua fonte de poder controlada por outro país, aquele não poderá ser designado como país no real sentido do significado de soberania, pois lhe falta poder soberano ou poder supremo, o qual, por uma questão principiológica, é uma característica distintiva ou marca de um Estado.¹²

⁹ BANKAS, Ernest K. *The State Immunity Controversy In International Law*. Springer Berlin, Heidelberg 2005. p. 17. Tradução livre. Do original: *Bodin's theory, however, fell short of the mark when he postulated and admitted that the sovereign could not abrogate certain important entrenched laws dear to the hearts of the ruled [...]the laws of God and nature are to be duly respected by the Sovereign and the citizenry.*

¹⁰ BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris : Librairie générale française, 1993. Tradução livre. Do original: *Puisqu'il n'y a rien plus grand en terre, après Dieu, que les Princes souverains, et qu'ils sont établis de lui comme ses lieutenants, pour commander aux autres hommes, il est besoin de prendre garde à leur qualité, afin de respecter et révéler leur majesté en toute obéissance, sentir et parler d'eux en tout honneur, car qui méprise son Prince souverain, il méprise Dieu, duquel il est l'image en terre.*

¹¹ COSTA. *Op. Cit.* p. 131.

¹² BANKAS. *Op. Cit.* p. 3. Tradução livre. Do original: *This bent of thinking contributes greatly to the postulation that if a country or a sovereign state has its source of power controlled by another country, it cannot in the real sense of the meaning of sovereignty be designated as a state, because it lacks*

1.3 A Soberania em Hobbes – breves anotações

Por sua vez, Hobbes não dá margem a concessões quanto a determinados costumes religiosos, leis divinas ou a própria *Lex Salica*¹³, para citar um caso específico dos europeus. Rompe-se com o preceito aristotélico de sociedade natural de homens e filia-se ao contrato social¹⁴.

O jusnaturalismo¹⁵ freia essa tendência à pacífica convivência humana e é o ponto de inflexão em relação às exceções previstas por Bodin no que concerne ao poder absoluto, já que “longe de serem espontaneamente ordenados, os indivíduos são os detentores de um poder que não encontra em si mesmo limites ou freios e se traduzem num conflito destrutivo”¹⁶.

Como bem aponta Bobbio, o vício não está no excesso de poder, mas na insegurança derivada da ausência deste¹⁷. A lição do professor italiano no que diz respeito ao ilimitado poder do Soberano em Hobbes esclarece bem o ponto aqui apresentado, senão vejamos

Em outras palavras, o vínculo que os súditos têm com relação às leis positivas não é da mesma natureza do que prende o soberano às leis naturais. Se o súdito não observar as leis positivas, poderá ser obrigado a isso pela força do poder soberano; mas se o soberano não observar as leis naturais, ninguém poderá constrangê-lo à sua obediência; ninguém poderá puni-lo (pelo menos neste mundo). Em consequência, enquanto as leis positivas constituem para os súditos comandos que precisam ser obedecidos absolutamente, as leis naturais são, para o soberano, apenas regras de prudência, sugerindo-lhe um determinado tipo de conduta, para alcançar determinado fim; não lhe impõem necessariamente um comportamento determinado. O soberano é juiz da conduta do seu súdito, mas a conduta do soberano é julgada por ele próprio. (grifo nosso).¹⁸

sovereign power or supreme power which as a matter of principle is a distinctive characteristic or mark of a state.

¹³ A *Lex Salica* cuidava de áreas do direito privado (matrimônio, indenizações) e público (crime, punições).

¹⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. *A Sociedade Internacional e o Século XXI*. Editora Unijuí, 2001. pp. 146 e 147.

¹⁵ Sobre jusnaturalismo em Hobbes, conferir: BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*. Tradução de Daniela Gobetti; Chicago: The University Chicago Press, 1993.

¹⁶ COSTA. *Op. Cit.* p. 135.

¹⁷ BOBBIO. *Op. Cit.* p. 109.

¹⁸ *Ibidem.* p. 110.

Ou seja, largados ao *bellum omnium contra omnes*¹⁹ a única saída para os indivíduos está na ordem única e indivisível concedida ao Soberano para que este os proteja dos seus próprios anseios e garanta seus direitos particulares, ainda que, paradoxalmente, não esteja imbuído de observá-los. Do contrário, estarão largados à própria sorte, sem garantia de propriedade e “só pertencerá a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo”²⁰.

Antes da unificação, a concepção de soberania fundamentava-se em religião, na particular natureza divina dos reis, definida por Paulo Bonavides como teoria da investidura providencial, em que a origem divina do poder lhes conferia prerrogativas ilimitadas já que “são os monarcas na terra os executores irresistíveis da vontade de Deus. Cumpre aos povos prestar-lhes cega obediência [...] são responsáveis unicamente perante Deus, jamais perante os homens”.²¹

Com o advento da Revolução Francesa²² e seus desdobramentos políticos, uma nova abordagem nasceria ao cabo do século XIX, em que o direito divino do povo tomaria o lugar daquele reservado aos reis. Temos em Duguit uma crítica contundente ao modelo concebido por Hobbes e Rousseau - no plano interno, acerca da unidade do poder soberano - decorrente da soma da vontade de todos os indivíduos, de modo a formar uma personalidade distinta destes. Diz o autor que, da maneira como querem os contratualistas, “o princípio da soberania nacional não é só indemonstrado e indemonstrável, mas também é inútil”²³. Em outro escrito, o francês traz seu conceito para o termo: “a soberania é sempre uma vontade comandante. Ela é uma vontade superior a todas as outras vontades que se encontram num dado território”.²⁴ Logo,

¹⁹ Termo latino que significa “guerra de todos contra todos”, foi utilizado pela primeira vez por Hobbes em *De Cive* e posteriormente desenvolvido em *O Leviatã*.

²⁰ HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 47.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 21ª Ed., 2014.

²² Hermann Heller segue essa ideia da mudança no papel do povo que, a partir do arrefecimento das monarquias, pôde se organizar na forma de sociedade civil e compor o espectro político. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

²³ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. Martin Claret. São Paulo, 2009. p. 73.

²⁴ *Ibidem*. p. 73.

extrai-se da vontade de cada cidadão, em conjunto, uma vontade geral independente daquelas, embora correlata.

1.4 Da Soberania à Imunidade Absoluta dos Estados

A geração de pensadores influenciados diretamente por Hobbes cimentou a ponte que aqui se pretende construir de modo a unir os preceitos de Soberania e Imunidade dos Estados. Citado por Bankas no desate cronológico pós-Westphalia, Emer de Vattel faz alguns²⁵ apontamentos do que viria a ser a gênese da absoluta imunidade estatal

Já que os homens são iguais por natureza e seus direitos e deveres individuais são os mesmos, as nações, que provêm da mesma natureza, são compostas por homens e podem ser vistas como grupos de pessoas livres vivendo juntas em um estado de natureza, e são, por natureza, iguais e mantêm a natureza das mesmas obrigações e dos mesmos direitos; a força ou a fraqueza, neste caso, não fazem diferença. Um anão é um homem tanto quanto um gigante também é; uma pequena república não é um Estado menos soberano do que o mais poderoso reino. Uma nação é, portanto, livre para agir como quiser, desde que seus atos não afetem os direitos de outra nação, e desde que a nação esteja sob meras obrigações sem qualquer obrigação externa. Se esta nação abusou da sua liberdade, ela está agindo injustamente; porém outras nações não podem reclamar/criticar, uma vez que não têm o direito de ditar sobre a nação em questão²⁶ (grifo nosso).

Daí que alguns internacionalistas²⁷ atribuam à máxima *pari parem non habet imperium*^{28 29} o fulcro sobre o qual se fundamenta a intangibilidade do Soberano, e do próprio Estado, por consequência, às cortes locais.

²⁵ De acordo com Ernest Bankas, o tema também seria abordado com semelhante proceridade por Samuel Von Pufendorf e Hegel: “*The writings of Bodin, Hobbes, Hagel and Vattel set the pace for the understanding that immunity of states must be seen in a metaphysical sense as a theoretical derivation from local supreme power (superanus)*”. BANKAS. *Op. Cit.* p. 9

²⁶ *Ibidem.* p. 7. “*Since men are by nature equal and their individual rights and obligations the same, as coming equally from nature, nations, which are composed of men and may be regarded as so many free persons living together in a state of nature, are by nature equal and hold from nature the same obligations and the same rights, strength or weakness, in this case, counts for nothing. A dwarf is as much a man as a giant is; a small republic is no less a sovereign state than the most powerful kingdom. A nation is therefore free to act as it pleases, so far as its acts do not affect the perfect rights of another nation, and so far as the nation is under merely obligations without any perfect external obligation. If it abused its liberty it acts wrongfully; but other nations cannot complain since they have no right to dictate to it*” (grifo nosso).

²⁷ Neste particular, ver: MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Internacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2011 2ª Ed. p. 71; HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 78; DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. Revista de Informação

Não tardou para que os primeiros casos chegassem às cortes superiores. O primeiro litígio a tratar de forma completa este tema foi *Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) – alcunhado por Bankas como o *fons et origo* das leis modernas de imunidade estatal³⁰ - , o qual consistia em disputa entre dois cidadãos americanos contra o estado francês, iniciada ainda em uma corte local americana (*United States District Court of Pennsylvania*).

Em síntese, um barco de *McFaddon* e *Greetham* havia sido confiscado pela marinha napoleônica no transcurso de 1810. Defenderam, pelo princípio da equidade, que a embarcação militar francesa, agora atracada na Filadélfia, voltasse a sua posse.

Embora derrotados localmente, a decisão depois seria revertida pelo distrito judicial (*Circuit Court*) e uma vez mais objeto de recurso para a Suprema Corte Americana, em que chegou com os seguintes considerandos³¹:

Legislativa, Brasília, a. 19, No 76, p. 06, out./dez. 1982; BANKAS, Ernest K. *The State Immunity Controversy In International Law*. Springer Berlin, Heidelberg 2005. p. 7; CASSESE, Antonio. *International Law*, New York: Oxford University Press, 2ª Ed. 2012. p. 98; DIXON, Martin. *Textbook on International Law*. Sixth Edition. New York: Oxford University Press. 2007.

²⁸ Inspirado nos ensinamentos de Jacob Dolinger, Leandro de Oliveira Moll é claro ao definir a utilização do brocardo latino: “Foi-se buscar, então, na antiga regra feudal *par in parem non habet imperium*, a argumentação jurídica que justificasse a doutrina de imunidade de jurisdição absoluta dos Estados. De acordo com aquela regra, os senhores feudais só responderiam a seus superiores, e não a seus iguais. A adaptação do adágio medieval dos Estados soberanos teve boa acolhida, o que se deu, em grande parte, devido à tradição do *Ancien Régime* em identificar-se o Estado com a pessoa do soberano, e, principalmente, ao princípio da *Common Law* segundo o qual os atos do soberano ficavam acima de qualquer exame das cortes locais (*the king can do no wrong*)”. In: MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Internacionais ante a realidade das organizações internacionais*. FUNAG. 2ª Ed. 2011 p. 71; Alain Pellet também tangencia a questão ao escrever que “De todos os reinados, o da famosa máxima ‘o rei não pode fazer mal’ foi o mais durável”. PELLET, Alain *et alii*. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 776.

²⁹ Antonio Casesse é preciso ao tratar da expressão latina quando afirma que “*A state may not exercise its sovereign powers over, or otherwise interfere with, actions legally performed by foreign States on its territory. This legal inability stems from the general principle imposing respect for the independence and dignity of foreign States (par in parem non habet imperium, that is, equals have no jurisdiction over one another)*”. CASSESE. *Op. Cit.* p. 98

³⁰ BANKAS. *Op. Cit.* p. 14.

³¹ BANKAS. *Op. Cit.* p. 14. No original, as sentenças estão dispostas nos seguintes termos: “*Whether France being a sovereign country can be impleaded or sued in her own name in a foreign court, i.e., U.S. Courts; Whether based on absolute or classical doctrine of a sovereign immunity France could arrest suit or possibly resist if the need be an execution against her property; Whether Napoleon having acquired title by force could be impleaded*”.

- I) Sendo a França um país soberano, pode ela ser processada em seu próprio nome em uma corte estrangeira, v.g., as cortes americanas?
- II) Baseada na doutrina clássica ou na absoluta imunidade estatal a França poderia resistir caso fosse necessário para evitar uma execução contra sua propriedade?
- III) Tendo Napoleão adquirido a posse pela força, poderia ser processado?

Dada a inexistência de jurisprudência ou de lei escrita sobre o tema³², o Presidente da Suprema Corte Americana John Marshall teve de buscar na filosofia e na política o supedâneo de sua decisão, mormente nos escritos de Vattel, Hobbes e outros³³. O exercício da soberania implicava na observação do princípio da Igualdade dos Estados e na correspondência de tratamento dos estrangeiros, das missões diplomáticas e do relacionamento interestatal, de modo a estimular o convívio harmônico entre as nações.

Aí há um ponto nevrálgico na discussão posta por Marshall. Vez que, em sendo o Estado senhor das suas razões e tendo o poder de agir internamente como lhe melhor convir, seria, em tese, lícito que qualquer soberania pudesse interpelar judicialmente outro ente soberano.

Nada obstante, caso um Estado agisse de forma a extrapolar suas prerrogativas territoriais e lesasse a dignidade dos Estados, atingiria uma norma implícita estabelecida na ordem internacional³⁴. Note-se que esta obrigação de respeito à dignidade e à independência dos países estava norteadada por uma lógica dual, vale dizer, os Estados também estavam compelidos “a sua mais alta obrigação de

³² *Ibidem* p. 21.

³³ *Ibidem* p. 30

³⁴ *Ibidem*. p. 16

protegerem-se de serem sujeitados à jurisdição de outros estados”³⁵. Em resumo, o *suprema potestas* lastreia internamente esta ideia de igualdade estatal e estimula relações virtuosas entre as nações³⁶.

Já em 1879, o caso *Parlement Belge* trouxe nova discussão às cortes em temática semelhante à do *Schooner Exchange*. A colisão entre um rebocador e um navio a vapor, alcunhado de *Parlement Belge*, ensejou ação dos proprietários daquele contra este último, a fim de que se pagasse reparação das avarias. O barco pertencia ao estado soberano da Bélgica e era conduzido por oficiais da marinha belga, sob ordens do Rei. Em última instância, estabeleceu-se um precedente em relação aos navios de guerra que mesmo simultaneamente agissem para fins públicos e comerciais, como era o caso do *Parlement Belge*³⁷.

Em sua decisão, o Chefe da Corte de Apelação William Brett (*Lord Justice of Appeal Brett*) reafirmou os valores absolutos da soberania, independência, dignidade e respeito mútuo dos Estados, de modo a consolidar um concerto internacional entre as nações³⁸.

Como contraponto à decisão, alguns anos depois Léon Duguit lançaria o seguinte questionamento:

os Estados soberanos podem estar subordinados a uma regra que lhes imponha obrigações recíprocas? Logicamente, parece que não, pois, se eles estão submetidos a uma regra que venha a limitar sua liberdade de ação, sua

³⁵ *Ibidem*. p. 16. Tradução livre. Do original: “[...] states have the highest obligation to guard against being subjected to the jurisdiction of other states.”

³⁶ *Ibidem* p. 17

³⁷ Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=179&invol=552>
Acessado em 17/04/2014.

³⁸ *Ibidem*. p. 24. Ernest Bankas cita o trecho da decisão de LJ Brett: *The principle to be deduced from all these cases is that, as a consequence of the absolute independence of every sovereign authority, and of the international comity which induces every sovereign state to respect the independence and dignity of every other state, each and every one declines to exercise by means of its courts any of its territorial jurisdiction over the person of any sovereign or ambassador of any other state, or over the public property of any state which is destined to public use, or over the property of any ambassador, though such sovereign ambassador or property be within its territory and therefore, but for the common agreement subject to jurisdiction”* (grifo nosso)

independência, não serão mais soberanos; podemos dizer que eles deixam de ser Estados.³⁹

Quase um século mais tarde, Sorensen explicitaria os institutos aventados por William Brett ao conceituar a soberania como o mais importante princípio do direito internacional, fruto de um apanhado de normas fundamentais deste ordenamento. A partir daí destaca três aspectos: o externo, em que o Estado está livre para assentar suas relações com outros entes e que pressupõe o segundo ponto, interno, que assegura a ordem legislativa e estrutura funcional de suas instituições, além do traço territorial, cuja característica decorre do poder coercitivo que o Estado exerce sobre tudo e todos que estão presentes em seu território.⁴⁰

Coetâneas são as opiniões de Kaplan e Katzenbach, em cujo trabalho acerca dos fundamentos políticos do direito internacional anotam que a transição que perfez mais de dois séculos de desenvolvimento dos novos Estados-nação arrefeceu a tese da soberania como um fim em si, pressuposto da independência e alheio às novas tendências⁴¹ que se avizinhavam por ocasião da gênese de entidades políticas, sendo a mais notável dela as Nações Unidas. Os autores classificam esta nascente dinâmica de sistema bipolar flexível, em que “não é mais requisito para a segurança política do Estado ser livre e independente de interferências nos assuntos internos”.⁴²

Por sua vez, segundo Jean Touscoz, a soberania é expressão da independência, a qual serve de pressuposto para a atribuição da condição de Estado a uma

³⁹ DUGUIT, Léon. *Souveraineté et Liberté*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1922. p. 104. Tradução livre. Do original: *Les États souverains peuvent-ils être subordonnés à une règle qui leur impose des obligations réciproques ? Il semble logiquement que non, car, s'ils sont soumis à une règle qui vient limiter leur liberté d'action, leus indépendence, ils cessent d'être souverains ; ils cessent, peut-on dire, d'être des États*.

⁴⁰ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1973. pp. 264-265.

⁴¹ Acerca da reestruturação do Direito Internacional no pós-guerra, ver BRIERLY, J.L. *Direito Internacional*. Tradução de M.R. Crucho de Almeida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967; FRIEDMANN, Wolfgang. *La nueva estructura del derecho internacional*. Ciudad de México: Trilhas S.A., 1967.

⁴² KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. pp. 152-153.

coletividade, onde já haja uma população, em determinado território e com governo estabelecido. No âmbito internacional, a soberania não pode ser considerada absoluta, dada a existência de uma pluralidade de entes. Sobre o poder supremo, diz Tauscoz

É certo que, em abstracto, poderia conceber-se que os Estados são totalmente separados uns dos outros e que cada governo exerce sobre o seu território e sobre a sua população um poder supremo. Mas, na sociedade internacional, os Estados são fortemente interdependentes: não se pode imaginar que cada um deles possa ter pretensões a um poder supremo.⁴³

Mais recente, a definição de Dixon se aproxima desta e presta ênfase aos aspectos interno e territorial. Já há, no entanto, reconhecimento de certas limitações nas prerrogativas estatais no que diz respeito a Direitos Humanos, fator ainda não consolidado definitivamente à época dos escritos de Sorensen. Segundo o autor

A soberania é a forma de jurisdição mais abrangente no Direito Internacional. Em termos gerais, denota poder pleno e incontestável sobre o território e sobre todas as pessoas periodicamente ali estabelecidas. Pode estar submetida a certas limitações, como garantias de direitos humanos e privilégios diplomáticos, mas à parte as exceções que estão positivadas, a soberania de um Estado sobre o seu território é absoluta e completa⁴⁴

Desenvolvida no início século XIX e tida como intocável até a primeira década do século XX⁴⁵, a Imunidade estava calcada em certo pragmatismo, o que impedia o aprimoramento de uma teoria direcionada não somente ao Estado – naquele ponto mergulhado em uma soberania absoluta, apenas questionável pela regra da reciprocidade -, mas também ao indivíduo.

Corroborando as duas jurisprudências citadas suso, o autor brasileiro Jacob Dolinger aponta que,

⁴³ TOUSCOZ, Jean. Direito Internacional. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1993. p. 34.

⁴⁴ DIXON, Martin. *Textbook on International Law*. Sixth Edition. Oxford. Oxford University Press. 2007. p. 154. Tradução livre. Do original: *Sovereignty is the most extensive form of jurisdiction under international law. In general terms, it denotes full and unchallengeable power over territory and all the persons from time to time therein. It may be subject to certain limitations, such as guarantees of human rights and diplomatic privileges, but apart from exceptions that are positively established, a state's sovereignty over its territory is absolute and complete.*

⁴⁵ HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process – International Law and How We Use it*. New York: Oxford University Press. 2000. p. 79

iniciando-se no final do século XVIII e continuando através do século XIX, as cortes internacionais desenvolveram a doutrina da ilimitada imunidade estatal. A recíproca independência, igualdade e dignidade dos Estados soberanos obrigaram-nos a se abster de exercer qualquer jurisdição *in personam* ou *in rem* visando a coerção das leis locais sobre um Estado estrangeiro ou sobre sua propriedade⁴⁶.

Após a 1ª Grande Guerra, Herman Heller reafirma a soberania como pressuposto da existência do próprio Direito Internacional. Na linha do que vinha sendo debatido acerca da imunidade absoluta, escreve o autor que “[...] é necessário afirmar que a soluta potestas, mesmo frente ao direito, é o elemento que determina a natureza da soberania” já que decorrente da vontade conjugada dos Estados.⁴⁷

Entretanto, este cenário mudaria. Não só em razão das crescentes relações diplomáticas, mas, sobretudo por terem se tornado sujeitos do comércio internacional⁴⁸, a “absoluta imunidade cada vez mais parecia um fenômeno inapropriado frente às exigências do mundo comercial contemporâneo e das noções de estabilidade, integridade e equidade nos mercados”⁴⁹. Esses traços já podiam ser notados com o advento do Pacto da Liga das Nações, que proporcionou novas perspectivas ao direito internacional⁵⁰. Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Martin Dixon aponta que

a imunidade absoluta estava tornando-se contraprodutiva na medida em que aqueles países ainda aderentes a ela encararam um declínio na sua parte do comércio mundial, devido ao malogro em salvaguardar os direitos de cidadãos e corporações privadas. O resultado destas mudanças na organização do

⁴⁶ DOLINGER. *Op. Cit.* p. 06.

⁴⁷ HELLER, Hermann. *La Soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Ciudad de México: La Fundación, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995. p. 226. Tradução livre. Do original: “[...] es necesario afirmar que la soluta potestas, aun frente al derecho, es el elemento que determina la naturaleza de la soberanía.”

⁴⁸ *It is instructive to note that, before the coming into existence of the former USSR, as a result of the Socialist Revolution of 1917, governments of the various countries of the world in fact did not engage in commercial activities on any considerable scale or appreciable degree, hence states were ever ready to offer immunity in respect to all acts of sovereign states, be it acta jure imperii or acta jure gestionis. Thus prior to the advent of many centrally controlled economies, immunity was absolute.* BANKAS. *Op. Cit.* p. 36.

⁴⁹ HIGGINS, Rosalyn. Certain aspects of the Law of State Immunity. *Netherlands International Law Review*, 29. 1982. pp. 265-271.

⁵⁰ FENWICK, Charles G. *International Law*. 3rd Edition. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc. 1948 p. 23.

comércio, combinada com preocupações em relação aos direitos dos indivíduos, levou ao desenvolvimento da doutrina da imunidade relativa⁵¹

1.5 *Acta jure imperii, acta jure gestionis* e a Imunidade Relativa

Ao cabo da Primeira Guerra Mundial e durante todo o período entre guerras as incertezas causadas no âmbito do comércio internacional pela imunidade absoluta fez florescer uma distinção entre os atos de império (*acta jure imperii*) e os atos de gestão (*acta jure gestionis*), embora ainda hoje haja certa dificuldade para definir quais atos enquadram-se em cada posição⁵², ou seja, os conceitos de transação comercial ou atos de soberania.⁵³

Tais incertezas também podem ser atribuídas a certo interesse de alguns Estados em manterem-se em posição privilegiada⁵⁴ - vez que gozavam de proteção absoluta e formavam, nos dizeres de Ernest Bankas, “uma verdadeira hagiocracia”⁵⁵ - e aos

⁵¹ DIXON. *Op. Cit.* p. 179. Tradução livre. Do original: “... absolute immunity was becoming counterproductive as those countries that still adhered to it found themselves facing a decline in their share of world trade because of a failure to safeguard the rights of private citizens and corporations. The result of these changes in the organization of international commerce, combined with some concern for the rights of the individual, led to the development of the doctrine of restrictive immunity” (grifo nosso).

⁵² BANKAS. *Op. Cit.* p. 323. *It is clear that the current law of sovereign immunity is changing but it is hard to tell exactly where the change is taking us. Thus although some countries are modulating their positions on the said subject matter, however, state practice seemed not uniform. For example, the meaning of commercial transaction and sovereign authority undoubtedly opens a Pandora's box of difficulties and uncertainties, hence there is the need for more clarification and elucidation of these terms.*

⁵³ Rosalyn Higgins problematiza a questão ao dar o seguinte exemplo: *The key problem undoubtedly is how one distinguishes an actus jure imperii from an actus jure gestionis. Even if we accept the distinction between acta jure imperii and acta jure gestionis, it is not always self-evident into which category any specific transaction falls. A contract for sale and purchase is generally regarded as a commercial transaction an actus jure gestionis. What about a contract to purchase missiles? Is that to be regarded as an exercise of sovereign authority? If contracts are to be regarded as acta jure gestionis, would that be true of a contract for the employment of a diplomat?* HIGGINS, 1994. p. 82.

⁵⁴ Este momento é delineado com maestria em KOSKENNIEMI, Martii. *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960*. New York: Cambridge University Press, 2004.

⁵⁵ BANKAS. *Op. Cit.* p. 314.

juristas e estudiosos⁵⁶ e juízes, aos quais o autor impõe severa crítica, nos seguintes termos.

Os defensores originários da imunidade relativa representavam uma verdadeira hagiocracia, quando as atividades comerciais dos estados tornou-se severamente problemática e o direito dos pleiteantes eram ignorados em virtude da imunidade absoluta, após a Grande Guerra. Daí em diante, comentaristas, estudiosos, juízes e legisladores foram todos influenciados pelo grande apelo da imunidade relativa. Por consequência, muitos simplesmente esconderam-se em clichês nebulosos, e então resignaram-se a uma completa aceitação da instável doutrina da imunidade relativa. Logo, quando a cabeça tomou controle do coração, descobriu-se que os fatores fundamentais condicionantes destes problemas intratáveis não podem simplesmente serem resolvidos ao aplicar-se a imunidade relativa, a qual por cinquenta e nove anos nos meteu em uma área confusa. Agora, está ficando claro que uma simples dicotomia entre imunidade absoluta e imunidade relativa não é uma resposta completa ou panaceia a resolver tal controvérsia.⁵⁷

Em linhas gerais, *acta jure imperii* são aqueles de autoridade pública ou fruto de soberania, ao passo que *acta jure gestionis* decorrem do comércio ou transações econômicas. Tal distinção é feita deste modo para que se possa enquadrar determinado Estado dentro das suas prerrogativas como ente soberano, ao gozar da imunidade irrestrita, ou parte em igualdade de condições com quem que negocie.

Em que pese a simplicidade desta distinção, a prática apresenta complexos exemplos quando os conceitos entram em cotejo. Dixon levanta o exemplo do contrato de compra e venda de cimento⁵⁸ entre dois Estados, que, a priori, tratar-se-ia de transação comercial. Entretanto, se o material fosse utilizado para a construção de

⁵⁶ Pelas mãos da escola italiana, já na virada do século, Dionisio Anzilotti foi um dos precursores na separação dos atos comerciais e soberanos dos Estados. Neste particular, conferir ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Cedam, 1964.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 314. Tradução livre. Do original: The original proponents of restrictive immunity were accorded a veritable hagiocracy, when commercial activities of states became severely problematic and plaintiff rights were ignored because of the force of absolute immunity, after the great war. Thereafter, commentators, scholars, judges and legislators were all influenced by the great appeal of the restrictive immunity. Many therefore simply withdrew into nebulous platitudes, thus resigning to a complete acceptance of the shaky doctrine of restrictive immunity. Soon when the head took control of the heart, it was discovered that the fundamental factors conditioning these intractable problems can not simply be resolved by applying restrictive immunity, which over fifty-nine years has forced us into a zone of confusion. Now, it is becoming clearer that a simple dichotomy between absolute immunity and restrictive immunity is not a complete answer or panacea in resolving the controversy.

⁵⁸ DIXON, Martin. *Op. Cit.* p. 180.

instalações militares o enquadramento poderia ser distinto, a depender da classificação utilizada por cada Estado.

Sendo assim, o autor sugere alguns métodos para o deslinde dos atos praticados - todos eles com pontos fortes e fracos - a partir da natureza do ato (*nature of the act*), do propósito do ato (*purpose of the act*) e da matéria envolvida no ato (*subject matter*), em que uma lista de assuntos seria confeccionada e nela a Corte basear-se-ia para definir suas classificações.⁵⁹

Byers expõe o problema de dentro para fora e ressalta a falta de habilidade dos ordenamentos jurídicos nacionais para lidar com a questão.

Na falta de uma base consensual para definir o que constitui um ilícito não comercial numa dada situação, este exercício de definição está intimamente ligado à particular concepção de “política pública” dos sistemas legislativos nacionais. Este liame entre responsabilidade civil e política pública poderia também parecer contribuir para a íntima conexão entre reparação de danos e projetos de estatutos reparatórios. Concepções de política pública variam muito dentre os Estados, o que significa que os riscos de imposições de jurisdição subjetivas, de culturas específicas, são maiores no que diz respeito a leis relativas a ilícitos não comerciais do que comerciais. A existência destes grandes riscos e o fato de que a imposição da jurisdição, neste contexto, sobre um Estado estrangeiro, envolve aplicação das concepções em política pública de um Estado a outro Estado, podem ajudar a explicar a relutância generalizada das legislaturas e cortes nacionais em padronizar as regras sobre a imunidade estatal frente a ilícitos não comerciais e regras que se aplicam a casos relacionados a atividades comerciais.⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem*. p. 182.

⁶⁰ BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 71-72. Tradução livre. Do original: *In the absence of any consensual basis for defining what constitutes a non-commercial tort in any particular situation, that definitional exercise is closely tied to the national legal system's particular conception of 'public policy'. This link between tort law and public policy would also appear to account for the close connection between recovery in tort and statutory compensation schemes. Conceptions of public policy vary greatly among States, which means that the risks of subjective, culturally specific assertions of jurisdiction are greater with regard to laws concerning non-commercial torts than they are with regard to laws concerning commercial activities. The existence of such greater risks and the fact that the assertion of jurisdiction over a foreign State in this context involves applying one State's conceptions of public policy to another State, may help to explain the general reluctance of national legislatures and courts to bring the rules on State immunity for non-commercial torts into line with those rules which apply to cases concerning commercial activities.*

Na verdade, apesar da engenhosidade dos doutrinadores internacionalistas, a questão é intrincada⁶¹ e gera disputas nos tribunais internacionais há bastante tempo, vez que cada Estado tem seu modo de definir atos de império e de gestão.

No Brasil, apenas em 1989 a imunidade relativa foi reconhecida, na Apelação Cível 9696/1989 (Genny de Oliveira v. República Federativa da Alemanha), em que foram tratadas questões trabalhistas. Posteriormente, no Recurso Ordinário 57/RJ (Maria Thereza Goulart e outros v. Estados Unidos da América), em que os herdeiros do ex-presidente João Goulart buscaram reparação por danos morais e patrimoniais em virtude da suposta participação dos EUA no golpe de 1964.⁶²

Recentemente, no Recurso Ordinário 134/RJ, de competência do Superior Tribunal de Justiça, discutiu-se possibilidade de indenização por parte da República Federativa da Alemanha em virtude de barco brasileiro afundado, ainda na década de 40, por um submarino alemão. O pedido dos autores foi denegado sob a justificativa de que a ofensiva militar em período de guerra seria ato de império, razão pela qual a Alemanha goza de imunidade absoluta e, portanto, não se submete à jurisdição pátria.

⁶¹ No *Recueil de Cours* (1953) da Academia de Direito Internacional de Haia, Jean-Flavien Lalive tece duras críticas à tentativa de distinção entre atos de império e atos de gestão e escreve em defesa da concepção da imunidade absoluta, nos seguintes termos: "*En, d'autres termes, Il faut reconnaître que – faute d'un critère international de qualification – la poussée louable de la jurisprudence et de la doctrine vers une limitation des immunités s'engage dans une voie très difficile dont la seule issue satisfaisante serait la solution institutionnelle. Les distinctions entre les actes de l'État sont empiriques et souvent arbitraires. Tout d'abord ceux qui parlent d'une double personnalité de l'État, - comme si celui-ci était un Janus, dont une face serait tournée vers les fonctions dites << publiques >> et l'autre face orientée vers les activités privées – font de la poésie et non du droit.*" (grifo nosso) LALIVE, Jean-Flavien. *L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales. Recueil de Cours* (1953), vol. 84, pp. 285.

⁶² FERNANDES, Camila Vicenci. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca. A. 14 n.19, p 01-404, 2010.

1.6 Imunidade Jurisdicional dos Estados nas normas contemporâneas

Na gênese da Comunidade Internacional pós-Westfália o equilíbrio de forças entre os Estados não permitiu, inicialmente, a imposição de um princípio que se sobrepusesse aos costumes e acordos firmados entre eles. Sob a égide de três postulados – liberdade, igualdade e efetividade – os Estados desenvolveram a abordagem do *laissez-faire*, que perdurou por considerável período até o advento das Nações Unidas no pós-guerra.⁶³

Como bem salienta Cassese, ao cabo da 2ª Grande Guerra, a vontade dos Estados seguia o sentido de construir uma ordem internacional que evitasse conflitos e prezasse pela justiça, visão corroborada por Robert Jackson, ao propor que “a teoria ética por trás do direito internacional histórico existente é fundamentalmente conservadora. No cerne da Carta da ONU está a responsabilidade básica dos Estados existentes para defender a paz e a segurança internacionais.”⁶⁴

Daí que a comunhão dos Estados sob os auspícios da ONU tenha concebido a Carta das Nações Unidas de 1945 com três princípios basilares, que eram a autodeterminação dos povos, a solução pacífica dos conflitos e a proibição de ameaça ou uso da força.

Embora a evolução tenha sido rica, não contemplou todas as necessidades da comunidade internacional, já que, nesse panorama houve um movimento encabeçado pela União Soviética em defesa do socialismo⁶⁵ e da função central do Estado em detrimento ao indivíduo e os direitos civis.⁶⁶

⁶³ CASSESE. *Op. Cit.* pp. 47-48.

⁶⁴ JACKSON, Robert H. *Classical and Modern Thought on International Relations: from anarchy to cosmopolis*. Palgrave Macmillan, 2005. Tradução livre. Do original: *The ethical theory behind existing, historical international Law in mainly conservative. At the core of the UN Charter is a fundamental responsibility of existing states to defend international peace and security.*

⁶⁵ A este respeito, ver TUNKIN, G.I. *El Derecho y la Fuerza em el Sistema Internacional*. Tradução de Manuel Becerra Ramírez. Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público. Núm. 15. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

⁶⁶ SHAW, Malcolm N. *International Law. Sixth Edition*. New York: Cambridge University Press, 2008. P. 268.

Sobre este aspecto Cassese anota que

apesar do grande impacto dos princípios da Carta na evolução da comunidade internacional, emergiu gradualmente nos anos 1960 que tais princípios eram demasiado frouxos e não atendiam às demandas dos novos Estados. É certo que profundas mudanças ocorreram na comunidade internacional ao cabo da 2ª Grande Guerra, como resultado da extinção do colonialismo e a propagação do modelo de Estado Socialista. Em específico, numerosos novos membros que adentraram a comunidade mundial tinham uma visão política substancialmente distinta dos Estados tradicionais⁶⁷

Dos conceitos trabalhados por Higgins, a vertente que melhor se enquadra ao presente tema é a de que “o Direito Internacional é um sistema dirigido à tomada de decisões disponível em um sistema descentralizado para todos os decisores autorizados”⁶⁸.

A manutenção dos Estados dentro de certos parâmetros de convivência perpassa necessariamente por a) sopesamento de interesses comuns e; b) autoridade na definição normativa. Assim, a normatização na comunidade internacional dá-se, sobretudo pelo consenso e decorre da soberania dos entes acordantes. Sendo assim

Permanecer na “legalidade” não significa ignorar tudo aquilo que não sejam “regras”. Permanecer na “legalidade” significa assegurar aquelas decisões tomadas por quem de direito, tendo como especial norte as decisões passadas e com as escolhas disponíveis sendo feitas com base de interesses gerais para a promoção de valores comuns. [...] Normas são vinculativas porque Estados consentem neste sentido. Esta visão está intimamente calcada na soberania dos Estados, a qual, por sua vez, enfatiza a liberdade destes para agir unilateralmente, salvo nos domínios em que eles concordaram em ser legalmente compelidos.⁶⁹

⁶⁷ CASSESE. *Op. Cit.* p. 47.

⁶⁸ HIGGINS, *Op. Cit.* p. 147.

⁶⁹ *Ibidem.* p. 9. Tradução livre. Do original: *To remain 'legal' is not to ignore everything that is not 'rules'. To remain 'legal' is to ensure that decisions are made by those authorized to do so, with important guiding reliance on past decisions, and with available choices being made on the basis of community interests and for the promotion of common values. [...] Norms are binding because states consent that they should be. This view is based closely on the sovereignty of states, which in turn emphasizes their freedom to act unilaterally save to the extent they agreed to be constrained.*

E entenda-se normas por costume, tratados, acordos e resoluções, como demonstra-se nos destaques apresentados na sequência.

1.6.1 Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais - *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARS)*

As normas expostas nestes artigos não dizem respeito diretamente à Imunidade dos Estados, mas fornecem elementos que compõem os efeitos reflexos de seus atos e de sua responsabilidade perante a comunidade internacional. Dos artigos, extraem-se três de conteúdo próprio ao presente estudo.

Os artigos 1º e 2º delineiam o conceito de responsabilidade estatal ao preceituar que “todo ato ilícito de um Estado implica a responsabilidade internacional desde Estado”⁷⁰ e “há um ato internacionalmente ilícito de um Estado quando a conduta consistente em uma ação ou omissão constitui violação de uma obrigação do Estado”⁷¹.

Por sua vez, o artigo 13 carrega a exceção temporal à regra dos dois primeiros dispositivos, em que “um ato de um Estado não constitui violação de uma obrigação internacional senão quando o Estado está comprometido pela obrigação em questão à época em que o ato ocorreu”⁷². Sobre este aspecto já há pronunciamento da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (HRC).⁷³

⁷⁰ Article 1. *Responsibility of a State for its internationally wrongful acts*. Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

⁷¹ Article 2. *Elements of an internationally wrongful act of a State*. There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.

⁷² Article 13 *International obligation in force for a State*. An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

⁷³ “The HRC has clearly stated that with respect to the original States parties to OP1, it is only competent to consider alleged violations occurring on or after the date of the entry into force of OP1 on 23 March 1976” MCGOLDRICK, Dominic. *State Responsibility and the International Covenant on Civil and Political Rights*. In: FITZMAURICE, Malgosia. *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*. Portland. Hart Publishing, 2004. 244 p.

1.6.2 Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e Seus Bens

Dos trinta e três artigos desta Convenção, nos interessa de plano um em específico, que cuida sobre ilícitos praticados contra pessoas ou patrimônio de outrem.

Artigo 12 – Danos causados a pessoa e bens

Salvo acordo em contrário entre os Estados em questão, um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição num tribunal de outro Estado que seja competente para julgar o caso num processo relacionado com uma indenização pecuniária, em caso de morte ou de ofensa à integridade física de uma pessoa, ou em caso de dano ou perda de bens materiais causados por um ato ou omissão alegadamente atribuído ao Estado, se esse ato ou omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território desse outro Estado e se o autor do ato ou omissão se encontrava nesse território no momento da prática do ato ou omissão.⁷⁴ (grifo nosso)

Este artigo é definido pela doutrina como o *tort exception principle*, que será abordado com maior esmero no terceiro capítulo deste trabalho. Interessa-nos agora a dimensão do dispositivo legal. Há literalidade no texto a ponto de admitir-se aplicável a ilícitos cometidos em situações de guerra ou de incursões militares, posto que, de um lado, as transações comerciais decorrem do contrato entre as partes, onde está expressada sua vontade, e de outro, os ilícitos que não envolvem relações comerciais e em que há sempre um dano a um indivíduo ou coletividade, situação na qual não há prévio consenso e o desrespeito a uma norma não fica clara de antemão.

GATTINI observa com notável rigor que

a formulação geral permitiria por si só haver jurisdição em casos de atos culposos e beligerantes. Isto é particularmente assim, pois falta ao projeto uma previsão similar ao artigo 31 da Convenção da Basileia sobre Imunidade dos Estados de 1972, promovida pelo Conselho da Europa, o qual preceitua

⁷⁴ *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.* https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf (acessado em 21/9/2014)

que nada na Convenção deverá afetar “os privilégios e imunidades desfrutados por um Estado Contratante em relação a qualquer coisa feita por, ou relacionada a suas forças armadas quando presentes no território de outro Estado Contratante. Entretanto, em uma análise mais acurada, especialmente se lermos os Comentários à Convenção, parecerá mais provável que a ILC tenha negligenciado a questão no artigo 12 e não apenas subvertido-a”(grifo nosso)⁷⁵

Não nos parece que a *International Law Commission* tenha ignorado o tema. Já em 1949, a Comissão tangenciou as imunidades sem, no entanto, conferir-lhe tópico específico nas discussões. Já no biênio 1977-1978 foi concebido o primeiro grupo de trabalho dedicado ao assunto, mediante confecção de relatórios, recomendações e artigos acerca da “Imunidade Jurisdicional dos Estados e sua propriedade”, que voltou a ser debatida em diversos outros encontros nos dois decênios seguintes.⁷⁶

Anote-se que os primeiros estudos intentaram fornecer um panorama que estimulasse a reflexão acerca de princípios e elementos constitutivos que pudessem servir de supedâneo a um futuro projeto de Convenção, pelo que “foi também compreendido que a questão da extensão e das limitações na aplicação das regras da imunidade jurisdicional dos Estados requer uma abordagem extremamente cuidadosa e equilibrada”⁷⁷.

A década de oitenta e o início da de noventa^{78 79} serviram para deixar os governos locais a par do que se discutia nas Nações Unidas e permitir que estes entes pudessem opinar e sugerir alterações no que vinha sendo produzido.

⁷⁵ GATTINI, Andrea. To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?. *Journal of International Criminal Justice* 1, 2. Oxford University Press, 2003. pp. 348-367

⁷⁶ Informações disponíveis em http://legal.un.org/ilc/summaries/4_1.htm (acessado em 22/07/2014)

⁷⁷ [...] *It was also understood that the question of the extent of, or limitations on, the application of the rules of State immunity required an extremely careful and balanced approach*[...] In: http://legal.un.org/ilc/summaries/4_1.htm (acessado em 22/07/2014)

⁷⁸ De acordo com Ernest Bankas, a década de noventa foi fundamental na discussão do compromisso a ser firmado entre os Estados, particularmente em relação ao que qualifica como “as cinco áreas mais problemáticas” da Convenção, a saber, I) o conceito de Estado para fins de imunidade; II) conceito de empresa estatal ou outra entidade em relação a transações comerciais; III) critérios para determinar a característica comercial de um contrato ou transação; IV) contratos de trabalho e; V) medidas de constrição contra propriedade estatal. BANKAS, *Op. Cit.* p. 302.

Como apontado suso por Cassese, a nova dinâmica nas relações econômicas e políticas entre os estados e a emergência de novo sujeitos com diferentes pesos no cenário internacional na prática obrigou a Comissão a este intercâmbio de ideias, vez que ao fim, caso desejasse adesão de seus membros, a ONU deveria incorporá-los ao debate. O texto atual foi finalmente aprovado⁸⁰ no ano de 2004 e adotado pela Assembleia Geral.

A importância dos estudos publicados pela *International Law Commission* (ILC)⁸¹ é há muito debatida pelos internacionalistas. A discussão está posta no cotejo entre codificações legislativas ou não-legislativas, vez que os textos da ILC não seguem o rito de aprovação de tratado ou acordo, e tampouco possuem eficácia vinculante a exemplo das sentenças exaradas pela CIJ. Na prática, apesar de não serem legalmente obrigatórios, os relatórios são citados em diversas decisões de Cortes Internacionais e exercem nítida influência, ainda que careçam de autoridade formal.

Nota-se um afloramento das recomendações propostas pela Comissão, frente a um paulatino desinteresse por normas vinculantes, vale dizer, a política internacional feita pelos Estados já não demonstra tanto empenho em relação à aderência a normas vinculativas, como é o caso dos tratados e convenções. Na prática, projetos de codificação de sucesso tendem a possuir um efeito estabilizante e tornar recorrentes textos de referência para Estados, instituições judiciais e profissionais.^{82 83}

⁷⁹ “Beyond the five issues identified by States during informal discussions in 1993, the Working Group highlighted another developing area of international law relating to the ‘existence or non-existence of jurisdictional immunity in action arising inter alia out of violations of jus cogens norms’”. MCGREGOR, Lorna. State Immunity Jus Cogens. *International and Comparative Law Quarterly*, 55, pp 437-446.

⁸⁰ Quanto às dúvidas em relação aos efeitos da Convenção à época de sua aprovação, Bankas sustentou que “Although the draft convention is still associated with some difficulties, one is hopeful that the hidden uncertainties, ambiguities, and gaps would not derail it from being accepted as a treaty, because as we all know, too much energy, resources and time have already been expended on this elusive and controversial subject matter”. BANKAS. *Op. Cit.* p. 302.

⁸¹ BORDIN, Fernando Lusa. ‘Reflections of Customary International Law’: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles In International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 03, Julho 2014 pp. 535-567.

⁸² BORDIN. *Op. Cit.* p. 545 [...] *successful codification projects tend to have a stabilizing effect and become recurrent reference texts for states, judicial institutions and practitioners.*

⁸³ *The influence exercised by codification conventions and ILC draft articles is of course not confined to the ambit of the ICJ. The compilations prepared by the UN Secretary General show that the ASR have been applied by a quite diverse group of judicial or quasi-judicial institutions, including arbitral tribunals,*

Embora se reconheça a dificuldade histórica⁸⁴ de se fazer valer uma codificação universal no âmbito da comunidade internacional, filiamo-nos às ideias expostas e desenvolvidas por Lusa Bordin, neste particular.

1.6.3 Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal - *European Convention on State Immunity (1972)*

Embora o volume de estudiosos que se dediquem à imunidade estatal seja significativo, a única⁸⁵ tentativa frutífera de codificação até presente data foi a da Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal, cujo conteúdo foi ratificado por 8 países⁸⁶ deste sua concepção. Essa é a maior crítica atribuída à Convenção Europeia, vez que tal adesão representa apenas 17% dos países que compõem o Conselho da Europa.⁸⁷

Interessam-nos agora duas previsões em específico. No artigo 11, temos a vedação, ao Estado estrangeiro, quanto ao pedido de imunidade em relação a processos cujo conteúdo permeie danos às pessoas ou à propriedade, senão vejamos:

Artigo 11. Um Estado Contratante não pode reivindicar imunidade de jurisdição em relação a uma corte de outro Estado Contratante em procedimentos relacionados a reparações por lesões a pessoas ou danos à propriedade tangível, se os fatos que ocasionaram a lesão ou o dano ocorreram no território do Estado-foro e se o autor da lesão ou do dano

the dispute settlement bodies of the World Trade Organisation, international criminal tribunals, regional human rights courts and the International Tribunal for the Law of the Sea.

⁸⁴ *Even the most celebrated codification conventions failed to command universal adherence. The Vienna Convention on the Law of Treaties, often seen as the highest achievement of the 'codification movement', took over a decade to come into force and has been ratified by less than two thirds of the members of the international community.* BORDIN. *Op. Cit.* p. 555.

⁸⁵ A Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e Seus Bens ainda não está oficialmente em vigor vez que para tanto são exigidas 30 ratificações, número ainda não alcançado.

⁸⁶ <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=0&DF=&CL=ENG>
(Acessado em 01/11/2014)

⁸⁷ DICKINSON, Andrew. Germany v. Italy and the Territorial Tort Exception. *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013. pp. 147-166.

estava presente naquele território à época em que os fatos ocorreram. (grifo nosso)⁸⁸

A exceção a este preceito do ilícito territorial está alocada no artigo 31 da mesma Convenção.

Artigo 31. Nada nesta Convenção afetará quaisquer imunidades ou privilégios desfrutados por um Estado Contratante em respeito a quaisquer ações ou omissões de, ou em relação a, suas forças armadas quando estiverem presentes no território de outro Estado Contratante.

1.6.4 Jones and others vs. The United Kingdom (2014)

Neste litígio, cidadãos britânicos que viviam em território saudita levaram às Cortes do Reino Unido pedidos de reparação em virtude de atos prisão ilegal e tortura praticados por oficiais de Estado da Arábia Saudita. Inspirados em caso semelhante⁸⁹, desde logo ficou definido que o cotejo dar-se-ia entre a condenação da tortura como um crime internacional contra a humanidade e o princípio sob o qual os Estados devem tratar-se como iguais de modo a não submeterem uns aos outros a suas jurisdições.

Tendo o pedido denegado em primeira instância o autor apresentou apelação em que delineou pertinaz questionamento acerca da incompatibilidade entre o *State Immunity Act* de 1978 que preceitua, em sua primeira Parte, que “um Estado é imune da jurisdição das Cortes do Reino Unido, exceto segundo o previsto nas seguintes disposições desta Parte”⁹⁰ e o artigo 6^o⁹¹ da Convenção Europeia de Direitos

⁸⁸ 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. (grifo nosso)

⁸⁹ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004)

⁹⁰ 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.

⁹¹ Artigo 6^o. Direito a um processo equitativo. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de

Humanos, norma garantidora do acesso à justiça⁹² ⁹³. Entretanto, tais argumentos foram rechaçados pela Corte de Apelação⁹⁴.

Por fim, Jones buscou guarida na Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual reafirmou a importância do princípio da imunidade jurisdicional dos Estados na promoção do bom relacionamento entre estes entes soberanos e que, embora haja previsões acerca de exceções quanto a tal imunidade, nenhuma delas serviria ao pleiteante.⁹⁵

1.6.5 Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda (2008)

A República Democrática do Congo moveu ação em face do Estado ruandês em virtude de graves violações a direitos humanos e normas de direito humanitário internacional perpetradas por Ruanda em território congolês.

caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf (Acessado em 15/8/2014)

⁹² Com uma visão mais realista, Dixon assevera que *"It is a necessary consequence of a successful plea of immunity that an individual will be denied access to justice. The state is immune and the individual will be denied a chance to prove his or her case. Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) [...] affords an individual the right to a fair trial to determine his civil rights and obligations. [...] If correct this would be a serious, perhaps terminal, blow to the doctrine of state immunity."* (grifo nosso) DIXON. *Op. Cit.* p. 198.

⁹³ Há extensa análise acerca do tema acesso à justiça no caso *Loewen v. United States of America*, disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf> (Acessado em 20/9/2014)

⁹⁴ Aqui, Martin Dixon anota que *"state immunity is not an 'excuse' or 'defence' to a charge of violation of a rule if jus cogens and rules of immunity are not in conflict with those principles. Rather, immunity is procedural and means that the local court has no power to try the case: there may be other courts that do have such power (e.g. the International Criminal Court) and immunity does not imply lack of responsibility under international law"*. Ibidem p. 185. O caso a que se referia Dixon era este em que litigavam nas cortes britânicas Jones e a Arábia Saudita. Embora o argumento de que apenas cortes internacionais possam julgar casos relacionados à responsabilidade estatal seja sustentável, não é verdade que o reconhecimento da ilicitude de tais atos atenda às demandas dos autores, vez que, em todos os julgamentos analisados a imunidade foi utilizada como escudo a não conceder aquilo que foi pleiteado pelos demandantes.

⁹⁵ A íntegra do julgamento e dos votos estão disponíveis no site [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?fulltext":\["jones"\],"sort":\["kupdate Descending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-140005"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?fulltext) (acessado em 21/9/2014)

Em seus fundamentos, em específico no que toca o tema da jurisdição, os congolese sustentaram, com fulcro no art. 66⁹⁶ da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, que a Corte detinha competência para julgar disputas provenientes de violação de normas cogentes destinadas a direitos humanos.

Dentre outros, os dispositivos legais utilizados pelos congolese foram a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Pela primeira vez em sua história⁹⁷ a Corte Internacional de Justiça encarou de forma objetiva um caso que envolvia análise sobre o alcance e o efeito das normas de *jus cogens*.

1.6.6 Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub. L. No. 104–132, 110 Stat. 1214. Section 221 (Jurisdiction for Lawsuits against Terrorist States) amended Section 1605 of Title 28 United States Code (Foreign Sovereign Immunity Act).

Em tese, este documento⁹⁸ não estaria dentro das normas analisadas no presente trabalho. Contudo, é a partir dela que se extraem os raros casos de restrição da

⁹⁶ Artigo 66. Se, nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução foi alcançada, nos 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado: a) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem; b) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação de qualquer um dos outros artigos da Parte V da presente Convenção poderá iniciar o processo previsto no Anexo à Convenção, mediante pedido nesse sentido ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

⁹⁷ “There are, however, two issues on which I wish to add some comments of my own. First, as this is the first occasion on which the Court has expressly acknowledged the existence of peremptory norms (*jus cogens*)...” Judge Dugard, <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10449.pdf> (acessado em 18/9/2014)

⁹⁸ Gattini desconsidera tal dispositivo legal como exceção à imunidade estatal e tece crítica nos seguintes termos: “*The US experience, however, cannot set any useful precedent as such, because of its blatant political bias: the only foreign states that can be sued are those that the Executive, in its absolute discretion, designates as sponsors of terrorism*” GATTINI. *Op. Cit.* p.178.

imunidade estatal por Cortes internas, mormente no que consta na seção 221⁹⁹, em que os cidadãos americanos podem, em casos de tortura, homicídios, sequestros e outros crimes praticados por estado que patrocine o terrorismo, pleitear junto à Justiça dos Estados Unidos reparações por tais danos, e, por consequência, a desvinculação da norma que garante a imunidade de jurisdição aos Estados.

⁹⁹ *Sec. 221. Foreign governments, designated as state sponsors of terrorism, which engage in torture, murder, aircraft sabotage, hostage taking, or providing material support for any of the various acts of terrorism prohibited by 18 U.S.C. 2339A as amended by section 323 of the Act, become liable to suit for damages for the personal injuries or death these acts of terrorism cause American victims. Foreign Governments may avoid suit in favor of international arbitration for cases arising within their borders.*

2 O CONCEITO DE IMUNIDADE ESTATAL E DE *JUS COGENS* PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA

2.1 Preliminares I – A distinção entre Imunidade Diplomática e Imunidade Estatal

Anteriores à própria noção de imunidade estatal são os princípios delineadores da imunidade diplomática. Das múltiplas faces possíveis para a representação estatal, as missões diplomáticas são as mais tradicionais, vez que sua prática remonta a tempos antigos - por decorrência da necessidade de manterem relações fora de seus domínios, os líderes locais relegavam¹⁰⁰ a um membro do Estado poderes para representá-los. Sendo assim, “a figura dos enviados em nome de um soberano era, portanto, tida como a representação do próprio soberano, à qual se estenderiam as honras, prerrogativas e privilégios a estes conferidos, pelo então dito direito divino dos reis”.¹⁰¹

As mudanças decorrentes da instituição do Estado moderno pesaram seus efeitos sobre os diplomatas. Funções passaram a ser definidas não em virtude de características pessoais, mas senão em razão do exercício de uma função pública. Nesse momento se situa o ponto nevrálgico que divorcia as duas imunidades. De um lado, as missões diplomáticas representativas de Chefes de Estado, as delegações participantes de organizações internacionais e os agentes consulares, todos protegidos pelas Convenções de Viena de 1961 e 1963; d’outro, o Estado como ente soberano, em igualdade de condições com seus pares na comunidade internacional. Ao lado da soberania estatal, a imunidade diplomática é exceção à regra geral de jurisdição territorial.¹⁰²

¹⁰⁰ Conhecida como “imunidade transferida”, a teoria foi concebida por Daniel O’Connell.

¹⁰¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. Editora Atlas. 2ª Ed, São Paulo, 2004. p. 260.

¹⁰² HIGGINS. *Op. Cit.* p. 87

A doutrina reconhece essa separação histórica, conforme se depreende dos ensinamentos de Dixon.

A Imunidade de jurisdição nacional pode ser dividida adequadamente em duas categorias. Primeira, Estado ou Soberania, a qual engloba os direitos e privilégios concedidos a um Estado, ao seu Governo, a representantes e à propriedade dentro de um sistema legal nacional. Segunda, imunidade diplomática e consular, que lida com as imunidades gozadas por enviados oficiais de Estados estrangeiros e com os obrigações devidas a eles pelo Estado de acolhimento.¹⁰³

Em sentido contrário, embora em posição isolada neste aspecto, Ian Brownlie¹⁰⁴ considera que a imunidade do Estado soberano deriva da imunidade do Embaixador.

2.2 Preliminares II – Distinção entre Imunidade Estatal e não-julgabilidade (*non-justiciability*)

O termo “não-julgabilidade” tem por escopo o pressuposto de algo ou alguém que não está sob a alçada da justiça, ou seja, não lhe pesa a exigibilidade legal em situações de litígio. Esta concepção está atrelada ao conceito *ratio materiae* da disputa. Por sua vez, na imunidade estatal a jurisdição, em tese, existiria, mas em razão da personalidade de uma das partes esta prerrogativa interna é dissipada, em nome de uma ocorrência *ratio personae*.¹⁰⁵

Martin Dixon vai além¹⁰⁶ e sobrevê dificuldade nesta separação, vez que ainda que um dos sujeitos do litígio seja identificado como Estado soberano, o que lhe

¹⁰³ Tradução livre. Do original: “Immunities from national jurisdiction can be split conveniently into two categories. First, state or sovereign immunity, which concerns the rights and privileges accorded to a state, its government, representatives and property within a national legal system. Second, diplomatic and consular immunity, which deals with the immunities enjoyed by official envoys of the foreign sovereign state and the duties owed to them by the ‘host’ state.” DIXON. *Op. Cit.* p. 175.

¹⁰⁴ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Pennsylvania: Clarendon Press, 1973.

¹⁰⁵ DIXON. *Op. Cit.* p. 176.

¹⁰⁶ Note, however, that once it is clear that the identity of one of the parties to a dispute may attract immunity (the *ratio personae* issue), whether in fact that ‘person’ (i.e. the state) has immunity in the

emprestaria automaticamente a prerrogativa da imunidade, há que se falar também no assunto envolvido. E isso é assim, pois, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, os *atos de império* e *atos de gestão* são um dos requisitos sob os quais se determinam a responsabilidade de um Estado no plano internacional. Logo, nas imunidades o Estado-foro detém a jurisdição, contudo não a exerce por ocorrência da exceção ao princípio da territorialidade.

2.3 Conceituação de Imunidade Jurisdicional dos Estados pela doutrina nacional

Celso de Albuquerque Mello serve-se do adágio latino *par in parem non habet iudicium* – entre iguais não há jurisdição – para explicar que as imunidades derivaram da independência e da igualdade jurídica, ainda que tal equiparação seja apenas formal. Quando ao cotejo entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, Albuquerque Mello lança mão de classificação proposta por Jean-Flavien Lalive, a qual atribui à imunidade absoluta tudo aquilo que diz respeito às forças armadas.¹⁰⁷ Ora, como demonstrado no primeiro capítulo desta obra, a doutrina já evoluiu neste ponto ao questionar a natureza dos atos comerciais perpetrados pelas forças soberanas do Estado. Assim, parece-nos inadequada às novas tendências do direito internacional a escolha feita pelo autor brasileiro, neste particular.

Seguindo os passos da doutrina especializada internacionalista, Valerio Mazzuoli credita ao caso *Schooner Exchange v. McFaddon* a gênese da imunidade estatal. Segundo o autor, a ausência de previsão nas Convenções de Viena (1961 e 1963) de regras sobre as prerrogativas estatais abriu precedente para uma imprecisão na classificação e aplicação do conceito.

particular case can depend on the substance of what has occurred (a ratio materiae issue). Evidently, there is scope for confusion here and many of the cases refer to immunity as raising issues of ratio materiae (substance). This is true, but only after it is clear that de 'person' is indeed a 'state' so as to attract the prospect of immunity in the first place. (grifo nosso).¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 176.

¹⁰⁷ MELLO, C. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Vol. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 193

Atribui a base da imunidade à cortesia entre as nações, a qual evita conflitos e está fundada na regra da reciprocidade de tratamento. Assim, assevera que a imunidade de jurisdição estatal se dá nas situações em que um Estado estrangeiro vê-se demandado perante o tribunal de outro Estado. O conceito, então, é posto nos seguintes termos:

atributo de todo Estado soberano, que impede outros Estados exerçam jurisdição sobre os atos que realiza em exercício de seu poder soberano, ou ainda sobre os bens dos quais é titular ou utiliza em exercício de dito poder soberano.¹⁰⁸

Em seu Tratado de Direito Internacional Público, Hildebrando Accioly é quem cuida de modo mais razoável, dentre os brasileiros, do tema das imunidades. Salaria que a igualdade jurídica dos Estados é um princípio de dupla face, na medida em que cada ente, perante a comunidade internacional, possui o mesmo peso e nenhum destes pode ser submetido à jurisdição do outro. Ressalva, no entanto, a dificuldade para se dirimirem dúvidas acerca do enquadramento de atos de autoridade, notadamente estatais, e de gestão. Reconhece que não há mais guarida no direito internacional para a imunidade absoluta. Nota-se que Accioly ainda trabalha com a concepção do autor do ato, e não com o propósito, como visto anteriormente. De fato, a matéria torna-se extremamente complexa quando considerada apenas em uma de suas dimensões.¹⁰⁹

Em outro trabalho, com uma abordagem consideravelmente mais discreta, há uma nociva mescla nos conceitos de imunidade diplomática e imunidade estatal, o que pode desvirtuar a compreensão daquele pouco versado no assunto. Além disso, o autor assevera que “a imunidade absoluta jamais constituiu princípio consuetudinário do direito internacional, visto que a condição de concordância dos precedentes,

¹⁰⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional. Editora Revista dos Tribunais Ltda, 6ª Ed. rev., atual. e ampl., 2012. p. 554-555.

¹⁰⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional Público. Vol I. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 280-285. A atualização obra não acompanhou a evolução na matéria nos últimos trinta ou quarenta anos. Não há referências às reuniões das *International Law Commission* no que toca às imunidades, tampouco arrazoado sobre os julgamentos recentes.

necessária para o nascimento de qualquer norma de costume internacional, não pôde ser satisfeita”¹¹⁰. Há que se ressaltar o uso do termo *jamaís* em relação a qualquer conceito jurídico, em especial no âmbito do Direito Internacional. Como veremos na sequência, o costume não demanda unanimidade dos Estados, mas aceitação geral. O pressuposto do direito absoluto, à época de seu surgimento, estava fundamentado na cortesia e no bom relacionamento entre as nações, razão pela qual não se pode ignorar os efeitos principiológicos da norma naquele cenário.

Por sua vez, Francisco Rezek reconhece o fluxo procedimental adotado a partir da segunda metade do século XX no que concerne a imunidade relativa. No entanto, o autor é crítico em relação à questão do acesso à justiça e à prestação jurisdicional presentes na Constituição Federal quando em conflito com normas de direito internacional.

A este respeito, assim se expressou Rezek

Não faltou quem sustentasse que a prestação jurisdicional é garantida pela Constituição do Brasil a quem quer que sofra lesão de direito, e que desse modo uma norma internacional assecuratória de imunidade afrontaria nossa lei fundamental. Essa ideia é simplista e incorreta. Quando o constituinte brasileiro promete a todos a tutela judiciária, ele o faz na presunção de que a parte demandada, o réu, o causador da lesão que se pretende ver reparada, seja um *jurisdicionado*, vale dizer, alguém sujeito à ação do Judiciário local. O constituinte brasileiro não tem autoridade para fazer promessas à custa de soberanias estrangeiras. Numa palavra: regras sobre a sensível, eminente e igualitária relação entre soberanias só se produzem no plano internacional, e mediante o consentimento das partes. Tais regras não podem ser ditadas unilateralmente por uma constituição nacional.¹¹¹

Apesar das posições pátrias aqui elencadas, os estudos acerca da matéria no País são ainda insuficientes para um embasamento analítico apropriado. Assim, dedicamos o subtópico seguinte à elucidação destes conceitos ao compulsar os principais doutrinadores internacionais de modo a extrair dados suficientes que se prestem ao questionamento da hipótese aventada neste trabalho.

¹¹⁰ ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Saraiva, 20ª Ed. 2012. pp. 497-498.

¹¹¹ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 208

2.4 Conceituação de Imunidade Jurisdicional dos Estados pela doutrina internacional

Feitas as distinções necessárias para o deslinde da discussão aqui proposta, é prudente colacionar as definições dados pelos principais internacionalistas acerca da imunidade jurisdicional dos Estados.

Em Cassese a introdução ao conceito¹¹² é feita do seguinte modo

Em linhas gerais, um Estado não pode exercer nenhum dos seguintes atos: 1 Impor sua vontade, interferir ou coagir um representante de Estado estrangeiro; 2 Interferir em forças armadas estrangeiras legalmente posicionadas em seu território (a menos que seja autorizado por tratado ou consentimento *ad hoc*) 3 Efetuar atos coercivos à bordo de [...] 4 Submeter à jurisdição de suas cortes Estados estrangeiros por atos realizados sob suas capacidades soberanas (doutrina da “imunidade jurisdicional dos Estados”); 5 Submeter à jurisdição de suas cortes agentes de Estado estrangeiro por atos desempenhados no exercício de suas funções. (grifo nosso)

Ao adentrar especificamente no item 4 da lista proposta, objeto do nosso estudo, o autor cuida do tema sob dois pontos, quais sejam, a impossibilidade de interferência na soberania de Estado estrangeiro e, no plano interno, o respeito à separação de poderes. Vale dizer, não é correto que o Poder Judiciário de um Estado aja como representante das relações diplomáticas e se queira órgão para a solução de litígios internacionais.

Trata-se de uma posição mais política do que propriamente jurídica, pois o que se vê na prática são litígios sendo reiteradamente iniciados em cortes domésticas e dos quais os judiciários locais não podem ignorar. Os juízes, nessas situações, não

¹¹² “*More generally, a State may not carry out any of the following acts: (1) Impose its will on, or interfere with, or coerce a foreign State official; (2) Interfere with foreign armed forces lawfully stationed on its territory (unless authorized by treaty rules or ad hoc consent); (3) Perform coercive acts on board a foreign military or public ship or aircraft (for instance, it may not enforce the law there); (4) Submit to the jurisdiction of its courts foreign States for acts performed in their sovereign capacity (doctrine of the “sovereign immunity of States”); (5) Submit to the jurisdiction of its courts foreign State agents for acts performed in their official capacity”*”

podem furtar-se à sua precípua função de dizer o direito, ainda que seja para afastar a pretensão do autor.

Esta, no entanto, não é a visão de Cassese.

a doutrina da imunidade dos Estados estrangeiros em relação a jurisdição do Estado Fórum está calcada em dois raciocínios. Primeiro, os Estados não devem interferir em atos de Estados estrangeiros soberanos que não digam respeito à sua independência. Segundo, em geral e com relação a tanto decisões tomadas por países estrangeiros, o sistema judicial não deve interferir na condução da política externa, tanto de autoridades governamentais nacionais quanto internacionais, com base no Princípio da Separação dos Poderes. Daqui se conclui que não cabe aos tribunais, mas sim aos órgãos responsáveis pela política externa, tomar a frente em questões relativas a atos internacionais e usar canais diplomáticos para discutir ou argumentar sobre eles com o Estado estrangeiro¹¹³(grifo nosso)

A correlação¹¹⁴ entre direito interno e internacional também é reflexo da vontade de um Estado em incorporar a seu ordenamento jurídico regras de convivência de modo a fixar excepcionalidades no que toca a soberania, prerrogativas diplomáticas, dentre outros.

Sob um traço monista¹¹⁵, este ato de aproximação das duas jurisdições, a interna e a externa, tem por supedâneo uma evolução do direito pelas mãos da globalização e é desempenhado, em um primeiro momento, por juízes locais, vetores da interpretação

¹¹³ CASSESE. *Op. Cit.* p. 99. Tradução livre. Do original: *The doctrine of immunity of foreign States from the jurisdiction of the forum State is grounded on a twofold rationale. First, States must not interfere with public acts of foreign sovereign States out of respect for their independence. Second, generally speaking and with regard to both domestic decisions and decisions made by foreign countries, the judiciary should not interfere with the conduct of foreign policy by either national or foreign governmental authorities, on the principle of separation of powers. It follows that it is not for courts, but for the organs responsible for foreign affairs, to take matters relating to foreign acts into their hands and use diplomatic channels to discuss, or argue over, them with the foreign State concerned.*

¹¹⁴ Sobre este aspecto, ver DUPUY, Pierre-Marie. *Unity in the application of International law at the global level and the responsibility of judges at the national level: Reviewing Georges Scelle's 'Role splitting' theory.* In: *Le droit international et le quête de sa mise en oeuvre*, edited by Laurence Boisson de Chazournes and Marcelo Kohen), 2010. pp. 413-425.

¹¹⁵ Para uma crítica mais apurada acerca do conflito monistas v. dualistas, conferir VIRALLY, Michel. *Le droit international en devenir: Essais écrits au fil des ans.* Paris : Presses Universitaires de France, 1990.

destes ordenamentos distintos e garantidores da consecução de sua unidade.¹¹⁶ Trata-se de um posicionamento ousado, em que os órgãos julgadores nacionais travestem-se de contribuintes de uma nova ordem legal internacional. Crawford define que “o Direito Internacional age nestes casos não como um mandamento primário, definidor de direitos e deveres, mas como um critério secundário de adequação e legalidade”, ou seja, o liame entre estas duas esferas desenvolve-se a partir de acertos, não de imposições¹¹⁷.

Sob um novo enfoque, Higgins problematiza esta dicotomia ao pressupor que “consenso e soberania são fatores restritivos contra os quais a prescrição, a invocação e a aplicação das normas de direito internacional devem operar”¹¹⁸. Isso ocorre, pois, ao contrário do Direito Interno, que opera mediante hierarquia de normas, o Direito Internacional possui um ordenamento horizontal, em que o consenso e a soberania devem modular sua aplicação. Por outro lado, em ambas esferas há semelhanças de estilo, em que “o papel da Lei é prover um sistema operacional para proteger valores que todos desejamos – segurança, liberdade, fornecimento de bens materiais”¹¹⁹.

No tocante em específico à imunidade dos Estados, Higgins declina o princípio da territorialidade para introduzir o tema. As prerrogativas de prescrever e aplicar a lei – em particular as de execução das normas prescritas – seriam limitadas pela exceção que as imunidades representam no território do detentor da jurisdição.¹²⁰ Ainda

¹¹⁶ DUPUY. *Op Cit.* pp. 413-425. “*If these judges are convinced that a harmonised application of the rules of international law is necessary, its unity will be guaranteed. However, if they disregard this fundamental unity, for cultural reasons or through an insufficient legal understanding of international law, then the survival of this unity may indeed be threatened*”.

¹¹⁷ O autor aponta o dilema envolvendo tal conceituação do seguinte modo: “*This presents a challenge. It might seem that international Law is a thing of shreds and patches; shreds of international standards, patches upon national law – nothing whole or integrated.*” Crawford, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2013. p. 142

¹¹⁸ HIGGINS. *Op. Cit.* p. 28. Tradução livre. Do original: *Consent and sovereignty are constraining factors against which the prescribing, invoking, and applying of international law norms must operate.*

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 17. Tradução livre. Do original: *The role of Law is to provide an operational system for securing values that we all desire – security, freedom, the provision of sufficient material goods.*

¹²⁰ *Ibidem.* p. 78. Tradução livre. Do original: *There are really two major categories of jurisdiction: some writers describe them as jurisdiction to legislate and jurisdiction to enforce. I think the better division is*

assim, a estudiosa reconhece que todo o debate acerca da imunidade estatal decorre, em um primeiro momento, dos processos iniciados em tribunais nacionais, em que litigam um indivíduo e um Estado estrangeiro.¹²¹

Anote-se que em Allain Pellet, embora tratada de maneira sucinta, a exceção à soberania territorial também exsurge como princípio delineador desta prática, em que

a ausência de qualquer hierarquia entre os Estados exclui que um de entre eles seja submetido a actos de autoridade, inclusive jurisdicionais, de um outro Estado em conformidade com a máxima segundo a qual *par in parem non habet jurisdictionem*. Então, era indispensável estabelecer uma exceção ao princípio da soberania territorial; tal é o papel das imunidades do Estado; esta exceção é tanto melhor admitida quanto é verdade ser recíproca e aceite há muito tempo pelo direito internacional consuetudinário.¹²²

Mais dilatada é a opinião de Dixon, que propõe cinco teorias¹²³ sobre a imunidade jurisdicional. O primeiro argumento diz respeito à igualdade soberana dos estados (*sovereign equality of States*) a qual teria caráter cogente e foi concebida a partir do brocardo latino *par in parem non habet imperium*¹²⁴. Aqui, inexistente imposição de autoridade de um Estado em relação a outro, já que ambos ocupam o mesmo patamar¹²⁵ na comunidade internacional. Esta tese também é desenvolvida por Koskenniemi, ao abordar a necessidade de sopesamento de soberanias, com o fulcro de equilibrar este choque de igualdades.¹²⁶

between jurisdiction do prescribe and jurisdiction to apply. Within its own territory a state would expect both to prescribe law and to apply it. [...] The topic of 'state immunity' concerns the exception to the territorial application of law.

¹²¹ *Ibidem*. p. 81

¹²² PELLET. *Op. Cit.* p. 461.

¹²³ Propomos neste trecho um resumo das ideias de Dixon, as quais podem ser conferidas na íntegra em DIXON. *Op. Cit.* p. 177-178.

¹²⁴ Sobre este conceito verificar o primeiro capítulo do presente trabalho.

¹²⁵ Bankas adiciona adjetivos a esta concepção. “every State, whether large or small, powerful or weak, developed or developing, enjoys equality in international relations and even more so in international law”. p. 33.

¹²⁶ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. “Initially, the rationale of exempting foreign States from the territorial State’s jurisdiction seems to stem from the need to respect the former’s autonomy (sovereignty, dignity, independence). Such an interpretation of the rule would, however, fail to safeguard the territorial State’s equal autonomy. The rule’s content cannot be constructed so as to protect the autonomy of only one of the disputing States – this would look like a totalitarian way of

No mesmo estilo proposto pelos outros autores estudados neste trabalho está o segundo argumento, que cuida exceção ao princípio da territorialidade como vetor de direitos, porquanto a “imunidade, então, repousa em uma renúncia voluntária de jurisdição pela soberania estatal, vez que estes são os únicos termos em que um Estado está preparado para agir dentro do território de outro”¹²⁷.

No terceiro ponto, a imunidade estaria ligada à multiplicidade de fatores envolvidos na disputa. Logo, questões políticas poderiam ser tratadas de modo distinto ao envolverem matérias mais intrincadas. No entanto, o próprio autor desconsidera tal justificativa, por carência de fundamentação teórica, e assenta que “imunidade é a perda da jurisdição devido à condição de uma das partes, e não à complexidade ou fragilidade do tema”¹²⁸.

Em quarto, o autor traz conceito mais drástico e empresta à imunidade caráter absoluto, recaindo sobre todas as situações em que um Estado seja parte. Isso se justificaria já que, em tese, seria irrisória a probabilidade de uma decisão exarada por uma corte nacional ser cumprida por outro Estado.

Naturalmente, esta abordagem é anacrônica, representativa de um retrocesso a concepções superadas ainda na primeira metade do século XX, conforme já esposado alhures. Hoje, há reconhecimento da participação das cortes locais na construção e transformação do direito costumeiro pela doutrina¹²⁹ e no próprio bojo do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, cujo artigo 38 preceitua que

violating sovereign equality. The problem appears to lie rather in delimiting or balancing the conflicting sovereignties”

¹²⁷ DIXON. *Op. Cit.* p. 177. Tradução livre. Do original: “immunity, then, rest on a voluntary waiver of jurisdiction by the territorial sovereign, since these are the only terms on which one state is prepared to act within the territory of another”.

¹²⁸ DIXON. *Op. Cit.* p. 177. Tradução livre. Do original: “Immunity is a loss of jurisdiction because of the status of one of the parties, not because of the complexity or delicacy of the issue.”

¹²⁹ BIEHLER, Gernot. *Procedures in International Law*. Dublin: Springer, 2008. p. 211.

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional, as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito; d. [...] as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.¹³⁰

Nesse sentido, Dixon tece críticas¹³¹ ao asseverar que a imunidade figuraria apenas como “um mero reflexo das dificuldades práticas envolvidas na imposição das ordens dos tribunais contra Estados estrangeiros”¹³² Ressalte-se que Bankas, com fundamento na conceituação romana, admite linha histórica sob a qual a imunidade seria um epifenômeno constitucional da soberania local.¹³³

Aparte as afirmações aqui feitas acerca de prós e contras da participação dos tribunais locais na formatação do ordenamento internacional, as decisões da Corte Internacional de Justiça continuam a ser a mais importante fonte, no que toca a jurisprudência.¹³⁴

Por fim, no quinto e último argumento denota-se a face diplomática da imunidade. Embora se reconheça o poder vinculativo do preceito legal, temos aqui uma busca pelas origens do conceito normativo, fundado com o intuito de nutrir a boa convivência entre os Estados. Vale dizer, as relações políticas podem e devem ser sopesadas em sua relação com as obrigações estatais.

¹³⁰ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html> (Acessado em 28/9/2014)

¹³¹ Embora pareça frontalmente contra o quarto conceito, o autor oferece ressalva ao admitir que “*plainly, however, immunity from jurisdiction is not given in all cases and, in fact, the circumstances where it is given have diminished in recent years despite problems of enforcement. State immunity is not, therefore, simply a by-product of necessity*”. (grifo nosso) DIXON. *Op. Cit.* p. 178.

¹³² *Ibidem.* p. 177.

¹³³ BANKAS. *Op. Cit.* p. 38.

¹³⁴ É curioso notar a menção, pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sobre os efeitos da sentença, cujo artigo 59 preceitua que “*A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.*” Entretanto, o que se vê na prática é a repetição de posicionamentos, com fulcro em decisões anteriores. Sobre este ponto, ver BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law.* Cambridge. Cambridge University Press, 2003.

Dixon conclui que, independentemente do conceito adotado, forçoso é reconhecer a imunidade como decorrente da prática reiterada¹³⁵ dos Estados e o eixo sobre o qual se funda sua importância está na própria atenção dada, por décadas, à confecção da Convenção sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens.¹³⁶ Tem razão o autor, embora muitas das concepções ainda hoje aventadas não encontrem guarida com a realidade interestatal. Além disso, como veremos adiante, a Convenção carece de ratificações e de debates acerca de determinadas lacunas em seu texto legal.

A respeito da prática reiterada como delineadora do direito costumeiro internacional, Ernest Banks inaugura a reflexão sobre as imunidades ao perquirir acerca das noções distintivas do costume, em que

Os elementos de costume compreendem duração, uniformidade, coerência prática, generalidade prática, e *opinio juris sive necessitates* [...] Logo, direito costumeiro internacional pressupõe prática ou uso auxiliadas pela *opinio juris* passada adiante de geração para geração, calcada na boa ciência e na moralidade. [...] Assim, baseado numa análise objetiva, alguém poderia possivelmente postular que, em realidade, a imunidade absoluta nunca foi alçada a ponto de ser aceita por todos os países do mundo como um cânone do direito público internacional. [...] O Direito Internacional, entretanto, demanda que as normas sejam apenas gerais, não unânimes.¹³⁷

Há uma preocupação acerca do bom relacionamento dos Estados e na reciprocidade de tratamento. A imunidade, então, teria derivado deste respeito à dignidade interestatal, em que os tribunais internos abstinham-se de julgar em nome da diplomacia. Ocorre que um eventual julgamento interno poderia gerar, em tese, um

¹³⁵ Lauterpacht assenta severa crítica a este padrão de costume internacional dado à imunidade jurisdicional. A este respeito, ver LAUTERPACHT, H., *The Problems of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 28. British Yearbook of International Law, 220. 1951.

¹³⁶ DIXON. *Op. Cit.* p. 178. “Of course, the most important point concerning state immunity is that it is supported by the practice of states [...] Its importance is illustrated by the time devoted to preparing a comprehensive set of Draft Articles on Jurisdictional Immunities by the ILC [...]”

¹³⁷ BANKAS. *Op. Cit.* pp. 28-30. Tradução livre. Do original: “The elements of custom comprises duration, uniformity, consistency of practice, generality of practice and *opinio juris sive necessitates*. [...] Customary international law therefore presupposes general practice or usage aided by *opinio juris* passed on from generation to generation based on good science and morality. [...] Thus based on objective analysis one could possibly postulate that in reality absolute immunity never attained the heights of being accepted by all countries of the world as a canon of public international law or rule [...] International law, however, demands that it be only general not unanimous.” (grifo nosso).

impacto positivo, na hipótese de despertar no réu disposição para dialogar acerca da disputa.

2.5 Conceituação de Imunidade Estatal pela *International Law Commission* - Comentários à Convenção sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens

Excetuadas as explanações doutrinárias aqui aventadas, temos uma abordagem estritamente jurídica do conceito de imunidade estatal mediante a compulsão do relatório¹³⁸ fornecido pela *International Law Commission*, ao fim de anos de debate. A análise coleta minúcias e nuances dos preceitos elencados no documento e nos fornece um panorama aprofundado das concepções que permearam a consolidação dos artigos.

Ao apresentar o escopo da Convenção, aplicável “à imunidade de um Estado e seus bens em relação à jurisdição das cortes de outro Estado”, resta claro que o termo “imunidade jurisdicional” abarca, além da exceção do princípio da territorialidade, todos os outros atos processuais, sejam petições e investigações ou estejam ligados ao conhecimento e à execução em si.¹³⁹

Já no artigo 5º está inserido o conceito de imunidade. E por esta mesma razão a Comissão admite a dificuldade em colocá-lo no papel, vez que alguns estudiosos encaram-na como exceção a uma regra de jurisdição territorial, ao tempo que outros

¹³⁸ Durante as décadas de 1970 e 1980, a relatoria ficou sob o jugo de Sompong Sucharitkul e, ao início de 1990, esteve a cargo de Motoo Ogiso. http://legal.un.org/ilc/guide/4_1.htm (acessado em 25/9/2014).

¹³⁹ *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. Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries. Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two. p. 13. O conteúdo está disponível online no endereço http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf (acessado em 25/9/2014).*

lhes concedem status de princípio geral do direito internacional.¹⁴⁰ É relevante citar a tentativa da Comissão em inserir uma ressalva cujo conteúdo definia a submissão do artigo 5º às “regras relevantes de direito internacional”. Entretanto, esta observação foi rechaçada no texto final.

O artigo 12º, por sua vez, define a “exceção da exceção”, pois prevê a impossibilidade de um Estado em fazer-se valer da imunidade de jurisdição frente a julgamento relacionado à compensação pecuniária por morte ou ferimento à pessoa, ou dano e perda de propriedade tangível. Além disso, o ilícito necessariamente deve ter ocorrido no território do demandante. Na visão da Comissão, nestes casos a regra a ser aplicada é a da *lex loci delicti commissi*, ou seja, aquela do local onde o delito foi cometido.

A Comissão, no entanto, fez a seguinte ressalva em seu arrazoadado:

deve-se enfatizar que o presente artigo não está endereçado à questão da Responsabilidade Estatal [...] Tampouco afeta a questão das imunidades diplomáticas [...] ou aplica-se a situações envolvendo conflitos armados¹⁴¹.

Mais adiante faremos um cotejo entre esta previsão legal, a doutrina e a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

2.6 Violações ao Direito Internacional– *jus cogens*

Em virtude da qualidade do direito¹⁴² que protegem e dos efeitos que espraiam (*erga omnes*¹⁴³), as normas *jus cogens* ultrapassam o mero consentimento dos Estados,

¹⁴⁰ *The formulation of article 5, which expresses the main principle of State immunity, has been difficult, as it is a delicate matter.* Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two. p. 23. O conteúdo está disponível online no endereço http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf (acessado em 25/9/2014).

¹⁴¹ . Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two. p. 46.

¹⁴² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *International Law for Humankind, Towards a New Jus Gentium*. The Hague Academy of International Law Monographs, 2010. p. 291.

que caracteriza os tratados e acordos, para abarcar valores fundamentais à comunidade internacional.¹⁴⁴

Com o advento da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados as regras para acordos firmados entre as nações foram enfim postas no papel, de maneira objetiva. Pela regra exposta no artigo 53¹⁴⁵ da Convenção, as normas peremptórias e aceitas pela comunidade internacional não podem ser objeto de derrogação e tornam nulos tratados que as conflitem. E é assim definido, pois pelas mãos de um ordenamento com tais características a comunidade internacional protege-se, em princípio, da violação de normas indispensáveis à manutenção da paz¹⁴⁶.

Logo, no desenlace formado pela Convenção de Viena em relação à sua observação vinculativa em litígios internacionais, o *jus cogens* nasce como balizador¹⁴⁷ e

¹⁴³ Para uma análise aprofundada quanto ao alcance histórico e ao debate doutrinário acerca do termo *erga omnes* na prática internacionalista, conferir TAMS, Christian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹⁴⁴ GAJA, Giorgio. *The Protection of General Interests in the International Community: General Course on Public International Law*. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye. v. 364, 2011. pp. 53-54

¹⁴⁵ No Brasil, aprovada mediante Decreto 7030/2009, com o seguinte conteúdo: Artigo 53, Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

¹⁴⁶ GIEGERICH, Thomas. Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts? In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc, *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006. P. 206.

¹⁴⁷ GAJA. *Op. Cit.* pp. 46-47. “Not all the principles and rules belonging to the law of treaties are part of a law that is higher than treaties. Most principles and rules only apply to the extent that the States parties to a treaty have not set out different rules. This part of the law of treaties provides a framework within which States may place themselves when concluding a treaty ; however, States may well exclude or modify principles and rules belonging to this part. One example are the principles and rules on the interpretation of treaties: these may be modified by the parties to a treaty, but, if the treaty does not specify anything in this regard, one would have to apply the rules of general international law on interpretation, as expressed in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention. One may note that principles and rules that build up this type of framework may be established by a treaty, like the Vienna Convention, while the principles and rules that are part of a higher law, even if set out in the Vienna Convention, govern treaties only because they are part of principles and rules placed at a higher level.” (grifo nosso).

contraponto a arrefecê-la em casos de graves violações de direitos humanos, para citar um exemplo.

Assim, a convenção positivou e definiu princípios que não podem ter seu conteúdo flexibilizado mediante a vontade dos Estados, senão somente por princípios de mesma carga imperativa. Isso resta claro ao compulsarmos o conteúdo das normas de direito cogente no âmbito internacional, em geral de caráter proibitivo.

É dado concreto da hermenêutica legislativa a busca pela interpretação harmoniosa entre as normas e princípios, organizados de maneira hierárquica e racional, para que, quando irrompem eventuais conflitos, regras de anterioridade e especificidade possam dirimi-los. Entretanto, o ordenamento jurídico internacional funciona numa lógica ora semelhante e ora distinta do direito doméstico.

A Corte Internacional de Justiça assumiu certa hierarquização nas normas imperativas de direito internacional para valorar sua apropriada aplicação sem, no entanto, deixar de ressaltar que não há poder ilimitado em tais princípios e que em todos os casos as doutrinas de direito internacional devem ser sopesadas (*Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda – 2008*). São decorrentes, portanto, do conceito de *jus cogens* disciplinas basilares na ordem internacional, a exemplo da autodeterminação dos povos e do *pacta sunt servanda*.

Rezek sumariza a discordância conceitual e prática acerca do instituto do *jus cogens*, ainda em processo de desenvolvimento:

A teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é francamente hostil à ideia do consentimento como base necessária do direito internacional. Ali se pretende que, qual no domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, regras imperativas – geradas por voto majoritário ou consenso de assembleias, ou deduzidas em cenário ainda menos representativo do interesse geral – frustrem a liberdade convencional dos países não aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade e de seus interesses, de arriscar parte

expressiva dos atributos da soberania num jogo cujas regras ainda se encontram em processo de formação.¹⁴⁸

O cotejo entre imunidade e *jus cogens* têm crescido nas cortes nacionais, mormente em casos como *Ferrini v. Federal Republic of Germany* – a ser analisado no terceiro capítulo deste trabalho -, *Areias Pagos (Prefecture of Voiotia vs. the Federal Republic of Germany)*, *Al-Adsani v. Kuwait*, pelas mãos da Corte de Apelação Inglesa; e internacionais, em *Jones v. United Kingdom* e *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, em que a CIJ pôde, pela primeira vez em sua história, dar vazão a normas peremptórias com efeitos subjetivos *erga omnes*.

Assim, James Crawford anota¹⁴⁹ que

O conceito de norma peremptória finalmente debutou na Corte – 36 após a de “*erga omnes*” – em *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* em 2008. A DRC arguiu que as reservas formuladas por Ruanda à jurisdição da Corte em no que concerne a Convenção de Genocídio eram inválidas, pois impediam a Corte de adjudicar reclamações de genocídio.¹⁵⁰

Em *Al-Adsani v. Kuwait*, Sulaiman Al-Adsani exigiu em tribunais do Reino Unido reparação do Estado do Kuwait em virtudes da tortura física e psicológica que sofreu em território kuwaitiano durante a invasão do país pelas tropas de Saddam Hussein. Tanto o Tribunal Superior inglês quanto a Corte de Apelação negaram o pedido com

¹⁴⁸ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 147

¹⁴⁹ Para ilustrar a relevância do julgamento, Crawford cita trecho da decisão no caso República Democrática do Congo v. Ruanda: *While agreeing with the result reached by the majority, which referred to ius cogens norms, Judge Dugard commented in a separate opinion: “This is the first occasion on which the International Court of Justice has given its support to the notion of jus cogens. It is strange that the Court has taken so long to reach this point because it has shown no hesitation in recognizing the notion of obligation erga omnes, which together with jus cogens affirms the normative hierarchy of international law. Indeed, the Court itself initiated the notion of obligation erga omnes in 1970 [...] The approval given to jus cogens by the Court in the present Judgment is to be welcomed. However, the Judgment stresses that the scope of jus cogens is not unlimited and that the concept is not to be used as an instrument to overthrow accepted doctrines of international law.”* (grifo nosso) CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2013. p. 173.

¹⁵⁰ *Ibidem*. p. 173. Tradução livre. Do original: *The concept of peremptory norms finally made its Court debut – 36 years after that of “erga omnes” – in Democratic Republic of the Congo v. Rwanda in 2008. The DRC argued that Rwanda’s express reservation to the Court’s jurisdiction under the Genocide Convention was invalid because it prevented the Court from adjudicating claims of genocide.*

supedâneo no *UK State Immunity Act* de 1978, sustentando que o Kuwait gozava de Imunidade de Jurisdição.

Por fim, Al-Adsani tentou socorrer-se da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Al-Adsani v. United Kingdom*¹⁵¹) e alegou a incapacidade do Reino Unido em protegê-lo do seu direito a não ser torturado e garantir seu acesso à justiça. Embora a CEDH tenha atribuído à proibição da prática da tortura hierarquia de norma peremptória, garantiu ao réu seu direito à imunidade, já que não vislumbrou fundamento nos instrumentos de prática decisória que lhe garantissem tal negativa à proteção. Logo, o Estado não pode ser responsabilizado¹⁵² civilmente.

Apesar do reiterado pronunciamento desta Corte quanto à não flexibilização dos preceitos da imunidade estatal, há que se destacar o voto dissidente dos juízes Rozakis e Caflisch, que se pronunciaram no sentido de que

devido à interação da regra de jus cogens com a proibição da tortura e as regras sobre imunidade estatal, o bloqueio procedimental da imunidade é automaticamente revogado, pois essas normas, uma vez que conflitam com uma regra hierarquicamente superior, não produzem qualquer efeito jurídico¹⁵³.

Dito de outro modo, a prática da tortura impede que a imunidade espraie seus efeitos. Esta ideia apresentada no voto de Rozakis e Caflisch é a da teoria da hierarquia normativa, definida por Caplan do seguinte modo, a saber

Sob a teoria da hierarquia normativa, a imunidade jurisdicional de um Estado é revogada quando um Estado viola proteções aos direitos humanos que são

¹⁵¹ As alegações e os votos podem ser consultados em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885#{"itemid":\["001-59885"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885#{) (Acessado em 20/9/2014).

¹⁵² Sobre as dificuldades enfrentadas pela CEDH para garantir aos indivíduos seu direito à reparação, ver AHMED, Tawhida. *The EU, the ECHR and the Effective Protection of Human Rights for Individuals*. In: FRENCH, Duncan, SAUL, Matthew and WHITE, Nigel D. *International Law and Dispute Settlement, New Problems and Techniques*, 2010.

¹⁵³ GAJA. *Op. Cit.* p. 138. Tradução livre. Do original: “*due to the interplay of the jus cogens rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect*”.

consideradas normas peremptórias de direito internacional, conhecidas como *jus cogens*. A teoria postula que em razão da Imunidade Estatal não ser *jus cogens*, estaria classificada em um patamar inferior na hierarquia das normas de direito internacional e, por consequência, pode ser superada quando em cotejo com uma norma *jus cogens*. Logo, a teoria da hierarquia normativa busca remover um dos maiores obstáculos no caminho das vítimas que almejam reparação legal.¹⁵⁴

Por sua vez, no caso *Pinochet* as considerações contrapuseram atos oficiais de um Estado e a prática de violações. Segundo a visão de Lord Browne-Wilkinson¹⁵⁵, ainda que a tortura tenha sido cometida por um oficial no uso de suas atribuições, a finalidade do Estado que ele representa não perpassa o cometimento de crimes, razão pela qual tais atos não estariam protegidos pelo princípio da imunidade. Assim, um ato de império deste estilo não se enquadraria na proteção *ratione materiae*.

¹⁵⁴ CAPLAN, Lee M. State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory. *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4 (Oct. 2003), pp. 741-781. Tradução livre. Do original: *Under the normative hierarchy theory, a state's jurisdictional immunity is abrogated when the state violates human rights protections that are considered peremptory international law norms, known as jus cogens. The theory postulates that because state immunity is not jus cogens, it ranks lower in the hierarchy of international law norms, and therefore can be overcome when a jus cogens norm is at stake. The normative hierarchy theory thus seeks to remove one of the most formidable obstacles in the path of human rights victims seeking legal redress.*

¹⁵⁵ "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." Extraído da relatoria do caso Pinochet, disponível em <http://ilj.org/courses/documents/Reginav.Bartle-ex.p.Pinochet.pdf> (Acessado em 19/9/2014)

3 O Caso Ferrini e o Julgamento Alemanha v. Itália pela Corte Internacional de Justiça

3.1 Cronologia da 2ª Guerra Mundial

Em junho de 1940 a Itália entra na 2ª Guerra Mundial e alia-se ao Império Alemão. Em julho de 1943 tropas norte-americanas e britânicas desembarcam na Sicília. Já em meados de agosto os Aliados passam a controlar a ilha. A 25 de julho o Grande Conselho Fascista depõe Benito Mussolini, permitindo que o marechal italiano Pietro Badoglio institua um novo governo. A 8 de setembro¹⁵⁶ o governo de Badoglio rende-se aos Aliados (Armistício de Cassibile de 8 de setembro de 1943) e declara guerra aos alemães. Esse acordo entre italianos e Aliados fez com que membros do movimento fascista que ocupavam o norte italiano, especialmente a região de Trieste, Udine e Fiume, formassem a República Social Italiana (República de Saló), a qual seria reconhecida apenas pelos representantes do Eixo.

Os alemães tinham controle do local e de muitas outras áreas do território italiano. Na cidade de Trieste, encontrava-se o complexo industrial Risiera di San Sabba¹⁵⁷, mais tarde transformado em campo de extermínio. Os alemães imediatamente tomam o controle de Roma e do Norte da Itália, estabelecendo um regime fascista fantoche sob o controle de Mussolini, que foi libertado da prisão por soldados alemães em 12 de setembro. Foram perpetrados massacres e deportações de civis, usados para realizarem trabalhos forçados.

Ainda, a Alemanha aprisionou membros das forças armadas italianas, fato ocorrido tanto em território italiano quanto em outros locais da Europa. A estes foi negado o status de prisioneiros de guerra. O Reich os deportou para áreas dominadas pelos teutônicos e os pôs em campos de concentração.

¹⁵⁶ Disponível em: <http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007306> (Acessado em 06/4/2014)

¹⁵⁷ Disponível em: <http://www.holocaustresearchproject.org/othercamps/sansabba.html> (Acessado em 07/4/2014)

3.2 O Caso Ferrini¹⁵⁸

A 23 de setembro de 1998 Luigi Ferrini moveu ação na justiça italiana (Tribunal de Arezzo) em face da República Federativa da Alemanha, sustentando que, no transcurso da 2ª Guerra Mundial, foi deportado pelas tropas do Reich para território alemão e forçado a trabalhar, sendo, por consequência, transferido para um campo de concentração. Logo, Ferrini buscava reparação já que teria sofrido danos físicos e psicológicos em virtude de tais atos – como visto, os três tipos de crimes cometidos pelos alemães, e reconhecidos por estes, foram o homicídio em massa de civis italianos, a deportação de civis italianos para campos de trabalhos forçados e a negativa de status de prisioneiros de guerra a militares italianos capturados durante os conflitos.

A 3 de novembro de 2000, o Tribunal de Arezzo rejeitou os pedidos ao alegar que não dispunha de jurisdição para analisar o caso, vez que a conduta do Estado Alemão estava calcada em atos de império, protegidos pela Imunidade Jurisdicional dos Estados. Assim, o autor apelou de tal decisão para a Corte de Apelação de Florença, a qual confirmou a negativa do tribunal *a quo*. Irresignado, Ferrini tornou a recorrer, em específico no tocante à questão do poder jurisdicional.

A 21 de março de 2004 a Corte de Cassação da Itália reverteu a decisão da Corte de Apelação de Florença e garantiu a jurisdição aos tribunais italianos, além de negar a imunidade ao Estado teutônico. Finalmente, os autos retornaram a Arezzo para que tivessem seu mérito apreciado.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Para uma análise mais detida deste julgamento, conferir DE SENA, Pasquale; DE VITTOR, Francesca. State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case. *The European Journal of International Law*, Vol. 16. No 1, 2005. pp. 89-112.

¹⁵⁹ FOCARELLI, Carlo. *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision*. *International and Comparative Law Quarterly / Volume 54 / Issue 04 / October 2005*, pp. 951 – 958.

Dos argumentos¹⁶⁰ trazidos por Ferrini, aquele que formou o convencimento da Corte de Cassação estava ligado à gravidade dos crimes cometidos pelas tropas alemãs. A Suprema Corte Italiana valeu-se da argumentação da hierarquização das normas no direito internacional e dos votos dissidentes em *Al-Adsani v. United Kingdom* pela CEDH para firmar o convencimento de que quando duas normas de caráter vinculativo colidem, persiste aquela de maior valor.¹⁶¹

3.3 Alemanha v. Itália pela Corte Internacional de Justiça

O julgamento ora analisado é tido como o mais relevante¹⁶² cotejo entre Imunidade Jurisdicional dos Estados e Direitos Humanos já apreciado pela Corte Internacional de Justiça.

Sentindo-se agredida em sua soberania por decisões exaradas pelo Poder Judiciário Italiano, a exemplo do caso Ferrini e outros¹⁶³ apreciados nos tribunais locais, e restando infrutíferas as tratativas para solucionar a contenda no campo diplomático, a Alemanha houve por bem acionar a Itália junto à CIJ e esclarecer, por fim, tema de tal complexa monta. Fosse colocada em apenas uma sentença, a questão posta no bojo do processo seria a seguinte: A regra de direito costumeiro internacional que

¹⁶⁰ Além deste, Ferrini sustentou que a norma da imunidade não se enquadraria na previsão do art. 10 da Constituição da República Italiana, ao preceituar que “*L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto Internazionale generalmente riconosciute. [...]*”. A Corte italiana prontamente rejeitou-o, por não vislumbrar no ordenamento jurídico internacional norma que a obrigasse a lançar mão da jurisdição na espécie.

¹⁶¹ Há defensores em relação a este papel ativista da Corte de Cassação da Itália. *In so doing, the Italian Supreme Court asserts itself as a promoter of the logical implications of a series of normative innovations, which should not be forgotten as being the product of the will of States, that relate to the concept of jus cogens or to new developments in the area of international criminal law. For this reason it would be simplistic to depict the Italian Supreme Court judge as someone who is moved by an anti-positivist and ultra-monist perception of the relationship between international and national law.* DUPUY, Pierre-Marie. Unity in the application of International law at the global level and the responsibility of judges at the national level: Reviewing Georges Scelle's 'Role splitting' theory (Le droit international et le quête de sa mise en oeuvre, edited by Laurence Boisson de Chazournes and Marcelo Kohen), 2010. pp. 413-425.

¹⁶² MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, Is There a Future after Germany v. Italy?. *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), pp. 125-145.

¹⁶³ Mormente os casos *Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others* e *Federal Republic of Germany v. Maietta*.

estabelece a imunidade estatal de jurisdição civil em relação a atos de império deve ser mantida quando um Estado houver cometido uma grave violação de uma norma peremptória de direito internacional?¹⁶⁴

Em suma, e por quase unanimidade¹⁶⁵, a CIJ pronunciou-se no sentido de que normas de *jus cogens* não revogam obrigatoriamente a Imunidade Estatal, ainda que consideradas hierarquicamente superiores. Tal cotejo entre as normas procedimentais e substantivas será analisado mais adiante no presente capítulo.

Em suas explanações, ambos litigantes assumem a relevância e a validade da Imunidade dos Estados como parte de legislação e do costume no direito internacional¹⁶⁶, embora divirjam na concepção da evolução¹⁶⁷ histórica do conceito. De início, a controvérsia se dá em relação ao espaço temporal em que deverá ser aplicado o princípio. Por seu turno - e com o intuito de exaurir os de responsabilidades – alemães alegam que a Imunidade a ser aplicada deverá ser aquela em voga à época¹⁶⁸ dos fatos que ensejaram as posteriores ações na justiça italiana, ou seja, remontam ao transcurso da 2ª Grande Guerra na década de 1940.

¹⁶⁴ GATTINI, Andrea. The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? *Leiden Journal of International Law*, 24. (2011) pp. 173-200. Foundation of the Leiden Journal of International Law.

¹⁶⁵ Cançado Trindade acolheu integralmente os argumentos italianos. Foi o único juiz a posicionar-se deste modo.

¹⁶⁶ *L'immunité souveraine est un principe fondamental de l'ordre juridique international actuel, un principe si largement reconnu que son existence n'a nul besoin d'être longuement démontrée.* Mémoire de l'Allemagne. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 12 juin 2009. § 48.

¹⁶⁷ *Comme il a déjà été indiqué, l'Italie partage pleinement l'avis de l'Allemagne selon lequel l'immunité constitue un principe fondamental de l'ordre juridique international. Néanmoins, la position de l'Italie sur l'évolution de ce principe en droit international diffère de celle de l'Allemagne.* Contre-Mémoire de l'Italie. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 22 décembre 2009. § 4.6.

¹⁶⁸ *Les Parties sont donc largement d'accord quant à l'existence et à l'importance de l'immunité de l'État en tant qu'élément du droit international coutumier. Leurs vues divergent toutefois sur le point de savoir si le droit qu'il convient d'appliquer est (comme le soutient l'Allemagne) celui qui déterminait la portée et l'étendue de l'immunité de l'État en 1943-1945 — autrement dit, à l'époque des faits qui sont à l'origine des actions intentées devant les juridictions italiennes — ou (comme l'avance l'Italie) celui qui était en vigueur au moment où ces actions ont été engagées. La Cour relève que, conformément au principe énoncé à l'article 13 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la conformité d'un acte au droit international ne peut être déterminée qu'au regard du droit en vigueur au moment où cet acte s'est produit. [...] En conséquence, la Cour estime qu'il lui faut examiner et appliquer le droit de l'immunité des États tel qu'il existait au moment des procédures italiennes et non tel qu'il était en vigueur en 1943-1945.*(grifo nosso)

Italianos, de outro lado, defendem o cumprimento dos acordos firmados entre as partes ao cabo do conflito e que seja aplicada a Imunidade vigente à época das ações movidas por seus cidadãos em face do Estado Alemão.

Por vezes, o pós-guerra é acompanhado por intrincadas discussões e acordos reparatorios e anistiatórios – embora a anistia tenha sido enfraquecida em virtude da força das cortes penais – que perfazem uma doutrina humanitária cada vez mais presente no direito internacional. O indivíduo passa a ser considerado autônomo em relação ao Estado a que pertence no que tange à possibilidade de pleitear junto à justiça reparação de dano sofrido por Estado estrangeiro, ainda que este goze de prerrogativas acordadas¹⁶⁹ entre entes soberanos, seja por meio de tratados¹⁷⁰ ou sob a prática reiterada.

No que diz respeito ao alcance e à natureza dos atos, italianos e alemães também discordam. A Itália reconhece que os atos discutidos enquadram-se em *acta jure imperii*, mas salientam que ainda assim se mantêm ilegais e, portanto, tornam a imunidade passível de supressão. Parte da doutrina segue esta linha argumentativa, em que são afastadas as circunstâncias e se dá maior ênfase aos atos propriamente ditos.

¹⁶⁹ Em seu voto dissidente, Cançado Trindade aponta inadmissibilidade na renúncia estatal por meio de acordo com outro Estado em nome de indivíduo vítima de graves violações de direitos humanos: *En tout état de cause, toute prétendue renonciation par un Etat aux droits inhérents à la personne humaine serait, à mon avis, contraire à l'ordre public international et dépourvue de tout effet juridique. Soutenir que cela n'était pas encore reconnu à l'époque de la seconde guerre mondiale et du traité de paix de 1947 —un point de vue rappelant l'ancienne conception positiviste et sa servilité inéluctable envers le pouvoir établi — serait à mon avis infondé. Cela reviendrait à reconnaître que les Etats pourraient perpétrer des crimes contre l'humanité en toute impunité, qu'ils pourraient systématiquement commettre des actes d'homicide, humilier les personnes, les réduire en esclavage, les déporter et les astreindre au travail forcé, pour s'abriter ensuite derrière une clause de renonciation négociée avec un ou plusieurs autres Etats [...]* (grifo nosso) Opinion dissidente de M. Le Juge Cançado Trindade. *Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*. 3 février 2012. P. 206

¹⁷⁰ Em 1947 Alemanha e Itália assinam o Tratado de Paris, primeira manifestação documentada que se dispunha a definir questões legais, econômicas, territoriais e políticas no pós-guerra italiano. O art. 77, 4 traz previsão de renúncia quanto a pedidos reparatorios: *Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on 8 May 1944, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before 1 September 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all inter-governmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war.* (grifo nosso)

Resta claro ser possível, de acordo com a prática atual, argumentar que, ainda que possam portar e usar armas, pessoas privadas não gozam da mesma autoridade legal ou soberana que membros das forças armadas. Mas tal raciocínio foca nas circunstâncias sob quais atos de assassinato em massa e tortura de civis foram cometidos (conflitos armados) e não no ato em si. Não há nada de oficial em matar ou torturar uma pessoa, e estes atos físicos não exigem qualquer autoridade soberana ou governamental. Entidades privadas e seu pessoal também participam de conflitos e se comportam da mesma maneira que um oficial ou como forças militares de um Estado. Logo, é no mínimo teoricamente possível negar completamente as circunstâncias oficiais nas quais os atos se deram e focar exclusivamente na sua própria natureza.¹⁷¹ (grifo nosso)

Dado este panorama, a contestação italiana fundou-se em dois argumentos-base. Primeiro, o princípio do ilícito territorial (*territorial tort principle*), quando atos promovidos no Estado-foro ocasionam morte, ferimento ou danos à propriedade. Por sua vez, o segundo argumento pode ser subdividido em outros quatro, a saber: a gravidade das violações, a relação entre *jus cogens* e a regra da Imunidade Estatal, o *last resort argument* e os efeitos combinados das circunstâncias invocadas pela Itália. Tal particionamento foi adotado pela Corte em sua sentença¹⁷². Neste trabalho, optamos por dar saliência aos aspectos que podem suscitar novas ideias em relação ao tema proposto.

¹⁷¹ FINKE, Jasper. *Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?* The European Journal of International Law. Vol. 21 No. 4, EJIL 2011. pp. 853-881. Tradução livre. Do original: *It is, of course, possible and in accordance with the current practice to argue that private persons, even though they can carry and use weapons, enjoy not the same legal or sovereign authority as members of the armed forces do. But such reasoning focuses on the circumstances in which acts of mass killings of civilians and torture have been committed (armed conflict) and not so much on the act itself. There is nothing official about killing or torturing a person, and these physical acts do not require any sovereign or governmental authority. Private entities and their personnel take part in armed conflicts as well, and they behave in the same way as official or a state's military forces. It is therefore at least theoretically possible completely to neglect the official circumstances in which the acts take place and to focus exclusively on their very nature.* (grifo nosso)

¹⁷² «*Tout d'abord, l'Italie fait valoir que les actes qui ont donné lieu auxdites réclamations constituaient des violations graves des principes du droit international applicables à la conduite des conflits armés, à savoir des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Ensuite, elle soutient que les règles du droit international ainsi violées étaient des règles impératives (jus cogens). Enfin, elle allègue que, des lors que les requérants s'étaient vu refuser toute autre forme de réparation, l'exercice par les juridictions italiennes de leur compétence était nécessaire à titre de dernier recours. La Cour examinera tour à tour chacun de ces volets, tout en relevant que l'Italie a aussi, à l'audience, fait valoir que ses juridictions avaient été fondées à refuser l'immunité à l'Allemagne en raison de l'effet combiné de ces trois volets.* » Arrêt. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. § 80.

3.4 O *Last Resort argument*

Anote-se que os italianos, em um primeiro momento, apresentaram contrarrazões aos pedidos dos teutônicos, no sentido de exigir que a Corte também julgasse a questão da reparação devida às vítimas de graves violações do direito humanitário internacional promovidas pelas forças do Reich. Sobre tais crimes, a Corte pronunciou-se nos seguintes termos

A Corte inicia observando que as ações intentadas nas cortes italianas têm por origem atos perpetrados pelas forças armadas e outros órgãos do Reich alemão. A Alemanha reconheceu plenamente “os incontáveis sofrimentos infligidos aos homens e mulheres da Itália, em particular durante os massacres, assim como aos antigos prisioneiros militares italianos” (Declaração Conjunta da Alemanha e da Itália, Trieste, 18 de novembro de 2008); aceita que tais atos eram ilícitos e afirmou frente a esta Corte que tinha “plena consciência de sua responsabilidade nesta matéria”. A Corte considera que os atos em discussão foram incontestavelmente cometidos em absoluto desprezo às “considerações elementares de humanidade”¹⁷³ (grifo nosso)

No entanto, tal pleito foi negado de plano sob a justificativa de que não estaria inserido na jurisdição da CIJ, pelo disposto no artigo 80, parágrafo 1º das Regras da Corte¹⁷⁴. Não à toa. Nada obstante a previsão inserida no Regimento, a Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Conflitos preceitua em seu art. 27 que sua aplicação está inviabilizada nas disputas relacionadas a fatos ou situações anteriores à entrada em vigor dela, em relação às partes em litígio.¹⁷⁵

¹⁷³ Tradução livre. Do original : *La Cour commencera par relever que les actions intentées devant les juridictions italiennes ont pour origine des actes perpétrés par les forces armées et autres organes du Reich allemand. L’Allemagne a pleinement reconnu « les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d’Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu’aux anciens internes militaires italiens » (déclaration conjointe de l’Allemagne et de l’Italie, Trieste, 18 novembre 2008) ; elle convient que ces actes étaient illicites et a déclaré devant la Cour qu’elle était « tout à fait consciente de sa responsabilité à cet égard ».* La Cour estime que les actes en cause ont incontestablement été commis au mépris le plus total des « considérations élémentaires d’humanité ». Arrêt. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l’État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. § 52.

¹⁷⁴ Sous-section 3. Demandes reconventionnelles. Article 80. 1. La Cour ne peut connaître d’une demande reconventionnelle qui si celle-ci relève de sa compétence et est en connexité directe avec l’objet de la demande de la partie adverse. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> (Acessado em 20/9/2014).

¹⁷⁵ Na sentença, este importante cotejo é destrinchado pela Corte: “*La clause de limitation ratione temporis de l’article 27 précité n’est pas applicable aux demandes de l’Allemagne. En effet, le différend auquel ces demandes se rapportent ne « concern[e] [pas] des faits ou situations antérieurs à l’entrée en*

Neste aspecto, italianos relativizaram a questão temporal do seguinte modo

Na verdade, o problema não cuida sobre a maneira em que as violações cometidas pela Alemanha deveriam ser qualificadas à época. Consiste em saber se a absoluta negação de acesso à justiça e a refusa de todas as formas de reparação às vítimas de fatos inegavelmente proibidos pelo direito costumeiro internacional à época em que foram cometidos, e que inquestionavelmente constituem hoje violações ao *jus cogens*, são compatíveis com o atual conceito de *jus cogens*.¹⁷⁶

O contra-argumento italiano é robusto neste aspecto. Os réus sustentam que, houvesse os alemães cumprido¹⁷⁷ os acordos, o conflito jurídico em relação à imunidade não se faria necessário.

Dentre alguns acordos firmados entre os países, em agosto de 2000 uma lei federal alemã estabeleceu a Fundação EVZ - *Erinnerung Verantwortung Zukunft*¹⁷⁸, com o intuito de angariar fundos para reparação às vítimas dos danos causados pelos nazistas, em especial aquelas que prestaram trabalhos forçados. Embora os

vigueur de la ... convention entre les parties au différend», c'est-à-dire antérieurs au 18 avril 1961. Les <<faits ou situations>> qui ont donné naissance au différend dont la Cour est saisie sont constitués par les décisions judiciaires italiennes ayant dénié à l'Allemagne l'immunité de juridiction qu'elle revendiquait, et par de mesures de contrainte exécutées sur de biens appartenant à l'Allemagne. Ces décisions et mesures ont été adoptées entre 2004 e 2011, soit bien après l'entrée en vigueur entre les Parties de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends. Il est vrai que les litiges auxquels se rapportent les procédures judiciaires en cause ont pour objet la réparation des dommages causés par des actes des forces armées allemandes em 1943-1945. Mais, devant la Cour, l'Allemagne ne se plaint pas de ce qu'ont décide sur le fond, à ce sujet, les tribunaux italiens; elle se plaint seulement de ce que ses immunités de juridiction et d'exécution auraient été méconnues. Ainsi défini, le différend concerne indiscutablement des <<faits ou situations>> qui se situent entièrement après l'entrée em vigueur de la convention entre les Parties». (grifo nosso) <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> (Acessado em 20/9/2014)

¹⁷⁶ Tradução livre. Do original : *En réalité, le problème ne porte pas sur la manière dont les violations commises par l'Allemagne devaient être qualifiées à l'époque. Il consiste à savoir si le déni de justice absolu et le refus de toute forme de réparation aux victimes de faits qui étaient indéniablement interdits par le droit international coutumier à l'époque de leur commission, et qui constituent incontestablement de nos jours des violations du jus cogens, sont compatibles avec le concept actuel de jus cogens.* Contre-Mémoire de l'Italie. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 22 décembre 2009. § 4.66

¹⁷⁷ Sobre a história dos acordos firmados no pós-guerra, conferir BROOKS, Roy Lavon. *When sorry isn't enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, 1999 by New York University Press.

¹⁷⁸ O termo alemão significa Memória, Responsabilidade e Futuro.

resultados tenham sido expressivos¹⁷⁹, a redação da Lei criou restrições e enquadramentos ao direito de indenização, a exemplo do Seção 11.¹⁸⁰ Ferrini enfrentou tal problema¹⁸¹, dado que, embora tenha sido deportado e obrigado a viver e trabalhar em campo de concentração, não foi contemplado pela Lei Federal alemã.

Há, ainda, um segundo aspecto intrínseco ao argumento *last resort*, que é o do acesso à justiça. O artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos traz em seu bojo a garantia de que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]”¹⁸². Como veremos adiante, há discordância na doutrina e na jurisprudência quantos aos planos em que estão estabelecidas as normas proibitivas de violações a direitos humanos e aquela que garante a Imunidade a um Estado. Todavia, no caso (*In the Matter of) El Sayed*¹⁸³ julgado pelo Tribunal Especial para o Líbano¹⁸⁴, o Presidente Cassese pronunciou-se

¹⁷⁹ A Fundação deixou de funcionar ao termo de 2006. Durante o período de vigência, arrecadou dez bilhões de marcos alemães, pagos aos requerentes. Foram 1.665.000 (um milhão seiscentos e sessenta e cinco mil) pessoas beneficiadas, dentre vítimas e sucessores legais. Informações disponíveis nos portais <http://www.stiftung-evz.de/> e <http://www.bundesarchiv.de/zwangsarbeit/leistungen/direktleistungen/leistungsprogramm/index.html> (Acessados em 14 de abril de 2014).

¹⁸⁰ O seguinte excerto se enquadra à realidade vivida por Ferrini, a saber: *persons who were deported from their homelands into the territory of the German Reich within the borders of 1937 or to a German-occupied area, subjected to forced labor in a commercial enterprise or for public authorities there, and detained under conditions other than those mentioned in Number 1, or were subjected to conditions resembling detention or similar extremely harsh living conditions*; Disponível em: <http://www.stiftung-evz.de/eng/the-foundation/law.html> (Acessado em 18/10/2014)

¹⁸¹ Há autores que criticam também a morosidade do Estado Alemão em formar acordos reparatórios: *one can only deeply regret the tardiness of the legislation passed only in the year 2000, 55 long years after the end of the Second World War. This tardiness was properly recognized by the German parliament itself when, in the Stiftungsgesetz Statute’s preamble, it emphasized that ‘the law comes too late for those who lost their life as victims of the National Socialist regime, or died in the meantime’*. FASSBENDER, Bardo. Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000. *Journal of International Criminal Justice* (2005) pp. 243-252

¹⁸² http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf (Acessado em 25/10/2014)

¹⁸³ Todos os pronunciamentos sobre este e outros casos podem ser conferidos no seguinte endereço: <http://www.stl-tsl.org/en/documents/relevant-law-and-case-law> (Acessado em 20/10/2014)

¹⁸⁴ O STL (*Special Tribunal for Lebanon*) é um tribunal criminal internacional criado no âmbito das Nações Unidas que tem por escopo o julgamento dos envolvidos em um ataque que matou 22 pessoas em 14 de fevereiro de 2005, incluindo o primeiro ministro libanês Rafiq Hariri. Informações adicionais em <http://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl> (Acessado em 20/10/2014).

no sentido de conferir às normas relacionadas ao acesso à justiça conteúdo peremptório. Segundo o juiz

O direito de acesso à justiça é visto por toda a comunidade internacional como essencial e, em realidade, crucial para qualquer sociedade democrática. Logo, é justificado considerar que a regra costumeira que a prescreve adquiriu o status de norma peremptória (*jus cogens*). Tal status denota que uma norma internacional alcançou essa proeminência na comunidade internacional de modo que Estado e outros sujeitos de direito internacional não podem derogá-la tanto em tratativas internacionais quanto na sua própria legislação nacional [...] ¹⁸⁵ (grifo nosso)

Eis uma visão progressista dentro do arcabouço das normas cogentes. O arrazoado de Cassese pode encontrar paralelo nos estudos da *International Law Commission* acerca da fragmentação do direito internacional e dos desafios para a adoção de regras comuns a todo o ordenamento. Neste trabalho, a Comissão elenca ¹⁸⁶ o conteúdo das normas de direito cogente apenas de maneira exemplificativa, ou seja, não descarta o aceite ou mesmo que desponhem novas normas, desde que reconhecidas pela comunidade internacional. Na doutrina, Martin Dixon não chega a emprestar caráter peremptório ao acesso à justiça, mas sobrevê uma falha no sistema legal ao afirmar que “é uma consequência necessária de um pedido bem-sucedido de imunidade que um indivíduo tenha seu acesso à justiça negado” ¹⁸⁷. O

¹⁸⁵ Tradução livre. Do original: *The right of access to justice is regarded by the whole international community as essential and indeed crucial to any democratic society. It is therefore warranted to hold that the customary rule prescribing it has acquired the status of a peremptory norm (jus cogens). Such status denotes that an international norm has achieved such prominence in the international community that States and other international legal subjects may not derogate from it either in their international dealings or in their own national legislation [...]. In the Matter of El Sayed, Case No. CH/PRES/2010/01, Order of the President Assigning Matter to Pre-Trial Judge, 15 April 2012, § 28-29.*

¹⁸⁶ *Les exemples les plus fréquemment cités de normes de jus cogens sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, et le droit à l'autodétermination. D'autres règles peuvent également avoir le caractère de jus cogens dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.* Disponível em : http://legal.un.org/ilc/texts/1_9.htm (Acessado em 05/11/2014).

¹⁸⁷ DIXON. *Op. Cit.* p. 198.

autor adiciona a essa crítica sua análise acerca de casos¹⁸⁸ julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Questões então surgem para saber se um pleito bem-sucedido de imunidade infringe o Artigo 6º *per se* (claramente infringe, pois o acesso ao tribunal fica faturalmente limitado – *Jones v. Saudi Arabia*) e, mais importante, se um pleito bem-sucedido de imunidade é uma resposta legítima e proporcional que justifique esta visível violação. Nos três casos apreciados pela CEDH – *Al-Adsani v. UK*, *Fogarty v. UK* e *McElhinney v. Ireland* – a Corte negou que uma violação à Convenção houvesse ocorrido simplesmente pelo fato de a imunidade ter sido garantida pelo Estado de acolhimento.¹⁸⁹ (grifo nosso)

É justo notar o paradoxo que aqui se apresenta entre *Ferrini* e *Al-Adsani*. Se de um lado a Justiça Italiana poderia incorrer em eventual ilegalidade ao negar a seu nacional o direito a buscar reparação previsto na Convenção Europeia, por outro teve de responder junto à CIJ as razões pelas quais permitiu que tal fato ocorresse. E não se trata aqui da condenação do Estado Alemão a compensar danos, mas tão somente o ato de dar início a um processo civil.

Não obstante, e esta seria a inegável consequência caso *Ferrini* tivesse seu pleito rejeitado em território italiano, *Al-Adsani* viu-se obrigado a buscar seu direito em Corte Internacional a, ao menos, mover ações em seu país de origem contra atos de Estado estrangeiro.

Por fim e para servir de supedâneo a linhas interpretativas antagônicas, Jasper Finke deduz que não há qualquer relação entre os dois processos.

¹⁸⁸ Como contraponto, Ernest Bankas sobrevê apenas pragmaticidade no desempenho da Corte Europeia: *The court undoubtedly followed a pragmatic approach in examining the issue. In each case, the court analysed the import of Article 6 and found Article 6 applicable in all the three cases. The court further ruled inter alia that the application of national law rules of state immunity to block access to the court was patently legitimate and that sovereign immunity is a settled principle of international law which was duly derived from the maxim par in parem non habet imperium.* BANKAS. *Op. Cit.* p. 269.

¹⁸⁹ DIXON. *Op. Cit.* p. 198. Tradução livre. Do original: *Questions then arise as to whether a successful plea of immunity infringes the Article per se (it clearly does because access to the court is factually limited – Jones v Saudi Arabia) and, more importantly, whether a successful plea of immunity is a legitimate and proportionate response that justifies the apparent infringement. In all three cases before the ECH – Al-Adsani v UK, Fogarty v UK and McElhinney v. Ireland – the Court denied that a violation of the Convention had occurred simply by reason of the fact that immunity had been granted by the host state.* (grifo nosso).

De acordo com a CEDH, a Convenção teria sido violada se houvesse um dever de negar a imunidade no direito costumeiro internacional. Mas, como esta Corte rechaçou tal dever, concluiu que o Reino Unido não violou a Convenção. A CIJ, entretanto, não precisa considerar a existência de qualquer dever de negar a imunidade no presente caso. Muito pelo contrário, ela precisa decidir se a Itália, ao negar o direito de imunidade à Alemanha no caso Ferrini, violou o direito internacional por estar sob a obrigação de garantir a imunidade.¹⁹⁰

3.5 Gravidade das violações

Conforme visto, as partes transigem no que diz respeito à gravidade das violações de direitos no transcurso da Guerra. Por conseguinte, pouco há para adicionar a este tema, salvo ressaltar um curioso raciocínio desenvolvido pela CIJ, que torna a mesclar o ato em si com as circunstâncias normativas algo alheias às afirmações italianas.

A Corte aponta vício lógico no ponto em que se sustenta a invalidade da imunidade perante a gravidade dos atos cometidos pelo Réu. Afirma que a imunidade é anterior ao processo e não derivada dele, pelo que conclui, nos seguintes termos

Se a imunidade dependesse do fato de o Estado ter verdadeiramente cometido uma grave violação do direito humanitário internacional ou do direito dos conflitos armados, o tribunal interno deveria propor um inquérito sobre o assunto para determinar se possuía competência. Se, por outro lado, fosse suficiente acusar o Estado de ter cometido atos ilícitos desta ordem para privá-lo de seus direitos à imunidade, uma apresentação hábil da reclamação poderia sozinha barrar a imunidade.¹⁹¹

¹⁹⁰ FINKE, Jasper. Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? *The European Journal of International Law*. Vol. 21 No. 4, EJIL 2011. pp. 853-881. Tradução livre. Do original: *According to the ECtHR, the convention would have been violated if there had been a duty to deny sovereign immunity under customary international law. But, as the Court denied such a duty, it held that the UK did not violate the convention. The ICJ, however, does not have to consider the existence of any duty to deny immunity in the present case. Quite the contrary, it must decide whether Italy, by denying Germany's immunity in Ferrini [...], has violated international law because it was under an obligation to grant immunity.*

¹⁹¹ Tradução livre. Do original: *Si l'immunité devait être fonction du point de savoir si l'Etat a véritablement commis une violation grave du droit international des droits de l'homme ou du droit des conflits armés, le tribunal interne saisi devrait se livrer à un examen au fond pour déterminer s'il a compétence. Si, en revanche, il suffisait d'accuser l'Etat d'avoir commis des actes illicites de cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule*

Considerando isoladamente o peso da norma procedimental emprestado à imunidade, a argumentação seria pertinaz. Ocorre que os fatos narrados pela Itália são de notório conhecimento. A falta de compromisso com o cumprimento das normas de direito humanitário por parte dos Estados já permeou a concepção doutrinária acerca do Direito Internacional.¹⁹² Hoje, o cenário é bastante distinto. Assim sendo, torna-se algo anacrônico, carente de um senso ético, o rechaço da apreciação de graves ilícitos civis e penais com supedâneo meramente na habilidade dos advogados italianos para transmitirem a mensagem que se espera, com fins de barrar a imunidade.

Invertendo os polos, se admitíssemos apenas a capacidade de convencimento de uma das partes em detrimento à outra, também poderíamos afirmar que uma robusta argumentação poderia transformar alguns atos que estão em área cinzenta, de difícil classificação, seriam, em realidade, *jure imperii* e não *jure gestionis*. Na contramão da visão da Corte, em seu voto dissidente o juiz *ad hoc* Giorgio Gaja, em que pese reconhecer toda a controvertida jurisprudência acerca da matéria, sugere um critério distinto na abordagem do paradoxo reconhecido pela Corte, senão vejamos

Se tomarmos em conjunto estes elementos práticos, impõe-se a conclusão de que a natureza da obrigação de direito internacional que está na origem da reclamação não constitui, por si, um elemento suficiente para que um tribunal se baseie no exercício de sua competência em relação a um Estado estrangeiro no que diz respeito a uma demanda de reparação relativa à não observância de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa, qualquer que seja o local onde esta falta tenha sido cometida. De outro lado, não podemos deduzir desta prática que a natureza da obrigação desrespeitada tem uma incidência negativa sobre a aplicação da “exceção territorial”. Seria realmente extravagante se uma reclamação fosse julgada admissível com base na “exceção territorial” quando a obrigação a qual não foi respeitada fosse secundária, enquanto esta mesma exceção não se aplicaria a reclamações que tratassem do incumprimento de obrigações relevantes de normas imperativas. A aplicação dos critérios enunciados acima teria exigido que a Corte examinasse de maneira mais aprofundada, e à luz dos fatos de cada

avoir pour effet de faire echec a l'immunité. Arrêt. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. § 82.

¹⁹² SHAW. *Op. Cit.* p. 266.

caso, as diferentes decisões exaradas pelos tribunais italianos aos quais o requerimento alemão se refere. A mesma análise teria levado a Corte a concluir que, ao menos no que concernem algumas de suas decisões, o exercício, pelo tribunal em questão, de sua jurisdição, não podia ser considerado contrário a uma obrigação de direito internacional.¹⁹³ (grifo nosso)

3.6 A relação entre *jus cogens* e a Imunidade Estatal

Tendo em conta as normas *jus cogens* como fundadoras de uma ordem pública internacional a suplantar qualquer outra que lhe contrarie, forçoso seria concluir que seu não cumprimento ensejaria a responsabilidade internacional do Estado que cometesse tal ilícito. Assim seria se regras de conteúdo material e de conteúdo processual ou procedimental ocupassem hierarquia distinta entre si. Não obstante, a Corte não admite antinomia entre os institutos do *jus cogens* e da imunidade estatal. Da sentença, extraímos a ideia de que a imunidade é norma procedimental – ou seja, sua aplicação não enseja juízos de valor acerca do conteúdo das demandas e não torna legais eventuais quebras de normas *jus cogens*¹⁹⁴ - que ocupa campo distinto das normas substantivas, caracterizadoras do direito peremptório. Em que pese a falta de profundidade no texto para extrairmos uma producente distinção entre elas, nota-se que a CIJ não acolhe a teoria da hierarquia normativa.

¹⁹³ *Au vu de l'ensemble de ces éléments tirés de la pratique, la conclusion s'impose que la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation ne constitue pas, en elle-même, un élément suffisant pour qu'un tribunal soit fondé à exercer sa compétence à l'égard d'un État étranger dans le cas d'une demande en réparation relative à l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative, quel que soit le lieu où ce manquement a été commis. A l'inverse, on ne saurait déduire de cette pratique que la nature de l'obligation qui n'a pas été respectée a une incidence négative sur l'applicabilité de l'«exception territoriale». Il serait en effet extravagant qu'une réclamation soit jugée recevable sur la base de l'«exception territoriale» lorsque l'obligation qui n'a pas été respectée est mineure, alors que cette même exception ne s'appliquerait pas à des réclamations ayant trait au manquement à des obligations relevant de normes impératives. L'application des critères énoncés ci dessus aurait exigé que la Cour examinât de manière plus approfondie, et à la lumière des faits de chaque affaire, les différentes décisions rendues par les tribunaux italiens auxquelles l'Allemagne s'est referé dans sa requête. Pareil examen aurait dû conduire la Cour à conclure que, au moins en ce qui concerne certaines de ces décisions, l'exercice, par le tribunal en question, de sa compétence ne pouvait être considéré comme étant contraire à une obligation de droit international.* (grifo nosso) Opinion dissidente de M. Le Juge Ad Hoc Giorgio Gaja. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. P. 321-322.

¹⁹⁴ Arrêt. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. § 93.

Estas duas categorias de regras referem-se a questões distintas. As que regem a imunidade do Estado são de natureza procedimental e se restringem a determinar se os tribunais de um Estado estão aptos a exercer jurisdição em relação a outro Estado. Elas não recaem sobre a questão de saber se o comportamento em relação ao qual as ações foram promovidas foi lícito ou ilícito [...] Pela mesma razão, reconhecer a imunidade de um Estado estrangeiro conforme o direito costumeiro internacional não torna lícita uma situação criada a partir da violação de uma regra de *jus cogens*, nem presta auxílio ou assistência na manutenção desta circunstância.¹⁹⁵

Sendo assim, cabe-nos, neste aspecto, explorar o cotejo conceitual não desenvolvido pela Corte. As normas substantivas têm por conteúdo um código de conduta definidor de direitos e obrigações, sem o qual não é possível discernir o que é lícito ou ilícito e tampouco a medida da responsabilidade de cada litigante. A partir desta visão é cabível estabelecer o conceito de norma procedimental, a qual se presta a dar vazão às normas substantivas, vale dizer, permitem que aquelas espraíem seus efeitos por meio de jurisdição, prática dos tribunais e outros.¹⁹⁶

É natural que assim seja. Das coincidências entre o direito interno e o direito internacional, uma delas é a providencial classificação do conteúdo normativo. Há, entretanto, no próprio julgamento aqui compulsado, quem se ponha contrário a esse posicionamento, de modo a formar duas correntes dentro desta temática. Para Cançado Trindade, a distinção entre direito material e procedimental

não é viável nem ontologicamente nem deontologicamente: *la forme conforme le fond*. O procedimento judicial não é um fim em si, mas um meio de realizar a justiça. A aplicação do direito material é finalista, ela visa a fazer justiça.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Tradução livre. Do original: «*Ces deux categories de regles se rapportent en effet a des questions differentes. Celles qui regissent l'immunité de l'Etat sont de nature procedurale et se bornent a determiner si les tribunaux d'un Etat sont fondees a exercer leur juridiction a l'egard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement a l'egard duquel les actions ont ete engagees etait licite ou illicite [...] Pour la meme raison, le fait de reconnaitre l'immunité d'un Etat etranger conformement au droit international coutumier ne revient pas a juger licite une situation creee par la violation d'une regle de jus cogens, ni a preter aide ou assistance au maintien de cette situation...* » Arrêt. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. § 93.

¹⁹⁶ TALMON, Stefan. *Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*. *Leiden Journal of International Law*. Volume 25 Issue 04, December 2012. pp. 979-1002

¹⁹⁷ *Selon moi, la distinction entre droit procedural et droit materiel n'est viable ni ontologiquement ni deontologiquement : la forme conforme le fond. La procedure judiciaire n'est pas une fin en soi, c'est un moyen de realiser la justice. Et l'application du droit materiel est finaliste, elle vise a faire justice.*

Para consolidar seu ponto, a Corte cita precedentes próprios (*Democratic Republic of Congo v. Belgium*) e de outros tribunais (*Jones v. Saudi Arabia*; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*), entretanto, ignora a apertada votação em *Al-Adsani v. United Kingdom*, já mencionada no segundo capítulo do presente trabalho e cujos votos conjuntos dissidentes de Rozakis e Caflisch reverberaram no direito internacional.

Na doutrina, colhem-se opiniões favoráveis ao arrazoado da CIJ no que toca ao conflito de normas. Em Stefan Talmon encontramos a afirmação de que não há nada que justifique a procedência de normas cogentes sobre a dicotomia substantiva/procedimental ou mesmo que aponte a discrepância entre ambas, já que “implicações normativas mais amplas do conceito de *jus cogens* não podem simplesmente ser deduzidas do conceito em si. Devem refletir a *opinio juris* dos Estados como evidência da sua prática”¹⁹⁸

Em crítica à sentença da Corte de Cassação da Itália no caso Ferrini, Gattini faz as seguintes considerações

Como eu já tentei demonstrar em outro lugar, as suposições da Corte são e se mantêm fundamentalmente falhas. O alegado conflito de princípios, os quais devem ser decididos em favor do que for superior ou reconstruídos por via secundária interpretativa, não é um conflito. Como foi corretamente observado por muitos especialistas, a regra de direito costumeiro internacional sobre imunidade estatal é procedimental e opera *in limine litis*, e portanto está alojada em um plano completamente distinto das normas substantivas do direito internacional, o que torna a ordem hierárquica entre ambas disparatada.¹⁹⁹ (grifo nosso)

Opinion dissidente de M. Le Juge Caçado Trindade. *Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*. 3 février 2012. P. 285

¹⁹⁸ TALMON. *Op. Cit.* p. 1002. Tradução livre. Do original: *Any wider normative implications of the concept of jus cogens cannot simply be deduced out of the concept itself but have to be reflected in the opinio juris of states as evidenced by their practice.*

¹⁹⁹ GATTINI. *Op. Cit.* p. 178. Tradução livre. Do original: *As I have already tried to demonstrate elsewhere, the Court's assumptions are and remain fundamentally flawed. The alleged conflict of principles, which ought to be decided in favour of the higher one or to be recomposed byway of interpretation, is not a conflict at all. As was rightly observed by many commentators, the rule of customary international law on state immunity is procedural, operating in limine litis, and therefore it is*

3.7 O Princípio do Ilícito Territorial

Os ilícitos cometidos pelo Reich deram-se tanto em território italiano quanto alemão. No entanto, os italianos reconhecem que sua reclamação no que toca o ilícito territorial só é válida quanto aos fatos ocorridos em seu próprio país, pelas mãos das forças militares estrangeiras e no transcurso de conflito armado. Da sentença, extrai-se o seguinte excerto

A essência do primeiro argumento italiano é que o direito costumeiro internacional se desenvolveu a ponto de um Estado não estar mais protegido pela imunidade no que diz respeito a atos que ocasionem morte, lesão pessoal ou dano à propriedade em território do Estado-foro, mesmo se o ato em questão tenha sido desempenhado como *jure imperii*. A Itália reconhece que este argumento é aplicável somente àquelas reclamações apresentadas diante das cortes italianas cujos atos ocorreram na Itália e não aos casos de militares italianos feitos prisioneiros fora de seu território e transferidos para a Alemanha ou outros territórios fora da Itália para realizarem trabalhos forçados.²⁰⁰

A partir dessa assertiva a Corte demonstra de antemão a especificidade da conduta a ser apreciada. Como já expressado nos capítulos anteriores, em que pese a falta de ratificações para a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens, os artigos concebidos pela *International Law Commission* têm sua validade representada no costume internacional, haja vista a participação dos Estados no esboço das ideias lá alocadas. O art. 12 da Convenção segue esta sistemática. Em suas razões, a própria Comissão

placed on a completely different plane from the substantive norms of international law, making a hierarchical ordering of the two nonsensical.

²⁰⁰ *Le premier argument de l'Italie consiste, en substance, a soutenir que le droit international coutumier a evolue de telle sorte que les Etats ne peuvent plus, aujourd'hui, pretendre a l'immunité a l'egard d'actes ayant entraine la mort, un prejudice corporel ou un prejudice materiel sur le territoire de l'Etat du for, et ce, meme si les actes en question ont ete accomplis jure imperii. L'Italie reconnait que cet argument ne vaut qu'en ce qui concerne celles des reclamations portees devant la justice italienne qui ont trait a des actes survenus en Italie et non en ce qui concerne les internes militaires italiens faits prisonniers ailleurs qu'en Italie et transferes en Allemagne — ou vers tout autre territoire que l'Italie — pour y etre astreints au travail force. Arrêt. Affaire Relative Aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie). 3 février 2012. § 62.*

reconhece que a exceção ínsita neste dispositivo não distingue²⁰¹ os atos de império e atos de gestão, ou seja, é aplicável independentemente da natureza da ação estatal. Apesar disso, como oportunamente lembra Andrew Dickinson, há alguns indícios quanto à inaplicabilidade do preceito desse dispositivo em casos de conflitos armados²⁰².

A Convenção das Nações Unidas não contém expressa exclusão ou restrição similar para este efeito, mas certos fatos apontam para tal direção. Primeiro, o comentário da ILC na previsão correspondente dos Artigos sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens sugeriu que uma exceção não se estendia a “situações envolvendo conflito armado”; segundo, na época em que a Convenção das Nações Unidas foi adotada, o presidente do comitê *ad hoc*, o qual estava intimamente envolvido na conclusão dos termos afirmou que o esboço havia sido preparado com base na compreensão geral de que “atividades militares” não estavam inclusas; e terceiro, nenhum Estado questionou tal interpretação. Na verdade, dois Estados – Noruega e Suécia – desde então se expressaram em relação a este efeito ao ratificarem a Convenção.²⁰³

Vale lembrar que a mesma lógica permeia a Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal²⁰⁴. Como vimos no primeiro capítulo, no art. 31, há assertiva de que

nada nesta Convenção afetará quaisquer imunidades ou privilégios desfrutados por um Estado Contratante em respeito a quaisquer ações ou

²⁰¹ Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two. p. 45.

²⁰² Para um completo arrazoado acerca dos direitos inerentes aos conflitos armados, ver KOLB, Robert; HYDE, Richard. *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*. Portland: Hart Publishing, 2008.

²⁰³ *The United Nations Convention contains no similar express exclusion or restriction to this effect, but certain facts point at this direction. First, the ILC's commentary on the corresponding provision in the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, suggested that the exception did not extend to 'situations involving armed conflict'; second, at the time the United Nations Convention was adopted, the chairman of the ad hoc committee which had been closely involved in finalizing its terms stated that the draft had been prepared on the basis of a general understanding that 'military activities' were not covered; and third, no state had questioned this interpretation. Indeed, two states - Norway and Sweden - had since made express declarations to this effect on ratifying the Convention.* DICKINSON. Op. Cit. pp. 13-14.

²⁰⁴ A Convenção Europeia foi ratificada apenas pela Alemanha, mas também pode servir de parâmetro para aferir o costume europeu no que diz respeito às imunidades. Foi o primeiro documento a tratar do assunto, ainda na década de 1970.

omissões de, ou em relação a, suas forças armadas quando estiverem presentes no território de outro Estado Contratante.²⁰⁵

O tratamento dos tribunais também não é unânime. Na contramão da opinião da CIJ em relação ao caso aqui analisado, Micaela Frulli anota que a jurisprudência canadense já seguiu nesta toada em *Schreiber v. Federal Republic of Germany* ao “afirmar a irrelevância da distinção entre *jure imperii/jure gestionis* na aplicação da exceção territorial”.²⁰⁶ A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, pronunciou-se em *Republic of Austria v. Altmann* no sentido de que a imunidade não pode servir aos Estados como vetor de um comportamento inadequado, sob a garantia de que terá sua soberania protegida em razão deste costume.²⁰⁷

É evidente que a transição entre a imunidade absoluta para a imunidade relativa – e, por consequência, da gênese da bipartição dos atos entre império e gestão - não foi homogênea. E a limitação da regra se deu de tal modo não somente pela preocupação em relação à maneira como os Estados agiam, mas particularmente com seus interesses econômicos das nações industrializadas. O peso da imunidade estatal no ordenamento jurídico internacional ainda não é equivalente àquele presente nos tribunais e legislações nacionais²⁰⁸. Logo, o reflexo no modo como o tema se desenvolve entre as nações não acompanhou este ritmo.

A conclusão não pode ser outra senão a de que com o advento da Convenção das Nações Unidas e sua paulatina ratificação pelas nações a prática e a jurisprudência serão naturalmente influenciadas e terão de se adequar às novas perspectivas do

²⁰⁵ 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.* Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm> (Acessado em 01/11/2014).

²⁰⁶ FRULLI, Micaela. ‘The Times Are A Changing’ – the Italian Court of Cassation Denies Germany Immunity from Execution to Allow Compensation to War Crimes’ Victims. *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011. pp. 1129-1142. Tradução livre. Do original: [...] *the irrelevance of the jure imperii/jure gestionis distinction for the applicability of the tort exception* [...].

²⁰⁷ FOX, Hazel. In *Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important*. *International and Comparative Law Quarterly* /Volume 55/ Issue 02/April 2006, pp. 399-406.

²⁰⁸ HIGGINS. *Op. Cit.* p. 81. “*It is before domestic courts that, definitionally, issues of immunity from local jurisdiction arise.*”

Direito Internacional, embora em espaço de tempo ainda desconhecido. Reconhece-se que a codificação tem problemas intrínsecos, haja vista sua menor flexibilidade e poder de adaptação, cujas soluções só se concretizarão com estímulo à adesão e à abertura de novos debates acerca destas lacunas, para que os Estados, em conjunto, possam desenvolvê-la de forma satisfatória. A indecisão barra direitos fundamentais e deixa a mercê indivíduos em busca de compensação. Por ora, “esta incerteza pode vir como um alívio temporário aos Estados que estão equilibrando-se entre a regra da imunidade e acordos de direitos humanos protetores do acesso individual à justiça [...]”²⁰⁹.

²⁰⁹ DICKINSON, Andrew. *Op. Cit.* p. 166. Tradução livre. Do original: “*This uncertainty may come as a temporary relief to states treading the tightrope between the law of immunity and human rights treaties protecting individual access to justice [...]*”.

Conclusões

A imunidade, aquela decorrente da soberania, está às voltas desde longa data, compondo o *ius gentium* nos seus mais variados domínios. Ao responder a hipótese deste trabalho há um valor intrínseco, complexo a ser notado. É cediço que o debate acerca das normas do ordenamento jurídico internacional, em particular das com características peremptórias, sempre gerará embates doutrinários e jurisprudenciais. Mas Direito Internacional também passa por aceitação. Ainda que houvesse uma convivência absolutamente pacífica entre os Estados – e seja ela pacífica no âmbito da economia, da política ou da justiça – poderíamos pôr à prova tais dispositivos normativos e discuti-los de forma abstrata, vide a miríade de possibilidades que se lhes permitem, a depender do juízo de quem as sustenta.

Nota-se que estamos em um novo momento de reflexão sobre o alcance da norma que garante aos Estados a Imunidade de Jurisdição, tal qual aconteceu na primeira metade do século XX, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, em que fatores políticos e econômicos moldaram a postura dos entes soberanos e arrefeceram a imunidade absoluta, e, ato reflexo, florescer a imunidade relativa.

Reconhece-se a tendência da Corte a ser mais conservadora em assuntos nebulosos, a exemplo do aqui tratado, até porque uma postura excessivamente progressista, açodada, poderia colocar a perigo a necessária segurança jurídica inerente não somente ao Direito Internacional, mas também aos tribunais que exaram decisões em única ou última instância.

Causa espécie, no entanto, a alegação da Corte, em sua sentença, de que a Imunidade Estatal não deve ser flexibilizada já que não há vestígios no direito costumeiro quanto a esta prática. Ora, uma das funções da Corte é justamente servir de guidão ao Direito Internacional nas consultas que lhe são feitas e nos litígios que lhe são propostos. Sendo assim, embora tenha agido com correção em relação à proteção do princípio em comento, não se vislumbrou, neste aspecto, nenhum

movimento no que vinha sendo reiteradamente produzido pela Corte durante todo o século passado. Vale dizer, houve correção na direção, mas o erro no caminho escolhido.

Do contrário, a Corte estará condenada, ela mesma, a ser um fim em si e repetir suas decisões sem trazer ao bojo do debate novas ideias e tendências. O conceito de imunidade não permaneceu inerte, conforme demonstrado por todo o primeiro capítulo, e, pois, não está sob o jugo dos mesmos amparos fáticos para permanecer juridicamente imutável. Em realidade, perdeu-se a oportunidade de avançar no desenvolvimento do direito acerca do cotejo entre Imunidade Estatal e graves violações de direito humanitário internacional.

Também nos parece uma perspectiva vazia na essência a negativa do direito à busca de reparação sob o argumento de que isso levaria muitos outros a moverem o mesmo tipo de ação contra o Estado-réu. Ora, o objetivo é propriamente prevenir que tais ilícitos sejam perpetrados e, dentre outras possibilidades, a certeza de que haverá de responder legalmente por seus atos exsurge como barreira natural.

Ressalte-se que não se trata apenas de condenar os óbvios atos abjetos dos nazistas, até porque o embate se dá em virtude de decisões exaradas por tribunais italianos, uma das partes no processo. Olhar o litígio sob apenas tal perspectiva seria equivalente a incorrer na *Godwin's Law*. Mesmo a Corte Internacional de Justiça apreciou os fatos e lembrou que tanto Itália quanto Alemanha reafirmam o quão ignominiosos foram. Assim, a jurisprudência recente sugerida como cotejo analítico fortalece o argumento de que a imunidade jurisdicional não seria apenas questionável no cenário da 2ª Grande Guerra, mas em tantos outros momentos da História Mundial. As Cortes Nacionais e Internacionais vêm sendo diuturnamente provocadas a pronunciarem-se acerca deste tema.

Há um novo momento no Direito Internacional no que diz respeito a normas humanitárias. A atuação das Cortes de Direitos Humanos em diferentes continentes e

a crescente envolvimento pelos membros da comunidade internacional com matérias ligadas à proteção do indivíduo faz supor a formatação de um novo direito costumeiro neste tema.

Prova latente do quão intrincada é a aporia debatida e a urgência em traçar novas fronteiras nessa matéria, foi a recente manifestação²¹⁰ da Corte de Cassação Italiana, que se pronunciou no sentido de declarar a inconstitucionalidade de lei a qual previa a implementação dos efeitos da sentença (Alemanha v. Itália) da Corte Internacional de Justiça, de modo impedir que cidadãos italianos tornassem a buscar o Judiciário daquele país em busca de reparação por danos sofridos.

Além deste, outros notórios fatos recentes da geopolítica, como a invasão americana ao Iraque e os problemas relacionados a *Abu Ghraib*, para citar um caso de repercussão mundial, denotam que a questão da Imunidade não está próxima de ser solucionada.

Quanto à Convenção, ela sim representa um avanço em como é vista a matéria. Entretanto, poderemos incidir em um novo risco ao admiti-la somente para aqueles que a ratificarem, no que é conhecido como o Paradoxo de Baxter: na medida em que mais Estados aderem a um tratado ou convenção, torna-se mais difícil demonstrar qual é o direito internacional costumeiro fora destes acordos.²¹¹

De modo que seria uma visão simplória, quiçá um tanto assoberbada supor que a eventual revisão do conceito de Imunidade tratar-se-ia, por si só, da vontade de um Estado em querer outro submetido aos seus anseios, fundada em interesses algo tacanhos e desvirtuados do influxo humanitário legal e político que se delineou no transcurso do século XX. Aí, o quesito da necessidade sobrepõe-se a qualquer medida protetiva.

²¹⁰ <http://www.qil-qdi.org/?p=856> (Acessado em 01/11/2014)

²¹¹ BAXTER, Richard. "Selected Biography". *Treaties and Customs. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, v. 129, 1970.

Em reflexo aos desdobramentos históricos aqui elencados que perfizeram uma nova doutrina acerca da natureza dos atos praticados pelos Estados, por ocasião da dinâmica harmonizada nas crescentes trocas comerciais, na prática reiterada tendente a restringir gradualmente os traços da absolutez da imunidade e na constante mutação do panorama político, não há mais dúvida de que, analogamente, o atual início de século nos conduz a uma crescente afluência humanitária que pode e deve instigar novas perspectivas do Direito Internacional sem que se comprometa o objetivo precípua do ordenamento jurídico internacional, qual seja, a convivência cordial entre as nações. Aliás, esta é a definição largamente utilizada no que concerne ao sistema jurídico, a de um apanhado de normas que regulam o relacionamento interestatal. O papel dos Estados neste panorama é de consolidar práticas que atendam às perspectivas não só de seus governos, mas também dos indivíduos que ocupam seu território.

Por fim, tendo isto em mente e com fulcro em uma sugestão de Micaela Frulli, um desdobramento razoável seria admitir a “jurisdição pela necessidade” (*jurisdiction by necessity*)²¹², em que só seriam aceitáveis as reclamações cuja natureza provém de um grave desrespeito ao direito internacional e que tivessem como via para atribuição da responsabilidade estatal foro único. Dada a ausência de outros meios em certas situações e o desequilíbrio existente entre as persecuções penal e civil pelos tribunais internacionais, parece uma saída comedida a um problema evidente.

²¹² FRULLI. Op. Cit. p. 13. *This would allow states to exercise their jurisdiction and to withhold state immunity in cases where there is no compensation granted to the victims, no alternative mechanism is foreseeable, and there is a risk of completely depriving the victims of their fundamental rights. The basic idea of jurisdiction by necessity is that there must be at least one forum available to adjudicate every claim. In cases where a claim before a domestic court proves to be the only possible avenue to ascertain state responsibility for a grave breach of international law and to secure an effective remedy for the individual victims of this breach as an essential part of the enforcement entails compliance with the obligation of reparation it seems that the lifting of state immunity should be considered lawful.*

Referências Bibliográficas

I- Doutrina

- ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Saraiva, 20ª Ed. 2012.
- _____. Tratado de Direito Internacional Público. Vol I. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- AHMED, Tawhida. *The EU, the ECHR and the Effective Protection of Human Rights for Individuals*. In: FRENCH, Duncan, SAUL, Matthew and WHITE, Nigel D. *International Law and Dispute Settlement, New Problems and Techniques*, 2010.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Cedam, 1964.
- BANKAS, Ernest K. *The State Immunity Controversy In International Law*. Springer Berlin, Heidelberg 2005.
- BAXTER, Richard. "Selected Biography". *Treaties and Customs. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, v. 129, 1970.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A Sociedade Internacional e o Século XXI*. Editora Unijuí, 2001.
- BIEHLER, Gernot. *Procedures in International Law*. Dublin: Springer, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 2001.
- _____. *Thomas Hobbes and the natural law tradition*. Tradução de Daniela Gobetti. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.
- BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris : Librairie générale française, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 21ª Ed., 2014.
- BORDIN, Fernando Lusa. 'Reflections of Customary International Law': The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles In *International Law. International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 03, Julho 2014 pp. 535-567.
- BRIERLY, J.L. *Direito Internacional*. Tradução de M.R. Crucho de Almeida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967
- BROOKS, Roy Lavon. *When sorry isn't enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, 1999 by New York University Press.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Pennsylvania: Clarendon Press, 1973.
- BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- CAPLAN, Lee M. State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory. *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4, Oct. 2003.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.

- COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaio sobre história do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law. Recueil des Cours, 2013.
- DE SENA, Pasquale; DE VITTOR, Francesca. State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case. *The European Journal of International Law*, Vol. 16. No 1, 2005. pp. 89-112.
- DICKINSON, Andrew. Germany v. Italy and the Territorial Tort Exception. *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013. pp. 147-166.
- DIXON, Martin. *Textbook on International Law*. Sixth Edition. New York: Oxford University Press. 2007
- DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 19, No 76, out./dez. 1982.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. Martin Claret. São Paulo, 2009.
- _____. *Souveraneité et Liberté*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1922.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Unity in the application of International law at the global level and the responsibility of judges at the national level: Reviewing Georges Scelle's 'Role splitting' theory* (Le droit international et le quête de sa mise en oeuvre, edited by Laurence Boisson de Chazournes and Marcelo Kohen), 2010.
- FASSBENDER, Bardo. Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000. *Journal of International Criminal Justice*, 2005.
- FENWICK, Charles G. *International Law*. 3rd Edition. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc. 1948
- FERNANDES, Camila Vicenci. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca. A. 14 n.19, p 01-404, 2010.
- FINKE, Jasper. Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? *The European Journal of International Law*. Vol. 21 No. 4, EJIL 2011.
- FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision. *International and Comparative Law Quarterly / Volume 54 / Issue 04 / October 2005*.
- FOX, Hazel. In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important. *International and Comparative Law Quarterly / Volume 55/ Issue 02/April 2006*.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *La nueva estructura del derecho internacional*. Ciudad de México: Trilhas S.A., 1967.
- FRULLI, Micaela. 'The Times Are A Changing' – the Italian Court of Cassation Denies Germany Immunity from Execution to Allow Compensation to War Crimes' Victims. *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011.
- GAJA, Giorgio. *The Protection of General Interests in the International Community: General Course on Public International Law*. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye. v. 364, 2011.
- GATTINI, Andrea. The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011.

- _____. To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?. *Journal of International Criminal Justice* 1, 2. Oxford University Press, 2003. pp. 348-367
- GIEGERICH, Thomas. Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts? In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc, The Fundamental Rules of the International Legal Order, *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*, 2006.
- GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Tradução de Laurence Hooper. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.
- HELLER, Hermann. *La Soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Ciudad de México: La Fundación, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995.
- _____. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- _____. Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity. *Netherlands International Law Review*, 29, 1982. pp. 265-271.
- HOBBS, Thomas. O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- _____. De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- JACKSON, Robert H. *Classical and Modern Thought on International Relations: from anarchy to cosmopolis*. Houndmills, Basingstoke, and New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. Fundamentos Políticos do Direito Internacional. Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- KOLB, Robert; HYDE, Richard. *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*. Portland: Hart Publishing, 2008.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- _____. *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- LALIVE, Jean-Flavien. *L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales*. *Recueil de Cours* de l'Académie de Droit International de la Haye, vol. 84, 1953.
- LAUTERPACHT, H., *The Problems of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 28. *British Yearbook of International Law*, 220. 1951.
- MANCINI, Pasquale. Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Editora Ijuí, Ijuí, 2003 [Coleção Clássicos do Direito internacional/ Dirigida por Arno Dal Ri Júnior].
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional. Editora Revista dos Tribunais Ltda, 6ª Ed. rev., atual. e ampl., 2012.
- MCGOLDRICK, Dominic. *State Responsibility and the International Covenant on Civil and Political Rights*. In: FITZMAURICE, Malgosia. *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*. Portland: Hart Publishing, 2004.

- MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, Is There a Future after Germany v. Italy?. *Journal of International Criminal Justice* 11, 2013.
- _____, Lorna. State Immunity Jus Cogens. *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2008. pp 437-446.
- MELLO, C. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Vol. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Internacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2ª Ed. 2011.
- OPPENHEIM, Lassa. International Law: A Treatise. I. 4ª ed. Londres: Longmans, Green & Co., 1905.
- PELLET, Alain *et alii*. Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987
- SHAW, Malcolm N. International Law. Sixth Edition. New York: Cambridge University Press, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. Editora Atlas. 2ª Ed, São Paulo, 2004.
- SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1973. pp. 264-265.
- TALMON, Stefan. *Jus Cogens* after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished. *Leiden Journal of International Law*. Volume 25 Issue 04, December 2012.
- TAMS, Christian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- TOUSCOZ, Jean. Direito Internacional. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1993.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *International Law for Humankind, Towards a New jus Gentium*. The Hague Academy of International Law Monographs, 2010. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two.
- TUNKIN, G.I. *El Derecho y la Fuerza em el Sistema Internacional*. Tradução de Manuel Becerra Ramírez. Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público. Núm. 15. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- VIRALLY, Michel. *Le droit international en devenir: Essais écrits au fil des ans*. Paris : Presses Universitaires de France, 1990.

II- Convenções/Leis/Tratados

- Pacto das Nações (1919)
- Tratado de Paris (1947)
- Estatuto da Corte Internacional de Justiça
- Convenção de Viena de 1961 e 1963

- Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Ilíticos Internacionais - *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARS)
- Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade Jurisdicional dos Estados e Seus Bens
- European Convention on State Immunity* (1972)
- US Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*
- UK State Immunity Act* (1978)
- Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Conflitos
- Convenção Europeia de Direitos Humanos

III - Jurisprudência

- Schooner Exchange v. McFaddon* (1812)
- Parlement Belge* (1879)
- Genny de Oliveira v. República Federativa da Alemanha (Apelação Cível 9696/1989)
- Maria Thereza Goulart e outros v. Estados Unidos da América (Recurso Ordinário 57/RJ)
- Juliana Aguiar da Cruz e outros v. República Federativa da Alemanha (Recurso Ordinário 134/RJ)
- Jones and others v. The United Kingdom*
- Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*
- Ferrini v. Federal Republic of Germany*
- Prefecture of Voiotia v. the Federal Republic of Germany*
- Al-Adsani v. Kuwait*
- Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others*
- Federal Republic of Germany v. Maietta*
- In the Matter of El Sayed*
- Bouzari v. Islamic Republic of Iran*
- Fogarty v. UK*
- McElhinney v. Ireland*
- Schreiber v. Federal Republic of Germany*
- Republic of Austria v. Altmann*