

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Camila Vicenci Fernandes**

**IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO: NOVOS DESAFIOS  
EM RELAÇÃO ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS**

Porto Alegre  
2010

**Camila Vicenci Fernandes**

**IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO: NOVOS DESAFIOS  
EM RELAÇÃO ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Martha Lucía Olivar Jimenez

Porto Alegre  
2010

*Para Sandra Beatriz Vicenci Fernandes, pelo exemplo, incentivo constante, amizade  
e confiança*

## AGRADECIMENTOS

A opção pela vida acadêmica é uma escolha feita desde muito antes do ingresso na Universidade ou no Mestrado e, por isso, muitas pessoas merecem meus sinceros agradecimentos por terem, de uma forma ou de outra, contribuído para esta trajetória. Inicialmente, registro minha gratidão imensa à minha mãe, Sandra Beatriz Vicenci Fernandes, que através da sua dedicação ao ensino e da excelência com que sempre desempenhou suas atividades mostrou-me desde muito cedo um exemplo a ser seguido. Este exemplo foi reforçado pelo meu padrasto, Jorge Berto, cuja retidão de caráter e a sincera preocupação com o próximo sempre me inspiraram. Igualmente, não posso deixar de agradecer ao meu tio, Fernando Vicenci, pelo apoio, carinho e preocupação, e à minha família como um todo, que sempre encorajou minhas escolhas. Agradeço também ao meu namorado Márcio pela paciência e compreensão, e à sua família, em especial à Dione, cuja amizade e a competência profissional sempre me inspirarão. Ao meu pai, agradeço sinceramente pelas boas risadas e pelos conselhos que tornaram meus dias de pesquisa um pouco mais divertidos.

Quanto aos meus mestres e colegas de academia, é impossível não registrar minha admiração e gratidão pela prof<sup>a</sup> Véra Fradera, que desde a graduação acreditou em meu potencial para a pesquisa e cuja dedicação ao ensino é notória, e ao prof. Tupinambá Azevedo pela contribuição tanto na graduação quanto no mestrado. Quanto à minha orientadora, prof<sup>a</sup> Martha, eu poderia escrever mais uma dissertação em agradecimentos. Mais do que uma orientadora, a prof<sup>a</sup> Martha demonstrou ser uma grande companheira, uma mestra e, acima de tudo, uma educadora incrivelmente comprometida com a qualidade de seu trabalho e de seus orientandos. Registro também meu agradecimento aos colegas de pós-graduação, em especial a Igor Rodrigues e Guilherme Jaeger, e também a Laura Patella, Anatércia Rovani e Cláudio Arêdes pelo companheirismo e amizade. Finalmente, agradeço ainda aos autores Maria Gavouneli, Adam Belsky e Jürgen Bröhmer pelo auxílio, assim como às “meninas” da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Rose e Denise, cujo apoio foi imprescindível nesta caminhada.

## RESUMO

O presente trabalho examinará a temática da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação às violações aos Direitos Humanos. Na primeira parte, será abordada a configuração do instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, analisando seus fundamentos (soberania, independência, igualdade e dignidade), operando a distinção entre jurisdição, competência e imunidade do Estado estrangeiro, abordando a questão da transição do paradigma absoluto ao relativo e examinando como se deu esta transição na jurisprudência do Brasil. Na segunda parte do trabalho, tratar-se-á da oposição entre os Direitos Humanos em relação à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, examinando-se as novas abordagens teóricas a respeito (teoria da renúncia implícita, teoria da hierarquia normativa, teoria da jurisdição universal, teoria da opção e da calculabilidade do risco, teoria e teoria do benefício coletivo), bem como suas repercussões jurisprudenciais, além de se propor uma síntese entre as teorias, para, finalmente, analisar o panorama jurisprudencial brasileiro na questão da imunidade de jurisdição em relação a violações de Direitos Humanos por Estado estrangeiro.

Palavras-chave: Jurisdição – Imunidade de Estado – Direitos Humanos – Soberania-  
Jurisprudência.

## **ABSTRACT**

This paper will examine the issue of sovereign immunity regarding Human Rights violations. The first part will look at the configuration of the State's jurisdictional immunity, analyzing its foundations (sovereignty, independence, equality and dignity), operating the distinction between jurisdiction, competence and sovereign immunity, addressing the transition from the absolutist paradigm to a relative one and examining how this transition occurred in Brazilian case-law. In the second part, the opposition between Human Rights and State's jurisdictional immunity will be addressed by examining new theoretical approaches about the issue ( the implied waiver theory, the normative hierarchy theory, the universal jurisdiction theory, the option-risk calculability theory and the theory of collective benefit) as well as its repercussions in case law, in addition to proposing a synthesis between the theories, to finally analyze the Brazilian case-law on the question of sovereign immunity and Human Rights violations.

Key- words: Jurisdiction- Sovereign immunity – Human Rights – Sovereignty- Case Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 A CONFIGURAÇÃO DO INSTITUTO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO</b> .....	<b>12</b>
1.1 FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE ESTADO.....	12
1.1.1 Soberania.....	13
1.1.2 Independência.....	16
1.1.3 Igualdade.....	19
1.1.4 Dignidade.....	20
1.2 DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS: JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO.....	23
1.2.1 Jurisdição.....	24
1.2.2 Competência.....	25
1.2.3 Imunidade de Jurisdição.....	31
1.3 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO: DO PARADIGMA ABSOLUTO À RELATIVIZAÇÃO.....	32
1.3.1 Do Soberano-Rei ao Soberano-Estado.....	33
1.3.2 O caráter absoluto.....	34
1.3.3 A relativização da Imunidade.....	37
1.4 BRASIL: A TRANSIÇÃO DO PARADIGMA ABSOLUTO PARA O RELATIVO NA JURISPRUDÊNCIA.....	40
1.4.1 <i>Apelação Cível 9696/89 - Genny de Oliveira v. República Federal da Alemanha</i> .....	40
1.4.2 <i>Recurso Ordinário nº 39/ MG –Jucelino Nóbrega da Luz v. Estados Unidos da América</i> .....	41
1.4.3 <i>Recurso Ordinário 57/RJ- Maria Thereza Goulart e outros v. Estados Unidos da América</i> .....	44
<b>2 DIREITOS HUMANOS VERSUS IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO</b> .....	<b>48</b>
2.1 NOVAS ABORDAGENS SOBRE A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO.....	49
2.1.1 <b>Teoria da Renúncia Implícita</b> .....	<b>50</b>
2.1.1.1 <i>Princz v. Federal Republic of Germany</i> .....	53
2.1.1.2 <i>Prefecture of Voiotia and Others v. Federal Republic of Germany - Grécia</i> ..	58
2.1.1.3 <i>Críticas</i> .....	61
2.1.2 <b>Teoria da Hierarquia Normativa</b> .....	<b>62</b>
2.1.2.1 <i>Al- Adsani v. Government of Kuwait – Reino Unido</i> .....	70
2.1.2.2 <i>Reflexos em outros países: Ferrini (Itália) e Prefecture of Voiotia (Grécia)</i> ...	71
2.1.2.3 <i>Críticas</i> .....	74
2.1.3 <b>Teoria da Jurisdição Universal</b> .....	<b>76</b>
2.1.3.1 <i>O Caso Ferrini v. Germany- Itália</i> .....	82
2.1.3.2 <i>Críticas</i> .....	84
2.1.4 <b>Teoria da Opção e da Calculabilidade do Risco</b> .....	<b>85</b>
2.1.4.1 <i>Critérios diferentes para violações distintas</i> .....	89
2.1.4.2 <i>Críticas</i> .....	94
2.1.5 <b>Teoria do Benefício Coletivo</b> .....	<b>95</b>

2.1.5.1 A Teoria dos “Direitos Fundamentais” do Estado – A Imunidade Como Direito?.....	96
2.1.5.2 A Jurisdição Territorial do Estado Foro como Verdadeiro Fundamento para a Imunidade – A Teoria do Benefício Mútuo .....	98
2.1.5.3 Críticas .....	100
<b>2.1.6 Uma Proposta: A Primazia da Jurisdição e a Tutela Jurídica dos Direitos Humanos .....</b>	<b>101</b>
2.1.6.1 Jurisdição como Fundamento .....	101
2.1.6.2 A necessidade de uma conexão razoável.....	104
2.1.6.3 Violações distintas, conseqüências semelhantes.....	106
2.1.6.4 Reparações Razoáveis .....	108
<b>2.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O TRATAMENTO DA QUESTÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>111</b>
<b>2.2.1 Recurso Ordinário 64/SP- Salomon Frydman v. República Federal da Alemanha .....</b>	<b>112</b>
<b>2.2.2 Recurso Especial nº 436.711 - RS (2002/0065711-4)- Hirsch Zamel v. República Federal da Alemanha .....</b>	<b>114</b>
<b>2.2.3 Recursos Ordinários 69 e 85/RS. Recurso Ordinário 70/RS.....</b>	<b>115</b>
<b>2.2.4 Recurso Ordinário nº74/ RJ .....</b>	<b>117</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>129</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito Internacional possuía, em sua gênese, uma preocupação evidente com a situação indivíduos perante os Estados. Um exemplo pujante desta configuração inicial do Direito internacional pode ser encontrado nas obras de Francisco de Vitória, que defendia a titularidade de direitos pelos índios da América, criticando, assim sua subjugação pela Espanha no séc. XVI. As idéias jusnaturalistas de Vitória - e sua conseqüente crença em direitos intrínsecos aos seres humanos - inspiraram anos mais tarde o jurista holandês Hugo Grotius, que divide com Vitória o título de fundador do direito internacional. Grotius foi responsável pela concepção clássica do direito internacional que, visando à coexistência pacífica das nações, impunha restrições ao poder soberano e deixava claro que o direito natural, a ética e a razão deveriam nortear as relações entre os Estados, além de reconhecer os indivíduos como sujeitos de Direito Natural e do nascente Direito Internacional, razão pela qual os preceitos éticos e morais de sua obra se estendiam também a eles.

Apesar deste panorama inicial bastante favorável ao indivíduo, o Direito Internacional foi posteriormente influenciado de maneira marcante pelo Positivismo, que colocava os Estados como únicos protagonistas do Direito Internacional, dotados de uma soberania ilimitada no âmbito interno, e só restrita, externamente, pela presença de outros entes igualmente soberanos, que só poderiam se comprometer com normas emanadas de suas vontades, sendo os princípios e valores tão caros ao Direito Natural relegados a segundo plano, assim como ocorreu com os indivíduos. Como conseqüência, o Direito Internacional que emergiu dos acordos que compõem a Paz de Westfalia e que tomou forma e contornos mais precisos entre o Congresso de Viena e advento da Primeira Guerra Mundial constituía, à época de sua concepção, o mínimo jurídico imprescindível para se regular as relações de colaboração e coexistência entre os Estados, em um sistema de caráter descentralizado que regulamentava as relações entre estes entes com base na soberania, na independência e na conseqüente inexistência de autoridade política que lhes sobrepusesse (CARRILLO SALCEDO, 2005). Tal configuração do panorama do Direito Internacional no séc. XIX ajuda a explicar a pouca ou nenhuma

atenção conferida ao papel no indivíduo neste sistema, que foi estruturado para regulamentar relações entre Estados, sujeitos de direito internacional por excelência nesta ótica.

O século XX presenciou, entretanto, uma mudança lenta e gradual neste cenário, e o Estado soberano deixou de ser, pouco a pouco, a “jaula de ferro” dos indivíduos, que lhes permitia apenas comunicar-se juridicamente com o exterior através de suas estreitas barras (POLITIS, 1927 apud CARRILLO SALCEDO, 2005). Principalmente em razão das atrocidades cometidas contra os indivíduos durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional voltou sua atenção para a necessidade de proteção aos direitos humanos que, “ao constituir tema de legítimo interesse internacional, transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva” (PIOVESAN, 2007, p. 05).

Desta forma, o processo de reconhecimento de direitos inerentes ao ser humano, apesar de sua longa trajetória, logrou materialização no plano jurídico internacional apenas em 1948, com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003), que expressou a dignidade da pessoa humana como valor a ser perseguido e preservado pela comunidade de nações, consolidando, assim, consolida uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de caráter universal a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2007)

A partir deste reconhecimento, frutificaram outros instrumentos de proteção aos Direitos Humanos<sup>1</sup>, seja em esfera mundial, regional ou local, e a própria Constituição da República Federativa do Brasil registrou tal avanço, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em seu art. 1º, inc. III, e afirmando, em seu art. 4º, inc. II, que o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos.

---

<sup>1</sup> Este trabalho não pretende ingressar no tema da configuração, historicidade e reconhecimento dos Direitos Humanos, e sim analisar a sua relação com o instituto de imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Cumpre salientar, entretanto, que seguiremos a concepção da Profª Flávia Piovesan, ou seja, “adota-se aqui a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual eles são concebidos como unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”(PIOVESAN, 2007, p. 13)

Consagrada inquestionavelmente como valor supremo das ordens nacional e mundial, a proteção aos Direitos Humanos passou a influenciar, de maneira cada vez mais decisiva, institutos clássicos de um Direito Internacional concebido só para os Estados, flexibilizando pontos considerados até então imutáveis em favor dos indivíduos. Este é justamente o caso do instituto que será objeto de análise no presente trabalho, a chamada “antiga e sólida regra costumeira” da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro (REZEK, 2005), que passou a ser contestada com cada vez mais frequência pela doutrina e pela jurisprudência, que buscam a sua relativização e mitigação quando a demanda em questão for relativa a violações aos Direitos Humanos<sup>2</sup>.

Para abordar tal questão, este trabalho analisará, inicialmente, os fundamentos da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, ou seja, quais princípios são apontados pela doutrina e pela jurisprudência para justificá-la. Em seguida, será examinada a evolução histórica do instituto, com a transição de seu caráter absoluto para uma recente relativização, além de se verificar como se deu este processo no âmbito jurisprudencial brasileiro.

Na segunda parte, será estudado especificamente o reflexo do reconhecimento da importância dos Direitos Humanos sobre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, abordando-se as mais importantes formulações teóricas a respeito, assim como suas repercussões jurisprudenciais, além de se propor uma síntese adequada entre elas. Em seguida, serão examinadas as mais relevantes decisões dos tribunais pátrios a este respeito para, finalmente, esboçarem-se conclusões acerca da perspectiva dos Direitos Humanos como nova fronteira para a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

---

<sup>2</sup> É importante salientar que o objeto deste trabalho limita-se ao estudo da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, não comportando, portanto, a análise de outras imunidades, como as diplomáticas ou de chefe de Estado, ou mesmo a imunidade de execução. Ressalta-se, ainda, que o presente trabalho não discorrerá sobre a natureza, reconhecimento histórico, doutrinário e jurisprudencial dos Direitos Humanos, visto que incompatível com seu objetivo, que é primar pela análise da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

## **1 A CONFIGURAÇÃO DO INSTITUTO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO**

O estudo do tema proposto pelo presente trabalho necessita que se façam, inicialmente, considerações acerca da configuração do instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Para tanto, este capítulo abordará, em primeiro lugar, os fundamentos da imunidade de jurisdição e, ainda, a distinção entre jurisdição, competência e imunidade. A seguir, será feita uma análise da transição do paradigma absoluto da imunidade rumo à sua recente relativização, examinando-se também algumas decisões que refletem este processo na jurisprudência pátria.

### **1.1 FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO**

A abordagem do tema da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro requer que se busquem, inicialmente, os fundamentos do instituto ora estudado. Tal análise se faz necessária para a compreensão do papel desempenhado pela imunidade soberana e suas conseqüências, além de fornecer uma base sólida para o seu estudo. A evolução histórica do conceito, seu desenvolvimento na doutrina e seus reflexos na jurisprudência fornecem, assim, as pedras angulares para a construção hodierna do instituto e para os efeitos decorrentes de sua aplicação.

Desta forma, a história, a doutrina e a jurisprudência apontam para e existência de quatro fundamentos essenciais que formariam o alicerce da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, consubstanciados nos princípios da soberania, independência, igualdade e dignidade. Estes princípios fundamentais e sua relação com a imunidade soberana serão estudados a seguir.

### 1.1.1 Soberania

O princípio da soberania constitui talvez o alicerce mais importante e o mais sólido na construção da fundamentação que sustenta o instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante as cortes nacionais. Tal relevância já é deveras visível no próprio nome dado à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro- imunidade soberana – que denota a intensa influência exercida pelo princípio da soberania sobre o instituto aqui analisado.

A soberania é o resultado do histórico embate de duas forças em oposição: o governo mundial e o governo territorial (MADRUGA FILHO, 2003). Isto significa dizer que, em seu território, o soberano é absoluto, agindo independentemente de consentimento de qualquer outro poder. Este absolutismo, entretanto, está restrito pelo critério da territorialidade, pois fora de seus domínios o soberano encontrará outros iguais a si, também absolutos em seus territórios, e esta pluralidade acarretará a necessidade de coordenação entre eles e do respeito aos limites do poder soberano de cada um, um dever que, no direito internacional, se materializa na obrigação de não intervenção nos assuntos de outro país (MADRUGA FILHO, 2003).

Assim, a multiplicidade de governos territoriais demanda a delimitação do poder que cada um pode exercer sobre o outro, e em que medida estes soberanos devem ser reconhecidos perante governos estrangeiros. É possível afirmar, pois, que o próprio conceito de imunidade de Estado se desenvolveu no decorrer do surgimento de entidades territoriais que reivindicavam poder sobre todos os sujeitos localizados sobre seu espaço físico (BRÖHMER, 1997), ou seja, as próprias concepções de soberania e imunidade interligam-se desde sua gênese.

Historicamente<sup>3</sup>, Jean Bodin é considerado o pensador responsável pela primeira sistematização da soberania, vista em sua obra “Seis Livros da República” como o sumo poder do rei sobre seus súditos, prerrogativa a ser exercida de forma livre dos limites estabelecidos pelas leis<sup>4</sup>. No contexto de grande instabilidade da França do século XVII, Bodin acreditava que somente um poder forte e de caráter centralizado e ilimitado evitaria tragédias como a fatídica Noite de São Bartolomeu (DUNNING, 1896). Entretanto, a superioridade indiscutível do rei no âmbito de seu império também já decorria logicamente a paridade com os demais governantes de outros Estados no plano internacional.

A visão absolutista de Bodin cedeu lugar, no transcorrer da História, a uma concepção de soberania não mais irrestrita e una, e sim de um instituto multifacetado, que possui vários aspectos. Bröhmer (1997) afirma que, de uma maneira extrínseca, a soberania descreve a relação entre Estados como sujeitos principais do direito internacional, e a relação entre os Estados e o próprio direito internacional, enquanto seu viés intrínseco diz respeito à habilidade dos Estados, enquanto entidades organizadas de indivíduos, de cumprir seus propósitos e objetivos.

A imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro configurava-se, segundo o autor, como um correlativo necessário para proteger o conceito de soberania como anteriormente descrito. Desta forma, a submissão de um país às leis de outro em um foro estrangeiro seria considerada como uma violação do aspecto externo da soberania (BRÖHMER, 1997).

---

<sup>3</sup> É importante salientar aqui a opinião de Madrugá, que adverte “para analisar o conceito de soberania sugerimos não recorrer a concepções estáticas, qual fotografias de uma realidade mutante. Certamente não iremos reconhecer no absolutismo francês a soberania em seus modernos contornos. Não podendo reconhecer nesses retratos a soberania de hoje, buscamos novos conceitos que, todavia, correm o risco de também envelhecer, se não forem capazes de explicar a dinamicidade inerente ao fenômeno”. (MADRUGA FILHO, 2003 p. 17).

<sup>4</sup> “Nada havendo de maior sobre a terra, depois de Deus, que os príncipes soberanos, e sendo por Ele estabelecidos como seus representantes para governarem os outros homens, e necessário lembrar-se de sua qualidade, a fim de respeitar-lhes e reverenciar-lhes a majestade com toda a obediência, a fim de sentir e falar deles com toda a honra, pois quem despreza seu príncipe soberano, despreza a Deus, de Quem ele é a imagem na terra.” (BODIN apud CHEVALIER, 1966, p. 58.).

Além de um mecanismo de salvaguarda do aspecto externo da soberania, a prerrogativa de um Estado de não ser julgado perante as cortes de outro país é, igualmente, uma restrição ao exercício da soberania do Estado foro, ou seja, uma limitação ao direito deste Estado de, através de seu poder judiciário, proferir decisões em casos nos quais um outro ente estatal figure como réu<sup>5</sup>.

Assim, Cassese (2005) elenca, entre os poderes e direitos inerentes à soberania, o direito à imunidade de jurisdição perante as cortes nacionais de Estados estrangeiros para os atos desempenhados no gozo da capacidade soberana. A imunidade seria, portanto, um dever a ser respeitado pelo Estado foro e um direito do Estrangeiro de não ser submetido a julgamento nos tribunais de outro país, constituindo ao mesmo tempo expressão e limitação da soberania.

A relação entre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e a soberania é, portanto, de caráter bastante íntimo, e pode-se afirmar que “a imunidade estaria estritamente vinculada a este valor substantivo, sendo sua vigência necessária para conformar a conduta dos Estados e seus órgãos à independência dos Estados em suas relações internacionais” (MASSICCI, 2007 p. 55).

Entretanto, apesar de desempenhar um papel considerável na fundamentação do instituto da imunidade de Estado estrangeiro, a soberania não constitui sua base exclusiva. Conforme será visto a seguir, outros princípios atuam de forma intensa para a construção dos alicerces do instituto ora estudado como, por exemplo, o da independência.

---

<sup>5</sup> Tal posição é compartilhada por Cassese, que afirma: “A soberania estatal não é ilimitada. Muitas regras internacionais a restringem. Além das normas de tratados, que obviamente variam de Estado para Estado, normas costumeiras impõem limitações sobre a soberania estatal. Elas são a consequência legal natural da obrigação de respeitar a soberania de outros Estados”(CASSESE, 2005, p. 98).

### 1.1.2 Independência

De acordo com Brownlie (2008), outro princípio em que se baseia a imunidade é justamente o da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados, ou seja, o princípio da independência. O respeito a este princípio determina que os Estados não devem intervir nos atos, negócios, governo e demais expressões de outro Estado, e, conseqüentemente, devem se abster de sujeitar tais ações à apreciação do seu poder judiciário. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, portanto, deriva também da observância deste princípio, que se reflete, inicialmente, no fato de os Estados não poderem interferir nos atos públicos de Estados estrangeiros em razão do respeito por sua independência e, em segundo lugar, o poder judiciário não deveria interferir na condução da política exterior das autoridades governamentais nacionais ou estrangeiras em virtude do princípio da separação dos poderes (CASSESE, 2005).

A estabilidade e as boas-relações no âmbito da comunidade internacional estariam, obviamente, deveras ameaçadas caso os Estados decidissem praticar atos de ingerência em outros países a seu bel-prazer, situação que levaria a um retorno inexorável às circunstâncias do passado, no qual a força - e não o diálogo e a civilidade - determinava o arranjo internacional. O reconhecimento da independência dos Estados garantiu certa igualdade e harmonia no cenário mundial, assegurando que cada país tivesse, ao menos em tese, a possibilidade de determinar seus próprios rumos, sem a interferência de outro Estado em seus assuntos.

Desta forma, ao considerar-se que o instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro tem o condão de evitar que um país responda perante as cortes de outro em virtude de atos praticados no exercício de sua capacidade como ente soberano, observa-se claramente a presença de uma fundamentação calcada no princípio da independência. O julgamento pelos tribunais de outro país significaria, desta maneira, uma ingerência que viola o supracitado princípio. Assim, “a independência implica que os Estados têm direitos exclusivos de determinar sua

própria política e decidir a forma mais apropriada de gerenciá-la publicamente” (MASSICCI, 2007, p.49).

No âmbito jurisprudencial, a materialização do princípio da independência como fundamento da imunidade é geralmente atribuída a duas decisões: o caso *Underhill v. Hernandez*<sup>6</sup>, nos Estados Unidos da América, e a decisão *The Parlement Belge*, proferida pela *House of Lords* inglesa. Na primeira decisão – uma demanda que buscava reparação por prejuízos morais e materiais alegadamente causados pelo comandante das forças revolucionárias da Venezuela, Hernandez, a Underhill, um engenheiro contratado para construir o sistema hidráulico de uma cidade do país -, a opinião do juiz Fuller consagrou a posição de que “todo o Estado soberano é obrigado a respeitar a independência de todos os outros Estados soberanos, e as cortes de um não julgarão os atos do governo de outro realizados em seu próprio território. Reparações por danos ocorridos em função de tais atos devem ser obtidas pelos meios abertos a serem auxiliados pelos poderes soberanos entre eles.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1897).

A segunda decisão digna de nota é relativa ao caso *The Parlement Belge* que, na Inglaterra, consolidou o princípio da independência como uma das bases da imunidade soberana. O caso era relativo a um navio de correspondência possuído e controlado pelo rei da Bélgica e tripulado pela Marinha Real Belga, no qual a Corte de Apelação sustentou não possuir jurisdição “sobre a pessoa do soberano de qualquer outro Estado, ou sobre a propriedade pública de qualquer Estado que seja destinada a uso público” (HILLIER, 1998, p. 289-920).

---

<sup>6</sup> Underhill, um engenheiro norte-americano, possuía um contrato com o governo da Venezuela, que determinava a construção de um sistema hidráulico na cidade de Bolívar. O governo do país é, entretanto, tomado por forças revolucionárias, e o comandante Hernandez, agora responsável pelo poder, nega os pedidos de passaporte feitos por Underhill para deixar a cidade como forma de coagi-lo a continuar as obras, que beneficiariam a comunidade e as forças revolucionárias. Quando finalmente conseguiu regressar aos Estados Unidos, Underhill processou Hernandez buscando a reparação de danos causados pela recusa na concessão do passaporte e pelas alegações de confinamento em sua própria casa e agressão e afrontas perpetradas pelos soldados de Hernandez. A corte de primeira instância foi favorável ao réu, o que levou Underhill a recorrer, ocasião na qual a corte de apelação confirmou a decisão anterior afirmando, inter alia, que “os atos do réu foram os atos da Venezuela, e como tais não são objeto adequado de julgamento perante as cortes de outro governo”. É importante mencionar que esta decisão é considerada igualmente marco da doutrina de Ato de Estado.

Apesar de bastante consolidada – tanto doutrinária como jurisprudencialmente - como um dos princípios basilares da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, a independência não deveria fundamentar indiscriminadamente a concessão de imunidade. A argumentação baseada na independência deveria ser aplicável apenas aos casos nos quais o próprio desempenho das prerrogativas estatais pudesse ser comprometido caso o país estrangeiro se submetesse ao julgamento das cortes de outro Estado, o que nem sempre ocorre. Assim, é acertada a opinião de Bröhmer (1997), que afirma que o princípio da independência demanda a proteção da substância e do exercício das funções públicas governamentais dos Estados, sendo necessário, para que este princípio apóie a noção de imunidade de Estado, provar-se que restringir a imunidade interferiria no exercício de tais funções, sendo que apenas neste caso o princípio da independência poderia servir como base para manter a imunidade dos Estados.

A independência não deveria funcionar, portanto, como fundamentação para se manter toda e qualquer situação de imunidade, fazendo-se necessário refletir sobre a real necessidade de proteção das prerrogativas estatais no caso concreto. É inegável, entretanto, que o instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro encontra-se firmemente alicerçado no princípio da independência.

Mas, por mais intenso que seja o papel desempenhado pelo princípio da independência, são necessários ainda outros elementos para a construção da imunidade soberana. Desta forma, a solidez desta base é também de responsabilidade de outros princípios, como, por exemplo, o da igualdade, a seguir analisado.

### 1.1.3 Igualdade

Classificando a igualdade como um direito dos Estados, Accioly, Nascimento e Casella elencam, entre suas principais conseqüências, a de que nenhum Estado tem o direito de reclamar jurisdição sobre outro Estado soberano (2009), ou seja, que os tribunais de um Estado não têm jurisdição nem competência judiciária em relação a outro Estado (2009). Assim, o terceiro princípio que fundamenta a imunidade soberana é o da igualdade entre os Estados, que, cristalizado na máxima latina *par in parem non habet imperium*, define a impossibilidade de um Estado ser julgado por um ente de igual posição hierárquica.

A *House of Lords* também já se manifestou neste sentido, afirmando que “a base sobre a qual um Estado é considerado imune à jurisdição territorial das cortes de outro Estado é aquela do “par in parem”, que efetivamente significa que os atos soberanos ou governamentais de um Estado não são matérias sobre as quais as cortes de outro Estado possam julgar.”<sup>7</sup> (REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE, 1983, p. 262). Desta forma, as pessoas jurídicas internacionais de igual posição não podem ver seus litígios resolvidos pelas cortes de uma delas, pois tal situação afrontaria o princípio da igualdade. A imunidade de jurisdição garante, assim, a observância deste princípio, impedindo que um igual emita julgamento sobre outro.

De acordo com Massicci, alicerçar a imunidade soberana também sobre a as bases do princípio da igualdade constitui “uma justificação muito poderosa, que busca o respeito dos Estados como sujeitos de Direito Internacional, provendo certa segurança jurídica ao criar um mínimo de previsibilidade na repartição do poder jurisdicional entre os Estados.” (MASSICCI, 2007, p. 49) A imunidade de jurisdição não pode, portanto, ser dissociada do princípio da igualdade, emprestando este sua força àquela.

---

<sup>7</sup> I Congreso Del Partido: O caso em questão diz respeito a dois navios – Playa Larga e Marble Islands- que transportavam açúcar para o Chile quando receberam ordens do governo cubano para abortar a viagem e descarregar seu conteúdo em outro lugar. A conduta do governo cubano fora motivada pelo golpe militar que depôs Allende e colocou o general Pinochet no poder, e, posteriormente, os donos chilenos da carga iniciaram uma ação in rem contra I Congreso, outro navio de propriedade do governo cubano, que alegou imunidade de jurisdição. (O'BRIEN, 2001, p. p. 271-272).

A influência marcante do princípio da igualdade sobre o instituto da imunidade de jurisdição transparece também de forma clara quando se constata a possibilidade de um Estado manifestar sua aquiescência em ser processado perante as cortes de outro país, abdicando, assim, da imunidade à qual ordinariamente faria jus. Portanto, conforme Brownlie (2008), o consentimento dado reafirma o estatuto da igualdade, ou seja, a paridade hierárquica dos Estados permite que um deles submeta-se voluntariamente à jurisdição do outro.

#### 1.1.4 Dignidade

Finalmente, cumpre analisar o importante papel exercido pelo princípio da dignidade sobre o instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro<sup>8</sup>. De fato, a evolução histórica da imunidade em geral está intrinsecamente ligada a este princípio, que, ao estabelecer o reconhecimento de elevada distinção aos chefes do Estado estrangeiro, a seus agentes diplomáticos e demais representantes, levou à outorga de imunidade de jurisdição aos mesmos, privilégio posteriormente estendido à nação como ente estatal. Este processo de desenvolvimento histórico das imunidades é bem abordado por Brownlie (2008), afirmando que, apesar da imunidade dos representantes diplomáticos ter antecedido a imunidade dos soberanos e dos Estados, estas duas doutrinas estão estreitamente ligadas no que diz respeito aos seus princípios fundamentais, pois ambas contêm um elemento extraterritorial e cerimonial, apesar de a imunidade diplomática ser mais funcional.

Assim, com vistas a não obstar o desempenho das atividades desenvolvidas pelo Estado estrangeiro, o Estado foro se abstém de julgar tais atos. Percebe-se, desta forma, que “o fundamento da imunidade jurisdicional assenta igualmente na

---

<sup>8</sup> Sobre este assunto, Dinamarco afirma: As regras de boa convivência internacional aconselham que o Estado vá além no respeito à soberania alheia, abstando-se de exercer jurisdição sobre bens e interesses de outros Estados soberanos, de seus agentes diplomáticos e de certas entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas, o Mercosul ou a Comunidade Européia. Daí as imunidades à jurisdição, que são limitações internacionais impostas a esta, de modo que cada Estado renuncia à competência de seus juízes também nessa medida (DINAMARCO, 2004, p. 338).

dignidade da nação estrangeira, dos seus órgãos e representantes, e na necessidade funcional de não lhes colocar entraves à prossecução da sua missão” (BROWNLIE, 2008, p. 347).

No âmbito jurisprudencial, é o caso da *Escuna Exchange v. McFaddon* que consagra a dignidade como fundamento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Assim, já em 1812, o juiz Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, afirma<sup>9</sup>:

Esta perfeita igualdade e absoluta independência dos soberanos, e este interesse comum os impelindo a um relacionamento mútuo, e um intercâmbio de bons ofícios uns com os outros, fez surgir uma classe de casos nos quais entende-se que todo o soberano deve renunciar ao exercício de parte daquela jurisdição territorial completa e exclusiva, que se diz ser o atributo de toda nação. Admite-se que um destes casos seja a exceção da pessoa do soberano de prisão ou detenção no território estrangeiro. Se ele entra naquele território, com o conhecimento e a licença de seu soberano, esta licença, embora não contenha nenhuma estipulação excetuando a sua pessoa de prisão, é universalmente entendida como implicando tal estipulação. Por que razão não todo o mundo civilizado concorreu para esta construção? A resposta não pode estar errada. Não se entende que um soberano estrangeiro pretenda submeter-se a uma jurisdição incompatível com sua dignidade e com a dignidade de sua nação, e para evitar esta subjeção é que a licença é obtida. (THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909, p. 229, grifo nosso).

A questão da dignidade como fundamento para o instituto da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros perante o Estado foro<sup>10</sup> é especialmente questionável nos casos relativos à busca de indivíduos a reparações por violações aos direitos humanos perpetradas pelos Estados estrangeiros. Como permitir, logicamente, que a dignidade sirva como meio de proteção e garantia de impunidade

<sup>9</sup> A menção à dignidade, tanto do príncipe quanto da nação, permeia toda a decisão, como do trecho abaixo:

“This full and absolute territorial jurisdiction being alike the attribute of every sovereign, and being incapable of conferring extraterritorial power, would not seem to contemplate foreign sovereigns, nor their sovereign rights, as its objects. One sovereign being in no respect amenable to another and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation, by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him”. (THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909, p. 226)

<sup>10</sup> É importante salientar, entretanto, a existência de críticas à concepção que defende a dignidade como um dos fundamentos da imunidade soberana. Tais análises afirmam, em regra, que tal visão estaria defasada em função de uma mudança na justificativa das imunidades no hodierno direito internacional, que possuiriam, hoje em dia, um caráter predominantemente funcional, e não mais tão cerimonial. Esta visão é defendida por Massici (2007, p. 50), que afirma: “Tanto a doutrina como a jurisprudência costumam referir-se à dignidade dos Estados, um conceito que provém da imunidade pessoal dos soberanos ou chefes de Estado e seus embaixadores e que há algum tempo não se sustenta, entre outras coisas porque as imunidades pessoais somente se justificam no Direito Internacional atual sobre uma base funcional”.

de condutas tão indignas como o genocídio, perseguições raciais e a tortura? Neste sentido, é pertinente a reflexão de Bröhmer, que questiona que, se a dignidade é considerada um conceito moral e ético e, portanto, um atributo dos seres humanos, como se pode cogitar que a chamada “dignidade” de um Estado responsável por violações a direitos humanos deva prevalecer sobre a dignidade do indivíduo vitimizado (BRÖHMER, 1997)? Em nossa opinião, o chamado princípio da dignidade do Estado não poderá funcionar como uma justificativa razoável para conferir imunidade de jurisdição aos Estados responsáveis justamente por violar – de maneiras muitas vezes atroz e chocantes - a dignidade de seres humanos, seja em virtude de sua etnia, crença, participação política, etc.

Analisados os fundamentos do instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, cumpre agora distingui-la de outros institutos, como a jurisdição e a competência.

## 1.2 DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS: JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Apesar de constituírem institutos bastante diversos, é comum, tanto na doutrina como na jurisprudência<sup>11</sup>, perceberem-se equívocos e confusões entre estes conceitos, o que acarreta visões e decisões distorcidas. Assim, distinguir cada um destes institutos é um passo importante para o correto desenvolvimento do tema deste trabalho pois, como salienta Antenor Madrugá (2003), o equívoco entre os institutos de jurisdição e competência impõe obstáculos ao entendimento do conceito de imunidade de jurisdição e o processamento adequado da *declinatoria fori* oferecida por um Estado. Desta forma, os fenômenos da incompetência internacional, incompetência interna e imunidade de jurisdição são similares na medida em que possuem o condão de evitar o julgamento do mérito da lide pelo julgador, mas ignorar as diferenças essenciais entre estes institutos pode resultar, conforme o autor, em raciocínios equivocados.

É necessário, portanto, individualizar o papel desempenhado por cada um destes institutos – jurisdição e competência – para evitar imprecisões conceituais que podem comprometer a análise do tema ora abordado, ou seja, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante as cortes domésticas por violação aos direitos humanos.

---

<sup>11</sup> É notória a confusão operada, por exemplo, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Amerada Hess v. Argentina*. No caso, a companhia Amerada Hess buscava ressarcimento pelos danos sofridos por seu navio, que fora bombardeado pela força aérea argentina na guerra das Malvinas. Depois de ver seu pleito frustrado nas cortes argentinas, os demandantes ingressaram com a demanda perante as cortes americanas, afirmando que estas possuíam jurisdição com base no Alien Tort Statute, que confere jurisdição federal em qualquer demanda civil, sobre um estrangeiro por delito civil cometido em violação ao direito das nações ou tratado dos Estados Unidos. A corte distrital extinguiu o feito sem julgamento de mérito alegando ausência de jurisdição, afirmando que o Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, estatuto que regula a concessão de imunidade nas cortes americanas, constituía a única base de exercício de jurisdição federal sobre casos contra Estados estrangeiros, decisão que foi revertida em segunda instância, mas finalmente mantida pela Suprema Corte americana, que erroneamente decidiu que um estatuto sobre imunidade determinava as bases da jurisdição (KIRGIS, 1988). Ver também VAZQUEZ, 1989, p. 565-568.

### 1.2.1 Jurisdição

Liebman (2003) citava em sua obra as lições clássicas de mestres do Direito para conceituar a jurisdição, e já apontava para a existência de mais de uma definição do mesmo conceito, recordando em especial duas acepções que fundamentaram por muito tempo o debate científico na Itália: a de Chiovenda, que define a jurisdição como a atuação da lei por parte dos órgãos públicos a tanto destinados<sup>12</sup>, e a de Carnelutti, que a define como a justa composição da lide, assim entendida como qualquer conflito de interesses regulado pelo direito, e como justa a composição que é feita de acordo com o direito.

A pluralidade semântica do termo jurisdição evidencia-se quando se consulta também a doutrina pátria. Para autores como Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 32), a jurisdição consiste no “poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. Visão semelhante parece ser compartilhada por Marques (2000), que afirma que a jurisdição é constituída pela função de julgar a lide ou pretensão, dando a cada um o que é seu. A jurisdição<sup>13</sup> resulta da necessidade de composição processual dos litígios pelo Estado, sendo que o terceiro imparcial com o qual colaboram os interessados para a solução da lide é um órgão ou autoridade estatal e, conseqüentemente, o *judicium* dele emanado não constitui um mero juízo lógico sobre a pretensão que está na base do litígio, e sim um ato de vontade revestido de caráter imperativo<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Neste sentido, afirma Chiovenda: “O Estado moderno considera, pois, como sua função essencial a administração da justiça; somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder que se denomina “jurisdição”. Para isso ele organiza órgãos especiais (jurisdicionais), o mais importante dos quais são os juízes (autoridades judiciárias). Perante estes deve propor a sua demanda aquele que pretenda fazer valer um direito em juízo. A tarefa dos juízes é afirmar e atuar aquela vontade concreta, dados os fatos que eles considerem realmente existentes”. (CHIOVENDA Principii di diritto processuale apud BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 27.

<sup>13</sup> Segundo Dinamarco, “a jurisdição situa-se, juntamente com a legislação, entre as atividades jurídicas do Estado. É uma atividade ligada essencialmente à atuação jurídica, enquanto a legislação se destina à produção jurídica. Ambas diferem da administração, que não tem objetivos jurídicos. A jurisdição identifica-se pela presença de dois elementos essenciais, quais sejam o caráter substitutivo e os escopos a realizar” (DINAMARCO, 2004, p. 311).

<sup>14</sup> “O poder estatal não é exercido na medida em que o desejem ou aceitem os particulares, mas segundo os desígnios e decisões do próprio Estado, expressos pelos agentes regularmente

(MARQUES, 2000). Assim, “pelo aspecto técnico, a atividade jurisdicional é sempre substitutiva das atividades dos sujeitos envolvidos no conflito, a quem a ordem jurídica proíbe atos generalizados de autodefesa” (DINAMARCO, 2004, p. 310).

Afigura-se, portanto, o exercício de jurisdição como um claro traço da soberania do Estado através da resolução de conflitos, que se dá nos ditames da lei. No âmbito do direito internacional, Bevilacqua elencou, entre os direitos que o Estado reserva para si quando entra para a comunhão internacional, o exercício da jurisdição e império sobre o seu território, juntamente com a prerrogativa de manter ou alterar a sua constituição política segundo as suas necessidades e conveniências e o de ter uma legislação própria (1939). Opinião análoga parece ser partilhada por Accioly, Nascimento e Casella ao afirmarem que exercício da jurisdição constitui direito básico do Estado, tendo por pressuposto o fato de que todas as pessoas e bens situados em seu território encontram-se submetidos às suas leis e tribunais (2009).

Desta forma, percebe-se que “o escopo da jurisdição é o de tornar efetiva a ordem jurídica e impor, através dos órgãos estatais do Poder Judiciário, a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica” (MARQUES, 2000). O exercício jurisdicional materializará, assim, a vontade do legislador no caso concreto, através da aplicação da lei pelo magistrado. (MARINONI; ARENHART, 2005), podendo ser *conceituado* “como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2004, p. 309).

### 1.2.2 Competência

A jurisdição, prerrogativa estatal, possibilitará que os órgãos do Poder Judiciário emitam decisões sobre os conflitos que lhes são apresentados. Ela

---

investidos. A relação de autoridade e sujeição, existente entre o Estado e os particulares, é o fator legitimante da inevitabilidade do poder estatal e do seu exercício” (DINAMARCO, 2004, p. 312).

precisa, entretanto, ser repartida entre os órgãos do poder judiciário para melhor organizar seu o seu funcionamento, otimizando o seu exercício<sup>15</sup>. A parcela de jurisdição atribuída a cada órgão é chamada de competência, cujas regras se justificam em virtude da necessidade de racionalização do serviço forense, atribuindo-se, em conseqüência, uma parcela do trabalho de distribuição da Justiça no país a cada órgão judicial (MONTENEGRO FILHO, 2007). Assim, na acertada lição de Humberto Theodoro Júnior (2004), a jurisdição, que compõe, juntamente com o poder de legislar e o de administrar a coisa pública, as faculdades da soberania estatal, será a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, determinando o direito das partes visando dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, através de decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de decisão. Desta forma, enquanto função estatal, a jurisdição é uma só, mas seu exercício prático demanda o concurso de vários órgãos do Poder Público, sendo a *competência*, portanto, o critério utilizado para se distribuir as funções relativas ao desempenho da jurisdição entre os diversos órgãos do Poder Judiciário<sup>16</sup>.

Portanto, a competência será sempre uma delimitação de jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003), sendo por isso chamada de medida da jurisdição. A competência é determinada quando o poder jurisdicional passa de abstrato a concreto em face de um litígio (MONTENEGRO FILHO, 2007), balizando, assim, o exercício jurisdicional ao estabelecer os seus limites. Tal conclusão significa, na prática, que caso não haja fixação da competência específica de determinado órgão jurisdicional (em razão de certa matéria ou pessoa é parte na demanda, por

---

<sup>15</sup> “Deixando-se de lado os fins mais importantes da jurisdição, o certo é que o Estado, para exercer o “poder jurisdicional”, precisa de vários juizes, juízos e tribunais, principalmente em um país com a dimensão territorial do Brasil, pelo que, para que a “justiça” possa ser ordenada e efetivamente exercida, é necessário que os vários casos conflitivos concretos sejam classificados e agrupados de acordo com pontos que têm em comum, que os processos que a eles servem de instrumento têm em comum, ou que as pessoas que neles estão envolvidas possuem em comum, distribuindo-se o poder jurisdicional na medida dos casos que forem agrupados” (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 38).

<sup>16</sup> Neste sentido: “Dissemos, pouco antes, ao examinar a jurisdição como função de Estado, que ela é uma enquanto atividade específica atribuída ao Poder Judiciário. Não obstante essa unidade e identidade da respectiva atividade funcional, o exercício efetivo e concreto da função jurisdicional é atribuída internamente pelo Poder Judiciário, segundo a competência que a própria Constituição Federal e as leis de organização judiciária de cada Estado e da União conferem a seus juizes e tribunais superiores” (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 53 )

exemplo) ele pode tudo julgar. Desta maneira, quando tal competência é estabelecida, impõe-se uma restrição ao poder jurisdicional de um determinado órgão do Poder Judiciário, e, conforme salienta Dinamarco (2004, p. 333), “só tem significado pesquisar a competência quando da jurisdição já se tem certeza”.

Para os fins propostos pelo presente trabalho, cumpre analisar como se dá a delimitação da competência internacional no âmbito nacional, temática que já chamava a atenção de Bevilacqua (1939), que afirmava serem competentes os tribunais comuns para conhecer de causas nas quais figura Estado estrangeiro como parte quando: a) este Estado renuncia, de forma expressa, ao direito de alegar a incompetência de tais tribunais; b) quando propõe a ação perante tais tribunais, o que significaria declarar que, no caso, aceita a jurisdição do Estado foro ; c) quando não apresenta, em sua defesa, a exceção *declinatoria fori* e; d) quando for proprietário de imóveis no país e sobre estes bens versar a controvérsia.

Atualmente, a competência internacional do Poder Judiciário brasileiro está disposta nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:  
I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;]  
II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;  
III - a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil.  
Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.  
Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:  
I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;  
II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Embora o dispositivo supracitado seja claro em estabelecer a competência da justiça brasileira<sup>17</sup>, não é raro ocorrer confusão entre os institutos de competência e jurisdição. Theodoro Júnior (2004) afirma, por exemplo, que quando o Código se refere à “competência internacional” está não apenas tratando de competência, e

<sup>17</sup> “A quem necessite, perante o direito brasileiro, determinar a competência para o processo e julgamento de uma determinada causa de natureza civil, a primeira tarefa a ser realizada é a comprovação de que a jurisdição brasileira é efetivamente competente para tal causa, o que se faz consultando as disposições constantes dos arts.88-90 do CPC, a respeito da chamada competência internacional” (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p.57).

sim da própria jurisdição, ou seja, definindo as possibilidades de atuação do próprio poder jurisdicional do Estado. A conclusão do eminente jurista, apoiada por Dinamarco,<sup>18</sup> deixa evidente a ambigüidade e incerteza que permeiam os dois conceitos, especialmente em se tratando da competência internacional. Para dirimir esta possível confusão, é preciso ter em mente a concepção de jurisdição como um poder ilimitado, sendo aí possível diferenciá-la da competência internacional, que seria um limite auto-imposto pelo Estado ao seu poder de julgar quaisquer lides que estejam perante seus magistrados (MADRUGA FILHO, 2003).

Entre diversas visões<sup>19</sup>, adotamos a posição de Madrugá, que oferece uma interessante explanação em sua obra, diferenciando os dois institutos e estabelecendo a correta relação entre eles ao afirmar que o poder que o Estado tem para solucionar conflitos é amplo, mas não ilimitado, e que muitas vezes não é de interesse do Estado fazer uso de todo esse poder<sup>20</sup>, dada a existência de casos que, embora possam ser submetidos à sua jurisdição, não são tão importantes para as finalidades da atividade jurisdicional, ou mesmo que podem ser melhor resolvidos por outra jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003). Assim, segundo o autor, pode-se coligir uma *conveniência* do Estado em balizar a sua própria atividade jurisdicional.

---

<sup>18</sup> “Externamente, a jurisdição é limitada por certos fatores inerentes ao convívio entre Estados soberanos, que levam cada um destes a excluir a sua própria jurisdição em muitos casos. As regras da chamada competência internacional são limitativas da própria jurisdição, não meros critérios de distribuição do exercício da jurisdição entre os juizes do mesmo país (competência). Em relação às causas excluídas da competência do juiz nacional, a jurisdição do país não se exerce porque o poder estatal é insuficiente para chegar até elas. Por falta de competência internacional, o juiz nacional será carecedor de jurisdição. Não se trata de mera incompetência, como a locução poderia fazer crer. Tal é um sistema de limitações territoriais da própria jurisdição e não de seu exercício” (DINAMARCO, 2004, p. 333).

<sup>19</sup> Entre elas, trazemos a de Diego Fernandez Arroyo: “Em alguns países se prefere a expressão competência internacional (ou competência judicial internacional), seguindo a velha idéia de que os termos que acompanham a palavra competência indicam o âmbito preciso no qual se exerce em cada caso a função jurisdicional do Estado [...] ou se divide a competência segundo outros conceitos, como a demarcação territorial ou a instância de atuação de cada juiz ou tribunal. A competência internacional é, neste sentido, uma competência em razão da matéria. Nos países do MERCOSUL, se utiliza preferentemente a expressão “jurisdição internacional”, reservando o termo competência para o exercício de jurisdição nos casos internos. Entretanto, não faltam autores que fazem uso de “jurisdição” e de “competência” indistintamente” (ARROYO, 2003, p. 138).

<sup>20</sup> Ver também a opinião de Marinoni e Arenhart: “Para que tenha sentido perguntar sobre o juízo competente, é preciso, antes de tudo, verificar se a jurisdição brasileira está habilitada para a causa. Alude-se à competência internacional, precisamente para indicar os critérios, utilizados pelo direito nacional, para determinar as causas que podem (ou devem) ser julgadas pela jurisdição brasileira. Em essência, porque a jurisdição é expressão do poder do Estado, qualquer causa poderia ser levada à jurisdição nacional. Entretanto, por razões de efetividade da decisão, o direito nacional discrimina as ações que podem ser julgadas no território brasileiro, tendo em vista a possibilidade de dar concreta e real efetividade à decisão tomada” (MARINONI; ARENHART, 2005, p.40).

Para Madrugá (2003, p.86), “essa conveniência de limitação da jurisdição se traduz em regras de competência geral (internacional). Essas regras de competência internacional informam ao Poder Judiciário quais são as causas que podem ser submetidas ao seu julgamento”.

Ainda, é importante mencionar que Dinamarco (2004) elenca as razões que, na concepção do autor, justificam a competência internacional, como a impossibilidade ou enorme dificuldade para cumprir em território estrangeiro determinadas decisões dos juízes nacionais, a pouca importância ou relevância de muitos conflitos em face dos interesses que ao Estado compete preservar e, finalmente, a conveniência política de manter certos padrões de recíproco respeito em relação a outros Estados.

Será, portanto, o interesse do Estado que demarcará a extensão e o alcance do exercício jurisdicional, pois, embora o Estado goze, sobre o seu território, de jurisdição geral e exclusiva (REZEK, 2005) significando que ele exerce no seu domínio espacial todas as competências – sejam elas legislativas, administrativas ou jurisdicionais – e que, ao fazê-lo, não terá a concorrência de nenhum outro ente soberano (REZEK, 2005), nem sempre lhe será oportuno usar todo este poder. Assim, deverá o Estado averiguar a conveniência em julgar causas que envolvam um ou mais elementos internacionais, e esta aferição indicará as fronteiras da jurisdição. A conclusão importante aqui é de que a jurisdição do Estado é, inicialmente, ilimitada, sendo que cabe ao próprio Estado estabelecer seus limites e reparti-la entre seus órgãos julgadores.

E quais critérios ou parâmetros devem ser utilizados para guiar este processo, ou seja, para determinar se é ou não do interesse do Estado exercer a sua jurisdição sobre determinado conflito? A doutrina fornece algumas indicações a este respeito. Segundo Theodoro Júnior. (2005), a limitação do exercício da jurisdição se dá especialmente pelo chamado princípio da efetividade, uma opinião apoiada e complementada por Marques (2000), que aponta ainda outro princípio como baliza, explicando que a jurisdição deve ser limitada, em relação ao espaço, também pelo

princípio da submissão. Assim, enquanto o princípio da efetividade<sup>21</sup> significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tenha possibilidade de executar, o princípio da submissão significa que, em limitado número de casos, uma pessoa pode voluntariamente submeter-se à jurisdição de tribunal a que não esteja sujeita em tese, pois, tendo aceitado uma vez esta jurisdição, não pode depois querer ver-se livre dela (MARQUES, 2000).

O poder inicialmente ilimitado<sup>22</sup> de um Estado de exercer sua jurisdição encontrará, portanto, barreiras no próprio interesse do Estado em julgar determinadas causas e não outras, interesse este que pode pautar-se, por exemplo, pelo princípio da efetividade. A distribuição da prerrogativa do exercício jurisdicional entre os diversos órgãos ou esferas do Poder Judiciário se chamará competência, conforme visto anteriormente.

Há, entretanto, um outro limite prático ao exercício jurisdicional do Estado, que obstará que este julgue, perante suas cortes, outros Estados estrangeiros igualmente soberanos. A este óbice à jurisdição “geral e exclusiva” do Estado foro chama-se *imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro*, tema que será abordado a seguir.

---

<sup>21</sup> Uma interessante discussão acerca da efetividade é trazida no caso *Iracy Ribeiro de Lima v. Consulado Geral do Japão* (STF, AgR RE 222.368-4). O caso é relativo a uma demanda trabalhista ajuizada contra o Consulado do Japão, na qual houve o reconhecimento de que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não é aplicável, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, é digno de nota o argumento articulado pelo Japão de que, apesar de o Judiciário brasileiro autorizar o processamento destas ações, é remota a possibilidade de que a jurisdição prestada venha a ser efetiva, pois o privilégio de imunidade de execução continua tendo caráter absoluto. Segundo o Japão, “jurisdição sem efetividade, é o mesmo que ausência de jurisdição”. Em seu voto, o Min. Relator Celso de Mello rebate este argumento e afirma que a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução constituem categorias autônomas, que devem ser tratadas de forma diferente e independente. (JAEGER, 2008, p. 06).

<sup>22</sup> Sobre o tema, é pertinente a colocação de Arroyo: “Durante muito tempo foi possível dizer que cada Estado, em virtude de seu caráter independente e soberano, era absolutamente livre para determinar em que casos seus juízes e tribunais deviam ou podiam exercer sua jurisdição. Dita afirmação, que deita raízes em uma concepção territorialista e nacionalista, parece também buscar sustento no que seria a falta de um princípio de direito internacional (e com mais razão, de um de direito natural) que obrigue os Estados a autolimitar a competência de seus órgãos judiciais casos com elementos vinculados, dentre outros ou exclusivamente, com outros ordenamentos jurídicos. Ainda enfrentando a questão de filosofia jurídica que o problema traz, parece inevitável considerar que no momento atual tal afirmação perdeu muito de seu sentido prático. Desde que praticamente todos os Estados, em maior ou menor medida, aceitaram a possibilidade de que as decisões que se adotam em outro país (inclusive as adotadas por particulares em uma arbitragem internacional) podem ter efeitos no território sujeito à sua soberania, ficou claramente estabelecido que a idéia de uma jurisdição materialmente universal sobre todos os casos [...] não se corresponde com a realidade nem - em boa medida- com as necessidades da vida contemporânea” (ARROYO, 2003, p. 139-140).

### 1.2.3 Imunidade de Jurisdição

De acordo com Bröhmer (1997), a imunidade teria o condão de impedir as cortes do Estado foro de determinar a responsabilidade de Estados estrangeiros por suas ações, ou seja, considerando que a jurisdição de um Estado é inicialmente ilimitada, e que a competência é a medida deste poder, a imunidade seria capaz de afastar a jurisdição, operando como uma exceção. O autor complementa sua explicação, afirmando que a imunidade configuraria um conjunto de regras negativas que estabelecem quando uma corte não pode julgar um caso.

Assim, depois de determinar se possui ou não jurisdição para o caso baseando-se em critérios genuínos de conexão, a corte irá checar se as regras relativas à imunidade se aplicam a este réu específico e, se constatado que ele é imune ao processo, a corte deverá abster-se de julgar a demanda que, não fosse por esta circunstância em particular da qual decorre a imunidade, sujeitar-se-ia normalmente à jurisdição da corte (BRÖHMER, 1997). É neste sentido que Accioly, Nascimento e Casella colocam a imunidade como uma restrição ao direito fundamental do Estado à jurisdição (2009), direito este que é anterior e inerente à condição de Estado, e que será limitado pela imunidade.

Assim, a análise de jurisdição precederá, por lógico, a análise da questão de imunidade. É neste sentido que Marques (2000) afirma que a jurisdição civil é exercida sobre todas as pessoas que se encontrem no território nacional, mas, apesar disso, existem imunidades jurisdicionais de caráter civil para os soberanos ou chefes de Estado estrangeiro e para os agentes diplomáticos, por exemplo, o que significa que estes não serão processados perante as cortes nacionais<sup>23</sup>. Enquanto as imunidades dos agentes diplomáticos e dos chefes de Estado possuem

---

<sup>23</sup> De acordo com Dinamarco “As imunidades à jurisdição, estabelecidas em tratados internacionais, permitem que as pessoas imunes (ONU, Estados estrangeiros e agentes diplomáticos) valham-se da Justiça brasileira quando quiserem, propondo demandas, mas não sejam suscetíveis de serem demandadas aqui contra sua vontade: para eles, por notórias razões diplomáticas de conveniência internacional, a jurisdição brasileira não é inevitável” (DINAMARCO, 2004, p. 313).

regulamentação internacional, o mesmo não ocorre com a imunidade de Estado estrangeiro perante as cortes domésticas do Estado foro, o que gera questionamentos acerca do seu alcance e das situações nas quais deve ser concedida.

Este debate sobre a natureza e a extensão da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros torna-se ainda mais polêmico quando os delitos cometidos pelo Estado incluem violações aos direitos humanos<sup>24</sup>. Nestas situações, a concessão de imunidade de jurisdição ao Estado violador choca-se frontalmente com a proteção e valorização conferida aos direitos humanos nos dias de hoje, e “como resultado, um Estado pode evitar em grande parte a responsabilidade por seus atos ou omissões quando a defesa da imunidade estiver disponível” (BRÖHMER, 1997, p. 4).

Assim, esclarecidos estes conceitos, é possível analisar mais atentamente, a partir de agora, a questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro por violações aos direitos humanos perante as cortes domésticas do Estado foro, como será visto a seguir.

### 1.3 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO: DO PARADIGMA ABSOLUTO À RELATIVIZAÇÃO

O instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro sofreu profundas transformações no decorrer dos últimos séculos, mudanças estas ocasionadas, em sua maior parte, pela própria alteração do papel desempenhado pelos Estados no cenário internacional. O caráter diverso assumido pelo Estado em cada período

---

<sup>24</sup> Segundo Boggiano, por exemplo “Consideramos a jurisdição internacional como o poder de regular causas, casos, assuntos ou conflitos não exclusivamente internos de um ordenamento jurídico. Inclusive, um assunto exclusivamente interno pode eventualmente internacionalizar-se pela possível responsabilidade internacional de um Estado que descumpre, v.g., as obrigações assumidas em um tratado sobre direitos humanos”. (BOGGIANO, 2001, p. 13)

histórico determinou, assim, a conseqüente modificação na aplicação do instituto ora estudado, em uma que resultou na concepção hodierna de imunidade soberana.

Este processo histórico de desenvolvimento da concepção de imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro será, portanto, objeto de análise nesta parte do trabalho.

### 1.3.1 Do Soberano-Rei ao Soberano-Estado

A doutrina atual encontra-se pacificada no sentido de atribuir a origem da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro a uma certa passagem ou transposição da imunidade historicamente concedida aos próprios soberanos, os reis e príncipes de outrora, ao então novo agente do panorama mundial, o Estado-nação. Desta forma, o fenômeno da não submissão do monarca às cortes de outro país trasladou-se para que o Estado, entidade dotada de personalidade jurídica no âmbito do direito internacional, gozasse de tais privilégios. É esta a opinião de Madruga (2003) e Arroyo (2003), que declaram não ter havido o nascimento de uma nova imunidade, mas apenas a transição da titularidade da imunidade – antes atributo pessoal do governante – para o Estado, residindo a mutação não no instituto em si, mas sim na feição externa do soberano<sup>25</sup>.

Percebe-se, assim, que a gênese do instituto ora estudado encontra-se consagrada na ancestral prática de concessão de certas prerrogativas à pessoa do monarca que, representante dos desígnios divinos na terra, não podia ser submetido a julgamento perante os tribunais de outro soberano. Não é autônomo, portanto, o surgimento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, constituindo-se em uma migração da aplicação do adágio de Bártolo *“par in parem non habet imperium”* para a esfera dos personagens então emergentes no cenário mundial: os Estados

---

<sup>25</sup> “A imunidade de jurisdição foi estabelecida na época das monarquias absolutas, quando a pessoa do soberano se confundia e identificava com o Estado mesmo, critério que reinou pacificamente em todo o mundo e foi mantido em virtude do princípio de DIP *par in parem non habet imperium*, sustentando-se na igualdade e soberania própria dos Estados” (ARROYO, 2003, p. 143).

que, possuindo personalidade jurídica própria, desvinculavam-se cada vez mais das figuras de seus respectivos monarcas.

Convencionada a figura da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros através da prática e do costume, cumpre abordar agora a maneira como se deu a sua aplicação através dos tempos, tema que será analisado a seguir.

### **1.3.2 O caráter absoluto**

A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros foi aplicada, durante muito tempo, de forma análoga à imunidade concedida à pessoa do soberano, ou seja, de forma absoluta e praticamente irrestrita. Pode-se afirmar, portanto, que ela possuía um caráter virtualmente inderrogável, significando que os atos executados por um Estado não podiam, desta forma, ser submetidos à apreciação de uma corte de outro país igualmente soberano. Accioly, Nascimento e Casella asseveram, assim, que quando firmada como absoluta, a imunidade “acarreta a exclusão de qualquer intervenção de juiz ou autoridade administrativa de um Estado, em qualquer controvérsia que diga respeito a Estado estrangeiro, diretamente, bem como em relação às emanações deste” (2009, p.338).

A consagração jurisprudencial da concepção absoluta da imunidade de Estado estrangeiro foi cristalizada através da paradigmática decisão, proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1812, sobre o caso da *Escuna Exchange*. De acordo com o relatório da decisão, a *Escuna Exchange* pertencia a John MCFaddon e William Greetham, e saiu de Baltimore em 27 de outubro de 1809 em direção a St. Sebastians, na Espanha, tendo sido apreendida em dezembro de 1810 por ordem de Napoleão Bonaparte, imperador francês. Em seguida, a escuna foi convertida em um navio de guerra da marinha francesa, sob o nome de *Balou*. Em julho de 1811, a embarcação, que rumava às Índias, aportou na Filadélfia, o que levou seus donos originais a peticionarem reivindicando a propriedade da escuna. A decisão inicial estabeleceu que, sendo a embarcação um navio de guerra de uma potência estrangeira em paz com os Estados Unidos, o caso

não se submeteria aos tribunais comuns do país. Esta decisão foi revertida em sede de apelação, tendo o procurador distrital interposto recurso à Suprema Corte visando à reforma da sentença anterior por razões eminentemente políticas (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909).

A decisão proferida pelo *Chief Justice* Marshall favorece<sup>26</sup> a tese do carácter absoluto da imunidade de jurisdição, excepcionando, portanto, a França da jurisdição das cortes norte-americanas. Em seu voto, o juiz da Suprema Corte afirma:

A Exchange, sendo um navio público armado, a serviço de um soberano estrangeiro, com quem o governo dos Estados Unidos está em paz, e tendo entrado em um porto americano, aberto à sua recepção, nos termos nos quais os navios de guerra são geralmente permitidos a entrar nos portos de uma potência amiga, deve-se considerar como tendo entrado em território americano sob uma promessa implícita de que, enquanto necessariamente aqui, e se comportando de maneira amigável, ela deveria ser excepcionada da jurisdição do país (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909, p. 230).

A decisão relativa à Escuna Exchange, proferida em 1812, foi o precedente que orientou as cortes não só dos Estados Unidos, mas de diversos outros países, a concederem imunidade absoluta e irrestrita para os Estados estrangeiros perante os tribunais nacionais, restando os indivíduos lesados sem praticamente nenhum

---

<sup>26</sup> É importante salientar que o juiz refere-se, em inúmeras passagens, à imunidade do soberano - no caso, Napoleão Bonaparte - , e não especificamente à imunidade do Estado, o que não só reforça a posição que liga a gênese da imunidade de Estado à imunidade do soberano como demonstra que, durante muito tempo, esta distinção não se apresentava de forma clara. As passagens a seguir, retiradas da sentença, ilustram bem esta ambigüidade: A foreign sovereign is not understood as intending to subject himself to a jurisdiction incompatible with his dignity, and the dignity of his nation, and it is to avoid this subjection, that the license has been obtained. The character to whom it is given, and the object for which it is granted equally require that it should be construed to impart full security to the person who has obtained it. This security, however, need not be expressed; it is implied from the circumstances of the case.[...]

"It is impossible to conceive," says Vattel, " that a prince who sends an ambassador or any other minister, can have any intention of subjecting him to the authority of a foreign power; and this consideration furnishes an additional argument, which completely establishes the independency of a public minister. If it cannot be reasonably presumed, that his sovereign means to subject him to the authority of the prince to whom he is sent; the latter, in receiving the minister, consents to admit him on the footing of independency; and thus, there exists between the two princes a tacit convention, which gives a new force to the natural obligation." Equally impossible is it to conceive, whatever may be the construction as to private ships, that a prince who stipulates a passage for his troops, or an asylum for his ships of war in distress, should mean to subject his army or his navy to the jurisdiction of a foreign sovereign. And if this cannot be presumed, the sovereign of the port must be considered as having conceded the privilege, to the extent in which it must have been understood to be asked (THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909, p. 230).

remédio. A importância e a repercussão da decisão *Escuna Exchange* para o direito internacional<sup>27</sup> – e em especial para o campo das imunidades – é portanto incontestável, e o paradigma da imunidade absoluta perdurou por muito tempo na doutrina e jurisprudência do direito internacional<sup>28</sup>, tendo prevalecido até o fim do século XIX. Assim, a chamada *regra de imunidade* era puramente baseada em status, sendo suficiente para o réu demonstrar sua condição Estado ou governo, e que estava sendo demandado direta ou indiretamente, para que a imunidade fosse concedida (KARAGIANNAKIS, 1998).

Entretanto, mudanças ocorridas no panorama político, social e econômico do século XIX levaram a uma conseqüente alteração no papel desempenhado pelo Estado, que passa a se envolver de forma cada vez mais intensa em campos antes dominados pela ação dos particulares. Este fenômeno levou ao estabelecimento cada vez maior de relações de caráter privado, como transações comerciais, entre os particulares e o Estado e, conseqüentemente, aumentou também a litigância sobre disputas oriundas destas relações, e, nestes casos, as reivindicações de imunidade trouxeram resultados injustos, pois os indivíduos prejudicados tinham negados os remédios legais por razões completamente desconexas do âmago da sua causa de ação (BELSKY; MERVA; ARRIANZA, 1989). Esta nova situação e a

---

<sup>27</sup> É neste sentido que aponta a opinião de Madrugá (2003, p. 156-157): O direito das imunidades poderia não ter tido a mesma relevância se a *Escuna Exchange* houvesse sido confiscada não por Napoleão Bonaparte, mas, digamos, por D. João VI. Possivelmente, os Estados Unidos não se teriam empenhado tanto em promover a reforma na Suprema Corte do acórdão que restituía à *McFaddon* e *William Greetham*, cidadãos norte-americanos, a embarcação de sua propriedade, confiscada por tropas francesas em decorrência de violação ao embargo naval decretado contra a Inglaterra e seus aliados. Poderia ter sido completa a sorte que tiveram quando, menos de um ano depois do confisco, viajando da Europa às Índias sob bandeira, nome e comando franceses, a *escuna Exchange*, ou *Balou nº5*, como passou a ser chamada, precisou aportar em território dos Estados Unidos, devido a intempéries em alto mar, permitindo aos proprietários desapossados argüirem a jurisdição territorial de seu Estado. Provavelmente, o forte interesse diplomático dos Estados Unidos em não se atritarem com o soberano francês pesou na decisão, assumida, em corte por sua Procuradoria-Geral, de explorar a teoria jurídica que permitiria resolver o impasse. Esse interesse, expressamente disposto nas razões de recurso apresentadas neste caso pela Procuradoria-Geral dos Estados Unidos, que alertou: “if the courts of the United States should exercise such a jurisdiction it will amount to a judicial declaration of war”. Talvez, uma decisão contrária da Suprema Corte no caso *Schooner Exchange v. McFaddon* tivesse efetivamente levado a uma declaração de guerra pela França. Ou, mais provavelmente, não tivesse dado ensejo ao surgimento da teoria da imunidade absoluta.

<sup>28</sup> Conforme Madrugá: “Convém relembrar que, apesar de os tribunais belgas e italianos jamais terem aplicado a imunidade absoluta dos Estados estrangeiros e não obstante a resolução do Instituto de Direito Internacional, firmada em 1891, já propor uma imunidade apenas relativa, firmou-se inicialmente um costume internacional próximo à prática norte-americana, conferindo à prerrogativa de imunidade um caráter quase absoluto”. (MADRUGA FILHO, 2003, p. 158).

posição agora ocupada pelo Estado irá alterar também a concepção absoluta da imunidade de jurisdição, como será visto a seguir.

### 1.3.3 A relativização da Imunidade

No transcorrer do século XIX, os Estados apresentaram-se também como empresários comerciais em larga escala, atuando, por exemplo, na criação de monopólios comerciais em áreas específicas, construindo e gerindo ferrovias, companhias de navegação e serviços postais (BROWNLIE, 2008). Assim, além dos tradicionais atos de governo, executados no gozo de suas prerrogativas soberanas os Estados passam a praticar cada vez mais atos de natureza comercial, que são realizados com base em sua capacidade privada, na qualidade de pessoa jurídica sujeita ao direito privado (CASSESE, 2005).

Este novo papel desempenhado pelos Estados no cenário internacional – o de um Estado comerciante, negociador e envolvido também em transações de caráter privado - levou à necessidade de se pensar em um tratamento jurídico distinto para os atos destes entes, não mais limitados às suas atribuições eminentemente políticas e administrativas relacionadas ao governo do país. Assim, emerge a distinção entre atos de governo (*jure imperii*,) e de gestão (*iure gestionis* ou *privatorum*), que é consagrada, segundo Cassese (2005), pela jurisprudência dos tribunais italianos e belgas, que passam a negar a concessão de imunidade de jurisdição para os atos praticados pelos Estados estrangeiros em sua capacidade privada, inaugurando uma nova tendência no campo do Direito Internacional.

O advento da Primeira Guerra Mundial intensificou o processo de atuação dos Estados em atividades comerciais, em especial com a emergência, no panorama mundial, dos países socialistas e comunistas e de sua forte ingerência na economia. A revolução Bolchevique – juntamente com uma série de mudanças ocorridas em outros países – levou à proeminência do Estado no comércio, posição reforçada pela familiaridade adquirida pelas agências de comércio estatal no seio da

comunidade mercante, surgindo, a partir de então, a questão de se a visão tradicional da imunidade soberana absoluta ainda era apropriada (BRÖMER, 1997).

Desta maneira, pouco a pouco a concepção de que os Estados gozavam imunidade absoluta começa a ceder lugar a uma visão mais restritiva do instituto, e cada vez mais países aderem às correntes italiana e belga. Neste sentido, um passo importante é dado em 1952, quando os Estados Unidos da América declaram formalmente a adoção da teoria restritiva através da notória *Tate Letter*<sup>29</sup>, uma carta do Secretário de Estado norte-americano que delineia a nova política do país no tema:

O Departamento [de Estado] crê que a prática crescente e difundida dos governos de tomarem parte em atividades comerciais faz necessária a prática que possibilitará às pessoas que negociam com eles terem os seus direitos determinados nas cortes. Por estas razões, a política do Departamento daqui por diante será de seguir a teoria restritiva da imunidade soberana em relação aos pedidos dos governos estrangeiros de concessão de imunidade de jurisdição. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1952)

Entre as contribuições doutrinárias para a consolidação da teoria relativa da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, é importante citar Lalive (1953) que, em 1953 – e portanto apenas um ano após a *Tate Letter* nos Estados Unidos –

---

<sup>29</sup> Entre as passagens mais importantes da referida carta, encontram-se: The Department [of State] has now reached the conclusion that such immunity should no longer be granted in certain types of cases. [...]. A study of the law of sovereign immunity reveals the existence of two conflicting concepts of sovereign immunity, each widely held and firmly established. According to the classical or absolute theory of sovereign immunity, a sovereign cannot, without his consent, be made a respondent in the courts of another sovereign. According to the newer or restrictive theory of sovereign immunity, the immunity of the sovereign is recognized with regard to sovereign or public acts (*jure imperii*) or a state, but not with respect to private acts (*jure gestionis*). [...] The granting of sovereign immunity to foreign governments in the courts of the United States is most inconsistent with the action of the Government of the United States in subjecting itself to suit in these same courts in both contract and tort and with its long established policy of not claiming immunity in foreign jurisdictions for its merchant vessels. Finally, the Department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commercial activities makes necessary a practice which will enable persons doing business with them to have their rights determined in the courts. For these reasons it will hereafter be the Department's policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity. It is realized that a shift in policy by the executive cannot control the courts but it is felt that the courts are less likely to allow a plea of sovereign immunity where the executive has declined to do so. There have been indications that at least some Justices of the Supreme Court feel that in this matter courts should follow the branch of the Government charged with responsibility for the conduct of foreign relations. In order that your Department, which is charged with representing the interests of the Government before the courts, may be adequately informed it will be the Department's practice to advise you of all requests by foreign governments for the grant of immunity from suit and of the Department's action thereon.

realiza uma classificação dos atos que considera como de império e, portanto, sujeitos à imunidade absoluta, elencando entre eles a) os atos da administração interior do Estado (por exemplo, a expulsão de um estrangeiro, a recusa da autorização de permanência); b) os atos legislativos (por exemplo, leis de naturalização); c) os atos relativos às forças armadas marinhas e aéreas de um Estado; d) os atos relativos à atividade diplomática do Estado (assim, o domínio das imunidades diplomáticas em senso estrito não seria afetado; por exemplo, uma ação judicial relativa a um imóvel ocupado pela missão diplomática de um Estado estrangeiro seria extinta); e) os empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.

Os anos seguintes foram testemunhas da consolidação da teoria relativa da imunidade de jurisdição, quebrando-se o paradigma da imunidade absoluta de Estado no direito internacional e consagrando a divisão entre os atos de império e de gestão como critério para a concessão ou não de imunidade ao Estado estrangeiro perante as cortes nacionais<sup>30</sup>. A concessão automática de imunidade ao Estado em virtude de sua mera apresentação como tal já não é mais a regra, e o Estado-comerciante, gestor de negócios, agindo como particular, pode então ser responsabilizado em virtude de prejuízos causados aos indivíduos.

Percebe-se, assim, que a opção entre a ótima absoluta e a restritiva reveste-se de importância considerável, pois “quanto mais extenso for o reconhecimento da imunidade, maior será a proteção dada ao Estado, e menos estará assegurada a proteção dos direitos do particular em face dos alegados direitos e prerrogativas do Estado” (ACCIOLY, NASCIMENTO, CASELLA, 2009, p. 338).

Cumprido, agora, analisar como se deu tal transição no âmbito brasileiro, abordando a seguir algumas decisões importantes a este respeito.

---

<sup>30</sup> Para auxiliar em tal distinção, trazemos as lições de Arroyo: “Na hora de avaliar um ato realizado por um governo, o juiz, para determinar se é competente, deve se perguntar: este ato é de tal natureza que em nenhum outro caso poderia ser realizado por outro que não fosse um Estado, ou em nome deste? Uma resposta em sentido afirmativo conduz a considerá-lo como um ato de poder público, um ato político, que impediria a submissão do Estado estrangeiro aos tribunais de outro país, já que se estaria afetando a soberania do referido Estado; em consequência, haveria uma ausência de poder jurisdicional. Ao contrário, se o ato é tal por sua natureza que poderia levar-se a cabo por uma pessoa privada, por exemplo, um contrato ou um empréstimo, o ato, qualquer que seja seu objeto, é um ato de caráter privado e o tribunal tem jurisdição” (ARROYO, 2003, p. 144).

## 1.4 BRASIL: A TRANSIÇÃO DO PARADIGMA ABSOLUTO PARA O RELATIVO NA JURISPRUDÊNCIA

O tratamento da questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro no Brasil também percorreu uma trajetória que partiu de uma concepção absoluta para a adoção, ainda que tardia e limitada a certas esferas, de um paradigma relativista. Neste sentido, algumas decisões são emblemáticas desta transição e, portanto, merecem ser objeto de análise.

### 1.4.1 Apelação Cível 9696/89 - Genny de Oliveira v. República Federal da Alemanha

O reconhecimento jurisprudencial da transição da corrente absoluta para a relativista se dá tardiamente no Brasil, somente em 1989, na Apelação Cível 9696, Genny de Oliveira v. República Federal da Alemanha<sup>31</sup>. A demanda, na qual discutiam-se direitos trabalhistas, inaugurou a tendência da relativização da imunidade de Estado estrangeiro perante as cortes pátrias<sup>32</sup>. Guilherme Jaeger

---

<sup>31</sup> “Em 1976, Genny de Oliveira ajuizou ação contra a Alemanha, perante a Justiça do Trabalho, buscando o reconhecimento de direitos trabalhistas em favor do seu falecido marido. A Alemanha argüiu sua imunidade à jurisdição, o que foi rejeitada, com base na teoria da relativização da imunidade, que vinha despontando na doutrina nacional, pela qual os atos de gestão não ensejariam imunidade. Não havia precedentes do STF nesse sentido. Posteriormente, foi reconhecida a incompetência da Justiça do Trabalho, tendo o caso sido remetido à Justiça Federal, onde então o Juiz Federal reconheceu a imunidade de jurisdição, deixando de considerar a doutrina que sugeria a classificação de atos de império e de gestão. A base da decisão que reconheceu a imunidade foi a Convenção de Viena sobre Relações Consulares”.(JAEGER, 2008, p. 4) É importante salientar que o autor aponta o evidente equívoco da utilização de tal diploma legal como fundamento. A decisão do caso foi a seguinte: “O Tribunal, por unanimidade, deu provimento à Apelação para cassar a sentença e determinar ao Dr. Juiz Federal que prossiga no julgamento de ação trabalhista, afastada a imunidade de jurisdição. Votou o Presidente. Impedido o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 31.5.89.”

<sup>32</sup> Neste sentido, faz-se mister transcrever alguns trechos do voto do Min. Rezek: “Aquela antiga e sólida regra costumeira de direito internacional público, a que repetidamente este Plenário se referiu, deixou de existir na década de 70. Em 1972 celebrou-se uma convenção europeia sobre imunidade do Estado à jurisdição dos demais Estados (European Convention on

(2008) esclarece a importância da supracitada decisão para o direito nacional, afirmando que este é o *leading case* brasileiro, representando a ruptura de uma tendência jurisprudencial então vigente, pois antes se considerava a imunidade de jurisdição como absoluta, com exceção apenas a imóveis, e a partir de então o Supremo Tribunal Federal passou a permitir que Estados Estrangeiros sejam julgados perante o Judiciário brasileiro. É importante ressaltar que os votos ainda não trazem a diferenciação específica entre “atos de império” e “atos de gestão”, mas apenas rompem a noção tradicional de imunidade absoluta.

Portanto, chega ao Brasil de forma tardia uma tendência que já havia tomado conta dos demais países, especialmente do Ocidente. As decisões posteriores no tema – e principalmente aquelas relativas às causas trabalhistas- seguirão a orientação firmada por *Genny de Oliveira v. Alemanha*, refinando-se a jurisprudência pátria com o passar dos anos.

#### **1.4.2 Recurso Ordinário nº 39/ MG –Jucelino Nóbrega da Luz v. Estados Unidos da América**

---

State Immunity, Basileia, 16 de maio de 1972). [...] Bem antes da celebração desse tratado já fermentava, em bom número de países, a tese de que a imunidade não se deveria mais admitir como absoluta. A imunidade deveria comportar temperamentos. Naquela época o Supremo, embora ciente dessa realidade, preservava sua postura fiel à tradição da imunidade absoluta.[...] O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade internacional numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era – e que assegurava a imunidade em termos absolutos.”

No presente caso<sup>33</sup>, o STJ se deparou com uma demanda baseada em promessa de recompensa por Estado estrangeiro, na qual o autor, alegando o dom da premonição, afirmava ter indicado aos Estados Unidos da América, através de cartas, o paradeiro do ex-ditador Saddam Hussein, fazendo jus, portanto, à recompensa oferecida por este país. o STJ decidiu que o fato se enquadrava nas hipóteses de jurisdição brasileira, de acordo com o disposto no artigo 88, III, CPC, pois a ação era decorrente de ato praticado no território brasileiro, já que a remessa das cartas que teriam indicado a localização de Saddam Hussein foi feita no Brasil. Confirmada a jurisdição pátria, fez-se necessário estabelecer se a presença do Estado estrangeiro como réu configuraria ou não uma barreira de caráter externo ao exercício da jurisdicional em virtude da chamada “Doutrina da Imunidade de Jurisdição”.

Em seu voto, o Min. Jorge Scartezzini afastará a aplicação das Convenções de Viena ao caso, uma vez que elas não regulam a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Ainda, o Ministro assevera que a fonte do dever de abster-se de exercer jurisdição sobre o Estado estrangeiro não se encontra apenas cortesia internacional, pois, segundo o magistrado, se tal fosse o entendimento, “estaria a imunidade de jurisdição despojada de qualquer juridicidade, quando, ao revés, prevalece a orientação conforme a qual a prerrogativa do Estado estrangeiro de ser

---

<sup>33</sup> O autor, Jucelino Nóbrega da Luz, ajuizou ação ordinária contra os Estados Unidos da América buscando receber, a título de recompensa, a quantia de 25 milhões de dólares, valor publicamente prometido pelo Estado réu, em 2003, ao informante do paradeiro do ex-ditador iraquiano Saddam Hussein, finalmente capturado aos 14.12.2003. O autor afirma que, por possuir o dom da premonição, já havia enviado cartas às autoridades americanas antes mesmo do início do conflito, nas quais indicava o paradeiro de Saddam Hussein. Não obtendo resposta de suas missivas, e uma vez iniciada a guerra, afirma o autor ter enviado novas cartas com conteúdo semelhante e, então divulgada a promessa de recompensa pelo governo norte-americano, passou a solicitar a percepção do respectivo numerário, enviando missivas ao Cônsul dos EUA em São Paulo, ao diretor do FBI e ao presidente George W. Bush. Não obtendo resposta, ingressou com a presente ação, inicialmente perante o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito “por extrapolar a causa os limites da jurisdição pátria, haja vista não se enquadrar a pretensão deduzida nas hipóteses de competência internacional previstas nos arts. 88 e 89 do CPC, rechaçando, ademais, com fulcro no art. 9º, caput, e § 2º, da LICC, a incidência, in casu, da legislação brasileira, porquanto, em se tratando de ato unilateral de vontade (promessa de recompensa), de rigor a aplicação da lei vigente no país onde constituída a obrigação, é dizer, onde residente o promitente”  
Inconformado, o autor interpôs recurso ordinário, com fulcro no art. 105, II, "c", da CF/88, alegando que, por se tratar de obrigação decorrente de manifestação unilateral de vontade (promessa de recompensa), não se aplica o art. 9º, § 2º, da LICC, referente a obrigações oriundas de contratos, e sim o art. 12, caput, da LICC, pois compete à Justiça brasileira julgar litígios que envolvam obrigações cujo cumprimento deva ocorrer em território nacional, sendo este o caso, pois o autor, “credor” da promessa, aqui reside, e as cartas que dariam origem à recompensa também foram emitidas no Brasil.

imune à jurisdição de outro Estado é obrigação legal” (BRASIL, 2005, p. 19-20), ou seja, a imunidade de jurisdição configuraria norma de Direito Internacional Público costumeiro.

Para demonstrar que a idéia de imunidade absoluta não mais existe, o Ministro transcreve trechos do voto do Min. Rezek em *Genny de Oliveira*, oferecendo duas hipóteses para definir como se dá a relativização da imunidade: a) a distinção entre atos de império de gestão, criticando tal diferenciação por seu alto grau de subjetividade, que se submete inclusive do modelo político-econômico adotado em cada país e b) a adoção de lei interna que previsse de forma expressa as situações nas quais o país reconheceria o ato como de império e, portanto, imune. O Ministro Scartezzini analisa os casos nos quais o país tem afastado a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro (ações reais imobiliárias, trabalhistas, casos que digam respeito a atos de comércio e ações de responsabilidade civil) e afirma que, uma vez que o país não possui marco legal próprio sobre o tema, a análise deve ser casuística e, no caso em tela,

conquanto não se ignore a possibilidade de efetivação de promessa de recompensa por particulares, na hipótese vertente, tal manifestação unilateral de vontade não evidenciou caráter meramente comercial, tampouco expressou relação rotineira entre o Estado estrangeiro (EUA) e os cidadãos brasileiros; muito ao revés, aludida promessa de recompensa consubstanciou verdadeira expressão de soberania estatal, revestindo-se de oficialidade, sendo motivada, de forma atípica, pela deflagração de guerra entre o Estado estrangeiro promitente (EUA) e Nação diversa (Irake), e conseqüente persecução, por aquele, de desfecho vitorioso; por outro lado, não se inclui o ato unilateral de vontade (promessa de recompensa), despido de índole negocial, entre as exceções habitualmente aceitas pelos costumes internacionais à regra da imunidade de jurisdição, quais sejam, ações imobiliárias e sucessórias, lides comerciais e marítimas, trabalhistas ou concernentes à responsabilidade civil extracontratual. (BRASIL, 2005, p. 29)

Como conseqüência, o recurso foi provido para se reconhecer a jurisdição brasileira e a possibilidade de ser exercido o privilégio à imunidade da jurisdição, por se tratar de ato de império, e não de gestão. Notificados acerca da decisão, os Estados Unidos da América guardaram silêncio, e, sendo este interpretado como exercício da prerrogativa de imunidade, o caso foi extinto sem resolução de mérito.

### 1.4.3 Recurso Ordinário 57/RJ- Maria Thereza Goulart e outros v. Estados Unidos da América

A ação foi ajuizada pela viúva e pelos filhos do ex-presidente João Goulart, buscando indenização por danos morais, patrimoniais e à imagem contra os Estados Unidos da América. Segundo os autores, a participação e contribuição dos EUA teria sido decisiva para o golpe militar de 1964, posição confirmada, de acordo com os autores, por declarações presentes no livro ex-embaixador norte-americano no Brasil Lincoln Gordon. A família de Jango também afirma ter sofrido perseguições e ter passado por dificuldades financeiras depois do golpe (BRASIL, 2003). O processo foi extinto sem julgamento de mérito pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, que declarou a impossibilidade jurídica do pedido, por se tratarem de atos de império, e, assim, os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça como recurso ordinário.

A relatora, Min. Nancy Andrighi, abordou em seu voto a transição da concepção absoluta para a relativa em relação à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, e salientou que, com os dados trazidos pelo processo, era impossível determinar se a conduta dos Estados Unidos se encaixava em atos de gestão ao de império. Segundo a Ministra:

diante da complexidade que o tema encerra, qualquer classificação que se pretenda realizar dos atos apontados na exordial, no estado em que o processo se encontra, sem que se oportunize a manifestação formal dos Estados Unidos da América do Norte a esse respeito, revela-se precipitada e perfunctória, em nada contribuindo ao desenvolvimento do conceito hodierno de imunidade relativa ou estrita de jurisdição. (BRASIL, 2008a, p. 8).

Defendendo a necessidade de citação do Estado-réu, a Ministra ainda demonstrou que uma eventual manifestação dos Estados Unidos afastaria a necessidade de se discutir se os atos ora examinados eram de império ou de gestão:

Quanto, ainda, à imprescindibilidade de citação do Estado estrangeiro quando é demandado, considerando-se que *“nenhum Estado soberano pode ser submetido, contra sua vontade, à condição de parte perante foro*

*doméstico* ” não se pode deixar de ventilar a possibilidade, mesmo que remota, de os Estados Unidos da América renunciarem à (em tese) imunidade, consentindo no exercício da jurisdição local e, conseqüentemente, no prosseguimento da ação indenizatória, sem que se faça necessário qualificar os atos, supostamente, praticados pelos agentes da C.I.A. como *atos de império* ou *atos de gestão*. (BRASIL, 2008a, p. 10)

Assim, a Min. Nancy Andrighi votou pelo provimento do recurso para dar continuidade à ação inicial de indenização, afastando a decisão da 10ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que extinguiu o processo sem julgamento de mérito por considerar que se trata de ato de império, defendendo a Ministra a necessidade de citação do Estado réu, voto acompanhado pelo Min. Humberto Gomes de Barros.

O Min. Aldir Passarinho, por sua vez, afirmou em seu voto que a participação do Estado-réu no golpe militar de 1964 foi claramente um ato de império, e posicionou-se no sentido de reconhecer a imunidade dos Estados Unidos antes mesmo da citação, nos seguintes termos:

aqui é uma questão de se entender até onde a jurisdição brasileira pode ir. Então, o que extraio dos nossos precedentes é isso: que não se determina a citação para defesa. Já se reconhece a imunidade de jurisdição e se oportuniza ao outro país aceitar ou não a jurisdição nacional. Só aí, então, se ele concordar, é que se promove a citação para os efeitos da lei processual. (BRASIL, 2008a, p. 14)

O Min. Ari Pargendler acompanhou o voto do Min. Aldir Passarinho<sup>34</sup>, e finalmente o Min. Beneti proferiu voto-vista, no qual destaca-se a sua defesa da chamada “regra” da imunidade, que vê a sua não outorga como excepcional:

De qualquer forma, a imunidade é a regra, porque o agir do Estado em princípio situa-se na sua atividade política, regida pelo Direito Internacional e sujeita aos regramentos e sanções desse direito, no concerto das relações internacionais. A ausência de imunidade, decorrente da relativização desta, é a exceção, surgindo no tocante as atividades concretas do Estado estrangeiro, das quais surjam obrigações do tipo internacionalmente reconhecido como passíveis de acionamento segundo

<sup>34</sup>Segundo o Min. Ari Pargendler, “não obstante as agruras e dissabores que ele e sua família sofreram, o tema suscitado nestes autos só pode ser resolvido de modo técnico, porque a natureza da questão é de ordem técnica. E toda ela consiste em saber se a imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro deve ser reconhecida pelo juiz a primo oculi, ou pode ele, atentando para os novos ares que inspiram a ordem jurídica internacional, intimar previamente o Estado estrangeiro a modo de ensejar-lhe a oportunidade de renunciar à imunidade de jurisdição. Sem embargo de reconhecer que os autos descrevem ato de império praticado por Estado soberano, parece-me razoável dar-lhe a oportunidade para essa renúncia, e por isso faço por seguir o voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior” (BRASIL, 2003, p. 42)

as regras judiciárias do Direito nacional do Estado em que se acionem.(BRASIL, 2008a, p. 30)

Finalmente, o voto-vista do Min. Beneti é no sentido de simplesmente “negar provimento ao Recurso Ordinário, mantendo a sentença que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, apenas corrigido o fundamento, para limitar-se à fato de condição da ação” (BRASIL, 2008a, p. 47). Como resultado, o recurso ordinário foi parcialmente provido, determinando-se a remessa dos autos à origem para que o Estado réu manifestasse previamente a sua eventual renúncia à imunidade de jurisdição.

Apesar da evidente evolução no tema, passando-se de uma concepção absoluta para uma ótica restritiva da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro tanto no panorama mundial quanto no nacional, é necessário salientar que tal processo não se deu de forma completa, e que não se podem vislumbrar cortes precisos no tema. O quadro acima descrito pode levar ao entendimento de que uma transição completa já se operou mas, segundo Karagiannakis (1997), tal concepção estaria equivocada, pois apesar da existência de um consenso de que uma regra internacional de imunidade absoluta não mais existe, esta afirmação negativa não leva necessariamente à suposição de que existe uma regra restritiva de imunidade no âmbito do direito internacional<sup>35</sup>. Esta opinião é compartilhada por Madruga (2003), que alerta para a dinamicidade do fenômeno e para a conseqüente impossibilidade de se realizar um corte absoluto entre a imunidade absoluta e a relativa<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> É preciso salientar, entretanto, que autores como Matthias Herdegen discordam desta opinião, afirmando que “atualmente se encontra vigente no direito consuetudinário internacional somente o princípio da imunidade restringida. De acordo com ele, a imunidade dos Estados pode ser levada em conta só em caso de atuações de caráter soberano (*acta iure imperii*). No caso de alguns atos que não são de caráter soberano (*acta iure gestionis*), estes se encontram submetidos à jurisdição estrangeira” (2005, p. 279).

<sup>36</sup> A tortuosa história da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros demonstra que, além do grande esforço necessário para encontrar a consistência e uniformidade essenciais à verificação da existência dessa norma costumeira, nada autoriza afirmar que tal norma, discutivelmente antiga, pode, ademais, ser considerada sólida. Essa imunidade que acompanha o nascimento do conceito moderno de Estado, herdada da imunidade que se reconhecia à pessoa do monarca, é identificada pela maioria dos observadores especializados como sendo “absoluta” em um determinado momento e “relativa” em outro. Da maneira como observamos, entretanto, não conseguimos visualizar essas duas configurações estanques, perfeitamente delineadas em momentos distintos de apreciação da norma. (MADRUGA FILHO, 2003, p. 168)

Assim, se um dia se pode falar em uma “regra” de imunidade de Estado estrangeiro perante as cortes nacionais, hoje o panorama é diferente, e não são poucas as vozes que advogam por uma mitigação ainda maior da referida “regra”, em especial para demandas relativas a violações aos Direitos Humanos. Esta tendência no direito internacional, que ganha cada vez mais repercussão, tanto na doutrina como na jurisprudência, será objeto da próxima parte deste trabalho.

## 2 DIREITOS HUMANOS VERSUS IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO

O direito internacional presencia a coexistência de concepções diversas e que não se colocam de forma absoluta, possuindo a “fronteira” entre a ótica da imunidade absoluta e a da imunidade relativa certa permeabilidade. Esta dinamicidade do direito internacional faz com que novas tendências também apontem no horizonte, ao lado das visões tradicionais, privilegiando-se cada vez mais o indivíduo no panorama da comunidade internacional. Neste sentido, muitos são aqueles que defendem uma nova transição, baseada na dignidade da pessoa humana e na proteção dos Direitos Humanos, que possibilitaria um avanço na teoria da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro condizente com a importância dada pelo direito à proteção destes valores.

A negativa de concessão de imunidade aos Estados estrangeiros violadores de Direitos Humanos perante as cortes do Estado foro é uma corrente que ganha força e que conta com diversas teorias para justificá-la, além de se manifestar em decisões de cortes nacionais com cada vez mais freqüência<sup>37</sup>. Assim, esta nova concepção no campo da imunidade soberana será objeto de estudo neste capítulo, que abordará as principais teorias a respeito do tema, esboçando-se uma proposta no mesmo sentido e, a seguir, será analisado o panorama jurisprudencial brasileiro no assunto.

---

<sup>37</sup> É neste sentido que Herdegen afirma: “de acordo com algumas decisões nacionais, e algumas opiniões na doutrina do direito internacional, os Estados podem, mesmo em caso de atos de soberania, ser submetidos à jurisdição estrangeira, quando se tratar de graves violações aos direitos humanos” (2005, p. 279)

## 2.1 NOVAS ABORDAGENS SOBRE A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO

A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro sofreu muitas mitigações no decorrer do último século, ruindo pouco a pouco a sua concepção absoluta ao mesmo tempo em que ganhavam terreno exceções cada vez mais abrangentes. Neste movimento, distinguem-se países com legislação específica sobre o tema da imunidade de jurisdição<sup>38</sup> (e suas exceções) e aqueles que não possuem tais estatutos. Nos primeiros, o juiz vê sua discricionariedade tolhida pela necessidade de enquadrar o caso dentro das previsões estatutárias – ou de suas estreitas interpretações jurisprudenciais -, sendo a imunidade aqui tratada como uma questão de direito interno, com pouco ou nenhum espaço para exceções não previstas nas respectivas leis de cada país. Os países sem legislação específica sobre o tema, por outro lado, conferem grande poder de decisão ao magistrado, que freqüentemente recorre ao direito internacional para proferir sua sentença. É nestes países que vemos a grande maioria de decisões que, ao afirmar a importância da proteção aos Direitos Humanos, flexibiliza a chamada “regra de imunidade” de jurisdição do Estado estrangeiro em favor das vítimas de violações por estes países.

Existem ainda tentativas de codificação da imunidade de Estado estrangeiro em nível regional, como a Convenção Européia de 1972 (Convenção da Basiléia, que conta com apenas 8 ratificações) e mundial, como Convenção da ONU sobre Imunidade de Estado e seus Bens, de 2004, que ainda não entrou em vigor.

Em todos cenários – de países com ou sem legislação específica -, presencia-se o surgimento de teorias que visam, de uma maneira ou de outra, conferir primazia aos Direitos Humanos face à imunidade soberana, e estas novas abordagens, assim como suas conclusões e resultados práticos, serão examinadas a seguir.

---

<sup>38</sup> Entre estes, podemos citar os Estados Unidos da América (Foreign Sovereign Immunities Act, de 1976). O Reino Unido (Sovereign Immunities Act 1978), Austrália (State Immunities Act, de 1985) e Argentina (Ley 24488-Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos. Ver também: BROWER; BISTLINE; LOOMIS, 1979. e DELAUME, 1979.

### 2.1.1 Teoria da Renúncia Implícita

Há cerca de duas décadas, a teoria da renúncia implícita ganhou seus primeiros contornos teóricos em um artigo de autoria do chamado *trio de Berkeley*, composto por Belsky, Merva e Roht-Arrianza e que, em 1989, expuseram pela primeira vez a tese ora em estudo. Assim, a base fundamental da teoria da renúncia implícita reside no argumento de que, ao violar normas imperativas de Direito Internacional, o Estado infrator renuncia implicitamente à imunidade de jurisdição à qual ordinariamente faria jus, possibilitando, assim, ser processado perante as cortes nacionais em casos de violações graves aos direitos humanos.

Esta teoria foi esboçada inicialmente como uma proposta de interpretação evolutiva (GAUDREAU, 2005) do artigo 1605 (a)(1)<sup>39</sup> do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976<sup>40</sup>, estatuto dos Estados Unidos da América que regula a concessão de imunidade perante as cortes nacionais americanas. Trazendo a outorga de imunidade como regra, o estatuto prevê algumas exceções, entre elas a

---

<sup>39</sup> 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case – (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

<sup>40</sup> Para compreender o cenário que cercou a formulação e adoção do FSIA, é necessário lembrar do panorama jurídico-político ambíguo que circundava o tema na época, levando à edição da Tate Letter de 1952. Segundo Belsky, Merva e Roht-Arrianza, “This change in executive policy produced great confusion among U.S. courts in applying the doctrine of sovereign immunity. Jurisdiction was frequently founded, or denied, on the basis of nonlegal factors. For example, foreign states often requested that the State Department make a recommendation of immunity to the court, and courts almost always followed the State Department’s immunity determination. However, this determination frequently was affected by a state’s ability to bring diplomatic pressure to bear on the State Department, and not the specific circumstances of the case or the cause of action. In other cases, foreign states would seek immunity decisions directly from the court, in which case the courts generally decided the issue without reference to the foreign policy concerns of the State Department. This dichotomy, combined with a lack of clear standards governing a state’s entitlement to immunity under the restrictive theory, led to inconsistent results. Further, even if a party was able to get a judgment, its ability to execute that judgment was extremely limited because the United States still adhered to a doctrine of absolute immunity from execution. In an attempt to bring order to the U.S. law on foreign sovereign immunity, Congress enacted the FSIA in 1976. One of its principle objectives was to transfer determinations of sovereign immunity from the State Department to the courts, freeing the executive branch from case-by-case diplomatic pressures and relieving due process concerns about the State Department’s ability to bind the courts. The FSIA also sought to codify the restrictive theory of immunity in order to clarify the governing legal standards and to establish uniform procedures for litigation against foreign states in U.S. courts”. (BELSKY;MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989, p. 3-4.)

do supracitado artigo, que estatui que um Estado estrangeiro não será imune à jurisdição das cortes dos Estados Unidos quando este Estado tiver renunciado à sua imunidade de maneira explícita ou implícita.

A vagueza conceitual do termo “renúncia implícita” deu margem a interpretações acerca de seu conteúdo, ou seja, de quais atos ela deveria englobar. Assim, em 1989, Belsky, Merva e Roht-Arrianza propuseram que a infração de normas peremptórias de Direito Internacional se enquadraria na hipótese de renúncia implícita elencada pelo artigo 1605(a)(1) do FSIA, acarretando, como consequência, a não concessão de imunidade ao Estado violador pelas cortes nacionais americanas. Os autores defendem que a existência de um sistema de regras que os Estados não podem violar implica que, quando um Estado age viola tal regra, este ato não pode ser reconhecido como soberano e, em consequência, o Estado não tem mais direito a invocar a defesa da imunidade de jurisdição para este ato, sendo que o reconhecimento de um grupo de normas como imperativas significa que os Estados estão implicitamente consentindo em renunciar à imunidade quando eles violarem uma destas normas (BELSKY; MERVA; ROHT ARRIANZA, 1989).

Assim, a premissa fundamental deste argumento encontra-se na idéia de que, em razão da observância do *jus cogens* ser tão amplamente reconhecida como vital para o funcionamento da comunidade de nações, toda nação implicitamente renuncia à sua tradicional imunidade soberana por violações de tais valores fundamentais pelo simples ato de manterem-se como um Estado (LAUTERPACHT, 1999). A importância das normas de *jus cogens* no ordenamento jurídico internacional teria, assim, o condão de relativizar o conceito de soberania estatal como até então conhecido em prol de valores supremos da comunidade de nações. A conclusão dos autores da teoria neste sentido é, portanto, de que a coexistência entre Estados requer um conceito de soberania que coloque um limite no poder soberano absoluto e que inclua tanto direitos como deveres e, como as normas de *jus cogens* representam as obrigações fundamentais incidentes à vida internacional, elas constituem componentes essenciais da definição de soberania do direito moderno (BELSKY; MERVA; ROHT ARRIANZA, 1989).

Diante de uma ordem internacional que reconhece as normas de *jus cogens* como consagração de valores supremos a serem resguardados, os autores propõem a inclusão das chamadas “*constructive waivers by operation of international Law*” entre as hipóteses de negativa de outorga de imunidade a um Estado estrangeiro do FSIA, ou seja, o reconhecimento da prática de certos atos condenados pelo direito internacional – em especial violações às normas de *jus cogens* - como renúncias implícitas à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Para apoiar a interpretação do termo “renúncia implícita” do artigo 1605(a)(1) do FSIA como expressão que abarca atos condenados pelo direito internacional, afirma-se que, embora a história legislativa do estatuto não traga evidências de que o Congresso desejasse incluir tal possibilidade no escopo de aplicação da lei, também não há registro de que quisesse excluí-las, demonstrando, ainda, que o Congresso pretendia que o direito internacional auxiliasse na interpretação da norma (BELSKY; MERVA; ROHT ARRIANZA, 1989).

É, portanto, como uma proposta de interpretação de caráter evolutivo do *Foreign Sovereign Immunities Act*, em sintonia com o desenvolvimento do direito internacional, que surge a teoria da renúncia implícita, visando atender às necessidades do hodierno cenário mundial, no qual o indivíduo ocupa, diferentemente do que ocorria no passado, lugar de destaque, devendo ser protegido contra violações aos seus direitos perpetradas pelos Estados. Este intuito fica evidente quando os autores afirmam que, ao não contemplar as violações às normas peremptórias de direito internacional, está se congelando o desenvolvimento do direito da imunidade soberana em um ponto no tempo exclui a responsabilidade do direito americano sobre futuras evoluções neste campo (BELSKY; MERVA; ROHT ARRIANZA, 1989).

A teoria da renúncia implícita ganhou especial notoriedade após o julgamento, nos Estados Unidos, do caso *Princz v. Germany*. Embora a decisão da corte tenha sido desfavorável ao autor, o voto dissidente da juíza Patricia Wald teve grande repercussão ao defender a não outorga de imunidade soberana com base na teoria ora estudada, conferindo notoriedade à hipótese. Por sua importância, o caso será abordado a seguir.

### 2.1.1.1 *Princz v. Federal Republic of Germany*

No caso *Princz v Federal Republic of Germany*, Hugo Princz, um judeu americano, pleiteou indenização em virtude das atrocidades cometidas pelas autoridades nazistas<sup>41</sup>, incluindo falsa prisão, agressão, inflicção negligente e intencional de angústia emocional, assim como o quantum devido pelo seu trabalho forçado nas fábricas da I.G. Farben e Messerschmidt, ao qual fora “alugado” como trabalhador escravo pela Alemanha.

A corte distrital alegou possuir jurisdição para julgar o caso, razão pela qual o governo alemão recorreu à instância superior buscando a declaração de que aquela não possuía jurisdição, sob o argumento de que o FSIA constituiria a única base para submeter um Estado soberano aos tribunais americanos, e que o caso em tela não se enquadra em nenhuma das exceções do estatuto. Alternativamente, a Alemanha alegou que o FSIA não se aplicaria de forma retroativa<sup>42</sup>, e que, pelo direito vigente à época dos atos, o governo alemão gozaria de imunidade absoluta.

---

<sup>41</sup> Segundo o relatório da decisão, o Terceiro Reich, em 1942, prendera toda a família do autor, que vivia na Eslováquia, e os enviara a diferentes campos de concentração, forçando-os a realizar trabalho em condições de escravidão. Os pais e a irmã de Hugo Princz foram executados no campo de Treblinka, e os dois irmãos do autor foram enviados com ele para Auschwitz e, finalmente, Birkenau, onde morreram de inanição. Hugo Princz foi enviado ao campo de extermínio de Dachau, sendo libertado pelas forças norte-americanas enquanto era transportado pelos nazistas para outro campo de concentração. O governo alemão, apesar de possuir um programa de indenizações para sobreviventes do Holocausto, negou o direito à reparação para Princz alegando não ser ele cidadão alemão à época do aprisionamento ou refugiado após a guerra. A partir de 1984, Princz, ao lado do Departamento de Estado norte-americano, começou uma série de pedidos de reparação tanto ao governo alemão quanto às subsidiárias americanas da I.G. Farben, para quem ele realizara os trabalhos forçados durante a guerra, mas suas demandas não foram atendidas. As tentativas de resolução da questão pelas vias diplomáticas restaram ineficazes, assim como as solicitações feitas pelos governos Bush e Clinton ao governo da Alemanha. Neste contexto, Princz ingressa, em 1992, com uma ação nos Estados Unidos na qual demanda a condenação alemã em virtude dos danos morais e materiais por ele sofridos, e, embora Princz não tenha conseguido delimitar em qual exceção do FSIA seu pedido se enquadrava, a corte distrital afirmou possuir jurisdição para o caso sob o argumento de que o FSIA “não possui papel a desempenhar quando os pedidos alegados envolvem inegáveis atos de barbarismo cometidos por uma nação então fora-da-lei, que demonstrou insensível desrespeito pela humanidade de um cidadão americano simplesmente porque ele era judeu”

<sup>42</sup> O FSIA foi editado em 1976, e os atos alegados pelo autor ocorreram entre 1942 e 1945.

Os *amici curiae*<sup>43</sup> alegaram, em defesa do caso de Princz, que os atos perpetrados pelo Terceiro Reich constituíam violações a normas de *jus cogens* e, portanto, significavam a renúncia tácita do governo alemão à imunidade de jurisdição de Estado soberano, enquadrando-se na exceção do artigo 1605(a)(1) do FSIA. Configurar-se-ia, assim, a renúncia implícita proposta pelo trio de Berkeley anos antes.

A Corte de apelação, ao deparar-se com a necessidade de estabelecer qual é a lei aplicável ao caso – se o FSIA ou o direito vigente antes do estatuto – esquivou-se do questionamento, afirmando

Nós não precisamos, entretanto, decidir se o FSIA é aplicável a eventos anteriores para resolver este caso.[...] Mesmo se o FSIA realmente for aplicável, nenhuma das exceções estatutárias à imunidade soberana se aplica. Por outro lado, se o FSIA não for aplicável aos pedidos de Princz, e mesmo se a Alemanha não for imune sob o direito que seria aplicável pré-FSIA [...] uma corte federal distrital não possui jurisdição sobre as demandas de Princz porque elas surgem de ilícito civil e quase-contrato. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 8)

Ao abordar a questão relativa à renúncia implícita e conseqüente configuração da exceção do artigo 1605(a)(1) à imunidade de jurisdição, a Corte de segunda instância adota um posicionamento conservador, descartando tal possibilidade com base no precedente *Siderman de Blake v. Argentina*<sup>44</sup>, no qual o

<sup>43</sup> Neste caso, The Anti-Defamation League, The Intern. Ass'n of Jewish Lawyers and Jurists, Faculty Members of the American University e Washington College of Law.

<sup>44</sup> Em 1976, logo após a tomada do governo argentino pelos militares, José Siderman, judeu, foi levado de sua casa por agentes do governo e torturado durante 7 dias em razão de sua religião. Ao ser libertado, Siderman foi advertido de que ele e sua família deviam deixar o país sob pena de morte. Assim, os Siderman foram para os EUA, onde residia sua filha, cidadã americana, vendendo parte de suas terras para custear a viagem. Os militares alteraram o registro das propriedades de Siderman, alegando que, portanto, ele realizara uma venda fraudulenta para possibilitar sua fuga do país. A Argentina solicitou, por carta rogatória, a ajuda da Corte Superior de Los Angeles para prender Siderman, que, desconhecendo as razões do governo argentino, atendeu ao pedido. Siderman acabou preso na Itália devido a um pedido de extradição feito pelo governo argentino, até que finalmente uma Corte de Apelação italiana afirmou que o pedido de extradição era baseado em perseguição política. Finalmente, em 1982, os Siderman, agora cidadãos americanos, entram com uma demanda contra a República Argentina, que não esteve presente no julgamento. Em 1984 o tribunal deu ganho de causa à Siderman e, frente a tal decisão, a Argentina finalmente peticionou alegando imunidade de acordo com FSIA e que a corte distrital não possuía jurisdição sobre o caso. Os EUA pediram à corte que considerasse a questão de imunidade e, em 1985, a corte distrital extinguiu a ação com base na imunidade Argentina. Os Siderman apelaram para a U.S. 9th Circuit Court of Appeals, que chegou às seguintes conclusões: "The Sidermans' complaint and the evidence they have presented in support of their allegations paint a horrifying portrait of anti-Semitic, government-sponsored tyranny. The record that so far has been developed in this case reveals no ground for shielding Argentina from the Sidermans' claims that their family business was stolen from them by the military junta that took over the Argentine government in 1976. It further suggests that Argentina has implicitly waived its sovereign immunity with respect to the Sidermans' claims for

tribunal determina que “o fato de ter havido violação de jus cogens não confere jurisdição sob o FSIA” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p.10) . Desta forma, a Corte chega à seguinte conclusão sobre o tema:

Em suma, uma renúncia implícita depende de o governo estrangeiro ter indicado em algum momento sua concordância com o processo. Princz não sustenta, entretanto, que o atual governo alemão ou o governo precedente do Terceiro Reich realmente tenha indicado, mesmo que implicitamente, uma vontade de renunciar à imunidade em ações relativas às atrocidades nazistas. Não temos garantia, portanto, para sustentar que a violação de normas de jus cogens pelo Terceiro Reich constitua uma renúncia implícita de imunidade sob o FSIA. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 14)

Como resultado, o Tribunal de apelação julga pela reversão da decisão anterior e pela improcedência da ação movida por Princz. Apesar de seu resultado final negativo, o caso ganhou publicidade pelo notório voto dissidente proferido pela juíza Patricia Wald, no qual a magistrada discorda da sentença da corte e afirma a aplicabilidade da teoria da renúncia implícita ao caso. Em sua manifestação, a juíza assevera:

Ao contrário de meus colegas, que negariam a Princz a oportunidade de sequer apresentar seus pedidos perante uma corte federal, eu afirmaria a ordem da corte distrital negando a moção alemã pela improcedência sob o fundamento da imunidade soberana de Estado estrangeiro. Eu acredito que o tratamento alemão a Princz violou normas de jus cogens do direito das nações e, ao engajar-se em tal conduta, a Alemanha implicitamente renunciou a sua imunidade nos ditames do art. 1605(a)(1) do FSIA. Conseqüentemente, no meu ponto de vista, as cortes federais possuem jurisdição para receber os pedidos de Princz. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 19)

Wald inicia o desenvolvimento de sua fundamentação categorizando os atos do regime nazista como violações às normas de jus cogens, ponderando:

O que seria mais fundamental do que o direito de um indivíduo de estar livre da inflicção de terrores cruéis e sádicos projetados com o único propósito de destruir a sua psique e sua pessoa em virtude da comunidade nacional, étnica, racial ou religiosa ao qual ele pertence? O que poderia ser mais elementar do que a proibição contra eviscerar a dignidade humana de uma pessoa ao lançá-la nas correntes da escravidão? A Alemanha claramente violou normas de jus cogens ao extrair violentamente o trabalho de Princz nas fábricas da I.G. Farben e de Messerschmidt e ao sujeitá-lo a um abuso físico

---

torture. We REVERSE and REMAND for further proceedings consistent with this opinion.”. Embora a decisão tenha sido, em sua maioria, favorável à causa da proteção aos direitos humanos, ela é clara ao afirmar que a violação de normas de jus cogens não excepciona a regra do FSIA, justificando-se a retirada da imunidade argentina, no caso em tela, pelo fato de o país ter usado as cortes americanas para perseguir Siderman.

e mental inconsciente nos campos de concentração de Auschwitz e Dachau. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 24-25)

Após concluir, portanto, que os tormentos infligidos a Princz pelo Terceiro Reich configuram-se como evidentes violações às normas peremptórias de direito internacional, que consubstanciam valores máximos da comunidade de nações, a juíza passa a analisar a relação de tais normas com o instituto da imunidade soberana. Conforme sustenta a magistrada, o caráter inderrogável de tais normas deve sua evolução à percepção de que a concordância em torno de certos princípios fundamentais é indispensável à sobrevivência da comunidade internacional. Assim, visando a manutenção da ordem internacional, os Estados devem abdicar de qualquer direito que signifique a ignorância ou a violação destas normas.

Como conseqüência lógica desta conclusão – de que os Estados devem abster-se de praticar atos que contrariem as normas de *jus cogens* para preservar a ordem internacional -, Wald afirma a existência de limitações ao exercício de certas prerrogativas estatais, especialmente a imunidade de jurisdição. Os efeitos da prevalência das normas peremptórias de direito internacional refletem-se, portanto, nos demais institutos, entre eles o da imunidade soberana, que não será mais absoluta e ilimitada, mas sim sujeita aos parâmetros ditados pelos valores máximos da comunidade de nações, cristalizados nas normas de *jus cogens*<sup>45</sup>.

Assim, após afirmar a mudança de paradigma causada pelas normas de *jus cogens* no direito internacional – e em especial no instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro -, cabe à juíza determinar a aplicabilidade de tais preceitos no âmbito do direito interno norte americano. Para tanto, a magistrada

---

<sup>45</sup> Wald aborda, em seu voto, este processo e suas implicações no caso em tela: Como a definição da Carta de Nuremberg de “crimes contra a humanidade” inclui o que agora se chamam de normas de *jus cogens*, um Estado nunca tem direito à imunidade por nenhum ato que infrinja uma norma de *jus cogens*, independentemente de onde ou contra quem este ato foi perpetrado. A emergência das normas de *jus cogens* limita a soberania estatal no sentido de que a “vontade geral” da comunidade internacional de Estados e outros atores terá precedência sobre as vontades individuais dos Estados para reger suas relações.[...] Quando os nazistas rasgaram as roupas de Princz, trocando-as por um uniforme prisional e uma tatuagem, empurraram-no para trás das cercas eriçadas de arame farpado de Auschwitz e Dachau, e o venderam à indústria de armamento alemã como forragem para a sua operação de trabalho em tempos de guerra, a Alemanha rescindiu qualquer reivindicação sob o direito internacional para obter imunidade de jurisdição deste tribunal. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 26).

recorre à decisão *Paquete Habana*<sup>46</sup>, que já em 1900 consolidou o entendimento de que o direito internacional é parte integrante do direito americano, devendo este ser interpretado, sempre que possível, à luz daquele. Segundo Wald, “a única forma de reconciliar a presunção do FSIA de imunidade soberana com o direito internacional é interpretar o artigo 1605(a)(1) do estatuto como englobando o princípio de que um estado estrangeiro implicitamente renuncia ao seu direito à imunidade soberana perante as cortes dos Estados Unidos ao violar normas de jus cogens” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 27). A juíza salienta, ainda, que não há nada na história legislativa do art. 1605(a)(1) FSIA que exclua a possibilidade de se concluir que um Estado renuncia implicitamente à sua imunidade soberana ao transgredir uma das poucas normas universalmente aceitas como *jus cogens*, sendo tal interpretação, portanto, compatível tanto com a jurisprudência americana quanto com o própria história legislativa que levou à adoção do FSIA.

Wald se detém, ainda, em outros dois pontos fundamentais, ligados tanto à redação quanto à intenção legislativa consubstanciada no artigo 1605(a)(1). A primeira questão diz respeito à chamada exigência de intencionalidade implicitamente prevista no dispositivo, ou seja, à necessidade do Estado ter “contemplado”, de alguma forma, o seu envolvimento perante as cortes dos Estados Unidos ao cometer os atos, requisito consolidado pela jurisprudência. Esta etapa é vencida no caso em tela, no entendimento da juíza, pois, “ao infligir atrocidades até então inimagináveis em civis inocentes durante o Holocausto, a Alemanha não poderia deixar de perceber que ela poderia, um dia, ser responsabilizada por outro Estado, incluindo os Estados Unidos, em virtude de suas ações odiosas” (ESTADOS

---

<sup>46</sup> O Congresso dos Estados Unidos declarou guerra à Espanha em 1898, ordenando à Marinha que patrulhasse as águas cubanas para prevenir atividades que pudessem auxiliar a Espanha na guerra. A Marinha apreende, assim, dois barcos de pesca, o Paquete Habana e o Lola, sob a alegação de que seus tripulantes, habilitados marinheiros, poderiam no futuro constituir uma ameaça à Marinha americana na guerra. Uma corte distrital autorizou o leilão dos barcos, e seus donos apelam da decisão ao tribunal superior, alegando a existência de um costume de direito internacional que exetua os barcos de pesca das capturas em tempos de guerra. A corte de apelação afirmou a ilegalidade das medidas de apreensão e leilão com base no direito internacional e sua aplicabilidade ao direito norte-americano, dando ganho de causa aos recorrentes. Uma passagem importante da decisão afirma: “International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination. For this purpose, where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations, and, as evidence of these, to the works of jurists and commentators, not for the speculations of their authors concerning what the law ought to be, but for trustworthy evidence of what the law really is.” *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900). (DERVORT, 1997)

UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p.28). Quanto ao segundo ponto, este diz respeito à prevenção de interferência judicial nas noções de graça e cortesia para com outros Estados soberanos, podendo gerar atritos na área das relações internacionais. Tal obstáculo também é vencido no presente caso pois, conforme se infere do relatório, os próprios chefes de Estado norte-americanos, Bush e Clinton, tentaram, durante suas gestões, solucionar a questão, sempre manifestando seu forte apoio à causa de Princz.

A juíza conclui seu voto dissidente com as seguintes palavras:

Na ausência de qualquer indicação de que o Congresso pretendeu excluir do escopo do art. 1605(a)(1) o conceito de que um Estado estrangeiro tacitamente renuncia à sua imunidade ao violar uma norma peremptória de direito internacional, eu acredito que a única maneira de interpretar o FSIA conforme o direito internacional é construir o estatuto para que ele abranja uma exceção de renúncia implícita para violações de jus cogens. O Congresso não pretendeu negar a oportunidade de um americano vítima do Holocausto de ter seus pedidos ouvidos pelo sistema judicial dos Estados Unidos. Porque eu não posso concordar que o FSIA requeira que batamos a porta na cara de Hugo Princz, eu discordo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 30).

Configura-se, assim, a importância do caso *Princz v. Germany* e, em especial, do voto dissidente de Wald para a chamada teoria da renúncia implícita, que também será utilizada como fundamento para outra decisão importante, analisada a seguir.

#### *2.1.1.2 Prefecture of Voiotia and Others v. Federal Republic of Germany - Grécia*

Apesar de possuir suas origens em uma previsão estatutária de um país de Common Law, é perante as cortes da Grécia, um país de tradição jurídica romano-germânica e sem legislação específica no tema de imunidade de jurisdição, que a teoria da renúncia implícita alcança sua consagração jurisprudencial. Na paradigmática série de decisões do caso *Prefecture of Voiotia and Others v Federal*

*Republic of Germany*<sup>47</sup>, também conhecido como caso *Distomo*, as cortes nacionais gregas acolheram a tese de que a violação de normas de *jus cogens* acarreta a renúncia implícita a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

O caso *Distomo* foi examinado inicialmente pelo Tribunal de Primeira Instância de Leivadia, que fundamentou sua decisão utilizando essencialmente os institutos de Direito Internacional Público. A sentença proferida por esta corte possui diversos aspectos dignos de nota mas, para os fins do presente estudo, sua característica marcante reside no afastamento da imunidade de Estado, à qual a Alemanha faria jus, em razão da violação de normas de *jus cogens*<sup>48</sup>, consolidando jurisprudencialmente, portanto, a teoria da renúncia implícita. É importante notar, entretanto, que por se tratar de um país de Civil Law e não possuir legislação no tema, o raciocínio da corte grega apresenta diferenças quanto ao voto dissidente de Wald no caso *Princz*, como será visto a seguir.

Para construir o argumento de violação às normas peremptórias de direito internacional, a corte inicia afirmando que, segundo o art. 43<sup>49</sup> do Regulamento anexo à Convenção da Haia de 1907<sup>50</sup> sobre Leis e Costumes de Guerra em terra, o Estado ocupante de território estrangeiro deve respeitar tanto as leis do território

---

<sup>47</sup> Em 10 de junho de 1944, tropas alemãs invadiram a vila de Distomo, no distrito grego de Voiotia, como forma de retaliação a uma ofensiva da resistência grega ocorrida no mesmo dia. O ataque alemão a Distomo, cujos habitantes não possuíam qualquer forma de envolvimento com a resistência grega, culminou no assassinato brutal de 218 moradores, em sua maioria idosos, mulheres e crianças, além da completa destruição de suas propriedades. Como resultado desta série de atrocidades, os sobreviventes perderam seus pais e parentes, mortos de forma cruel pelas SS, e tiveram suas propriedades completamente destruídas, o que lhes trouxe como consequência uma série de danos de caráter psicológico e material. Finalmente, em novembro de 1995, a prefeitura de Voiotia, juntamente com outros indivíduos – sobreviventes, vítimas e seus descendentes- ajuizaram uma ação de indenização contra a Alemanha perante a Corte de 1ª Instância de Leivadia. Na ação, os autores buscavam compensação pelos danos materiais e imateriais sofridos em virtude dos assassinatos e da destruição de suas propriedades. A demanda foi encaminhada ao Ministério de Relações Exteriores da Alemanha, que a rejeitou e a remeteu novamente à embaixada grega, afirmando que a ação atentava contra a soberania alemã.

<sup>48</sup> De acordo com Brownlie (1997, p. 537), “a característica distintiva de tais regras é a sua não-derrogabilidade. São regras de Direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas por uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos deste tipo de regras são a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade e as regras que proíbem o comércio de escravos e a pirataria”.

<sup>49</sup> Art. 43. The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.

<sup>50</sup> O fato de a Convenção não ter sido ratificada pela Grécia é superado pela Corte de Leivadia, que afirma que suas disposições constituem normas amplamente aceitas de direito internacional, sendo a sua observância obrigatória para as forças ocupantes alemãs. (GAVOUNELI, 1997)

ocupado como as regras de direito internacional sobre beligerância, entre elas o art. 46 do Regulamento da Convenção da Haia, que impõe o respeito a certos direitos como a honra da família, suas vidas e suas propriedades<sup>51</sup>. Na opinião do Tribunal de Leivadia, estas disposições configuram-se como normas de *jus cogens* que teriam sido desrespeitadas pelas forças ocupantes alemãs no massacre de Distomo.

Como conseqüência, a Corte afirma que a violação de normas de *jus cogens* pela Alemanha significa, na prática, que este Estado não pode invocar sua imunidade de jurisdição, tendo implicitamente declinado tal prerrogativa ao cometer as violações alegadas pelas vítimas gregas. Segundo a Corte, esta exceção emana da decisão do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que consagrou a inaplicabilidade do direito à imunidade para atos que sejam proibidos pelo direito internacional (GAVOUNELI, 1997), fundamentando-se em alguns pressupostos elencados a seguir, dentre os quais se destaca o da renúncia implícita.

- a) Quando um Estado viola normas de *jus cogens*, ele não pode esperar de boa-fé a concessão do privilégio da imunidade. Portanto, assume-se que ele tacitamente renuncia ao privilégio (renúncia construtiva por operação do direito internacional)
- b) Os atos de um Estado que violam normas de *jus cogens* não possuem caráter soberano. Nestes casos considera-se que o Estado acusado não agiu dentro do âmbito de sua capacidade como soberano.
- c) Atos contrários ao *jus cogens* são nulos, e não podem constituir uma fonte de direitos ou privilégios legais, tais quais pedidos de imunidade, em respeito ao princípio *ex injuria non oritur jus*.
- d) O reconhecimento da imunidade por uma corte nacional a um ato que é contrário ao *jus cogens* seria o equivalente a colaborar com um ato que é fortemente condenado pela comunidade internacional.
- e) A invocação da imunidade para atos ilegais perpetrados em violação às normas de *jus cogens* constituiria um abuso deste direito.
- f) Como o princípio da soberania territorial é superior ao princípio da imunidade estatal, um Estado que viola o primeiro ao ocupar ilegalmente um território não pode invocar o princípio da imunidade soberana para atos cometidos durante a ocupação ilegal. (BATENKAS, 1998, p. 769 e 770)

Assim, a corte de Leivadia dá ganho de causa às vítimas gregas em uma decisão paradigmática e que, ao basear-se no direito internacional, recusa a outorga de imunidade de jurisdição a um país que infringir de forma violenta as normas peremptórias de direito internacional. É importante ressaltar que, constatando-se que a gênese da teoria restritiva fundamenta-se no estatuto americano, “o *Tribunal*

---

<sup>51</sup> Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

*de Leivadia transpôs uma etapa suplementar ao aplicar a mesma teoria além dos limites de qualquer sujeição estatutária”* (GAUDREAU, 2005, p. 29), consagrando o argumento da renúncia tácita em um país sem legislação específica sobre o tema.

### 2.1.1.3 Críticas

As principais críticas proferidas à teoria da renúncia implícita encontram-se no fato desta abordagem atribuir ao Estado estrangeiro uma manifestação de vontade que, de fato, não ocorreu. O termo “renúncia” significa que o Estado, em algum ponto, demonstrou de forma clara e inequívoca a sua aquiescência em ser submetido à jurisdição do Estado foro, o que não ocorre, por exemplo, nos casos *Princz e Prefecture of Voiotia*, nos quais o Estado réu manifestou claramente a sua vontade de fazer uso da prerrogativa de imunidade de jurisdição. A incongruência de se presumir a renúncia quando, ao contrário, o Estado estrangeiro afirma claramente que não concorda com a demanda, é apontada como a principal falha da teoria pela doutrina, que afirma que “esta abordagem encaixa-se de forma insuficiente nas concepções tradicionais de renúncia, pois ela constrói renúncia onde não há indicação de nenhuma verdadeira vontade de renunciar à proteção” (REIMANN, 1994, p. 409).

Assim, as renúncias construtivas soam deveras artificiais e infundadas, pois, se a renúncia é prerrogativa do Estado estrangeiro, esta possibilidade deve ser imediatamente descartada quando ele alega a imunidade de jurisdição perante os tribunais do Estado foro. Construir uma manifestação de vontade completamente contrária à intenção manifesta do Estado réu é um argumento frágil para não conceder a imunidade para os casos de graves violações aos direitos humanos, e uma hipótese raramente verificável<sup>52</sup>. Como atesta Reimann (1994), a exceção da renúncia dificilmente será aplicada se as violações de *jus cogens* não forem consideradas renúncias construtivas, pois é quase impensável que um soberano

---

<sup>52</sup> Uma destas hipóteses se configuraria, por exemplo, no caso *Siderman de Blake*, no qual a Argentina deliberadamente fez uso das cortes americanas para a perseguição política e racial de José Siderman e de sua família.

estrangeiro vá concordar abertamente em ser processado nas cortes americanas por violações aos direitos humanos, restando apenas os raríssimos casos nos quais considera-se que o réu renunciou à sua imunidade de alguma outra forma, embora não tenha realmente desejado fazê-lo.

Tecidas estas considerações, cumpre agora analisar outra teoria que privilegia os Direitos Humanos frente à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

### **2.1.2 Teoria da Hierarquia Normativa**

A teoria da hierarquia normativa compartilha alguns pontos com a teoria da renúncia implícita. Ambas relacionam-se com o caso *Princz v. Germany*, as duas teorias também abordam o caráter de *jus cogens* de certas normas fundamentais de direitos humanos, assim como as duas teorias baseiam-se no *Foreign Sovereign Immunities Act*, estatuto norte-americano sobre o tema. Contudo, conforme será visto nesta parte do presente trabalho, a teoria da hierarquia normativa possui aspectos que a distinguem da renúncia implícita em diversos pontos, tornando-a singular.

A autoria da teoria da hierarquia normativa pertence a Mathias Reimann que, em 1994, publica o artigo *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts On Princz v. Federal Republic of Germany*, no qual, ao analisar a decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, ele esboça as diretrizes de uma doutrina que busca o reconhecimento da prevalência dos direitos humanos face à imunidade de Estado estrangeiro. Reimann destaca, neste sentido, a situação paradoxal configurada pelo resultado negativo da decisão *Princz* e pelo fato de ela ter sido proferida no país que se considera o grande promotor dos

direitos humanos no cenário mundial: “em uma era de reconhecimento internacional dos direitos humanos, e especialmente em um país que se orgulha da sua promoção, tal situação é incômoda” (REIMANN, 1994, p. 404).

Reimann verifica, portanto, que o panorama internacional reconhece cada vez mais a importância da proteção e da promoção dos direitos humanos, o que exige a adoção de uma postura diferente em relação ao tema, e em especial aos casos nos quais os direitos humanos chocam-se com a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Segundo o autor, é chegado o tempo de se negar a imunidade a soberanos estrangeiros por tortura, genocídio ou escravidão, (ao menos quando eles forem processados por americanos em cortes americanas) e que tal negativa estaria em consonância com dois desenvolvimentos que marcaram o direito internacional desde a Segunda Guerra Mundial: a restrição da imunidade soberana e a expansão da proteção aos direitos humanos (REIMANN, 1994).

A partir da grande distinção conferida aos direitos humanos hodiernamente, de sua importância ilustrada através de incontáveis convenções, resoluções ou tratados, Reimann concluirá que estas normas adquiriram um *status* diferenciado no plano jurídico internacional. Assim, a relevância dos direitos humanos alçaria a sua promoção e proteção a uma categoria normativa superior, ou seja, ao invés de ter o caráter de norma internacional meramente costumeira, certos direitos humanos seriam tão substanciais que configurariam normas de *jus cogens*<sup>53</sup>.

Assim, embora não seja possível se determinar quais direitos humanos fariam parte da categoria de *jus cogens*, o autor afirma haver consenso em torno de um certo núcleo fundamental<sup>54</sup> que incluiria as violações alegadas por Princz. Em

---

<sup>53</sup> Conforme Reimann, “Direitos humanos fundamentais são parte do direito internacional, como a pletera de convenções ilustra. Mais importante, um pequeno núcleo destes direitos é agora amplamente aceito como *jus cogens*, ou seja, como parte do direito internacional que é não só vinculante para todos os Estados independentemente de seu consentimento, mas que também não admite derrogação. Quaisquer que sejam os outros direitos humanos que se enquadrem nesta categoria, é consagrado que entre eles estão as proteções contra o genocídio, escravidão, assassinato e tortura”. (REIMANN, 1994, p. 406-407).

<sup>54</sup> Neste sentido, ver SHELTON, 2006, p. 302-303:

“Neither the International Law Commission nor the Vienna Conference on the Law of Treaties developed an accepted list of peremptory norms, although both made reference in commentaries and discussion to the norms against genocide, slave trading, and use of force other than in self-defense. Some developing countries referred to permanent sovereignty over natural resources as a

oposição a este núcleo de direitos humanos *jus cogens* estaria, no caso em tela, o que Reimann identifica como uma regra costumeira de imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros nas cortes de outro soberano (REIMANN, 1994). Como consequência, estas regras se chocam quando um demandante entra com uma ação por violações massivas aos direitos humanos em uma corte americana, pois enquanto a primeira regra estabelece a ilicitude do ato, a segunda regra impedirá que as cortes americanas possam julgar demandas deste tipo.

É neste momento que, segundo o autor, faz-se necessário sopesar as duas regras e decidir qual delas se sobrepõe à outra. É neste cotejo que opera a chamada teoria da hierarquia normativa, de acordo com a qual as normas de *jus cogens*, por ocuparem o topo do ordenamento jurídico internacional, prevalecerão sobre a regra costumeira da imunidade de jurisdição. Portanto, a teoria da hierarquia normativa apregoa que, “em nível internacional, as disposições fundamentais de direitos humanos são indiscutivelmente superiores ao direito das imunidades soberanas, pois aquele é *jus cogens* enquanto este é somente uma norma não peremptória.” (REIMANN, 1994, p. 407) Como resultado, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro – norma internacional costumeira- cederia sempre que estivesse em confronto com os direitos humanos considerados fundamentais – e normas peremptórias de direito internacional.

Entretanto, apesar de proclamar a prevalência dos direitos humanos com base na teoria da hierarquia normativa, Reimann não considera que a corte tenha se equivocado na decisão *Princz*, pois ele parte do FSIA como única base para se decidir acerca da imunidade de jurisdição, e este não prevê uma exceção à imunidade baseada nos direitos humanos. Portanto, o autor assevera que, “se há

---

peremptory norm. The different theories as to the source of peremptory norms affect the contents; those who adhere to the voluntarist approach generally see the content as limited to a few rules that states have recognized as not being subject to derogation, reservation, or denunciation. Natural law proponents would subscribe to an even stricter list of immutable principles of justice. In contrast, theories based on community values result in a longer list of evolving norms. Eduardo Jimenez de Arechaga posits that "[t]he substantive contents of *jus cogens* are likely to be constantly changing in accordance with the progress and development of international law and international morality. Since the adoption of the Vienna Convention, the literature has abounded in claims that additional international norms constitute *jus cogens*. Proponents have argued for the inclusion of all human rights, all humanitarian norms (human rights and the laws of war), or singly, the duty not to cause transboundary environmental harm, freedom from torture, the duty to assassinate dictators, the right to life of animals, self-determination, the right to development, free trade, and territorial sovereignty (despite legions of treaties transferring territory from one state to another)".

um problema em Princz, não é que a decisão esteja errada, mas sim que ela está certa [...] o problema não é como a corte aplicou o direito, mas como o direito concebe a importância dos direitos humanos em relação à imunidade soberana” (REIMANN, 1994, p. 417-418). Aqui, portanto, há uma clara distinção entre a teoria da hierarquia normativa e a da renúncia implícita, pois enquanto esta baseia-se em uma exceção existente no FSIA, aquela, consciente da ausência de uma exceção pertinente no referido estatuto, proporá uma.

Reimann defende, portanto, que esta superioridade normativa dos direitos humanos seja refletida em uma emenda ao FSIA que contemple uma exceção de direitos humanos à imunidade dos Estados estrangeiros perante as cortes americanas, pois a matéria só poderia ser regulamentada através deste estatuto, que traz a imunidade como regra. Tal proposta de alteração já havia sido apresentada no Congresso norte-americano em 1994, tendo sido rejeitada. A redação do projeto de lei estatua que a imunidade seria negada em ações nas quais busca-se indenização contra um Estado estrangeiro por dano pessoal ou morte de um cidadão dos Estados Unidos que ocorra neste Estado estrangeiro e que seja causada por tortura ou execução sumária deste cidadão, ou por este Estado estrangeiro ou por qualquer oficial ou empregado deste Estado estrangeiro agindo dentro do alcance do seu posto ou emprego. (REIMANN, 1994).

A proposta de emenda ao FSIA para incluir um dispositivo que trouxesse explicitamente uma hipótese de não concessão de imunidade para Estados violadores dos direitos humanos processados nas cortes norte americanas significaria, portanto, o compromisso legítimo do país com valores que ele já defende em inúmeros fóruns internacionais, mas que não encontram respaldo no âmbito interno. Obviamente, a tutela jurídica destas situações não pode ser realizada de forma completa e indiscriminada, sendo necessários alguns elementos que estabeleçam uma conexão razoável entre o delito cometido e a corte que o julga, tal como a nacionalidade da parte demandante. O ponto importante reside, entretanto, no fato de que a emergência da proteção aos direitos humanos na ordem internacional deve ser acompanhada de medidas efetivas para implementá-los em âmbito nacional, especialmente de ações que garantam às vítimas a possibilidade de obterem reparações de seus algozes. É esta a conclusão de Reimann, ao afirmar

a proteção dos direitos humanos não é mais um assunto puramente interno de um determinado Estado, mas sim reconhecida hoje como uma preocupação da comunidade de nações, o que não significa, segundo o autor, que seja necessariamente apropriado para um Estado abrir suas cortes aos demandantes de todo o mundo, e sim que as cortes de um determinado país deveriam ouvir apenas casos nos quais este país possua uma preocupação legítima e específica (REIMANN, 1994). Para Reimann, “a emenda dos direitos humanos reflete tal preocupação: o interesse no tratamento de seus próprios cidadãos” (REIMANN, 1994, p. 422).

Neste contexto, poderia se afirmar que a atitude das cortes nacionais de, em regra, concederem imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros, privando as vítimas de sua devida reparação, constituiria uma ofensa ao princípio do acesso à justiça<sup>55</sup> justamente nos casos que mais necessitam de remédios legais, tais como tortura, genocídio ou execuções sumárias (REIMANN, 1994). Segundo Reimann, esta situação é ainda mais grave quando a denegação ocorre no país natal da vítima, pois neste caso “o próprio governo que demanda lealdade de, e, portanto, deve proteção ao demandante, recusa-se a assisti-lo na reivindicação por seus incontestáveis direitos. Como resultado, o Estado o priva do que constitui em regra sua única esperança de compensação” (REIMANN, 1994, p. 419).

Desta forma, configura-se um panorama extremamente desfavorável para o indivíduo – parte hipossuficiente nesta relação processual-, pois ele se vê sem remédios e, via de regra sem alternativas em seu próprio país. Contudo, Reimann afirma que esta situação coloca em evidência uma constatação que pode auxiliar as vítimas em suas demandas, pois, segundo o autor, torna-se claro que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro opõe-se, neste caso, ao próprio direito dos indivíduos de serem ouvidos pelos tribunais, uma prerrogativa que constitui princípio máximo nos ordenamentos jurídicos de diversos países. Por conseguinte, Reimann conclui que negativa de acesso à justiça baseada na imunidade soberana “é uma exceção ao princípio básico de que as vítimas de ilícitos devem ter sua oportunidade

---

<sup>55</sup> O argumento de negativa de acesso à justiça é muito utilizado hoje em dia no âmbito do sistema europeu, tendo sido utilizado, por exemplo, em *Al-Adsani v. United Kingdom e Prefecture of Voiotia and Others v. Germany and Greece*.

na corte. É portanto equivocado pensar em uma cláusula de direitos humanos no FSIA como “exceção”; a verdadeira exceção é a imunidade” (REIMANN, 1994, p. 419).

Portanto, partindo da superioridade hierárquica do *jus cogens* – e, aqui, dos direitos humanos assim considerados – Reimann afirma a necessidade de mudança da legislação norte-americana no tema, para que ela contemple uma exceção à imunidade baseada nos direitos humanos. O autor dá um passo adiante ao afirmar, em seguida, que perante os tribunais nacionais, a concessão de imunidade ao Estado estrangeiro violador de direitos humanos significaria, na prática, uma violação ao princípio do acesso à justiça. Como resultado, o autor afirma que, nestes casos, a outorga de imunidade reveste-se de caráter excepcional, e não mais como regra, o que acarreta uma mudança na postura dos tribunais, pois, se a denegação de justiça é que deve ser considerada excepcional nos casos que envolvem direitos humanos, “é a concessão de imunidade, e não sua recusa, que requer justificação específica.[...] Em resumo, a imunidade em casos de direitos humanos só deve ser concedida se existirem fortes razões.” (REIMANN, 1994, p 419).

Torna-se necessário, portanto, repensar o atual cenário do instituto da imunidade de jurisdição para que os direitos humanos sejam devidamente considerados perante os tribunais nacionais, e não mais relegados a um segundo plano face aos interesses do Estado estrangeiro. Esta reflexão deve levar em conta as inúmeras mudanças ocorridas no panorama mundial nas últimas décadas, e em especial no direito internacional, que passa a tutelar cada vez mais os indivíduos, abandonando a concepção centrada unicamente nos interesses dos Estados. Em consequente, o desenvolvimento observado nos diversos campos do direito internacional em direção a uma proteção crescente dos direitos humanos deve influenciar também a imunidade de jurisdição, pois, sendo esta uma regra costumeira internacional, ela não é imutável, tendo, aliás, conteúdo e contornos imprecisos, que podem ser debatidos, e está igualmente sujeita a constante desenvolvimento e refinamento em consonância com o direito internacional, como já ocorreu, por exemplo, na passagem de uma tendência absoluta para uma visão restritiva acerca do tema (REIMANN, 1994). Como resultado, afirma Reimann, “a

imunidade soberana hoje não é tanto uma questão de sim ou não, mas uma questão de prática em mudança, de grau e de discussão” (REIMANN, 1994, p. 420).

É neste contexto de reflexão adaptação dos institutos de direito internacional à realidade hodierna que Reimann propõe a teoria da hierarquia normativa, que parte da preposição de que, uma vez que os direitos humanos aqui considerados são hoje parte do *jus cogens* internacional (e assim, por definição, incondicionalmente vinculantes para todos os Estados) um Estado não poderia requerer a imunidade para tais violações, em um raciocínio que remonta à negativa de imunidade do Tribunal Internacional de Nuremberg aos réus nazistas pelos seus crimes contra a humanidade. A proposta explica-se, segundo o autor, porque as normas de *jus cogens* automaticamente limitam a própria soberania dos Estados, pois a soberania nunca se estende além dos limites traçadas pelas regras incondicionalmente vinculantes de direito internacional. Além disso, o *jus cogens* possui uma posição superior do que a do mero direito internacional costumeiro, uma vez que os direitos humanos nucleares fazem parte do *jus cogens*, enquanto a imunidade soberana é somente parte do direito costumeiro, os direitos humanos triunfam sobre o pedido de imunidade. (REIMANN, 1994)

É importante salientar, entretanto, que a teoria da hierarquia normativa não possui, na visão do autor, uma aplicabilidade imediata e completamente incondicionada. Ela funciona mais como uma justificativa, como uma fundamentação para que os Estados regulamentem a matéria, e não implica, assim, em um dever necessário de não outorga de imunidade pelos tribunais nacionais ao Estado estrangeiro, pois em todos os casos deverá haver um exame, por parte do Estado foro, acerca do seu interesse em julgar o caso<sup>56</sup>.

Assim, é a própria evolução do direito internacional que demanda um tratamento diferenciado à temática da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante os tribunais nacionais por graves violações aos direitos humanos, pois, se a

---

<sup>56</sup> Segundo Reimann (1994, p. 421), “Disto parece decorrer que a imunidade soberana não só pode, mas deve ser negada em casos de violação ao *jus cogens*. Isto seria ir muito longe. Da mesma forma como nenhum Estado tem que sancionar a violação ao direito internacional de outro Estado, o Estado foro deve permanecer livre para conceder imunidade sob sua lei doméstica em todos os casos, e para quem ele considerar apropriado”.

prevalência destes é reconhecida no formalmente no ordenamento jurídico internacional, faz-se necessária a adoção de medidas que traduzam esta importância no âmbito interno, materializando estes direitos para os indivíduos que foram vítimas das mais cruéis atrocidades. É, portanto, pertinente a observação de Reimann, que afirma que, embora possa ter havido um tempo no qual a imunidade soberana era concedida incondicionalmente, hoje a sua concessão deve ser vista como um privilégio dependente da observância, no mínimo, das regras mais fundamentais que a comunidade de nações estabeleceu para si, não fazendo sentido reconhecer normas de direito internacional incondicionalmente vinculantes e, ao mesmo tempo, proteger de ações legais os perpetradores de tais violações. (REIMANN, 1994).

Desta forma, através da teoria da hierarquia normativa, Reimann propõe uma adequação da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro aos ditames do direito internacional contemporâneo, que prima pela proteção aos direitos humanos acima de tudo. Esta primazia se traduz no reconhecimento de alguns destes direitos como normas de *jus cogens*, por possuírem caráter inderrogável, prevaleceriam, perante as cortes nacionais, sobre a norma costumeira de imunidade de jurisdição. Tal processo não ocorre, entretanto, de forma automática ou ilimitada, pois o autor defende a necessidade de regulamentação da matéria e a avaliação, por parte do Estado foro, acerca do seu interesse em julgar a causa.

A teoria da hierarquia normativa visa, portanto, colocar os direitos humanos do topo de uma pirâmide normativa do ordenamento jurídico internacional, em uma situação na qual a sua superioridade tornaria inaplicáveis as normas inferiores que a eles se opusessem. Reimann (1994) conclui a exposição de sua teoria afirmando que, dada a essencialidade dos direitos humanos e o sofrimento das vítimas, não se pode mais adiar a abertura das portas das cortes indefinidamente, e que em uma era marcada por um acordo quase universal sobre direitos humanos fundamentais, não é mais apropriado permitir que um Estado os viole impunemente.

O argumento da hierarquia normativa tem sido provavelmente o mais utilizado pelas vítimas de graves violações aos direitos humanos para pleitearem seus direitos perante fóruns nacionais ou regionais. Muitas vezes, este argumento não

aparece de forma clara, e sim composto com os demais, o que gera freqüentes confusões entre as teorias hoje existentes. Não é difícil vê-lo associado às teorias da renúncia implícita e da jurisdição universal, por exemplo. A seguir, serão analisadas algumas decisões neste sentido.

#### 2.1.2.1 *Al- Adsani v. Government of Kuwait – Reino Unido*

Em *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, ao pleitear reparações, no Reino Unido, por tortura e outras violações realizadas pelo governo do Kuwait, o autor alegou que não há imunidade no direito internacional público para atos de tortura, mas seu pleito foi indeferido pela corte inglesa. Inconformado, Al-Adsani ingressou perante a Corte Européia de Direitos Humanos, agora contra o Reino Unido, sob o artigo 6º da Convenção<sup>57</sup> (direito a um processo equitativo ou acesso à justiça), e mais uma vez utilizou o argumento de que a superioridade hierárquica do *jus cogens* acarreta a submissão das regras “inferiores”, tais como a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro (EMBERLAND, 2002).

---

<sup>57</sup> Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

A Corte Européia de Direitos Humanos decidiu, por 9 votos a 8, que o Reino Unido não violara os direitos do autor sob o artigo 6º da Convenção, mas a pouca diferença de votos e as opiniões expressas nos votos divergentes denotam um certo reconhecimento da teoria da hierarquia normativa. A corte foi unânime em reconhecer que a proibição à tortura atingiu o status de norma peremptória sob o direito internacional, mas divergiu quanto à aplicabilidade da hierarquia para ações cíveis nas quais a imunidade estatal pudesse ser invocada (REDRESS ORGANIZATION, 2002) o que levou à derrota dos juizes Rozakis e Caflisch, seguidos em seu voto pelos juizes Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajic, nos seguintes termos:

Não é a natureza do procedimento que determina os efeitos de uma norma de *jus cogens* tem sobre outra regra de direito internacional, mas o caráter da regra como norma peremptória e sua interação com uma regra hierarquicamente inferior. A proibição de tortura, sendo norma de *jus cogens*, atua na esfera internacional e priva a regra da imunidade soberana de todos os seus efeitos legais nesta esfera (REDRESS ORGANIZATION, 2002, p. 4).

#### 2.1.2.2 Reflexos em outros países: *Ferrini (Itália)* e *Prefecture of Voiotia (Grécia)*

No âmbito dos países de *Civil Law*, a teoria da hierarquia normativa também encontra repercussão, mas sua atuação perante as cortes nacionais não se dá, em regra, através de disposições estatutárias, próprias dos países de *Common Law*, e sim da incorporação do direito internacional aos ordenamentos jurídicos internos destes países. Assim, países como a Itália e a Grécia têm interpretado a imunidade dos Estados e as normas de *jus cogens* como regras de direito internacional diretamente incorporadas em seu direito interno através de disposições de suas respectivas constituições e, quando confrontadas estas duas regras, os tribunais destes países têm recusado a aplicação da imunidade dos Estados nos casos em que afrontem-se normas de *jus cogens* em razão do valor imperativo destas últimas no direito internacional. (REDRESS ORGANIZATION, 2005, p. 31)

As decisões *Ferrini*, na Itália, e *Prefecture of Voiotia*, na Grécia, ilustram bem este panorama. O primeiro caso tem origem quando, em 1998, Ferrini, cidadão

italiano, ingressa com uma demanda contra a Alemanha perante o *Tribunale di Arezzo* buscando reparação por danos econômicos e imateriais sofridos entre 1944 e 1945, quando alega ter sido capturado pelas tropas germânicas em solo italiano e levado para o campo de concentração de Kahla, onde foi forçado a trabalhar em uma fábrica de armas para proveito dos nazistas (IOVANE, 2005). O *Tribunale di Arezzo* rejeitou a demanda alegando imunidade de jurisdição da Alemanha e, em seguida, Ferrini apelou para a *Corte di Firenze*, que manteve a decisão de 1º grau. O caso de Ferrini chegou à *Corte di Cassazione* que, em uma decisão inédita no país, reverteu as decisões anteriores e afastou a imunidade de jurisdição do Estado alemão fundamentando-se no direito internacional e na necessidade de proteção dos Direitos Humanos. Em *Ferrini* reconheceu-se que a proteção aos direitos humanos constitui norma de *jus cogens* e, portanto, devem prevalecer perante a regra de imunidade de Estados, e que a regra de imunidade, presente também na Constituição italiana em seu art. 10, não é mais absoluta dependendo sua aplicação da natureza e do objeto da disputa. A corte abordou também a questão de se tratarem de crimes ocorridos em virtude de operações militares, que gozariam, em tese, da prerrogativa da imunidade, e afirmou, neste tocante, que a gravidade do crime perpetrado e sua transcendência o caracterizam, hoje, como crime internacional. Ainda, a razão da regra de imunidade não persiste quando o Estado em questão viola valores universais como os direitos humanos<sup>58</sup>.

Um aspecto digno de nota da decisão é a sua afirmação de que as normas de direito internacional não podem ser vistas isoladamente, pois o sistema possui interdependência. Assim, a *Corte di Cassazione* afirma que a prevalência das normas de *jus cogens* norteia o sistema e os demais princípios e normas internacionais, inclusive o da imunidade estatal, e esta visão sistemática será um grande acréscimo à teoria da hierarquia normativa.

---

<sup>58</sup> A corte menciona ainda que as normas de direito internacional encontram-se incorporadas na Constituição Italiana em seu art. 10, § 1º, fornecendo os parâmetros para analisar se um ato praticado em virtude de decisões políticas é errado, concluindo que as violações perpetradas pela Alemanha (deportação para Estado estrangeiro e submissão ao trabalho escravo) constituem ofensa às normas de *jus cogens*, visão confirmada por documentos como a Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (art. 6, b), que afirma que deportação de população civil para trabalhos forçados é crime de guerra, posição reafirmada pela Resolução 95 (I) da Assembléia Geral da Onu de 1946. Além disso, a corte afirma que a Alemanha deve ser responsabilizada pois os atos em questão faziam parte de uma estratégia política firmemente aplicada na época, não sendo um fato isolado.

Quanto à Grécia, embora a teoria da hierarquia normativa apareça em algumas passagens das decisões de *Prefecture of Voiotia v. Germany*, é em *Kalogeropolou et al v. Germany and Greece*, quando as vítimas que pleiteram reparações perante as cortes nacionais gregas em *Prefecture of Voiotia v. Germany* levaram seu pleito à Corte Européia de Direitos Humanos, que o argumento aparece com maior clareza. Isto fica claro em passagens do relatório da sentença da Corte Européia de Direitos Humanos, nas quais se declara que os demandantes afirmavam que “o direito internacional sobre crimes contra a humanidade era tão fundamental que ele equivalia a uma norma de jus cogens, tendo precedência sobre todos os outros princípios de direito internacional, incluindo o princípio da imunidade soberana” (CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, 2002, p. 4). Entretanto, o argumento não prosperou perante a Corte, que afirmou que não achava que já existisse aceitação, no direito internacional, da proposição que os Estados não fazem jus à imunidade em respeito a demandas cíveis por prejuízos iniciadas contra eles em outro Estado por crimes contra a humanidade.

A Corte, entretanto, deixou a questão fundamental da imunidade de jurisdição dos Estados violadores de direitos humanos perante as cortes nacionais em aberto, pois, embora tenha negado as pretensões das vítimas gregas afirmando a prevalência da imunidade, complementou asseverando que “isto é verdadeiro ao menos no que concerne a atual regra de direito internacional, como a Corte julgou no supracitado caso de *Al-Adsani*, mas não preclui um desenvolvimento no direito internacional costumeiro no futuro sobre os princípios de direito internacional, incluindo o princípio da imunidade soberana” (CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, 2002, p. 10, Grifo nosso).

A teoria da hierarquia normativa teve, portanto, bastante repercussão na jurisprudência, o que não a eximiu, como será visto adiante, de receber críticas em razão de certas incongruências e imprecisões.

### 2.1.2.3 Críticas

A teoria da hierarquia normativa, assim como a da renúncia implícita, também foi alvo de severas críticas, sendo que a primeira delas foi escrita na mesma edição do *Michigan Journal of International Law* na qual publicou-se a própria teoria de Reimann. Assim, nas páginas seguintes do periódico, Andreas Zimmermann atacará diversos pontos da hierarquia normativa, evidenciando algumas fragilidades da concepção da teoria.

A primeira crítica esboçada por Zimmermann em seu artigo diz respeito à incongruência temporal da teoria ora em análise. Assim, o autor salienta que, tendo em vista que a noção de *jus cogens* teve seu desenvolvimento no pós Segunda Guerra Mundial e que sua codificação só se deu na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as normas de *jus cogens* não poderiam se aplicar no caso em tela, pois “quando Hugo Princz foi exposto às horrorosas violações aos seus direitos humanos básicos, é per se impossível que estas violações pudessem ao mesmo tempo significar uma violação às normas peremptórias de direito internacional” (ZIMMERMANN, 1994, p. 437).

Zimmermann discorda, igualmente, da função atribuída às normas de *jus cogens* pela teoria hierárquica, pois esta parece atribuir às normas peremptórias certas prerrogativas que não podem ser inferidas através da leitura dos dispositivos da Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969, implicando, segundo o autor, em uma hierarquia de normas entre diferentes regras de direito costumeiro que vai além do conceito tradicional de *jus cogens* como consagrado na Convenção, para a qual a emergência ou existência de uma regra com caráter de *jus cogens* tem o único efeito de invalidar tratados incompatíveis com ela. (ZIMMERMANN, 1994)

Inexiste menção, no texto da Convenção, à possibilidade das normas de *jus cogens* de derogarem outras normas que a elas se oponham fora do âmbito das disposições dos tratados, e a própria gênese das normas peremptórias, como

pensadas por Verdross<sup>59</sup>, demonstra que não se aventou a possibilidade endossada por Reimann. Assim, ainda se discute qual é exatamente a função destas normas e qual é a sua aplicabilidade fora do âmbito do direito dos tratados. Além disso, o conteúdo destas normas permanece pouco definido, assim como os efeitos de sua aplicação<sup>60</sup>.

As críticas de Zimmerman são acompanhadas e complementadas por Bröhmer, que destaca a vulnerabilidade das conclusões de Reimann especialmente em três pontos. Primeiro, Bröhmer (1997) reforça que é no mínimo controverso estabelecer uma hierarquia entre normas de direito internacional com base nos artigos 53 e 64<sup>61</sup> da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que apenas estabelecem a invalidade de tratados com cláusulas que violem o *jus cogens*. Em segundo lugar, supondo-se a existência de tal hierarquia, deve-se questionar como

---

<sup>59</sup> Neste sentido, é pertinente a explicação de Sheldon (2006, p. 9-10): “The notion of jus cogens originated solely as a limitation on international freedom of contract. It was discussed at length for the first time by Verdross in 1937. [...] Verdross's article was written in response to a report on the law of treaties that had failed to discuss the problem of a treaty in conflict with general international law. According to Verdross, freedom to conclude treaties could be limited only if general international law contained rules that have the character of jus cogens. He took a practical approach to the question: finding nothing in theory to preclude the possibility of such rules, he looked to see whether international law had established such rules in practice. He concluded that compulsory norms of customary international law, such as freedom of the high seas, would work to invalidate any agreement in which two or more states sought to exclude other states from the use of the high seas. It is not clear, however, why a doctrine of jus cogens is necessary to refuse enforcement of treaties of this type. The law of treaties has long held that states cannot by treaty affect the rights of third states without their consent, a rule now codified in VCLT Articles 34-35.”

O próprio Verdross define as normas de jus cogens como aquelas com as quais um tratado não pode conflitar (VERDROSS, 1966, p. 55-63, mas, em seu primeiro texto sobre o assunto (VERDROSS, 1937, p. 571-577), sua preocupação com a defesa da moralidade é evidente, mencionando mesmo que um tratado seria imoral se impedisse que um Estado cuidasse do bem-estar de seus cidadãos em seu país e, neste sentido, nos parece que o objetivo almejado por Verdross muito se assemelha com aquele buscado pelos defensores da prevalência dos direitos humanos sobre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

<sup>60</sup> Segundo o autor, “Em nosso contexto, enquanto parece não haver dúvidas de que a proibição de tortura hoje forma parte do jus cogens internacional, não se pode sustentar que esta proibição necessariamente engloba a norma de jus cogens adicional – ultrapassando assim o princípio geral da imunidade de Estado – para conceder ao Estado foro o direito de negar a imunidade ao Estado réu”. (ZIMMERMAN, 1994, p. 438).

<sup>61</sup> 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.

Artigo 64 Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens):

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

um direito humano *jus cogens*, como por exemplo a proibição da tortura, poderia substituir o direito costumeiro da imunidade, o que só seria possível se a) o direito *jus cogens* em questão se estendesse além do seu âmbito substancial, concedendo também um direito procedimental de compelir a sua observância em um tribunal ou b) o catálogo de direitos humanos *jus cogens* também incluísse uma garantia separada de acesso às cortes domésticas para buscar reparações por violações substanciais de direitos humanos *jus cogens*, e levando-se em conta que tais garantias procedimentais são realmente parte de diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, há ainda pouca ou nenhuma evidência de que tais direitos são considerados parte do corpo de direitos humanos *jus cogens* costumeiro. Em terceiro lugar, Bröhmer afirma que a proposta de Reimann de restrição da exceção de imunidade a nacionais processando em cortes nacionais não é realmente uma restrição do ponto de vista do direito internacional, pois tal exceção poderia então ser invocada por nacionais de todos os países em seus respectivos foros domésticos.

Percebe-se, portanto, a existência de alguns pontos bastante vulneráveis na teoria da hierarquia normativa, e é possível que eles obstaculizem a litigância pelos direitos humanos baseada nesta teoria. Entretanto, ao lado da teoria da renúncia implícita, ela deve ser reconhecida pelo seu pioneirismo e por provocar o debate acerca da concessão de imunidade de jurisdição para países violadores de direitos humanos. Como será visto a seguir, outras teorias se inspiraram na hierarquia normativa para estabelecer seus pontos fundamentais, levando o desenvolvimento do direito internacional um passo adiante.

### **2.1.3 Teoria da Jurisdição Universal**

A concepção de que um Estado poderia exercer sua jurisdição para além dos limites estabelecidos por suas fronteiras territoriais em certos casos específicos levou ao delineamento da chamada teoria da jurisdição universal. Donovan e Roberts explicam historicamente a origem da teoria da jurisdição universal asseverando que “o exercício da jurisdição universal deu-se inicialmente sobre

crimes considerados de alta gravidade, tais como a pirataria que, por ocorrer fora dos limites territoriais do Estado, era extremamente difícil de processar utilizando os fundamentos tradicionais da jurisdição” (DONOVAN; ROBERTS, 2006, p. 146). A perseguição destes criminosos e seu julgamento dependia, portanto, de que os Estados desempenhassem a sua função jurisdicional além do perímetro tradicional, residindo no direito penal<sup>62</sup> a gênese da chamada jurisdição universal.

Assim, para punir crimes que ocorriam longe do alcance habitual da justiça estatal, foi necessário estabelecer um elemento de ligação entre o delito e o tribunal diferente dos tradicionais critérios de territorialidade ou personalidade. Para uma violação de caráter extraordinário, era necessário um princípio que fugisse igualmente da ordinariedade. Desta forma, Bröhmer (1997) esclarece o funcionamento da jurisdição universal em sua obra, afirmando que ele se encontra totalmente abstraído dos princípios da territorialidade, conferindo a qualquer Estado o direito de afirmar sua jurisdição para certos crimes internacionais, tais como os crimes direcionados contra a política pública internacional.

A evolução histórica de tal princípio levou, portanto, à sua utilização para o processamento de outros crimes, em especial aqueles que, por seu caráter aviltante, urgem a comunidade de Estados a tomar providências. Desta forma, hodiernamente a “jurisdição universal tem sido fundamentada no caráter completamente hediondo de certos crimes, como genocídio e tortura, que são universalmente condenados e os nos quais todos os Estados têm interesse em reprimir, mesmo na ausência de fatores tradicionais de conexão.” (DONOVAN; ROBERTS, 2006, p. 143)

Karagiannakis (1997) complementa esta explicação, declarando que, no caso do exercício de jurisdição extraterritorial baseado no princípio da universalidade - que não requer uma conexão direta e substancial com o Estado foro -, ele se dá com base no interesse de cada Estado em combater ofensas notórias que são universalmente condenadas por todos os Estados, constituindo um princípio

---

<sup>62</sup> Conforme MOLL (2003, nota nº 76), “The principle of universal jurisdiction, initially conceived in the sphere of criminal law (universal criminal justice), constitutes one of the exceptions to the principle of the territoriality of the criminal law, and was initially created to regulate the punishment of the crime of piracy at sea. In accordance with this principle, the first state (whichever it happened to be) to detain the pirate had the right to judge and punish him”.

bastante controverso de direito internacional, com relevantes questões relativas à sua aplicação.

O exercício da jurisdição universal como meio de se punir violadores de Direitos Humanos ganhou destaque através do caso *Arrest Warrant*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em abril de 2000 e que dizia respeito a um mandado de prisão internacional emitido pela Bélgica contra o então Ministro de Relações Exteriores da República Democrática do Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi. O juiz belga emitira o mandado com base em uma lei nacional que autoriza o exercício de jurisdição universal para violações graves ao direito internacional humanitário, alegando que Yerodia, antes de se tornar ministro, fora o perpetrador de crimes contra a humanidade e violara as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos adicionais ao incitar o ódio racial contra a minoria Tutsi em seus discursos, gerando assassinatos em massa, execuções sumárias, prisões arbitrárias, linchamentos e julgamentos injustos (ORAKHELASHVILI, 2002). O mandado estipulava, ainda, que “a nomeação subsequente de Yerodia como ministro não lhe conferia imunidade de jurisdição, salvo no caso de uma possível visita oficial à Bélgica.” (ORAKHELASHVILI, 2002, p. 677), tendo o instrumento sido distribuído aos demais países através da Interpol.

Em virtude do ocorrido, o Congo iniciou uma ação perante a Corte Internacional de Justiça afirmando que a) a Bélgica não possuía jurisdição no âmbito do direito internacional para emitir o mandado de prisão; b) que a emissão do mandado e sua circulação constituía uma violação ao direito do Congo de conduzir suas relações internacionais sendo propriamente representado por seu ministro de relações exteriores e c) que a emissão do mandado violava a imunidade do ministro de relações exteriores no âmbito do direito internacional.

A Corte Internacional de Justiça decide, no caso em tela, declarar, por treze votos a três, que

A emissão, contra o Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, e sua difusão no plano internacional, constituíram violações de uma obrigação jurídica do Reino da Bélgica em face da República Democrática do Congo, visto que elas não reconheceram a imunidade de jurisdição penal e a inviolabilidade das quais o Ministro de

relações exteriores em exercício da República Democrática do Congo gozava em virtude do direito internacional (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 29).

Em sua decisão, a Corte Internacional de Justiça não aborda o tema da legalidade ou não, perante o direito internacional, do exercício da jurisdição universal, lacuna esta suprida pela opinião em separado do presidente Guillaume que, após traçar um histórico da aplicação do referido instituto, afirma que a “jurisdição universal in absentia é desconhecida pelo direito internacional convencional.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 5- voto separado). Assim, segundo Guillaume, o direito internacional só reconhece um único caso verdadeiro de jurisdição universal: a pirataria.

Este posicionamento é rebatido na opinião dissidente da juíza ad hoc Van Den Wyngaert, que defende, inter alia, que o direito internacional não proíbe a jurisdição universal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade, aliás, segundo a juíza, há inclusive permissão para tanto<sup>63</sup>. Segundo Van Den Wyngaert, “apesar das incertezas que possam existir em relação à definição de jurisdição universal, uma coisa é muito clara: a ratio legis da jurisdição universal é baseada na reprovação internacional de certos crimes muito graves tais como os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 24 – opinião dissidente) Ela defende igualmente a posição de que o termo “jurisdição universal” não significa que o suspeito precise estar presente no território do Estado processante.

A jurisdição universal tem, entretanto, ganho um espectro cada vez mais amplo de aplicação e, neste sentido, começou a se delinear a sua utilização para responsabilizar, além de indivíduos, também os Estados violadores de direitos humanos. O raciocínio por trás desta transformação parte do seguinte ponto de

---

<sup>63</sup> Nas palavras da juíza: “International law clearly permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity. For both crimes, permission under international law exists. For crimes against humanity, there is no clear treaty provision on the subject but it is accepted that, at least in the case of genocide, States are entitled to assert extraterritorial jurisdiction. In the case of war crimes, however, there is specific conventional international law in support of the proposition that States are entitled to assert jurisdiction over acts committed abroad: the relevant provision is Article 146 of the IV Geneva Convention<sup>8</sup>, which lays down the principle *aut dedere aut judicare* for war crimes committed against civilians.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 30 – opinião dissidente)

vista: dada a existência de crimes que, por sua natureza hedionda, toda a comunidade internacional tem interesse em punir, o exercício de jurisdição universal não deve ser restrito à possibilidade de se condenar somente indivíduos, mas também os Estados responsáveis por estas graves violações. Portanto, segundo Donovan e Roberts (2006), enquanto a jurisdição universal criminal continua sendo pouco exercida, apesar de bem-aceita, reclamantes e acadêmicos têm invocado cada vez mais o conceito de jurisdição universal ao considerar a possibilidade de remédios civis servirem como um meio independente ou suplementar de forçar a observância de normas de direito internacional que proíbem categorias definidas de condutas hediondas.

Desta forma, a consequência imediata da aplicação da teoria da jurisdição universal para justificar o processamento de Estados perante as cortes nacionais seria, obviamente, a não outorga de imunidade de jurisdição aos mesmos, reforçando-se a aplicação do direito internacional – e, em especial, a observância dos direitos humanos – através de reparações concedidas aos indivíduos como forma de contra-medida em relação às violações cometidas. Este pensamento é defendido por Moll (2003), que afirma que, nestes casos, a inaplicabilidade da imunidade de Estado é acompanhada pelo reconhecimento de um tipo de jurisdição universal sobre Estados violadores de direitos humanos fundamentais, que opera independentemente da nacionalidade da vítima ou do local da violação. Ainda segundo Moll (2003), a *actio popularis* se justificaria com base no sistema geral de responsabilidade dos Estados em virtude da possibilidade de que a reparação por certas violações a direitos humanos poderia ser demandada por qualquer Estado da comunidade internacional em razão da natureza *erga omnes* da obrigação descumprida. Segundo o autor, uma vez que o Estado é livre para estabelecer as formas pelas quais ele analisa a responsabilidade internacional de outro Estado por violações aos Direitos Humanos – pois não há nada em princípio que impeça a escolha do sistema judiciário doméstico como tal forma -, o Estado foro poderia então usar isto como base para um mecanismo unilateral de contra-medidas, não importando por qual Estado a contra-medida é expedida e, como resultado, tal sistema apoiaria o uso da jurisdição doméstica para demandas relativas a violações de direitos humanos fundamentais por qualquer Estado estrangeiro, configurando hipótese na qual realmente não haveria lugar para a imunidade.

A aplicabilidade da teoria da jurisdição universal para responsabilizar Estados violadores de Direitos Humanos percebeu uma evolução importante com a contribuição do pensamento de Cançado Trindade. A visão do jurista brasileiro parte, inicialmente, da defesa da posição do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos. Trindade defende que, uma vez que a titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional, constitui realidade no cenário hodierno, “teimar em negá-la seria apegar-se em vão aos dogmas do passado, produto de seu tempo, não raro invocados para tentar racionalizar ou acobertar abusos perpetrados contra seres humanos por seus semelhantes em nome de um ente abstrato, o Estado” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 414).

Do reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo no campo dos direitos humanos decorre logicamente, segundo Cançado Trindade, a necessidade de respeito a esta condição, que se consubstancia em obrigações *erga omnes* de salvaguarda destes direitos. Assim, “toda essa evolução doutrinária aponta na direção da consagração de obrigações *erga omnes* de proteção, ou seja, obrigações *atinentes à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo*” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 417).

A posição ocupada hoje pelo indivíduo faz nascer, portanto, uma série de obrigações para os Estados, que devem zelar pela defesa do ser humano e dos direitos a ele inerentes e, neste sentido, a tutela jurídica dos Direitos Humanos considerados como normas de *jus cogens*<sup>64</sup> impõe-se a todas as nações. A justiça universal daria, desta maneira, um passo adiante, estabelecendo-se, através do reconhecimento de obrigações *erga omnes* de respeito aos Direitos Humanos enquanto *jus cogens*, a possibilidade de exercício jurisdicional por qualquer Estado contra o Estado violador<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> É importante ressaltar, aqui, que nem todos os Direitos Humanos são reconhecidos como normas de *jus cogens*.

<sup>65</sup> Segundo Cançado Trindade (1999, p. 418-9), “O reconhecimento das obrigações *erga omnes* de proteção daria um impulso considerável ao estabelecimento de um sistema eficaz de monitoramento contínuo da situação dos direitos humanos no mundo. Afigura-se, ademais, como indispensável em nossos dias, face à diversificação das fontes de violações – não raro difusas –

### 2.1.3.1 O Caso *Ferrini v. Germany- Itália*

A consolidação jurisprudencial da possibilidade de utilização da jurisdição universal para justificar a não outorga de imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro violador de Direitos Humanos perante as cortes nacionais se deu no notório caso *Ferrini*, em uma sentença paradigmática proferida pela Corte de Cassação italiana.

Entre os diversos argumentos utilizados pela Corte di Cassazione<sup>66</sup>, merece destaque a menção da jurisdição universal como mecanismo para estabelecer a jurisdição das cortes domésticas em casos de graves violações aos Direitos

---

dos direitos humanos, e à persistência de violações graves desses direitos em todas as regiões do mundo”.

<sup>66</sup> Entre eles, além da jurisdição universal, destacamos:a) A proteção aos direitos humanos constitui norma de jus cogens e, portanto, devem prevalecer perante a regra de imunidade de Estados.;b)A regra de imunidade, presente também na Constituição italiana em seu art. 10, não é mais absoluta dependendo sua aplicação da natureza e do objeto da disputa;c)Embora operações militares gozem de imunidade, a gravidade do crime perpetrado e sua transcendência o caracterizam, hoje, como crime internacional. Ainda, a razão da regra de imunidade não persiste quando o Estado em questão viola valores universais como os direitos humanos;d)As normas de direito internacional encontram-se incorporadas na Constituição Italiana em seu art. 10, § 1º, fornecendo os parâmetros para analisar se um ato praticado em virtude de decisões políticas é errado;e) As violações perpetradas pela Alemanha (deportação para Estado estrangeiro e submissão ao trabalho escravo) constituem ofensa às normas de jus cogens, visão confirmada por documentos como a Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (art. 6, b), que afirma que deportação de população civil para trabalhos forçados é crime de guerra, posição reafirmada pela Resolução 95 (I) da Assembleia Geral da Onu de 1946;f) A Alemanha deve ser responsabilizada pois os atos em questão faziam parte de uma estratégia política firmemente aplicada na época, não sendo um fato isolado (salienta-se, aqui, a extrema gravidade dos crimes e a Lei de criação da Fundação Recordação, Responsabilidade e Futuro, criada para reparar as vítimas de trabalhos forçados que constituiria uma aceitação, por parte da Alemanha, da responsabilidade pelos crimes perpetrados;g) Normas de direito internacional não podem ser vistas isoladamente, pois o sistema possui interdependência. Assim, a prevalência das normas de jus cogens norteia o sistema e os demais princípios e normas internacionais, inclusive o da imunidade estatal; h) O Direito Internacional Contemporâneo permite que um Estado seja processado, desde que os atos tenham sido perpetrados no território do Estado-foro (Artigo 12 da Convenção das Nações- Unidas para Imunidades Jurisdicionais de Estados e suas Propriedades); i) Já existem outros casos de não outorga de imunidade de jurisdição a Estados estrangeiros, como o Anti-terrorist and Effective Death Penalty Act, nos EUA, que restringe a imunidade de Estados que “patrocinam” atos terroristas. A conclusão da Corte é de que as normas de imunidade de Estados foram criadas para evitar interferências no exercício de atividades governamentais que devem ser protegidas, ou seja, não seria ilegal não aplicar a regra de imunidade se as atividades desenvolvidas pelo Estado agressor fossem notórias e contrárias aos direitos humanos. (Art. 41 da ILC Draft Articles on Responsibility of States diz que os Estados estão obrigados a não reconhecer como legais situações de violação grave de normas imperativas de direito internacional).

Humanos, afastando-se, conseqüentemente, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em demandas que buscam reparações cíveis (FOCARELLI, 2005)<sup>67</sup>.

Bianchi (2005)<sup>68</sup> explica com clareza a fundamentação da *Corte di Cassazione*, afirmando que esta, ao amparar-se no artigo 40 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade de Estado da Comissão de Direito Internacional, e em jurisprudência tanto internacional como comparativa, levou adiante a noção de crimes internacionais, sustentando que eles arruínam as próprias fundações da coexistência internacional e definindo-os como graves violações de normas que objetivam proteger direitos humanos fundamentais, normas estas que são não-derrogáveis e que têm prioridade sobre outras regras internacionais, incluindo as imunidades jurisdicionais. Além disso, a Corte sustentou que crimes internacionais não se submetem às limitações de estatutos e que eles determinam a aplicabilidade do princípio da jurisdição universal (que, em algumas instâncias, se faria até mesmo obrigatória em virtude de disposições de tratados). Com base nestes argumentos a Corte afirmou não restarem dúvidas de que o princípio da jurisdição universal era aplicável em *Ferrini*, apesar deste ser um caso cível (BIANCHI, 2005).

Aplaudida pelos defensores dos Direitos Humanos no mundo todo, a decisão *Ferrini* é, sem dúvidas, um marco de grande importância no âmbito do conflito entre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e a busca por reparação das vítimas de graves violações aos Direitos Humanos. Contudo, a sentença da *Corte di Cassazione* não deixa de receber críticas, seja pela falta de clareza que acompanha a sua fundamentação em alguns momentos,<sup>69</sup> seja por ter aplicado o princípio da

---

<sup>67</sup> Segundo o autor, “in a short final passage the Court additionally emphasized that Italian courts would have had jurisdiction on the basis of the universal jurisdiction principle applicable to international crimes even if the alleged crimes had not been committed in Italy.” (FOCARELLI, 2005, p. 955)

<sup>68</sup> De Senna e De Vittor complementam a explanação de Bianchi, ressaltando o ineditismo da decisão e sua visão sistemática do direito internacional: A conclusão alcançada parece ser o resultado de uma interpretação sistemática da ordem legal internacional que torna permissível dar primazia ao valor de proteção de direitos humanos sobre o valor da soberania estatal. Em outras palavras, é sob este fundamento que a decisão *Ferrini* se diferencia da jurisprudência prévia e aparece certo ponto forçada, aplicando, por exemplo, os princípios de jurisdição universal e a aplicação de não-limitação estatutária para crimes internacionais e também para as conseqüências civis de tais crimes. (DE SENNA; DE VITTOR, 2004, p. 110).

<sup>69</sup> Esta crítica é feita, inter alia, por Bianchi, que afirma: The ambiguity on the actual rule of decision for the *Ferrini* judgment turns out to be even greater if one looks at the Court's references to the tort exception, emphasizing that, in any event, the tort having occurred in the forum state, Italian courts would have jurisdiction under the corresponding customary law exception to state immunity. On

jurisdição universal para além dos limites consolidados pela doutrina e pela jurisprudência atuais.

### 2.1.3.2 Críticas

A afirmação de Iovane, ao analisar a decisão *Ferrini*, de que “não pode haver dúvida de que o princípio da jurisdição universal aplica-se também a procedimentos civis oriundos do cometimento de um crime internacional” (IOVANE, 2005, p. 185) deve ser tomada com cautela pois, se ainda existem controvérsias acerca da aplicabilidade da justiça universal no âmbito criminal, a extensão de seu espectro para a responsabilidade civil dos Estados violadores de Direitos Humanos, buscando-se reparações às vítimas, gera ainda mais polêmica e levanta diversas questões. Em primeiro lugar, como se pode garantir que, sob a bandeira de proteção dos Direitos Humanos, países não se utilizem do mecanismo da jurisdição universal para fins abusivos, meramente políticos ou de retaliação (MOLL, 2003)? Como se assegurar, ainda, que os parâmetros para se condenar um ou outro Estado sejam idênticos? Finalmente, como garantir que estas ações signifiquem uma séria intromissão do poder judiciário em esferas de ação do poder executivo, minando os esforços para a manutenção das boas-relações entre os Estados?

Inexistem, no presente momento, respostas definitivas para estes questionamentos, mas a verdade é que, conforme Karagiannakis (1997), a teoria da justiça universal ainda não se encontra em um estágio de desenvolvimento institucional suficiente para garantir a sua aplicação irrestrita no âmbito da responsabilidade civil dos Estados violadores de Direitos Humanos, e que qualquer que seja o argumento utilizado para justificar o exercício de jurisdição universal, sua

---

closer scrutiny, the judgment seems to purport that the jurisdiction of Italian courts against the foreign state can be established on both grounds, with the tort exception argument playing an ancillary role in relation to the main consideration that international crimes give rise to universal civil jurisdiction against foreign states. In this context, it is interesting to note that the Court underscores that the traditional distinction between acts jure imperii and acts jure gestionis is no longer suitable to be used as the general criterion to determine when immunity is to be granted. (BIANCHI, 2005, p. 246).

aplicação para prover remédios civis contra Estados é um passo além das atuais fronteiras da doutrina<sup>70</sup>.

Mas, malgrado a atual panorama de insegurança e incerteza relativamente à aplicação da teoria da justiça universal como instrumento para lograr reparações às vítimas de violações cometidas por Estados estrangeiros, é certo que isso não impede desenvolvimentos futuros da matéria. O pioneirismo da *Corte di Cassazione* italiana pode ser encarado tanto como um excesso como também pode ser visto como o prelúdio de um novo entendimento pelas cortes nacionais, assegurando justiça aos indivíduos que sofreram agressões tão hediondas que causam repulsa em toda a comunidade internacional<sup>71</sup>.

#### 2.1.4 Teoria da Opção e da Calculabilidade do Risco

A teoria proposta por Jürgen Bröhmer se distingue das demais pela sua grande complexidade e pela proposição de critérios e justificativas de caráter mais objetivo para se abordar a questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro

<sup>70</sup> Segundo Karagiannakis (1997, p 19) “Este princípio, que tem sido tradicionalmente relacionado com a responsabilidade criminal individual, deve ser estendido à responsabilidade civil dos Estados para uma definição ampliada de violações às quais ele se aplica. As cortes domésticas que derem este passo necessariamente se envolverão em ativismo judicial, que incorpora e estende o direito internacional jurisdicional ao direito doméstico.”

<sup>71</sup> É importante salientar que o caso Ferrini deu origem a uma demanda da Alemanha contra a Itália perante a Corte Internacional de Justiça, iniciada em dezembro de 2008. Em sua submissão, a Alemanha requer que a Corte declare que a Itália:

“(1) by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II from September 1943 to May 1945 to be brought against the Federal Republic of Germany, committed violations of obligations under international law in that it has failed to respect the jurisdictional immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law; (2) by taking measures of constraint against ‘Villa Vigoni’ [the German-Italian centre for cultural exchange], German State property used for government non-commercial purposes, also committed violations of Germany’s jurisdictional immunity; (3) by declaring Greek judgments based on occurrences similar to those defined above in request No. 1 enforceable in Italy, committed a further breach of Germany’s jurisdictional immunity.

Accordingly, the Federal Republic of Germany prays the Court to adjudge and declare that:

(4) the Italian Republic’s international responsibility is engaged; (5) the Italian Republic must, by means of its own choosing, take any and all steps to ensure that all the decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany’s sovereign immunity become unenforceable; (6) the Italian Republic must take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded on the occurrences described in request No. 1 above.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2008, p. 3-5). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14925.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2009

versus a violação de direitos humanos. Desta forma, após realizar uma análise crítica da maioria das teorias em voga sobre a imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro e a violação de direitos humanos, Jürgen Bröhmer ira propor, em sua obra, “reconciliar os direitos humanos e a imunidade de Estado” (BRÖHMER, 1997, p. 189). Para executar tal tarefa, o autor australiano apresenta dois critérios essenciais para discernir atos imunes e não-imunes: o critério da “Opção” e o da “Calculabilidade do Risco”. Estes critérios serão, portanto, explicados a seguir.

Para explicar como se dá a aplicação do elemento de opção no contexto das violações de direitos humanos, Bröhmer constata inicialmente que, no âmbito das exceções à imunidade hodiernamente aceitas, tais como os atos *jure gestionis*, o Estado faz uma escolha, ou seja, ele *opta* por concluir ou não um contrato ou transação comercial com um particular. De forma análoga, o Estado também possui *alternativas* no campo dos direitos humanos: matar, torturar, deter ilegalmente alguém ou se abster de fazê-lo (BRÖHMER, 1997). Entretanto, conforme alerta o autor, neste último caso o Estado não possui, realmente, uma opção entre as alternativas propostas, pois os Estados *devem* se abster de violar direitos humanos fundamentais, uma vez que a soberania dos Estados não inclui o direito de, por exemplo, submeter um indivíduo à tortura ou a matar pessoas arbitrariamente. Assim, conforme o autor, no âmbito das violações aos direitos humanos, a escolha “é pré-determinada pelo direito internacional ou, como se pode dizer, é mais um fato do que uma opção legal. No entanto, o Estado retém completamente o poder de influenciar o seu destino: sem violação, não há responsabilização” (BRÖHMER, 1997, p. 199)

De acordo com Bröhmer, o contra-argumento de que o privilégio da imunidade é garantido pelo próprio fato de que o direito internacional foi violado não se aplica ao caso, pois parte suposição da equivocada de que as cortes locais estão fadadas a serem impedidas de aplicar o direito internacional ou de determinar a responsabilidade de outro Estado. O autor salienta, contudo, que as violações em questão serão sempre violações também às leis nacionais do Estado-foro, e “é impossível explicar por que a soberania de um Estado estaria em maior perigo se ele tivesse violado o direito internacional além do direito local em oposição a uma mera violação do direito nacional” (BRÖHMER, 1997, p. 200).

O segundo aspecto relevante no tocante ao elemento de opção encontra-se, segundo Bröhmer, nos requisitos de conexão territorial, expressos em diversas convenções e estatutos internacionais, com os quais o autor não concorda. Para explicar o seu ponto de vista, ele aborda o tópico questionando se a proteção da soberania de um Estado requer que a de jurisdição então existente das cortes do Estado foro em relação a uma demanda contra um Estado somente seja exercida se sujeita à existência de conexões territoriais especiais. Para o autor, a resposta é negativa, pois uma vez que se aceita que os Estados possam exercer sua jurisdição sobre outros Estados, não mais importa qual Estado em particular assuma a jurisdição, mas sim que o Estado não pode ser responsabilizado pela mesma conduta em mais de um foro, um problema que pode surgir em ambos os conceitos aceitos de imunidade (BRÖHMER, 1997).

Jürgen Bröhmer conclui a análise do elemento de opção afirmando que as violações aos direitos humanos fundamentais possuem como característica marcante o fato de que o Estado violador possui pleno controle sobre suas ações<sup>72</sup>, ou seja, sob nenhuma circunstância um Estado é obrigado a perpetrar tais ilegalidades, sendo a realização de tais atos uma opção sua que se sujeita, portanto, à responsabilização.

O segundo critério utilizado por Bröhmer para distinguir atos imunes de não imunes baseia-se na previsibilidade e na calculabilidade dos riscos potenciais da responsabilização do Estado violados de direitos humanos. O autor explica a abordagem da seguinte maneira afirmando que “a imunidade pode ser negada se o Estado ficar em uma posição em que possa controlar suficientemente os riscos potenciais da responsabilização de forma que a habilidade para realizar suas funções (soberania funcional) não seja prejudicada” (BRÖHMER, 1997, p. 201).

Para ilustrar o seu ponto de vista, Bröhmer recorre ao exemplo dos seguros utilizados pelos Estados para cobrir eventuais prejuízos aos particulares, oriundos

---

<sup>72</sup> O autor fortalece seu argumento afirmando que o controle, nestes casos, é ainda maior do que nas atividades comerciais, pois enquanto circunstâncias comerciais podem “forçar” um Estado a tomar certas atitudes e celebrar contratos com particulares, nada pode forçar um Estado a torturar indivíduos, p. 200.

de situações de difícil previsão ou das próprias falhas do Estado. Assim, o “risco” de responsabilização de um Estado por transações comerciais realizadas com particulares pode ser de certa forma mensurado e coberto pelo seguro. Já o panorama relativo aos ilícitos civis é diverso: somente as condutas negligentes representam um risco que pode ser previamente calculado e devidamente coberto com o seguro, tal como os riscos de responsabilização advindos da condução de veículos. Ainda, é importante salientar que nem todos os ilícitos civis podem ser cobertos por seguro, pois este não cobre condutas intencionais, o que torna a pré-determinação do risco praticamente impossível neste contexto.

Assim, a calculabilidade do risco de responsabilização para violações aos direitos humanos é difícil mas, conforme Bröhmer, “a impossibilidade de pré calcular precisamente os riscos de responsabilização é compensada pelo fato de que o Estado possui pleno controle de sua conduta” (BRÖHMER, 1997, p. 201). Desta forma, enquanto o risco pode ser razoavelmente calculado nos casos de transações comerciais, a conduta do Estado não é completamente controlável, pois as circunstâncias podem forçá-lo a entrar em negociações de caráter arriscado. Quanto às violações aos direitos humanos, a situação se inverte, pois embora o risco não possa ser calculado com precisão, “é inconcebível que um Estado possa ser compelido a cometer um delito internacional violando os direitos humanos” (BRÖHMER, 1997, p. 202).

Como consequência deste panorama, percebe-se que o *quantum* do risco de responsabilização de um Estado pelo cometimento de um delito civil é bastante parecido com o risco enfrentado em virtude das transações comerciais, sendo a imprevisibilidade daquele compensada pela possibilidade de controle da conduta por parte do Estado, enquanto esta tem a ausência de controle total sobre a conduta compensada pela calculabilidade do risco. A não-concessão de imunidade para Estados violadores de direitos humanos perante as cortes nacionais não significaria, desta forma, um aumento maior no risco de responsabilização do Estado do que a exceção comercial já cria. E, para rebater o argumento de que o risco total de responsabilização (ou seja, o somatório do risco oriundo de transações comerciais acrescido do risco advindo das violações aos direitos humanos) seria excessivo em termos de soberania, Bröhmer responde que deveria se questionar por que a

possibilidade da litigância pelos direitos humanos deveria ser sacrificada em favor da litigância comercial, uma vez que, enquanto os indivíduos podem escolher entre estabelecer ou não relações comerciais com Estados, não lhes é possível escolher entre serem ou não vitimizados pelos Estados em função da violação de seus direitos humanos fundamentais.

A conclusão inicial de Bröhmer é, portanto, de que os critérios do elemento de opção e da calculabilidade do risco servem como orientação para se distinguir entre atos imunes e não-imunes à jurisdição das cortes domésticas em caso de violação de direitos humanos por um Estado estrangeiro. De acordo com o autor, se a tônica do instituto da imunidade reside na preservação da soberania estatal, a aplicação de tais diretrizes seria completamente combatível com este objetivo, pois “em princípio, não existem indícios para a suposição de que o exercício de jurisdição em tais casos interferiria com a soberania dos Estados de forma mais intensa do que as exceções à imunidade hoje aceitas já o fazem” (BRÖHMER, 1997, p. 204).

Entretanto, Bröhmer não defende o uso de tais critérios como os únicos parâmetros a basear a concessão ou não de imunidade de jurisdição a um Estado estrangeiro violador de direitos humanos perante as cortes do Estado foro. Como será visto a seguir, a natureza da violação- se individual ou geral – também deverá ser levada em conta segundo Bröhmer para se apurar a responsabilização do Estado.

#### *2.1.4.1 Critérios diferentes para violações distintas*

Os direitos humanos constituem por si só um corpo bastante diverso de prerrogativas a serem respeitadas, um conjunto que engloba desde a liberdade de expressão até a proibição da tortura e do genocídio. Esta pluralidade se constata não só no caráter ou natureza dos direitos humanos em si, mas também em suas violações, que podem se dar das mais variadas formas. Assim, de acordo com Bröhmer, esta diferença no tipo de violação acarretará, igualmente, um tratamento

jurídico diverso para os indivíduos vítimas, conforme esteja se tratando de uma violação de caráter individual ou geral (BRÖHMER, 1997).

Bröhmer defende, portanto, que “a distinção entre condutas imunes e não-imunes deve ser feita de acordo com a natureza e os efeitos quantitativos da violação de direitos humanos em questão” (BRÖHMER, 1997, p. 205), ou seja, deve-se avaliar se a violação era dirigida a indivíduos em específico, ou seja, a uma pessoa ou a um grupo pré-identificado, ou se ela se dá em um contexto indiscriminado e geral como, por exemplo, uma guerra<sup>73</sup>. Segundo o autor, apesar de ambos os tipos de violação causarem danos, no caso das violações individuais os prejuízos causados pelo dano serão em regra controláveis e calculáveis, ou seja, individualmente compensáveis, sendo que, neste caso, o risco de responsabilização não comprometerá a soberania funcional do Estado mais do que as atividades comerciais o fazem, por exemplo. Já as violações indiscriminadas de direitos humanos são incontroláveis e incalculáveis segundo Bröhmer, e a soma dos prejuízos individuais poderia exceder a capacidade financeira dos Estados, colocando em risco sua soberania funcional.

O panorama fático que envolve ambos os tipos de violações também acarreta, segundo o autor, a forma diferenciada de tratamento. As violações individualizadas ocorrem, em regra, em um contexto isolado e no qual somente duas partes estão envolvidas – a vítima e o Estado agressor -, o que torna improvável a presença de reconvenção ou contra-argumentos por parte Estado violador. Já o contexto das violações indiscriminadas é bastante diverso, pois é comum que elas ocorram em um cenário com mais partes envolvidas - como nas guerras nas quais tomam parte diversos países – e onde existam, por consequência, vítimas de ambos os lados, o que gera a possibilidade de reconvenção ou mesmo de abuso por parte das cortes domésticas. (BRÖHMER, 1997)

---

<sup>73</sup> Segundo o autor, “Os crimes de guerra cometidos por todos os lados durante a Segunda Guerra Mundial, o Holocausto com milhões de vítimas, o conflito da ex Iugoslávia, para dar alguns exemplos, não podem ser tratados perante as cortes nacionais do mundo, A despeito do fato de que o sofrimento trazido por estas violações de direito internacional foi, em última análise, sofrimento individual. Devem-se achar critérios funcionais para separar casos suscetíveis aos remédios individuais daqueles que devem ser deixados para os esquemas internacionais de resolução coletiva.” (BRÖHMER, 1997, p. 205).

Bröhmer também salienta que, embora as violações ao direito internacional humanitário e o genocídio, por exemplo, resultem igualmente em violações a direitos humanos individuais, nestes casos o dano é um *reflexo* do ataque a um Estado ou a um povo, ou seja, a violação é indiscriminada e não individualizada, ao contrário do que acontece, por exemplo, em casos de tortura ou morte de um indivíduo em especial, em que o dano à pessoa é o objetivo principal da conduta ilegal. Tal diferença acarretará, na opinião do autor, o tratamento da questão pela instância nacional ou internacional, pois caso a violação seja contra um Estado enquanto tal, a responsabilidade pelos danos causados por tal comportamento criminoso deve também permanecer no nível internacional e ser tratada entre os Estados. Entretanto, se for o caso de uma violação contra uma pessoa individualmente considerada, ela deve ter o direito a perseguir os remédios disponíveis que são, pela ausência de procedimentos internacionais efetivos, remédios locais, em uma situação que materializa o lado procedimental dos direitos humanos (BRÖHMER, 1997).

Há, ainda, uma razão meramente *quantitativa* que justifica, segundo Bröhmer, a diferença de tratamento a ser conferida pelo direito internacional no tocante à concessão ou não de imunidade de jurisdição para os Estados violadores de direitos humanos. De acordo com a visão do autor, as cortes domésticas não estão preparadas para lidar com a quantidade pletora de ações oriundas das violações em massa, e seria praticamente impossível para o Estado responsável cumprir com estas decisões sem comprometer grandemente a sua soberania funcional. Já no caso das violações individualizadas, o fardo a ser suportado pelo Estado violador não excederia, conforme visto anteriormente, a responsabilização potencial do Estado em virtude de atos comerciais, uma exceção já aceita para relativizar a imunidade de jurisdição dos Estados no âmbito do direito internacional (BRÖHMER, 1997).

Portanto, os critérios objetivos de Bröhmer para a outorga ou não de imunidade de jurisdição a um Estado violador de direitos humanos – o elemento de opção e a calculabilidade do risco – devem ser de certa forma mitigados em razão da natureza da violação, se individual ou geral. No último caso, o autor defende a prevalência da imunidade em razão do número imprevisível de ações individuais que

podem surgir, do efeito extremamente negativo na soberania funcional do Estado réu se todas estas demandas tivessem de ser individualmente satisfeitas, da ameaça à paz internacional oriunda da violação da soberania funcional do Estado de um lado e a da possibilidade de inúmeras reconvenções do outro, e em razão da inabilidade das cortes domésticas em decidir as questões incidentais de direito internacional envolvidas.

Neste sentido, Bröhmer classifica casos notórios que envolvem a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro violador de direitos humanos de acordo com os critérios expostos em sua teoria. Como resultado, o autor afirma que nos casos *Letelier*<sup>74</sup>, *Von Dardel*<sup>75</sup> e *Al-Adsani*, a aplicação dos preceitos acima expostos levaria à não outorga de imunidade de jurisdição, pois constituem violações individualizadas. Já em *Princz*, caso no qual as violações ocorreram em um contexto generalizado, a imunidade do Estado subsistiria.

Bröhmer reconhece, entretanto, que em certos casos é difícil determinar com clareza se os indivíduos vítimas de violações aos direitos humanos sofreram danos em virtude de uma violação de caráter individualizado ou se isso ocorreu em função de um contexto generalizado (BRÖHMER, 1997). É o que ocorre, por exemplo, em perseguições, torturas e execuções sumárias realizadas por regimes ditatoriais, que praticam tais atos contra certos indivíduos dissidentes, mas em proporções muitas

---

<sup>74</sup> Gaudreau fornece um resumo preciso do caso em sua obra: "Les faits de l'affaire Letelier c. République du Chili s'inséraient aisément dans le cadre de l'article 1605(a)(5)98 puisqu'il était question de l'assassinat aux États-Unis, par des agents de l'État chilien, d'un ancien ambassadeur et ministre des Affaires étrangères du Chili. Après avoir examiné le texte, la structure et les travaux préparatoires de la loi, la Cour fédérale du district de Columbia décidait généralement que la FSIA constitue l'unique base de juridiction en matière d'immunité souveraine. Plus particulièrement, elle reconnaissait que même si le but avoué de l'exception délictuelle était d'exclure l'immunité de l'État étranger dans les cas d'accident de la circulation, l'interprétation naturelle des termes de la disposition, étrangère à la distinction traditionnelle entre actes jure imperii et jure gestionis, la menait à se déclarer compétente pour entendre l'affaire au fond. Elle concluait enfin que la commission d'un tel acte ne peut jamais s'interpréter comme l'exercice d'une fonction discrétionnaire pouvant exclure l'application de l'exception." (GAUDREAU, 2005, p. 20-21).

<sup>75</sup> Segundo Leigh (1986, p. 177-179), "Plaintiffs, Swedish citizens, sought declaratory and unjunctive relief and damages against the defendant, the USSR, for the unlawful seizure, imprisonment and possible death of Raoul Wallenberg, a Swedish diplomat. Plaintiffs alleged that in 1945 officials of the USSR arrested Wallenberg in Hungary and that he subsequently suffered imprisonment and possibly death. In a diplomatic note delivered to the U.S. Embassy in Moscow, the defendant asserted absolute sovereign immunity but did not respond to the complaint. The U.S. District Court of Columbia entered a default judgment and held: that jurisdiction was proper under the FSIA and the Alien Tort Claims Act and that the defendant had violated international law, U.S. law and Soviet law."

vezes generalizadas, tal como ocorreu durante a Ditadura Militar no Brasil ou no *Proceso* e no governo da Junta Militar na Argentina, este último resultando no caso *Siderman de Blake v. Argentina*, proposto perante as cortes dos Estados Unidos da América.

Desta forma, a solução proposta por Bröhmer para os casos situados em uma zona-gris seria a de que o Estado-réu poderia invocar a defesa da imunidade se ele pudesse estabelecer que o exercício de jurisdição da corte neste caso particular poderia impelir muitas outras vítimas de violações aos direitos humanos a também iniciar demandas, gerando efeitos cumulativos do resultado negativo destes casos que arriscariam a sua soberania funcional.

Assim, caso pudesse provar que a não concessão de imunidade de jurisdição pelo tribunal nacional traria consigo o risco potencial de um número tão grande de demandas que inviabilizaria o seu funcionamento soberano, o Estado gozaria do privilégio da imunidade. Bröhmer afirma que o Estado ainda pode recorrer à aplicação do *in dubio pro immunitate* pela corte nacional, favorecendo, assim, a sua posição (BRÖHMER, 1997).

A não concessão de imunidade ficaria restrita, desta forma, às violações individualizadas, subsistindo o privilégio da imunidade sob as seguintes circunstâncias:

- Se a lesão foi direcionada contra um Estado estrangeiro e não contra um indivíduo, como no caso de um conflito armado, e/ou
- Se a legalidade das ações em questão também depende de questões preliminares de direito internacional (por exemplo, a proibição do uso da força, legítima defesa, etc) ou
- Se o prejuízo do indivíduo é por definição parte de um esquema de violação massiva porque a atividade do Estado estrangeiro também viola outras normas de direito internacional feitas para proteger grandes grupos de indivíduos como, por exemplo, a proibição de genocídio. (BRÖHMER, 1997, p. 213).

A conclusão de Bröhmer para os casos situados na zona gris é, portanto, que o Estado estrangeiro, caso queira gozar do privilégio da imunidade de jurisdição, deve declarar que a violação ocorreu tantas vezes que impossibilitaria que as demandas fossem tratadas caso a caso pelas cortes nacionais, sob o risco de

comprometer o Estado financeiramente, o que equivaleria, nas palavras do autor, a um “ajuizamento de falência” em matéria de direitos humanos. Admitindo o embaraço que tal situação causaria aos Estados réus, Bröhmer afirma que o desenvolvimento do direito internacional da imunidade e do direito internacional dos direitos humanos faz concluir que “o direito internacional não mais impede que os Estados sejam, sob certas circunstâncias, colocados em uma posição na qual tenham que se embaraçar para evitar serem considerados responsáveis por comportamentos completa e descaradamente ilegais” (BRÖHMER, 1997, p. 214).

A partir de suas conclusões, Jürgen Bröhmer elaborou uma proposta de redação de artigo para disciplinar a questão da concessão da imunidade de jurisdição para Estados violadores de direitos humanos, nos seguintes termos:

A. Um Estado estrangeiro não será imune à jurisdição do Estado foro para julgar

A. Se a causa da ação diz respeito à morte ou dano pessoal e o ato ou omissão, seja ele governamental ou não em sua natureza, que causou a morte ou o dano também constitua uma violação de tais direitos humanos fundamentais internacionais, que são parte do corpo de normas jus cogens do direito internacional, tal como a proibição da tortura e execuções extrajudiciais, e se

1. O ato ou omissão do Estado estrangeiro que causou a morte ou dano pessoal foi direcionado ao indivíduo prejudicado ou morto e se

2. O ato ou omissão do Estado estrangeiro que causou a morte ou dano pessoal não é uma violação de outras normas de direito internacional destinadas a proteger grandes grupos de indivíduos, tal como a proibição de genocídio, e se

3. O ato ou omissão do Estado estrangeiro que causou a morte ou dano pessoal não ocorreu no contexto de um conflito armado entre Estados.

B. Em circunstâncias excepcionais, um Estado estrangeiro será imune à jurisdição do Estado foro para julgar apesar da aplicabilidade da seção A 1 supra

1. Se o Estado estrangeiro apresenta um caso *prima facie* de que o exercício de jurisdição neste caso poderia levar a um número imprevisível de demandas similares no Estado foro ou em outros Estados e que se decididas individualmente poderiam interferir seriamente na habilidade do Estado estrangeiro de desempenhar suas funções públicas ou se

2. O Estado estrangeiro estabelece para a satisfação do tribunal que ele submeteu a questão à respectiva instituição internacional com jurisdição para revisar as alegações e prover o reclamante com a compensação adequada ou a outro mecanismo internacional eficiente de resolução de controvérsias. (BRÖHMER, 1997, p. 220-22).

#### 2.1.4.2 Críticas

A teoria de Bröhmer ainda não encontrou aplicação na jurisprudência, o que não significa que tenha passado despercebida ou imune às críticas. A mais evidente incongruência da teoria de Bröhmer reside no fato de, apesar do autor se propor a conciliar os interesses dos Estados e das vítimas, estes ficam em visível desvantagem em relação àqueles, em especial nos casos relativos a violações em massa ou generalizadas, para as quais Bröhmer apregoa a manutenção da imunidade de jurisdição do Estado violador. Não parece haver um fundamento consistente para excluir as vítimas de violações generalizadas da possibilidade de obterem reparações nas cortes nacionais, pois os danos sofridos por eles são iguais ou mesmo piores do que aqueles que sofreram violações individualizadas.

Além disso, existe comprovação de que permitir o acesso de ambas as categorias de vítimas causaria um impacto extremamente negativo, tanto nas cortes nacionais quanto nos Estados violadores. A plethora de demandas temida por Bröhmer não possui fundamentação fática, e, no final das contas, Massicci (2007) acerta ao dizer que a proposta de Bröhmer deixa a salvo os Estados mais criminosos, seja porque suas violações de direitos humanos se solapam com as de um grupo numeroso, tal como ocorre nos casos de genocídio, seja porque se produzem em conflitos armados ou porque supõe uma enxurrada de demandas que colocam em risco a chamada operatividade pública do Estado.

Portanto, apesar de seus méritos, a teoria de Bröhmer peca por certos excessos que acabam desvirtuando seus propósitos iniciais, pois, “ao buscar uma individualização extrema da reparação, resulta contrária ao que pretende defender, ou seja, o ponto de vista dos indivíduos.” (MASSICCI, 2007, p. 236).

### **2.1.5 Teoria do Benefício Coletivo**

De acordo com Caplan, autor da teoria ora estudada, a gênese da doutrina de imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro deu-se com a tensão ocorrida entre duas importantes normas de direito internacional: a igualdade soberana e a jurisdição territorial exclusiva (CAPLAN, 2003, p. 735). Segundo o autor, este conflito é evidenciado já no caso *Escuna Exchange*, quando o juiz Marshall exprime esta

dualidade ao afirmar, por um lado, que “a jurisdição de uma nação no seu território é necessariamente exclusiva e absoluta” e, igualmente, que “o mundo é composto por distintas nações, cada uma dotada de direitos iguais e igual independência” (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909, p. 136).

Assim, deste conflito teórico entre a jurisdição territorial exclusiva e a igualdade soberana dos Estados emergirá a doutrina da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, cuja fundamentação lógica é, segundo Caplan (2003), oriunda de duas teorias distintas, uma que afirma que a imunidade de Estado é um direito estatal fundamental em virtude do princípio da igualdade soberana, e outra que vê a imunidade de Estado evoluindo de uma exceção ao princípio da jurisdição do Estado (quando o Estado foro suspende seu direito à jurisdição como uma cortesia prática para facilitar as relações entre Estados). Obviamente, estas duas teorias se opõem diametralmente, sendo que a adoção de uma ou de outra traz consigo implicações completamente diferentes para a natureza e a operação da doutrina da imunidade de Estado estrangeiro.

#### *2.1.5.1 A Teoria dos “Direitos Fundamentais” do Estado – A Imunidade Como Direito?*

Caplan afirma que, apesar de o direito internacional moderno ter descartado em grande escala a noção de clássica de direitos estatais inerentes, a fundamentação baseada no “direito fundamental” – que afirma que a primazia do princípio da igualdade soberana sobre o princípio da jurisdição territorial confere aos Estados o direito à imunidade- tem mostrado uma resiliência surpreendente. Este fenômeno pode ser exemplificado, segundo o autor, em decisões das supremas cortes italianas e polonesas, além da sua recepção na doutrina e, em especial, nos países comunistas (CAPLAN, 2003).

Contudo, assumir o ponto de vista de que os Estados possuem um “direito fundamental” à imunidade decorrente da igualdade soberana colocaria, na análise de Caplan, obstáculos praticamente intransponíveis à litigância pelos direitos

humanos em face dos Estados violadores perante as cortes nacionais. Estas barreiras não poderiam ser transpostas sequer pela aplicação da teoria da hierarquia normativa, pois, se “o Estado réu tem direito a uma imunidade presumível, mesmo a teoria da hierarquia normativa não pode ser eficiente pois não é de forma alguma evidente que normas de jus cogens derroguem um direito fundamental do Estado à imunidade” (CAPLAN, 2003, p. 751).

Tal situação, entretanto, não se configura, pois Caplan esclarece que a justificativa baseada em “direitos fundamentais” do Estado parte de uma interpretação equivocada da máxima *par in parem non habet imperium*, pois a igualdade soberana não significaria que todos os Estados são iguais sob quaisquer circunstâncias, e sim que eles gozam uma igual *capacidade* para ter direitos. Neste sentido, é fácil perceber que a *capacidade* para ter direitos de um Estado se verá diminuída quando entrar em conflito direto com o âmbito de autoridade de outro Estado como, por exemplo, a jurisdição deste Estado sobre pessoas, bens e eventos em seu território nacional. Assim, “o mesmo princípio da igualdade soberana que dá direito ao Estado estrangeiro de governar com respeito ao seu próprio território agora o exclui do exercício de autoridade sobre o território de outro Estado” (CAPLAN, 2003 p. 752), casos nos quais, segundo o autor, a capacidade para ter direitos de um Estado estrangeiro em relação ao Estado foro atinge o seu ponto mais baixo”.

Desta forma, Caplan assevera que os Estados não gozam de “direitos fundamentais” irrestritos ou ilimitados, e sim de uma potencialidade de exercê-los dentro dos ditames do direito internacional, o que significa que a mera condição de Estado réu perante as cortes do Estado foro não impõe por si só um dever de concessão de imunidade e, da mesma maneira, não quer dizer que a imunidade deva ser negada a estes Estados em quaisquer circunstâncias, mas sim que “o direito à imunidade não é intrínseco à condição de Estado” (CAPLAN, 2003, p. 753).

O equívoco de se considerar a imunidade de jurisdição como um direito fundamental do Estado – e não como uma exceção à jurisdição territorial do Estado foro – levou ainda à adoção de diversos estatutos e leis nacionais, regionais e mesmo tentativas globais que regulam a matéria colocando a concessão de

imunidade como regra, ou seja, como uma obrigação do Estado foro, sujeita a escassas exceções. Caplan cita o *Foreign Sovereign Immunities Act*<sup>76</sup> dos Estados Unidos, a *European Convention on State Immunity*<sup>77</sup> e os *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property*<sup>78</sup>, de autoria da *International Law Commission*, como os exemplos mais significativos desta realidade.

Apesar deste panorama desfavorável, que atribui à existência de direitos fundamentais do Estado a justificativa da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, Caplan defende o ponto de vista oposto, ou seja, que a imunidade é somente uma exceção ao princípio da jurisdição territorial dos Estados e, portanto, sujeita à discricionariedade do Estado foro, conforme será visto a seguir.

#### 2.1.5.2 A Jurisdição Territorial do Estado Foro como Verdadeiro Fundamento para a Imunidade – A Teoria do Benefício Mútuo

Para Caplan, a resposta para o conflito entre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e as violações aos direitos humanos reside no reconhecimento inicial de que, na verdade, é o Estado foro que, ao deter o monopólio da jurisdição sobre o seu território, definirá se o Estado estrangeiro poderá ou não gozar de imunidade perante as cortes nacionais. Tal conclusão se torna ainda mais evidente ao se constatar que “logicamente, um Estado estrangeiro não pode ter direito à imunidade sem a existência prévia de um esteio jurisdicional para estabelecer a

---

<sup>76</sup> Article -1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction: Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

<sup>77</sup> Article 15: A Contracting State shall be entitled to immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the proceedings do not fall within Articles 1 to 14; the court shall decline to entertain such proceedings even if the State does not appear.

<sup>78</sup> Article 5 - State immunity:

A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present articles

Article 6- Modalities for giving effect to State immunity:

1. A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.

competência da corte” (CAPLAN, 2003, p. 755), ou seja, não se pode falar em imunidade sem se reconhecer, anteriormente, a existência da jurisdição.

A concessão de imunidade de jurisdição pelo Estado foro ao Estado estrangeiro se daria, portanto, em caráter de exceção, e não como regra, como sugere a teoria dos “direitos fundamentais” do Estado, uma idéia que, segundo Caplan, já estava presente na decisão *Escuna Exchange*, na qual o juiz Marshall elenca as “circunstâncias peculiares” nas quais um Estado renunciaria à sua jurisdição em prol da imunidade, tais como a liberdade do soberano de prisão ou detenção, a proteção diplomática dos ministros estrangeiros, a livre passagem de tropas estrangeira amigas e a passagem de navios de guerra das nações amigas pelo Estado anfitrião. Assim, seriam imunes as condutas que representassem o bom-andamento das relações entre o Estado foro e o Estado estrangeiro, ou seja, aquelas que proporcionassem um *benefício mútuo* aos países, ficando fora desta tutela qualquer conduta que caísse fora do núcleo desta delimitação (CAPLAN, 2003).

A imunidade, desta forma, “deriva da concessão de jurisdição do Estado foro e não é presumivelmente um direito sob o direito internacional” (CAPLAN, 2003, p. 756), sendo concedida em razão da cortesia e dos bons-ofícios entre os Estados e cabendo ao Estado foro a última palavra a este respeito. Entretanto, em razão do que Caplan chama de um “desenvolvimento inadequado” da teoria, a concepção da imunidade como um “direito fundamental” do Estado prevaleceu, levando os Estados a conceder tal benefício em limites muito além daqueles requeridos pelo direito interno ou pelo direito internacional costumeiro.

Assim, para Caplan a imunidade é resultado de um “acordo” entre os Estados visando o benefício mútuo das relações entre eles, ou seja condutas que signifiquem prejuízo aos interesses do Estado foro não devem ser cobertas pela imunidade<sup>79</sup>. De acordo com o autor, a única razão de ser da imunidade de Estado no direito internacional costumeiro é que os Estados possam exercer suas funções públicas de forma eficiente, garantindo que as relações internacionais sejam conduzidas de

---

<sup>79</sup> O autor cita os casos *Prefecture of Voiotia v. Germany*, *Letelier v. Chile* e *Liu v. China* como exemplos de configuração do benefício coletivo.

maneira adequada. Assim, quando o Estado estrangeiro pratica atos que não se conformam com o desenvolvimento de relações interestatais benéficas, ele está fora do “acordo” sobre imunidade de Estado, não sendo mais imune em razão do direito costumeiro internacional, sendo que o melhor exemplo é aquele que exclui da imunidade os atos do Estado estrangeiro que causem danos significativos aos interesses vitais do Estado foro, como violações aos direitos humanos dos nacionais do Estado foro (CAPLAN, 2003).

Entretanto, embora a extensão da concessão da imunidade seja uma prerrogativa do Estado foro, Caplan salienta a importância de certas limitações à litigância pelos direitos humanos que devem ser observadas, entre elas a necessidade de se manter uma conexão adequada entre o caso em questão e o Estado foro. O autor parece se referir aos critérios nacionais que definem a competência jurisdicional do país para o caso, tais como a territorialidade, nacionalidade das vítimas, etc. Neste ponto, A visão de Caplan opõe-se à de Cançado Trindade e de outros doutrinadores que defendem a jurisdição universal para julgar Estados violadores de direitos humanos.

Portanto, conforme o exposto, Caplan afirma que “a verdadeira fonte de problemas na litigância pelos direitos humanos é a falha do Estado foro em exercer seu direito à jurisdição no tocante aos casos de direitos humanos” (CAPLAN, 2003, p. 781), ou seja, a resposta para o conflito coloca-se, em última análise, nas mãos do Estado foro, e não do direito internacional como um todo. Infelizmente, a visão distorcida da imunidade como uma derivação da igualdade soberana, e não como exceção à jurisdição, levou a questão a ser tratada de forma equivocada nos dias de hoje.

### *2.1.5.3 Críticas*

A consistência teórica da visão de Caplan fez com que sua teoria recebesse poucas críticas por parte da doutrina, e as raras manifestações negativas parecem não compreender o verdadeiro intuito do autor, que consiste em salientar que a

decisão final acerca da concessão ou não da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro violador de direitos humanos é uma prerrogativa do Estado foro.

Entretanto, é preciso destacar a opinião de autores como Massicci, ao afirmar que Caplan busca evitar a determinação do que é o *jus cogens* e de quais são seus efeitos concretos com relação à imunidade dos Estados em geral, e que sua posição “subtrai a capacidade dos indivíduos, já que em sua teoria do benefício coletivo parece primar mais pelo benefício dos Estados do que dos indivíduos” (MASSICCI, 2007, p. 253).

### **2.1.6 Uma Proposta: A Primazia da Jurisdição e a Tutela Jurídica dos Direitos Humanos**

Após a análise de diversas teorias sobre o tema da imunidade de jurisdição de Estados violadores de direitos humanos, torna-se possível pensar em soluções viáveis para resolver o problema que se coloca perante as cortes nacionais de diversos Estados com cada vez mais freqüência. O que se fará a seguir é, portanto, esboçar uma teoria que forneça uma abordagem viável, equilibrada e lógica para a problemática proposta. Para atingir tal objetivo, será necessário recorrer a elementos de outras teorias sobre o mesmo tema, utilizando algumas de suas conclusões e tentando preencher as suas lacunas ou incongruências em busca de respostas adequadas para a questão das violações aos direitos humanos e a imunidade do Estado responsável.

#### *2.1.6.1 Jurisdição como Fundamento*

Inicialmente, é necessário estabelecer que, conforme salienta Caplan, a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros perante as cortes do Estado foro não constitui, de forma alguma, um “direito fundamental” do Estado estrangeiro perante as cortes do Estado foro, pretensamente baseado na igualdade soberana

dos Estados. Conforme afirma o autor, os Estados gozam de uma igual *capacidade* para ter direitos, ou seja, da mesma potencialidade, que se desenvolverá de formas diversas, conforme a situação, e que atinge o seu nível mais baixo precisamente quando um Estado defronta-se com a jurisdição territorial de outro. Portanto, a imunidade apresenta-se, de fato, como uma *exceção* ao princípio da jurisdição territorial das cortes domésticas, ou seja, seu caráter não é, pelo menos no que concerne a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, de *regra* internacional costumeira.

Assim, a mera condição de Estado não confere ao país um passe-livre perante as cortes do Estado foro, embora um desenvolvimento equivocado da teoria da imunidade de jurisdição possa passar esta impressão errônea. Esta interpretação incorreta levou à edição de diversas legislações, sejam elas de caráter nacional, regional ou global, que tratam a concessão da imunidade perante as cortes nacionais como regra, tais como o FSIA norte americano, a Convenção Européia ou o Projeto de Artigos da *International Law Commission*.

Entretanto, a imunidade não constitui regra, e sim uma exceção à jurisdição das cortes nacionais. Esta conclusão que se torna ainda mais evidente quando se constata que sem a existência de jurisdição pelo Estado foro não se pode falar em imunidade do Estado estrangeiro perante os tribunais domésticos.

Portanto, a decisão sobre a concessão ou não de imunidade de jurisdição a um Estado violador de direitos humanos coloca-se nas mãos do Estado foro, que optará ou não por conceder uma exceção ao seu poder jurisdicional em benefício do Estado demandado. Historicamente, tal concessão se fez em prol das boas relações entre Estados, e muitas vezes se estabeleceu com base na reciprocidade, mais uma prova de que inexistente um direito à imunidade de jurisdição por parte do Estado estrangeiro, e sim uma prática de, por certas razões e quando for conveniente, excetuá-lo da jurisdição dos tribunais domésticos do Estado foro, uma conclusão a qual já tinha chegado o juiz Marshall no caso da *Escuna Exchange* em 1812, que enumera as “circunstâncias peculiares” nas quais um Estado renunciaria, à época à sua jurisdição em prol da imunidade: a liberdade do soberano de prisão ou detenção, a proteção diplomática dos ministros estrangeiros, a livre passagem de

tropas estrangeira amigas e a passagem de navios de guerra das nações amigas pelo Estado anfitrião (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1909).

É preciso mencionar que parte da doutrina diverge diametralmente de tal concepção - que o poder soberano não encontra limites em seu território, constituindo a outorga da imunidade de jurisdição a Estado estrangeiro um privilégio de caráter excepcional- , advogando por “direitos fundamentais do Estado” ao invés de direitos fundamentais do indivíduo. Entre tais autores, sobressai a opinião de Rezek, que afirma, ao analisar o caso Genny de Oliveira:

Não faltou quem sustentasse, na época, 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 idéia é simplista e incorreta. Quando o constituinte brasileiro promete a todos 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 (REZEK, 2005, p. 176).

Entretanto, a opinião do ilustre autor pode ser debatida, pois esquece que a jurisdição do Estado é em tese absoluta dentro de seu território. Além disso, o autor afirma que regras relativas à imunidade só podem se dar no plano internacional, com uma concepção puramente contratualista do fenômeno, o que não se coaduna com o papel de destaque alcançado pela proteção aos direitos humanos na sociedade hodierna. Pressupor que somente a vontade conjugada da totalidade de Estados tem o condão de definir que medidas um Estado poderá tomar dentro de seu território e no exercício de sua capacidade soberana é uma perspectiva há muito ultrapassada, o que é confirmado pelas inúmeras legislações nacionais que regulam a questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, às quais já fizemos referência no presente trabalho.

Entretanto, afirmar que a jurisdição do Estado foro é a regra não significa que ela não deva ser exercida dentro de certos limites e que certos requisitos não devam ser respeitados, conforme será visto a seguir.

### 2.1.6.2 A necessidade de uma conexão razoável

Dizer que cabe ao Estado foro decidir em que situações excepcionará a sua jurisdição em prol do Estado estrangeiro não significa de forma alguma que tal processo possa ser realizado sem a presença certos elementos que forneçam uma conexão razoável entre a violação de direitos humanos e a corte que a julga. O exercício de jurisdição por parte do Estado foro possui limites que não devem ser ignorados, sob pena de, aí sim, atentar contra a soberania do Estado estrangeiro.

Para que a ação perante as cortes domésticas visando à reparação por violação aos direitos humanos não constitua desrespeito ao caráter soberano do Estado estrangeiro, devem estar presentes circunstâncias que evidenciem a ligação substancial da vítima e da violação ora examinada com o Estado foro, sendo hoje, no ordenamento jurídico pátrio, o domicílio do réu, local de cumprimento da obrigação e o fato da ação se originar de fato ou ato praticado no Brasil os mais evidentes destes elementos, presentes no art. 88, inc. I, II e III do CPC. Assim, no atual panorama jurídico nacional, tais demandas já podem ser aqui julgadas, como ocorre na maioria dos casos nos quais um particular demanda um Estado estrangeiro buscando reparações por violações aos direitos humanos.

Ainda, caso se cogitasse a elaboração de uma legislação nacional específica para o tema, poderia também se pensar no critério da *nacionalidade*, pois requerer que o demandante seja nacional do Estado foro constitui uma exigência legítima, pois denota uma forte relação entre o indivíduo o local no qual ele decide buscar reparação, evitando em grande medida as chamadas “aventuras jurídicas” e a possível – porém extremamente improvável- pletora de ações buscando este tipo de reparação. Aqui, poderiam se aplicar os mesmos critérios que baseiam a outorga de proteção diplomática, consagrados no projeto da Comissão de Direito Internacional sobre Proteção Diplomática, de 2006. Assim, a nacionalidade do demandante

deverá ser contínua e efetiva para que este possa acionar as cortes do Estado foro buscando reparações contra um Estado estrangeiro violador de Direitos Humanos, significando que a) o particular deve possuir a nacionalidade do Estado foro no momento em que se produziu o prejuízo e no momento que ingressar com a ação<sup>80</sup> (continuidade) e b) que o particular possua vínculos reais, efetivos, com o Estado de que é nacional<sup>81</sup>. Quando aos estrangeiros, poderia se permitir o seu acesso às cortes pátrias para tais demandas em caráter subsidiário, ou seja, mediante comprovação de que inexistem meios eficientes em seu país de origem para obter reparações de Estados estrangeiros violadores de Direitos Humanos.

Um outro critério importante reside na territorialidade, ou seja, no fato de a violação ter sido cometida no território do Estado foro. Tal requisito, presente na chamada “cláusula delitual”, reforçaria o interesse do Estado foro em julgar uma violação ocorrida dentro de seu território, ou seja, um ato que, em grande medida, violou previamente a soberania do Estado foro. Este entendimento é suficiente para rebater o argumento de que a ação contra o Estado estrangeiro seria um ato de desrespeito a sua soberania e um ato de indevida intervenção, pois o ilícito cometido pelo Estado estrangeiro em território alheio é um atentado muito maior à soberania do Estado foro. Mais uma vez, os delitos ocorridos fora do país poderiam ser julgados em caráter subsidiário pelas cortes domésticas, uma vez comprovada a impossibilidade ou grande dificuldade em fazê-lo em outro foro.

Assim, presentes alguns critérios razoáveis, a ação contra o Estado estrangeiro violador de Direitos Humanos é plenamente aceitável, visto que inserida em parâmetros racionais e que não comprometem substancialmente a soberania alheia ou tampouco abrem as cortes nacionais a possíveis aventuras jurídicas desmedidas. Diferentemente do exercício, por exemplo, da jurisdição universal, a demanda de um nacional por um ilícito ocorrido no território de seu país possui elementos suficientes para justificar o interesse do Estado em julgá-la, sem que isto signifique uma intromissão ou uma ofensa ao caráter soberano do outro Estado.

---

<sup>80</sup> Este critério poderia ser mitigado nos casos nos quais o particular não possuía a nacionalidade do Estado foro no momento do prejuízo, mas só no momento de ingressar com a ação, caso se constate a perda da nacionalidade antiga e a aquisição da nova por vias legais e por razões totalmente independentes do prejuízo.

<sup>81</sup> Neste sentido, ver a decisão de 1955 da Corte Internacional de Justiça no Caso *Nottebohm*.

Definida a necessidade de critérios mínimos de admissão das demandas contra Estados estrangeiros por ilícitos contra os Direitos Humanos perante as cortes nacionais, cumpre agora analisar outro ponto importante: a natureza das violações e a natureza das reparações concedidas nestes casos.

### *2.1.6.3 Violações distintas, conseqüências semelhantes*

De acordo com Bröhmer, as violações aos direitos humanos podem assumir duas formas distintas. Elas podem ser individuais, quando um indivíduo é perseguido e sofre danos em virtude da sua pessoa, ou seja, de suas características individuais ou de seus atos. O melhor exemplo desta possibilidade configura-se em Al-Adsani, na qual a vítima foi perseguida e torturada durante dias por deter cópias de vídeos comprometedores do Emir do Kuwait. Por outro lado, haveria as violações de caráter geral, nas quais os indivíduos sofrem danos em função de um contexto maior, como uma guerra ou perseguição racial. Aqui, o Estado violador não está atrás da vítima por suas características pessoais e individuais, e sim por ela pertencer a um determinado grupo ou ser nacional de um certo país, por exemplo. Esta hipótese estaria bem ilustrada no caso Princz, no qual a vítima foi levada aos campos de concentração alemães em virtude de sua religião e origem, assim como milhões de outros indivíduos.

Diante deste panorama, Bröhmer propõe um tratamento distinto para cada tipo de violação. Para o autor, as violações individualizadas seriam passíveis de julgamento perante as cortes nacionais do Estado foro, enquanto as violações de caráter geral não o seriam. Entre as razões trazidas por Bröhmer para justificar esta diferença de tratamento estão a complexidade das causas oriundas de violações de caráter geral, a possível incapacidade das cortes domésticas em lidar com estes casos, o montante das indenizações, que poderia comprometer a soberania funcional do Estado violador, e o perigo de reconvenção, especialmente para crimes ocorridos no contexto de guerra.

Apesar da pertinência das colocações de Bröhmer, não procede a sua afirmação de que violações graves de direitos humanos devam ser tratadas de formas tão distintas somente em virtude do contexto no qual se deram. Os danos sofridos pelas vítimas de violações de caráter generalizado são tão graves quanto aqueles sofridos em virtude de violações individualizadas, e não há sentido em privar os primeiros do acesso à justiça das cortes nacionais em razão deste critério ilógico e discriminatório.

Estabelecer um tratamento diametralmente oposto às duas categorias de vítimas- se é que tal categorização procede, visto que o dano, o abalo e as perdas são praticamente as mesmas em ambos os casos – constitui uma discriminação infundada, que não encontra justificativa sólida para lhe sustentar. Os argumentos de Bröhmer para justificar a manutenção da distinção são bastante frágeis. O autor afirma, inicialmente, que a complexidade das causas relativas às violações de caráter geral é muito maior. Tal afirmação não encontra respaldo na realidade, e não podem se fazer generalizações neste sentido. O que se estará julgando não é o contexto em si, mas sim a violação sofrida pela referida vítima, que possui complexidade semelhante à sofrida pela vítima “individual”.

A possível incapacidade das cortes domésticas em lidar com casos de tal natureza é outro argumento levantado por Bröhmer para justificar o tratamento desigual, e também não merece prosperar por razões muito similares ao argumento anterior: se as cortes não possuem capacidade para analisar violações de caráter geral, nada garante que estejam preparadas para fazê-lo em ilícitos individualizados.

O terceiro argumento de Bröhmer, ou seja, que o valor das indenizações poderia comprometer a soberania funcional dos Estados, é igualmente frágil. Embora este tópico seja abordado mais detalhadamente adiante, não se pode pressupor que as indenizações conferidas pelas cortes nacionais cheguem a somas tão altas que inviabilizem o funcionamento do Estado. Além disso, a presença de critérios de admissibilidade das demandas claros e lógicos, como a nacionalidade e a territorialidade, já diminuiria muito o rol de potenciais demandantes, o que torna inverossímil o panorama de um Estado levado à falência em virtude de tais demandas.

Finalmente, Bröhmer elenca ainda o perigo de reconvenção nas violações em massa, em especial para crimes ocorridos no contexto de guerra. Tal argumento só faria algum sentido se partisse do pressuposto completamente equivocado de que o Estado foro seria parte na lide – e não somente o indivíduo e o Estado estrangeiro -, pois não é possível conceber que o Estado réu possa apresentar reconvenção contra o particular, o indivíduo cujos Direitos Humanos foram violados.

Assim, pode se concluir que não existem razões suficientemente sólidas para que se opere tamanha distinção entre as vítimas de violações aos Direitos Humanos. Aliás, conforme o próprio defensor desta separação, existem casos que situam-se em uma zona gris, de difícil classificação<sup>82</sup>, o que já evidencia a inviabilidade de tal critério. Tenham os indivíduos sofrido em função de um contexto de guerra ou sido perseguidos em caráter individual, as violações por eles sofridas continuam sendo injustificáveis e dignas de justiça. É importante salientar, conforme será visto a seguir, que a busca por justiça não significa, de forma alguma, indenizações vultosas que inviabilizem a operacionalidade do Estado réu, pois existem outras formas mais adequadas de reparação, igual ou mais satisfatórias às vítimas.

#### *2.1.6.4 Reparções Razoáveis*

É recorrente na doutrina o argumento de que as demandas por reparação perante os tribunais do Estado foro de vítimas de violações de Direitos Humanos por um Estado estrangeiro resultariam em indenizações tão vultosas que inviabilizariam o próprio funcionamento do Estado réu, afetando a sua soberania funcional de maneira intensa. Partindo desta premissa, pinta-se o cenário de Estados falindo em função de obrigações perante as vítimas, não atendendo às necessidades de seus próprios cidadãos para pagar fortunas a poucos indivíduos, que muitas vezes nem foram vítimas diretas do Estado réu, e sim seus sucessores, por exemplo. Tal quadro é freqüentemente invocado para justificar a permanência do caráter absoluto

---

<sup>82</sup> Lembremos, aqui, de *Siderman de Blake*, por exemplo.

da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro nas cortes do Estado foro, e a conseqüente impossibilidade de reparação às vítimas.

Este, entretanto, é um panorama não só inverossímil como também – caso se supusesse a sua possibilidade de existência – facilmente contornável através do estabelecimento de parâmetros claros para se calcular o montante das indenizações, a utilização da razoabilidade e a existência de outras formas de reparação.

Inicialmente, cabe salientar que as vítimas de tais violações, ao procurarem a tutela jurisdicional do Estado, não buscam necessariamente somas altíssimas. É freqüente que o fim último visado pelos demandantes seja precisamente o reconhecimento da sua condição de vítima, ou seja, a afirmação de que se reconhecem os sofrimentos e perdas experienciados pelo indivíduo em questão, e que estes são de responsabilidade, no caso, do Estado estrangeiro. No contexto das vítimas do regime nazi-fascista, esta relação é ainda mais evidente, pois muitos buscam fundamentalmente a afirmação de que sofreram atrocidades por parte do Estado agressor, e que este reconhecimento sirva para evitar novos episódios semelhantes, ou para que ele fortaleça a sua identidade cultural ou social.

Violações aos Direitos Humanos são difíceis de mensurar e de monetarizar, mas é papel do julgador conferir uma soma que seja razoável em caráter de indenização, ou seja, que não importe em simples enriquecimento sem causa por parte da vítima nem em debilidade financeira para o Estado réu, mas que não seja irrisória a ponto de não caracterizar a sanção. Neste sentido, é muito mais provável que o Estado estrangeiro concorde em pagar voluntariamente um valor razoável à vítima, acrescido de um pedido formal de desculpas, quando for o caso, do que um montante tão grandioso que torna impraticável. Um exemplo aplicável ao presente estudo pode ser visto no recente acordo entre a polícia britânica e a família do brasileiro Jean Charles de Menezes, morto a tiros em um metrô de Londres por ter sido confundido com um terrorista. A indenização a ser paga à família da vítima foi acordada em 100 mil libras, um valor que promove uma satisfação à família sem importar em ônus demasiado para o país estrangeiro.

Além da reparação pecuniária, o campo de proteção aos Direitos Humanos tem visto a presença cada vez maior de reparações de fundo moral, associadas ou não à indenização pecuniária. É o caso de várias sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>83</sup> que, ao interpretar de forma ampla o dever de reparação (ANDRADE, 2006), obriga os Estados violadores não só ao mero pagamento de uma indenização, mas também à adoção de medidas que visem à satisfação das vítimas e ao seu conforto moral. Andrade (2006) aborda o tema, exemplificando tal diversidade com o *Caso “19 comerciantes vs. Colômbia”*, que diz respeito à detenção, desaparecimento e execução de 19 comerciantes por um grupo paramilitar agindo sob o comando do exército colombiano, no qual a Corte, após ter declarado que a Colômbia havia violado várias disposições da Convenção Americana, determinou que o Estado colombiano tomasse uma série de medidas, como a investigação dos crimes em questão e o julgamento dos responsáveis, a procura dos restos mortais dos assassinados para entregá-los às famílias, a construção de um monumento em homenagem às vítimas, a realização de um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional em relação aos crimes cometidos, a concessão gratuita de tratamento médico e psicológico aos familiares das vítimas e o pagamento de indenizações em razão dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas e seus familiares (ANDRADE, 2006).

O próprio Estado brasileiro, antes mesmo de ser condenado no caso Ximenes Lopes, já ofereceu um exemplo valioso de reparação moral às vítimas, conforme reconheceu a sentença da Corte no caso, nos seguintes termos:

Ademais, este Tribunal destaca o fato de que em 3 de novembro de 2005 o Estado deu ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), instalado na cidade de Sobral no âmbito da criação da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental, o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”. O Estado também deu à sala em que se realizou a Terceira Conferência de Saúde Mental o nome do senhor Damião Ximenes Lopes. Isso contribui para conscientizar quanto à não-repetição de fatos lesivos como os ocorridos neste caso e manter viva a memória da vítima. [...] A Corte também reconhece que o Estado adotou internamente uma série de medidas para melhorar as condições da atenção psiquiátrica nas diversas instituições do Sistema Único de Saúde (SUS)[...]O Estado

---

<sup>83</sup> Pacto de San José da Costa Rica, Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

também adotou várias medidas no âmbito nacional, entre as quais estão a aprovação da Lei nº 10.216, em 2001, conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”; a realização do seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e aplicação da Lei nº 10.216”, em 23 de novembro de 2001; a realização da Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental em dezembro de 2001; a criação a partir de 2002 do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos; a implementação em 2004 do Programa de Reestruturação Hospitalar do Sistema Único de Saúde; a implementação do “Programa de Volta para Casa”; e a consolidação em 2004 do Fórum de Coordenadores de Saúde Mental.(CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, P. 79, Grifo nosso)

Assim, a construção de memoriais em homenagem às vítimas, juntamente com outras medidas, como reconhecimentos públicos de responsabilidade e pedidos de desculpas por parte do Estado réu, entre outros, também constituem formas de prover reparação às vítimas, sem que isto importe em um grande ônus financeiro que possa comprometer a soberania do Estado. Estas formas de satisfação são ainda mais recomendáveis quando se tratarem de violações de caráter generalizado ou em função de perseguições religiosas, étnicas, etc, pois reforçam as garantias de não-repetição destas violações e demonstram o comprometimento do Estado réu para com os Direitos Humanos

Abordadas as teorias que tratam da questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro frente a violações aos Direitos Humanos, assim como proposta uma síntese adequada entre elas, cumpre finalmente analisar o panorama jurisprudencial brasileiro neste sentido para, posteriormente, esboçar soluções adequadas ao ordenamento pátrio.

## 2.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O TRATAMENTO DA QUESTÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A seguir, examinam-se algumas importantes decisões brasileiras que lidaram com o confronto entre a proteção aos Direitos Humanos e a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

### 2.2.1 Recurso Ordinário 64/SP- Salomon Frydman v. República Federal da Alemanha

O caso em apreço diz respeito ao pleito indenizatório em face da Alemanha de um brasileiro naturalizado que, nascido na França em 1931 e sendo de etnia judaica, sofreu todo o tipo de perseguições e humilhações e agressões pelo regime nazista: viu seus pais serem presos e agredidos pela Gestapo, recebendo ele mesmo idêntico tratamento, sua família foi forçada a deixar seu apartamento sem levar sequer pertences pessoais, passou fome em razão da expropriação de seus bens e foi privado do estudo e de quaisquer oportunidades, sofrendo, assim, danos materiais e morais. O juízo de 1º grau julgou extinto o processo sem exame do mérito, afirmando a composição da lide não seria da competência da autoridade brasileira, nos seguintes termos:

O que se constata da narrativa detalhada da inicial é que se pleiteia a indenização por danos materiais e morais que o autor, por causa de sua ascendência judia, alega ter sofrido, em território estrangeiro, em virtude da omissão estatal em seu dever de valorizar a vida humana da população civil, mesmo em estado de guerra declarada. Desse modo, não resta tipificado qualquer dos elementos previstos no referido dispositivo legal para submissão do feito à jurisdição brasileira, visto que a ré não possui domicílio no território brasileiro (inciso I), não há, por ora, qualquer obrigação de fazer, nem subsunção do Estado Alemão, em relação ao autor pelos atos praticados durante a 2ª Guerra Mundial (inciso II), e todos os fatos e atos que ensejam a presente ação ocorreram em território estrangeiro (inciso III). Ademais, não versa a demanda sobre imóvel situado no Brasil ou sobre inventário e partilha de bens aqui situados, como dispõe o artigo 89, do mesmo Diploma Processual Civil. (BRASIL, 2008b, p. 4)

Inconformado, o autor interpôs recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça. Em seu voto, a Min. Relatora Nancy Andrighi afirmou inicialmente que o rol contido nos arts. 88 e 89 do CPC não é exaustivo, devendo-se atentar para os princípios da efetividade e da submissão em cada caso. A Ministra afirma que, à primeira vista, nenhum dos elementos referidos no art. 88 do CPC encontra-se presente no caso em tela, mas que esta conclusão é desfeita ao se constatar que o STJ já admitiu ação semelhante, em que um brasileiro buscava indenização por fato degradante praticado por outro Estado fora do território nacional<sup>84</sup>, fixando-se a competência da autoridade brasileira ao se considerar, por analogia e para fins de

---

<sup>84</sup> Vide R.O. nº 13/PE, de 17 set. 2007.

domicílio, a existência de representação oficial do país estrangeiro no Brasil. Além disso, a Ministra retoma disposições constitucionais para justificar o interesse do Estado brasileiro em julgar a causa, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal) e seus corolários, como a busca por uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF), da erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, inc. III), etc., além do disposto no art. 4º da CF, que elenca, entre os princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, o da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo, entre outros. Segundo a Ministra, isso significa que

o Brasil se compromete, no plano internacional, a tomar todas as medidas possíveis de repúdio a atos como os que são discutidos no processo *sub judice*. Tanto que, no plano interno, prevê a punição de crimes de genocídio praticados internacionalmente, nas condições da Lei. De todo esse panorama decorre que não há razão para que, ao menos *prima facie*, se afirme o desinteresse da autoridade judiciária brasileira em semelhantes questões no plano cível. A repressão de atos de racismo e de eugenia tão graves como os praticados pela Alemanha durante o regime nazista, nas hipóteses em que praticados contra brasileiros, mesmo naturalizados, interessam à República Federativa do Brasil e podem, portanto, ser aqui julgados. (BRASIL, 2008b, p. 8-9)

A seguir, a Ministra aborda especificamente a questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, afirmando haver dois posicionamentos no STJ, um no sentido de não autorizar a citação de um Estado estrangeiro quando a causa versar sobre atos de império<sup>85</sup> (somente nos casos de atos de gestão), e outro no sentido de que a qualificação do ato somente deve ser feita após a manifestação do Estado estrangeiro, esta defendida pela Ministra no Recurso Ordinário 57/RJ. Retomando os argumentos trazidos na referida decisão, a Min. Relatora Nancy Andrichi afirma ser “imperativo que se determine a citação, no processo *sub judice*, da República Federal da Alemanha para que, **querendo**, oponha resistência à sua submissão à autoridade judiciária brasileira” (BRASIL, 2008b, p. 16). Como resultado, o recurso ordinário foi provido, afastando-se o indeferimento da inicial e a extinção sem resolução do mérito, determinando-se a citação da Alemanha na figura do Chefe da Missão Diplomática no Brasil.

---

<sup>85</sup> REsp nº 436.711/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

### **2.2.2 Recurso Especial nº 436.711 - RS (2002/0065711-4)- Hirsch Zamel v. República Federal da Alemanha**

No presente caso, o autor, Hirsch Zamel, ingressou com ação revisional de alimentos em face da República Federal da Alemanha. Segundo consta dos autos, o demandante, de origem polonesa, recebia pensão do Estado alemão em virtude das barbáries perpetradas contra ele e seus familiares na época do nazismo, mas que tal valor, (quatrocentos dólares mensais) era incompatível com as atuais necessidades do autor e a situação de pujança econômica da Alemanha, devendo ser revisto. Foi remetida carta rogatória ao Ministério de Relações Exteriores da Alemanha, que foi restituída sem cumprimento e, diante disso, o juízo de 1º grau extinguiu o feito sem julgamento de mérito. Desta decisão, apelou o autor ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que enquadrou a concessão de pensão como ato de império e, portanto, imune à jurisdição pátria. Zamel então ingressou com Recurso Especial nº 436.711-RS alegando que a celebração de acordo de indenização em virtude de responsabilidade civil e penal por crimes contra a humanidade equiparavam o Estado alemão ao particular, descaracterizando o ato como de império, e sim de gestão, sujeito à jurisdição brasileira.

Em seu voto, o Min. Relator Humberto Gomes de Barros aponta a relativização da imunidade de Estado estrangeira ocorrida na jurisprudência pátria, em especial em relação aos atos praticados em caráter privado, em ações trabalhistas, de responsabilidade civil e outras. Entretanto, conforme o magistrado, o caso em análise é diferente, sendo que a indenização conferida pela Alemanha por crime de guerra não configura negócio jurídico de direito privado, e sim decorre do exercício do poder de império desta nação e imune à jurisdição do Brasil, negando-se, portanto, seguimento ao Recurso Especial.

### 2.2.3 Recursos Ordinários 69 e 85/RS. Recurso Ordinário 70/RS

Os casos ora analisados dizem respeito a pleitos indenizatórios de brasileiros em razão da proibição de seu ingresso em países estrangeiros, nos quais os autores afirmam terem sofrido algum tipo de violação aos seus direitos humanos, como sua dignidade, seu bem-estar físico e psicológico, etc. No primeiro caso, referente ao Recurso ordinário 69, um menor de idade fora impedido de ingressar no Reino Unido, não obstante possuir toda a documentação necessária. Alegando ter sofrido prejuízos e humilhações em decorrência da deportação, buscou o autor ressarcimento, pleiteando indenização por danos morais e materiais. Em primeira instância, a demanda foi extinta sem julgamento de mérito, tendo entendido o magistrado que é da competência exclusiva de cada país legislar sobre a admissão de estrangeiros em seus respectivos territórios, não havendo ilicitude na atuação do Reino Unido ao não admitir o autor em seu território, e que, ainda, tal ato configurava-se como de império, e portanto, imune à jurisdição pátria. Desta decisão foi interposto recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, o Min. Relator João Otávio de Noronha reconheceu a aceitação da relativização da imunidade na jurisprudência nacional para atos de gestão, mas afirmou que,

Todavia, a hipótese presente, em que a ação sustenta-se no fato de as autoridades responsáveis pela imigração não terem permitido o ingresso do autor na Grã-Bretanha, culminando por deportá-lo, não contempla relação de natureza privada, mas trata-se de ato relativo à soberania estatal, sendo verdadeiro ato de império, fato que atrai a imunidade referida, não sendo possível submeter o Estado estrangeiro à jurisdição brasileira.(BRASIL, 2008c, p. 6)

Salientando ainda inexistência de evidências que qualifiquem a conduta do Reino Unido como ilícita, o Min. Noronha passa a abordar a questão da possibilidade de renúncia da imunidade por parte do Estado estrangeiro, observando que, “nada obstante a prerrogativa atribuída ao Estado estrangeiro de imunidade de jurisdição, bem como a competência concorrente das autoridades pátrias (em razão da admissão da renúncia), impõe-se o prosseguimento do feito a fim de se possibilitar ao Estado estrangeiro o exercício de tal prerrogativa” (BRASIL. 2008c, p.

07). Como resultado, o recurso ordinário foi conhecido para que se procedesse à notificação do Reino Unido da Grã-Bretanha para que manifestasse sua opção pelo exercício da imunidade jurisdicional ou a renúncia a esta prerrogativa.

Os autos então retornaram à Vara Federal de Novo Hamburgo, que determinou a expedição de "nota verbal", através do Ministério das Relações Exteriores, para a Embaixada do Reino Unido, que não se manifestou a respeito. O juiz, considerando ausente pressuposto de constituição válido e regular do processo, extinguiu o feito com base nas disposições do art. 267, IV do Código de Processo Civil. Diante desta decisão, o recorrente interpôs novo Recurso Ordinário, no qual alegou que a) a citação foi imprestável, porquanto não se tem notícia de que o Chefe da Missão Diplomática da Grã-Bretanha recebeu a "nota verbal"; b) há necessidade de se promover a citação validamente, sob pena de nulidade processual; e c) não se pode interpretar o silêncio da outra parte como renúncia à imunidade diplomática. O Min. Relator do R.O. 85, João Otávio de Noronha, proferiu voto afirmando não se tratar de caso de citação, pois não se buscava a angularização do processo, e sim de mera comunicação processual atípica, sem ônus para quem a recebe. Segundo o Ministro,

Citar significa chamar ou convocar alguém a juízo, dando-se-lhe notícia da existência de ação proposta contra si, oportunizando-lhe defender-se. A citação previne a jurisdição, torna a coisa litigiosa, induz litispendência, constitui o devedor em mora e interrompe a prescrição. Nenhum desses efeitos se verifica no presente feito, em razão da imunidade de que goza o Estado estrangeiro quando se pretende discutir em juízo questões relativas à sua soberania. Assim, nesse primeiro momento, a comunicação a ser feita ao Estado serve à verificação de seu interesse na jurisdição nacional, ou não. Portanto, de citação não se trata. (BRASIL, 2009b, p. 6)

O Min. Relator afirmou ainda que o silêncio do Reino Unido não importa renúncia da imunidade, devendo esta ser expressa, e, portanto, negou seguimento ao recurso ordinário 85.

Caso semelhante foi analisado no Recurso Ordinário 70, no qual o autor buscava indenização em virtude de não ter conseguido ingressar na Nova Zelândia, mesmo preenchendo os requisitos exigidos por este país, além de ter sofrido humilhações e ter recebido tratamento "digno de um bandido ou terrorista" pelas autoridades neozelandesas, sendo a demanda extinta em primeiro grau por se

tratarem de atos de império, imunes à jurisdição brasileira. Inconformado com a decisão, o recorrente alegou alega que o STJ vem consolidando entendimento no sentido de considerar necessária, ao menos, a citação ao país estrangeiro para que este, se quiser, renuncie à imunidade de jurisdição, e que o fundamento do pedido não era a simples negativa de entrada no país, mas sim a maneira abusiva e vexatória pela qual ela foi realizada.

Recordando os argumentos utilizados no R.O. 57/RJ e a decisão proferida no R.O. 64/SP a Min. Relatora Nancy Andrighi votou por dar provimento ao recurso ordinário para determinar o seguimento da ação de conhecimento, citando-se a Nova Zelândia na figura do chefe de sua Missão Diplomática no Brasil.

#### **2.2.4 Recurso Ordinário nº74/ RJ**

Um tímido reconhecimento desta nova fronteira da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros – a proteção aos Direitos Humanos- começa a despontar no cenário jurídico brasileiro, capitaneada, em especial, pelo voto-vista proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão<sup>86</sup> no Recurso Ordinário nº 74 – RJ. O caso em apreço diz respeito à ação de indenização por danos morais ajuizada por Josélia da Silva Marques em face da República Federal da Alemanha, em virtude do afundamento, em 1943, de um barco de pesca por um submarino alemão no litoral de Cabo Frio (RJ), resultando na morte do tio e do avô da autora. O submarino alemão foi abatido pela Marinha de Guerra do Brasil, sendo seus tripulantes encaminhados aos Estados Unidos, onde confessaram o afundamento do Changri-lá, embarcação na qual se encontravam os parentes da autora. O Tribunal Marítimo, entretanto, procedeu ao arquivamento do caso em 1944, alegando ausência de provas.

---

<sup>86</sup> Registro aqui meus agradecimentos ao então assessor do Ministro, Sr. Guilherme Paulo Gondin, que não só disponibilizou material bibliográfico para a presente pesquisa como também noticiou a referida decisão.

O processo teve a sua reabertura requerida em 2001 pela Procuradoria da Marinha, que afirmou ter tomado conhecimento de documentos que comprovariam que o barco de pesca Changri-lá fora de fato abatido pelo submarino alemão. O processo, contudo, foi extinto em primeiro grau sem julgamento de mérito, tendo o magistrado fundamentado sua decisão no julgamento anterior de outra causa idêntica, estabelecendo a incidência da prescrição e a impossibilidade de submeter um país soberano ao pagamento de indenização em virtude de atos de guerra.

Em sede de apelação, a autora afirmou a nulidade da sentença de primeiro grau por falta de fundamentação e por ser *extra petita*. Além disso, a autora alegou que não houve declaração expressa da ré acerca da sua imunidade de jurisdição, não se podendo deduzi-la tácita. Finalmente, sustentou a autora que, mesmo que haja tal declaração, ela não pode incidir no caso em tela tendo em vista que os atos praticados pela ré no território do Estado foro violam os direitos humanos e, sendo a autora pobre, esta não pode exercer seu direito de ação no estrangeiro, o que faria com que restasse sem reparação.

Em seu voto, o Ministro delimita a matéria a ser abordada, afirmando que “o cerne da controvérsia, portanto, é concernente à existência ou não de imunidade de jurisdição quando o ato é praticado dentro do território brasileiro e refere-se a direitos humanos, gerando responsabilidade civil” (BRASIL, 2008, p. 13). Tal balizamento é importante, pois explicita a pertinência da análise do voto para o presente estudo e estabelece as bases para a interpretação dada pelo Ministro que, no decorrer de sua fundamentação, analisará as questões pertinentes ao tema da imunidade de Estado estrangeiro em casos de violação de direitos humanos.

Assim, após estabelecer tais parâmetros, o magistrado passa ao exame da questão da imunidade de jurisdição, afirmando, *inter alia*, que inexistente obstáculo legal, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, ao exercício da jurisdição em face de soberania externa, de acordo com os ditames do art. 109, II, da Constituição Federal. O julgador ressalta, contudo, que “o instituto da imunidade de jurisdição é reconhecido e aplicado pela jurisprudência pátria, que recepciona o costume internacional no direito interno” (BRASIL, 2008, p. 14) e, carecendo a matéria de

regulamentação expressa, faz-se necessário o recurso às normas gerais da Constituição e à jurisprudência.

Ao examinar a prática do Judiciário nacional no tema, o magistrado afirma que, durante longo tempo, assumiu-se a posição tradicional, a qual não aceitava qualquer exceção à regra da imunidade<sup>87</sup>. Este panorama, contudo, alterou-se, e o juiz explica tal processo:

a evolução do direito das gentes, no sentido de se limitar a imunidade gozada pelos Estados, aplacando situações injustas que ficam ao desabrigo de reparação, fez-se perceber no Brasil, no julgamento da Apelação Cível n. 9.696 – caso Genny de Oliveira – quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se processar ente soberano externo em causas envolvendo crédito de natureza trabalhista (BRASIL, 2008, p. 14).

Desta forma, passou-se à aplicação da distinção baseada na natureza do ato, outorgando-se a imunidade no caso de atos de *jure imperii*, mas descartando-a nos atos de *jure gestionis*. Todavia, o voto proferido pelo magistrado é claro no sentido de reconhecer que tal distinção nem sempre é suficiente para se enfrentar a complexidade da realidade, necessitando-se buscar novos elementos:

Conquanto consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, a dicotomia entre atos de gestão e atos de império não constitui a única forma de se enfrentar o problema representado pela imunidade de jurisdição para os Tribunais nacionais. Inúmeros indícios parecem apontar para a perda de relevância de tal distinção, com a relativização da imunidade soberana em hipóteses que não guardam qualquer relação com a atividade negocial dos Estados. De fato, convenções internacionais e legislações internas de diversos países já apresentam exceções à imunidade de jurisdição em circunstâncias fáticas semelhantes à do caso em apreço, envolvendo reparação pecuniária por lesões ocorridas no Estado foro. (BRASIL, 2008, p. 15).

Para ilustrar a sua afirmação, o magistrado elenca alguns dos diversos estatutos que regulamentam o tema da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, apresentando exceções à imunidade em casos de reparação pecuniária por violações cometidas no Estado-foro, tais como a *European Convention on State Immunity* de 1972 (art. 11), o *Foreign Sovereign Immunities Act*, estatuto americano de 1976 (art. 1606, §5), o *State Immunity Act* de 1978, do Reino Unido (art. 5(a) e (b)) e mais recentemente o *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and*

---

<sup>87</sup> Confira-se: RE 94084, Relator Min. Aldir Passarinho, julgado em 12 mar. 1986.

*their Property* (art. 12), de 1991, de autoria da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Neste sentido, o magistrado assevera que “os fatos narrados na petição inicial enquadram-se na exceção estabelecida para ilícitos praticados no território do Estado foro e que resultem em ferimento ou morte de um nacional” (BRASIL, 2008, p. 20).

O voto do Ministro Luis Felipe Salomão salienta a existência de outros argumentos que indicam igualmente a necessidade de relativização da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos. Ressalta-se a intensa discussão que ocorre hodiernamente nas mais altas esferas de estudo do direito internacional acerca do conflito entre o instituto da imunidade de jurisdição e de valores considerados fundamentais pela comunidade internacional, e em especial, como no caso em tela, em casos de graves violações aos direitos humanos.

Assim, como fruto deste debate, o cenário internacional vê emergir uma nova orientação de caráter restritivo da imunidade – mesmo para atos considerados de império -, fenômeno que acarreta significativas alterações do direito consuetudinário relativo à questão. A conclusão do magistrado é de que “a imunidade de jurisdição, conquanto seja instrumento de manutenção das boas relações entre os Estados, acaba, por vezes, obstando a consecução de um dos objetivos primordiais da comunidade das nações, qual seja, a promoção e proteção dos direitos humanos” (BRASIL, 2008, p. 21).

O magistrado realiza, a seguir, minuciosa análise da doutrina nacional e da jurisprudência internacional no tema, asseverando que “a imunidade de jurisdição, construção do direito costumeiro, deve ser afastada quando conflitar com normas *ius cogens*, de hierarquia superior” (BRASIL, 2008, p. 21). Faz-se mister, portanto, proceder à classificação dos fatos elencados pela parte-autora na inicial, para que se possa esclarecer se tais atos podem ser considerados como violações às normas peremptórias de direito internacional. Desta forma,

conforme narrado pela autora, o evento danoso consiste em ataque, com disparos efetuados por submarino alemão, realizado pelos agentes do Estado-réu em território brasileiro, a barco de pesca que navegava na região de Cabo Frio, resultando na morte de todos os seus tripulantes, inclusive o tio e o avô da requerente. Observa-se que os fatos ocorreram

durante a Segunda Guerra Mundial, em 1943. Logo, submetem-se, igualmente, às regras e aos costumes internacionais que regem os conflitos armados, vale dizer, direito internacional humanitário. (BRASIL, 2008, p. 24)

Considerando-se que, à época dos acontecimentos, já vigorava a Convenção de Haia de 1907, que institui a proteção aos não-combatentes, percebe-se que “o assassinato dos cidadãos brasileiros não-combatentes pelos tripulantes do submarino alemão constituiu, já naquele momento, violação aos princípios gerais do direito internacional humanitário” (BRASIL, 2008, p. 25). Sendo assim, o julgador afirma que, se apurada a veracidade dos fatos elencados na inicial estar-se-á diante de uma violação ao direito internacional em virtude tanto do descumprimento de normas que regulamentam os conflitos quanto por infringir os princípios de direitos humanos, considerados normas de *jus cogens*, “não podendo o Estado-réu encontrar abrigo na imunidade de jurisdição para escapar da conseqüência de seus atos” (BRASIL, 2008, p. 26).

No presente voto, analisam-se, igualmente, as decisões de outras cortes nacionais na mesma matéria, enfatizando-se a importância das decisões *Ferrini*, *Distomo* e *Al-Adsani*<sup>88</sup> para a consolidação da tendência de proteção aos direitos humanos em detrimento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Após examinar a jurisprudência pátria, o magistrado sublinha a particularidade do caso em tela que, por suas características, requer solução diversa das anteriormente concedidas a casos semelhantes no país.

Com efeito, tratando-se de demanda reparatória por danos morais e materiais relativa a ilícito cometido no Brasil, enquadra-se na já mencionada exceção ao princípio da imunidade de lides envolvendo responsabilidade civil por lesão perpetrada no Estado foro. Esse entendimento, que é adotado por diversos países, já foi prestigiado em precedentes desta Corte, que reconheceram, incidentalmente, a inexistência de imunidade de jurisdição em casos envolvendo responsabilidade civil. (BRASIL, 2008, p. 31)

Assim, após retomar os fundamentos que, em sua opinião, autorizam o reconhecimento de nova exceção à regra da imunidade soberana, o Ministro afirma que “o costume internacional na área não se encontra mais preso à dicotomia entre atos de gestão e atos de império, alcançando novos paradigmas acerca do alcance

---

<sup>88</sup> Malgrado a decisão desfavorável da Corte Européia de Direitos Humanos, o Ministro utiliza o caso para demonstrar a relativização da imunidade soberana hodiernamente.

da imunidade de jurisdição e, em última análise, da função da soberania neste novo contexto internacional” (BRASIL, 2008, p. 31). Este entendimento é, na visão do magistrado, o que melhor se coaduna com a importância conferida pelo, em sua Constituição Federal, aos direitos humanos, tanto na ordem interna como na externa e, desta forma, o voto-vista do Ministro foi no sentido de dar provimento ao recurso ordinário para afastar a imunidade de jurisdição e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o feito tenha prosseguimento, mas a decisão final, com base no voto do relator, deu provimento apenas para determinar o retorno dos autos à origem para a intimação da República Federal da Alemanha, ou a sua citação, porém com efeitos limitados apenas à solicitação de manifestação sobre se aceita ou não submeter-se à jurisdição brasileira.

Percebe-se, assim, que os tribunais nacionais começam, pouco a pouco, a questionar a equivocada “regra” da imunidade em favor da proteção aos direitos humanos. Embora tímidos, estes avanços são dignos de nota, em especial no teor do voto proferido pelo Min. Luis Salomão no recurso ordinário 74. Cumpre ainda que nossos julgadores reflitam sobre a verdadeira regra a se aplicar, a da jurisdição, que só deve ser excepcionada a interesse do Estado foro.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, é possível esboçar algumas conclusões acerca do tema dos Direitos Humanos como nova fronteira da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, elencadas a seguir.

1. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro encontra seus fundamentos na soberania dos Estados, na independência, na igualdade e na dignidade.
2. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não possui origem autônoma, sendo decorrente do privilégio que historicamente se concedia ao monarca quando em território estrangeiro.
3. Imunidade, Jurisdição e Competência são institutos completamente distintos. O exercício jurisdicional é o corolário da soberania que o Estado exerce em seus domínios, através da resolução de conflitos, que se dá nos ditames da lei. A jurisdição confere efetividade, portanto, ao ordenamento de um país, impondo, através dos órgãos do Estado, a lei ao caso concreto. Disto decorre que a jurisdição é, em tese, ilimitada no território do Estado, sendo limitada pelo interesse e conveniência do país. Já a medida da jurisdição, ou seja, a sua distribuição entre os órgãos do poder público, com vistas à funcionalidade do exercício jurisdicional, é o que se chama de competência. A imunidade, por sua vez, configura-se em obstáculo processual ao exercício jurisdicional, devendo ser verificada após se decidir se o Estado possui ou não jurisdição para o caso.
4. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, por ser decorrente historicamente da imunidade conferida à pessoa do monarca, possuía inicialmente caráter absoluto. Entretanto, a mudança operada no papel do Estado, que passou a assumir cada vez mais atividades de caráter privado e negocial, levou à relativização da imunidade para os chamados atos de gestão.

5. Hoje, discute-se se a primazia dada pela ordem jurídica internacional aos Direitos Humanos não faria destes uma nova fronteira para a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, que seria descartada quando a demanda fosse relativa a violações a estes direitos.
6. Neste sentido, diferenciam-se as abordagens em países com e sem legislação específica no tema. Nos primeiros, o juiz fica necessariamente atrelado aos dispositivos do estatuto, possuindo pouca ou nenhuma liberdade para decidir a causa, e a questão é tratada como um problema de direito interno. Já nos países sem legislação, é comum o recurso do julgador ao direito internacional, muitas vezes integrado à ordem jurídica nacional por disposição constitucional, e sua discricionariedade é muito maior.
7. Existem hoje algumas teorias que buscam justificar a não concessão de imunidade de jurisdição para Estados violadores de Direitos Humanos perante as cortes do Estado foro, cujos argumentos se manifestam com cada vez mais frequência nas decisões jurisprudenciais.
8. A teoria da renúncia implícita é uma proposta de interpretação evolutiva do artigo 1605 (a)(1)<sup>89</sup> do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, lei norte-americana que regulamenta o tema. Segundo seus autores, a violação de normas de jus cogens (e, aqui, consideram-se os Direitos Humanos como tal) equivaleria a uma renúncia implícita do Estado à imunidade à qual faria jus, configurando-se em exceção presente no estatuto dos Estados Unidos da América. A maior crítica a esta teoria reside no fato de ela presumir uma renúncia do Estado em situações nas quais ela efetivamente não ocorre.
9. A teoria da hierarquia normativa parte de uma visão sistemática da ordem jurídica internacional, na qual as normas de *jus cogens* (e os Direitos Humanos assim considerados) estariam no topo desta pirâmide normativa,

---

<sup>89</sup> 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case – (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

derrogando as regras que lhe fossem contrárias, entre elas a da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Esta teoria é criticada por atribuir funções às normas de *jus cogens* que vão além das previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, além de ter sido formulada com base em violações ocorridas antes mesmo da previsão normativa do *jus cogens*.

10. A teoria da jurisdição universal foi formulada inicialmente no âmbito penal, para se punirem os crimes de pirataria. Seus defensores apregoam que, dada a natureza altamente condenável das violações aos Direitos Humanos, e visto que toda a humanidade tem interesse em combatê-las, qualquer Estado possuiria jurisdição para julgar tais delitos, afastando-se, assim, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro violador perante as cortes domésticas do Estado foro. Sua aplicação, entretanto, é bastante controversa, e discutem-se não só o cabimento de transpor sua aplicação também para o âmbito das reparações cíveis como a possibilidade de tal prerrogativa ser utilizada com fins políticos pelos Estados.
  
11. A teoria da opção e da calculabilidade do risco possui caráter bastante complexo. Ela afirma inicialmente que o Estado possui sempre a opção de não violar os Direitos Humanos (ao contrário de outras situações de responsabilização, como nas transações comerciais, nas quais o Estado seria “forçado” a agir de uma maneira prejudicial), mas, por outro lado, ao contrário da maioria das atividades privadas, o risco de responsabilização do Estado não pode ser calculado nas violações aos Direitos Humanos. Assim, um critério acaba “compensando” o outro, e equiparando a função calculabilidade do risco x opção da violação aos Direitos Humanos àquela decorrente das demais atividades negociais do Estado, por exemplo, o que justificaria a não concessão da imunidade de jurisdição. A aplicação desta teoria seria mitigada pelo caráter das violações, pois seu autor defende que só as violações de caráter individual e pessoal – e não as ocorridas em caráter generalizado, como uma guerra ou extermínio étnico – seriam passíveis de responsabilizar o Estado agressor sem comprometer a sua soberania funcional com o montante das indenizações ou abrir as portas para a questão da reconvenção. Nos casos situados numa zona intermediária entre uma

violação individual ou geral, a teoria defende que o Estado que queira fazer uso da prerrogativa da imunidade deve comprovar que a responsabilização por tais violações acarretaria um ônus financeiro praticamente insuportável pelo Estado violador. A crítica mais evidente a esta teoria reside na sua diferenciação artificial entre violações de caráter individual ou geral, uma vez que ambas acarretam conseqüências semelhantes para os indivíduos, e não há prova de que possibilitar a responsabilização por ambas as condutas ilícitas pudesse acarretar a “falência” do Estado violador.

12. A teoria do benefício coletivo constitui, dentre as analisadas, a mais bem fundamentada. Esta teoria parte do pressuposto de que a imunidade é resultado do choque entre o princípio da jurisdição territorial exclusiva de um Estado em seu território e o da igualdade soberana dos Estados, cada um deles fundamentando uma concepção diferente acerca da imunidade de jurisdição. Segundo o autor da teoria, a imunidade é vista nos dias de hoje, erroneamente, como um “direito fundamental” do Estado quando, na verdade, ela é uma exceção ao princípio da jurisdição territorial exclusiva, e não a regra. A igualdade soberana dos Estados significa, em verdade, que estes possuem uma igual capacidade ou potencialidade para gozar certos direitos, ou seja, a mera condição de ente estatal não gera um direito à concessão de imunidade de jurisdição, pois a regra é o monopólio jurisdicional do Estado foro. Esta jurisdição, entretanto, estará limitada à presença de elementos de conexão razoáveis que justifiquem o seu exercício. A teoria salienta que a concessão de imunidade é fruto de um acordo que resulte em benefício coletivo dos Estados envolvidos, que possibilite o exercício de suas funções públicas de forma eficiente, garantindo que as relações internacionais sejam conduzidas de maneira adequada, o que não se configura, por exemplo, quando um Estado viola os Direitos Humanos de nacionais de outro Estado. As críticas a esta teoria tocam na questão de ela primar pelos interesses dos Estados, e não dos indivíduos, e de se esquivar da questão da configuração e alcance das normas de jus cogens.

13. O estudo das teorias acima leva à formulação de uma perspectiva que reafirme a primazia da jurisdição e a tutela jurídica dos Direitos Humanos. O

exercício jurisdicional do Estado foro constitui a regra, a ser excepcionada, por meio da concessão da imunidade, ao interesse deste. Entretanto, a jurisdição encontra certos limites, sendo necessário o estabelecimento de critérios de conexão razoáveis entre a vítima e o Estado foro, tais como o local de cumprimento da obrigação, nacionalidade ou a territorialidade à época do cometimento do delito. Estes critérios podem ser mitigados caso se comprove a inviabilidade ou impossibilidade de se processar o Estado violador no local da violação ou no país de nacionalidade da vítima. A natureza das violações – se geral ou individual – não deve servir de parâmetro para a outorga ou não de imunidade, visto que ambas acarretam danos e prejuízos semelhantes a ambas as categorias de vítimas. É necessário, entretanto, que o magistrado prime pela concessão de reparações razoáveis, que não importem em comprometimento financeiro do Estado réu de caráter excessivamente oneroso. Reparações de cunho moral também devem ser aventadas, sem prejuízo da indenização pecuniária correspondente.

14. O panorama judiciário brasileiro no âmbito da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em caso de violação aos Direitos Humanos não é favorável. Há, inicialmente, divergência entre a necessidade ou não de citação do Estado violador, e os efeitos disto decorrentes. Grande parte dos feitos é extinta sem julgamento de mérito após a mera expedição de nota ao Estado estrangeiro para que se manifeste acerca do exercício ou não da “prerrogativa” da imunidade, seguida do silêncio deste. Parte-se, aqui, do pressuposto equivocado de que a imunidade de jurisdição é um “direito fundamental” do Estado violador, quando, em verdade, a regra é o exercício jurisdicional pelo Estado foro, que não pode tolerar que graves violações aos direitos humanos de seus nacionais fiquem impunes, e que o Estado não seja ao menos citado para oferecer defesa. A citação do Estado estrangeiro é imprescindível, e caso não responda – ou responda argüindo imunidade-, resta ao julgador analisar se este é ou não o caso de se conceder o privilégio da imunidade de jurisdição, que deve ter caráter de exceção, e não de regra.

15. Felizmente, a análise de certos votos demonstra que alguns magistrados brasileiros – em especial os Ministros do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrichi e Luis Felipe Salomão – encontram-se atentos às mudanças ocorridas no cenário doutrinário e jurisprudencial acerca do tema da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e da necessidade de se rever a sua aplicação pelas cortes nacionais, especialmente em casos de ofensa a valores tão fundamentais como a proteção aos Direitos Humanos, cujo reconhecimento é provavelmente o grande marco de nossa era. O comprometimento de nosso país em defender tais valores deve tomar caráter ativo, exercendo-se a jurisdição brasileira para prover reparações justas às vítimas de tão injustos e atrozes acontecimentos.
  
16. Os Direitos Humanos, consagrados em inúmeros instrumentos internacionais e cuja defesa constitui objetivo da comunidade de nações, devem prevalecer frente à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Se o direito internacional já aceitou relativizações no tema para atos negociais, o mais lógico é que tal processo alcance também os valores universais cuja proteção constitui obrigação assumida tanto internacional como internamente pela esmagadora maioria dos países.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E., CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. The Schooner "Exchange" v. M'Faddon et al. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 3, n. 1, p. 227-237, jan. 1909.

ANDRADE, Isabela Piacentini. a execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n. 3, jan./jun.2006.

ARROYO, Diego Fernández. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur* : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

BARTSCH, Kerstin; EBERLING, Björng. Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision. *German Law Journal*, v. 4, n. 5, 2003.

BATENKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No. 137/1997. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 92, n. 4, p. 765-768, out. 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Forense, 2002.

BELSKY, Adam; MERVA, Mark; ROHT-ARRIANZA, Naomi. Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. *California Law Review*, v. 77, 1989.

BEVILACQUA, Clovis. *Direito Internacional Público – A síntese dos princípios e a contribuição do Brasil*, Tomo I, Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1939.

BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 99, n. 1, p. 242-248, jan. 2005.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional: derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 436.711 - RS (2002/0065711-4)*. Hirsch Zamel v. República Federal da Alemanha. Relator: Humberto Gomes de Barros.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 39-MG*. Jucelino Nóbrega Luz x Estados Unidos da América. Relator: Jorge Scartezinni. out. 2005.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 222.368-4-PE*. Iracy Ribeiro de Lima x Japão. Relator: Celso de Mello. abr. 2002.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 57/RJ*. Maria Thereza Goulart e outros v. Estados Unidos da América. Relatora: Nancy Andrighi. ago. 2008a.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 64/SP*. Salomon Frydman v. República Federal da Alemanha. Relatora: Nancy Andrighi. maio 2008b.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 69/RS*. B.T. v. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Relator: João Otávio de Noronha. jun. 2008c.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 70/RS*. Rodrigo Becker v. Estado da Nova Zelândia. Relatora: Nancy Andrighi. jun. 2008d.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 74/ RJ*. Josélia Marques v. República Federal da Alemanha. Relator: Fernando Gonçalves. ago. 2009a.

\_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário 85/RS*. B.T. v. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Relator Ministro João Otávio de Noronha. ago. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Civil 9696-3-SP*. Relator: Sydney Sanches. Genny de Oliveira x República Democrática da Alemanha. maio 1989.

BRÖHMER, Jürgen. *State Immunity and the Violation of Human Rights*. Amsterdã: Martinus Nijhoff, 1997.

BROWER, Charles; BISTLINE, Walter; LOOMIS, George. The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Practice. *The American Journal of International Law*, Washington DC , v. 73, n. 2, p. 200-214, abr. 1979.

BROWNLIE, IAN. *Principles of international public law*. Londres: Oxford, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2003. 2 v.

CAPLAN, Lee. State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 97, n. 4, p. 741-781, out. 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Algunas Reflexiones sobre la Subjetividad Internacional del Individuo y el Proceso de Humanización del Derecho Internacional. In: OS RUMOS do direito internacional dos direitos humanos - ensaios em homenagem ao prof. Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Fabris, 2005.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford Press, 2005.

CHARNEY, Jonathan. Universal International Law. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 87, n. 4, p. 529-551, out. 1993.

CHEVALIER Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*. 2002. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/CaseLaw/HUDOC/HUDOC+database/>>. Acesso em: 12 maio 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=7](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7)>. Acesso em: 12 maio 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant: Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. 2000. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State: Germany v. Italy*. 2008. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

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*, Florença, v. 16, n. 1, p. 89-112, 2005.

DELAUME, Georges. The State Immunity Act of the United Kingdom. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 73, n. 2, p. 185-199, abr. 1979.

DERVORT, Thomas R. Van. *International Law and Organization*. Londres: Sage, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DONOVAN, Donald; ROBERTS, Anthea. The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 100, n. 1, p. 142-163, jan. 2006.

DUNNING, William. Jean Bodin on Sovereignty. *Political Science Quarterly*, New York, v. 11, n. 1, p. 82-104, mar. 1896.

EMBERLAND, Marius. McElhinney v. Ireland App. No. 31253/96; Al-Adsani v. United Kingdom App. No. 35763/97; Fogarty v. United Kingdom App. No. 37112/97. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 96, n. 3, p. 699-705, jul. 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Alien Tort Statute, 1789*. Disponível em: <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/28/1350.notes.html>>. Acesso em: 12 maio 2008.

\_\_\_\_\_. Department of State. *Tate letter, 1952*. Disponível em: <[http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial\\_693.html](http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial_693.html)> Acesso em 12.05.2008.

\_\_\_\_\_. *Foreign Sovereign Immunities Act, 1976*. Disponível em: <[http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial\\_693.html](http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial_693.html)>. Acesso em 12.05.2008.

\_\_\_\_\_. *U.S. 9th Circuit Court of Appeals: Siderman de Blake v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992). Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/siderman.html>>. Acesso em 12.05.2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/168/250/index.html>>. Acesso em 12.05.2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals. District of Columbia Circuit. *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, 1992. Disponível em: <<http://openjurist.org/998/f2d/1/princz-v-federal-republic-of-germany>>. Acesso em 12.05.2008.

FOCARELLI, Carlo. The Ferrini Decision. *International and Comparative Law Quarterly*, n. 54, p. 951-958, 2005.

GAUDREAU, Julie. *Immunité de l'État et violation des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*. Paris: HEI, 2005.

GAVOUNELI, Maria. War reparation claims and state immunity. *Révue Hélienique de Droit International*, v. 50, p. 595-604, 1997.

GAVOUNELI, Maria; BATENKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No. 11/2000. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 95, n. 1, p. 198-204, jan. 2001.

HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*. México: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

HIGGINS, Rosalyn. Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 71, n. 3, p. 423-437, jul. 1977.

HILLIER, Tim. *Sourcebook on public international Law*. Londres: Cavendish, 1998.

IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgement of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights. In: THE ITALIAN yearbook of international law, 2004. Amsterdã: Martinus Nijhoff, 2005. p. 165-193.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. A Evolução da Jurisprudência Brasileira no Tema Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro. In: SEMINÁRIOS DE DIREITO INTERNACIONAL E A JURISPRUDÊNCIA PPGD/UFRGS. Porto Alegre, 2008.

KARAGIANNAKIS, Magdalini. State Immunity and Fundamental Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, Holanda, v. 11, p. 9-43, 1998.

KIRGIS, Frederic. Alien Tort Claims, Sovereign Immunity and International Law in U.S. Courts. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 82, n. 2, p. 323-330, abr. 1988.

LALIVE, Jean-Flavien. L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales. *Recueil des Cours*, v. 84, p. 205-396, 1953-III.

LAUTERPACHT, Elihu. *International Law Reports*. Londres: Cambridge University 1999. v. 113.

LEIGH, Monroe. Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 82, n. 1, p. 126-129, jan. 1988.

\_\_\_\_\_. Saudi Arabia v. Nelson. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 87, n. 3, p. 442-444, jul. 1993.

\_\_\_\_\_. Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 80, n. 1, p. 177-179, jan. 1986.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1.

MADRUGA FILHO, Antenor. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000.

MASSICCI, Carlos. *Inmunidad del estado y derechos humanos*. Navarra: Civitas, 2007.

MOLL, Leandro de Oliveira. Case Note: Al-Adsani v United Kingdom - State Immunity and Denial of Justice with respect to Violations of Fundamental Human Rights. *Melbourne Journal of International Law*, 2003. Disponível em: <[http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003\(2\)/08Moll.pdf](http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003(2)/08Moll.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Manual de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007

O'BRIEN, John. *International Law*. Londres: Cavendish, 2001.

ORAKHELASHVILI, Alexander. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V. Belgium). *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 96, n. 3, p. 677-684, jul. 2002.

RAU, Markus. State Liability for Violations of International Humanitarian Law - The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court. *German Law Journal*, v. 7, n. 7, p. 701-725, 2005.

REDRESS ORGANIZATION. *Immunité c. responsabilité: étude de la relation entre l'immunité des états et la responsabilité pour torture et autres graves crimes internationaux*. Londres: The Redress Fund, 2005.

\_\_\_\_\_. *The Impact of Al-Adsani*. Londres: The Redress Fund, 2002.

REIMANN, Mathias. A Human Rights Exception to Sovereign Immunity- Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany. *Michigan Journal of International Law*, St. Anne Arbor, MI, v.16, p. 403-432, 1994.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. House of Lords. / *Congreso del Partido*, 1983. Disponível em: <<http://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=148441>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

SHELTON, Dinah. Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 100, n. 2, p. 291-323, abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 96, n. 4, p. 833-856, out. 2002.

STEWART, David. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 99, n. 1, p. 194-211, jan. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

VAZQUEZ, Carlos M. Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp. 109 S.Ct. 683, 28 ILM 382 (1989). *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 83, n. 3, p. 565-568, jul. 1989.

VEGA, Matias. Nelson v. Saudi Arabia. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 85, n. 3, p. 557-560, jul. 1991.

VENDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties". *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 31, n. 4, p. 571-577, out. 1937.

\_\_\_\_\_. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 60, n. 1, p. 55-63, jan. 1966.

ZIMMERMANN, Andreas. Sovereign Immunity and the Violation of International Jus Cogens – Some Critical Remarks. *Michigan Journal of International Law*, St. Anne Arbor, MI, v.16, p. 433-440, 1994.