

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

Vanessa Gischkow Garbini

**O AFASTAMENTO DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DE ESTADO EM
CASOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS:
UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES**

Porto Alegre

2019

Vanessa Gischkow Garbini

**O AFASTAMENTO DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DE ESTADO EM
CASOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS:
UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES**

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^ª Dr^ª h. c. Claudia Lima Marques

Coorientadora: Prof^ª Dr^ª Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff

Porto Alegre

2019

*“O método do diálogo das fontes é uma generosa luz que ilumina nosso olhar, que nos
guia para o caminho do justo a seguir.”*

(Claudia Lima Marques, livro *‘Diálogo das Fontes’*, 2012)

*“Le ‘Leitmotiv’ qui rassemble notre culture juridique contemporaine est le rôle
primordial des droits de l’homme.”*

(Erik Jayme, Curso de Haia, 1995)

“Words, words, words... where are the values?”

(Antônio Augusto Cançado Trindade, voto dissidente no *Caso das Imunidades
Jurisdicionais de Estado* da Corte Internacional de Justiça, 2012)

AGRADECIMENTOS

Um dos grandes aprendizados que o mestrado me trouxe foi o reconhecimento da importância do agradecimento. Não se chega ao final desta caminhada na pós-graduação sem a ajuda de professores, servidores e colegas. Estas são as pessoas com quem podemos compartilhar todos os desafios e as conquistas da vida acadêmica, pois os compreendem totalmente, e a empatia criada entre nós – que estamos vivendo experiências tão similares – dá força para irmos em frente. Além disso, escolher embarcar nessa jornada de aprendizado significa abdicar de muitos momentos com a família e amigos. Em relação a estas pessoas, que estão fora da realidade acadêmica, esperamos que nos compreendam da forma que só quem ama incondicionalmente consegue compreender.

Na academia, agradeço, primeiramente, à minha orientadora, Professora Claudia Lima Marques, que há tantos anos me acompanha, e por quem tive a honra de ser escolhida para ser sua primeira orientanda do mestrado do Centro de Estudos Europeus e Alemães – CDEA. É um orgulho ter tido a oportunidade de aplicar a teoria do diálogo das fontes, inaugurada na ordem jurídica brasileira pela Professora Claudia, a um tema tão bonito e instigante do direito internacional clássico. O olhar humano da minha orientadora sobre o Direito me inspira, e me acompanhará para sempre. Agradeço, também, à minha coorientadora, Professora Tatiana Squeff, por organizar e direcionar a minha dissertação, contribuir com infinitas e maravilhosas bibliografias, e por ser sempre tão positiva e motivada com o meu trabalho. A Tati é uma das pessoas que conheço que mais ama o direito internacional. A alegria dela me contagiou e me animou o tempo todo.

Não poderia deixar de agradecer aos colegas do Grupo de Pesquisa, a todos, mas especialmente à Lúcia d'Aquino – graças a ela sobrevivi às cadeiras e aos seminários – e ao Guilherme Mucelin – meu amigo querido e parceiro de tantas aventuras. À Laís Bergstein e à sua doçura e atenção de sempre, minha gratidão. Aos meus colegas da primeira turma de mestrados do CDEA, muito obrigada pelos compartilhamentos e aprendizados. À Professora Sandra Regina Martini, agradeço pelo olhar sempre tão afetuoso e pela constante disponibilidade para me ouvir e me ajudar no que fosse necessário. Na secretaria, agradeço à Ades e à Rose, verdadeiras “salvadoras” dos alunos da UFRGS em seus momentos de aperto, e que, além de profissionais excelentes, são, também, seres humanos excepcionais.

Ser mestranda e servidora pública se mostrou mais desafiador do que eu pensava que seria. Sem o apoio que tive de meus chefes e colegas da Procuradoria-Geral do Estado, certamente não teria chegado até aqui. Foi essencial a compreensão dos Procuradores do Estado da 16ª Regional de Gravataí, especialmente da Dra. Lucila Zandona, sobre meus horários irregulares de trabalho em razão das aulas do mestrado. Também foram decisivos o apoio emocional e o carinho dos meus amigos pra vida toda, Luana Weizenmann e Matheus Dresch. Na PDPE, em Porto Alegre, tive novamente a sorte de contar com a total compreensão e incentivo de meus chefes e, neste ponto, agradeço especialmente à Dra. Fabrícia Boscaini pela paciência, carinho e compreensão gigantes diante do meu desgaste intelectual durante a escrita da dissertação. O suporte emocional da minha amiga Fernanda Bonotto e dos queridos estagiários Mariana de Mello e Arthur Farias nos últimos meses foi indescritível, e fez toda a diferença.

Quanto à minha família, aos meus pais, Cláudio, Liège e Henrique, e à minha vó Lígia, agradeço pela compreensão, pelo espaço e pelo amor enviado à distância, e peço, novamente, desculpas pelas ausências. Este foi um processo necessário e importante para mim. Aos meus demais familiares, que menos ainda podiam compreender por que eu estive tão afastada, meu muito obrigada por, mesmo assim, acharem um lugar no coração para me respeitar e me entender, sempre com carinho.

Em relação aos meus grandes amigos e amigas, família que escolhi, sei que, após estes dois anos, os terei para a vida toda. Não há preço para o incentivo e carinho remotos que recebi de todos. Toda a minha gratidão aos diversos áudios empáticos e empoderadores enviados pela Luana Iserhard, essa amiga que foi um presente da UFRGS para mim. Da Sibeli Diefenthaler e da Mariana Rieck recebi boas energias, amor e torcidas pelo meu sucesso, além de paciência dessa vez delas em aguardar o fim meu mestrado. Foram incontáveis às vezes em que tive de dizer “não posso” aos meus amigos ao longo desses dois anos e, por ter finalizado o mestrado com os mesmos amigos ao meu lado – nenhuma perda ao longo do caminho – sou imensamente feliz e grata.

Por fim, o principal agradecimento: ao meu companheiro, Renato Lauris, e aos nossos filhos felinos, Lótus e Woodstock, todo o meu amor. Meus três guris me acompanharam em cada prova, cada apresentação, cada palavra, cada lágrima e cada sorriso ao longo destes dois anos. Acreditaram em mim quando eu não acreditei. Me fizeram ir em frente e concluir esta etapa da minha vida. Esta dissertação é para vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do afastamento da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de direitos humanos à luz da teoria do diálogo das fontes, criada por Erik Jayme e inaugurada no Brasil por Claudia Lima Marques. Para tanto, o primeiro capítulo abordará, primeiramente, o método do diálogo das fontes, explicando-se o cenário em que se desenvolveu (a pós-modernidade), sua aplicação e, especialmente, seu objetivo. Em um segundo momento, no mesmo capítulo, será estudada a doutrina da imunidade de Estado estrangeiro, sua origem e etapas de desenvolvimento, até a forma em que se encontra atualmente. O objetivo é relacionar os dois assuntos e demonstrar a possibilidade de conexão entre ambos. O segundo capítulo, por sua vez, será dedicado ao estudo dos dois precedentes mais relevantes da Corte Internacional de Justiça em matéria de imunidades: o Caso *Yerodia* e o Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado. Seguido do resumo dos fatos, principais argumentos e decisões de cada caso, será feita uma análise crítica na linha da abordagem defendida nesta dissertação. Por fim, o terceiro capítulo será dedicado à exposição de argumentos a favor do afastamento da imunidade de Estado em casos de violações de direitos humanos na era pós-moderna, o que será feito a partir do estudo da Convenção da ONU sobre Imunidades de Estado e suas Propriedades e do voto dissidente do Juiz Cançado Trindade no Caso *Alemanha v. Itália; Grécia intervindo*, com respaldo na doutrina específica sobre o tema e na doutrina sobre o diálogo das fontes na pós-modernidade.

Palavras-chave: Jurisdição. Soberania. Imunidade de Estado. Direito Internacional. Direitos Humanos. Diálogo das Fontes. Pós-modernidade.

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the removal of jurisdictional immunity from cases of human rights violations in light of the theory of the dialogue of sources, created by Erik Jayme and inaugurated in Brazil by Claudia Lima Marques. In order to do so, the first chapter will first address the method of the dialogue of the sources, explaining the scenario in which it has developed (postmodernity), its application and especially its objective. Then, in the same chapter, the law of immunity of the foreign State, its origin and stages of development until today will be studied. The objective is to relate the two subjects and demonstrate a possibility of connection between both of them. The second chapter, in turn, will examine the two most relevant precedents of the International Court of Justice regarding immunities: the *Yerodia* Case and the Case of the Jurisdictional Immunities of the State. Following the summary of the facts, main arguments and decisions of each case, a critical analysis will be made in line with the approach defended in this dissertation. Finally, the third chapter will be dedicated to exposing arguments for the removal of State immunity in cases of human rights violations in the postmodern era, which will be accomplished through the study of the UN Convention on State Immunities and their Properties and the dissenting opinion of Judge Cançado Trindade in Case *Germany v. Italy; Greece intervening*, supported by specific doctrine regarding the subject and doctrine on dialogue of sources in postmodernity.

Keywords: Jurisdiction. Sovereignty. State Immunity. International Law. Human rights. Dialogue of Sources. Postmodernity.

LISTA DE SIGLAS

CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
FSIA	Foreign Sovereign Immunity Act
ONU	Organização das Nações Unidas
RDC	República Democrática do Congo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O DIÁLOGO DAS FONTES E A DOCTRINA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DE ESTADO	14
1.1 A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES DE ERIK JAYME.....	14
1.1.1 Os reflexos da pós-modernidade na vida humana e no direito.....	15
1.1.2 O diálogo das fontes como solução jurídica à retomada dos direitos humanos na pós-modernidade	22
1.2 O PROBLEMA DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DE ESTADO E A SOLUÇÃO POR MEIO DO DIÁLOGO DAS FONTES	39
1.2.1 Origem, desenvolvimento e principais características da teoria da imunidade jurisdicional de Estado no direito internacional.....	42
1.2.2 A necessidade de superação do mito da “dignidade do Estado” para fins de proteção da real dignidade do indivíduo.....	57
2 O POSICIONAMENTO ULTRAPASSADO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA EM CASOS ENVOLVENDO IMUNIDADES DE ESTADO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	69
2.1 CASO DO MANDADO DE PRISÃO DE 11 DE ABRIL DE 2000 (<i>CASE ARREST WARRANT, CONGO v. BÉLGICA</i>).....	69
2.1.1 Fatos, argumentos e julgamento	70
2.1.2 Análise crítica	91
2.2 CASO DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS (<i>CASE JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE, ALEMANHA v. ITÁLIA; GRÉCIA INTERVINDO</i>)	98
2.2.1 Fatos, argumentos e julgamento	98
2.2.2 Análise crítica	116

3 O DEVER DE AFASTAMENTO DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DE ESTADO EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE	127
3.1 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE IMUNIDADES JURISDICIONAIS DE ESTADO E SUAS PROPRIEDADES.....	129
3.1.1 Histórico e principais características da Convenção	129
3.1.2 A Convenção e a tentativa de consagração da proteção dos Estados sobre a proteção dos indivíduos	142
3.2 O VOTO DISSIDENTE DE CAÑADO TRINDADE E A DOCTRINA HUMANISTA	151
3.2.1 A perspectiva pro homine de Cañado Trindade no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado	152
3.2.2 O resgate pós-moderno dos valores dos indivíduos como propulsor da evolução da teoria das imunidades	164
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	178
REFERÊNCIAS	186

INTRODUÇÃO

O Direito é um espelho dos valores da sociedade, sendo utilizado há eras como meio de promover ordem e harmonia social, razão pela qual é de sua natureza se adaptar aos desenvolvimentos da civilização. Assim, à medida em que a humanidade progrediu, também o fez a ciência jurídica, acompanhando este processo. E, tendo em vista que o objetivo máximo e invariável do Direito é atingir justiça, a estagnação desta ciência se torna um efeito indesejado – a aplicação de regras antigas a problemas atuais não condiz com o ideal do justo.

A adequação do Direito à mudança de valores entre eras não ocorre naturalmente ou automaticamente. É necessário que haja pressão social e provocação de pensadores da ciência jurídica para que ela progrida e exerça o seu papel de refletor dos valores em voga na sociedade. Analisando as características da era pós-moderna de fragmentação, internacionalização, flexibilização de valores e hierarquias, além de extrema complexidade e pluralismo de fontes, Claudia Lima Marques aponta a dificuldade de se reconstruir a coerência do sistema do Direito. Trata-se de tarefa árdua, e que exige muita ciência e sensibilidade dos juristas¹. De fato, a palavra “sensibilidade” assume especial relevância em um cenário contemporâneo no qual certos pontos da ciência jurídica – e, mais especificamente para os fins desta dissertação, do direito internacional – apresentam-se em descompasso com uma demanda social de revalorização do indivíduo e dos direitos humanos.

O abundante acervo normativo em matéria de direitos humanos, tanto em âmbito nacional (especialmente nas Constituições de vários países) quanto em âmbito internacional (através de tratados internacionais) demonstra que este é um valor latente da era pós-moderna. Em vista disso, é possível afirmar que a inaplicabilidade de uma visão sempre mais humana em casos concretos representa um descompasso jurídico para com a realidade social contemporânea. Isso se deve ao fato de que, exatamente em razão de tal multiplicidade normativa, também característica desta era, os aplicadores do Direito habituaram-se a utilizar apenas a regra especificamente incidente à demanda posta, desconsiderando as demais normas que compõem o ordenamento jurídico e, por vezes,

¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

deixando de aplicar, inclusive, regramentos mais protetivos à dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, o método do diálogo das fontes surge como ferramenta para promover a “comunicação” entre a pluralidade de normas, permitindo que o aplicador do Direito encontre uma solução que leve em consideração todas as regras pertinentes ao caso concreto e, acima de tudo, garantindo a prevalência dos direitos humanos. Trata-se da aplicação simultânea, coerente e coordenada das diversas fontes legislativas, com campos de aplicação convergentes, mas não iguais². A teoria do diálogo das fontes tem direta relação com os direitos fundamentais, uma vez que destaca o sistema de valores que estes representam, além de orientar a aplicação concomitante de regras de diferentes fontes para efetivar estes valores³.

As normas internacionais sobre direitos humanos, enquanto parte da ordem jurídica de um país, devem ser levadas em consideração pelo aplicador do Direito, o qual, assim, contribui para a atualização dessa ciência aos valores pós-modernos. Referindo-se à influência das convenções de direitos humanos nas constituições dos diversos países e, de maneira reflexa, na resolução dos conflitos de leis em direito internacional privado, Erik Jayme sustenta justamente uma outra visão, mais especificamente aquela que considera as disposições de direitos humanos independentemente de se tratar de uma matéria de Direito Público ou de Direito Privado⁴.

Neste contexto de revalorização do indivíduo, revelou-se a necessidade de atualização de vários temas clássicos do direito internacional, disciplina que, por muito tempo, voltou-se unicamente à proteção dos países. O tema das imunidades de Estado é, provavelmente, o maior exemplo de que, apesar do retorno do olhar à pessoa humana ocorrido na era pós-moderna, o direito internacional (público) ainda privilegia o Estado, de maneira completamente ultrapassada. Como referido, não há justiça quando se aplicam regras antigas a demandas novas.

² BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 143.

³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 170.

⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995). p. 37.

Por se tratar de tema de origem costumeira e não positivado de forma vinculativa em âmbito internacional, cada país adota entendimento próprio sobre as imunidades de Estado. Como resultado, existe, hoje, uma profusão normativa nacional e internacional, em que se incluem tanto legislações domésticas dos países que optaram por criá-las, quanto precedentes de cortes nacionais e iniciativas de tratados internacionais sobre o tema das imunidades de Estado. Além da insegurança jurídica que este quadro apresenta, há uma dificuldade em aproximar os valores de proteção do indivíduo a este tema de direito internacional.

A doutrina das imunidades de Estado sofreu modificações ao longo de sua existência, tendo sido flexibilizada, processo através do qual o privilégio estatal sofreu contração. A contração, porém, não foi tamanha a ponto de considerar a primazia da proteção dos direitos humanos sobre os interesses dos Estados. Isso porque, apesar de ter havido um avanço da teoria absoluta da imunidade, que não aceita qualquer exceção, para a teoria relativa da imunidade, que admite o afastamento quando estão em discussão atos de gestão (*acta jure gestionis*), ainda não há previsão para a possibilidade de acionamento de uma nação estrangeira perante corte doméstica de outra em casos de violação de direitos humanos. Quando a discussão envolve os chamados atos de império (*acta jure imperii*), não são admitidas exceções, e a imunidade de Estado impera, absoluta.

Vem crescendo a parcela da doutrina internacional que defende a possibilidade de afastamento da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de direitos humanos, como o Juiz brasileiro da Corte Internacional de Justiça (CIJ), Antônio Augusto Cançado Trindade⁵. Esta corrente doutrinária, de viés claramente humanista, tem ganhado força em razão do cenário de *revival* dos direitos fundamentais, trazido à tona na pós-modernidade, sendo uma demanda desta era. Um dos principais argumentos apresentados na defesa dessa ideia é o caráter imperativo de *jus cogens* de que gozam determinadas normas de direitos humanos, o que, em tese, imporá a sua prevalência sobre a regra procedimental da imunidade.

⁵ Importante demonstrativo deste posicionamento foi o voto divergente proferido pelo jurista no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, julgado pela CIJ em 2012. Tal precedente e o voto de Trindade serão objeto de estudo deste trabalho. Por ora, importa destacar que o entendimento de Cançado Trindade a respeito do tema das imunidades coaduna-se com sua proposta de construção de um direito internacional humanizado, como aponta sua seguinte afirmação: “*International Law has a role to play in the regulation of a new international order, going beyond the classic Westphalian model of a strictly inter-State dimension.*” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013. p. 399).

Em vista disso, esta dissertação tem como objetivo defender a possibilidade da aplicação do método do diálogo das fontes de Erik Jayme na promoção de uma nova evolução à teoria das imunidades de Estado estrangeiro, para que esta admita o afastamento da imunidade em casos de violações de direitos humanos. O intuito é que a utilização da teoria de Jayme na atualização da doutrina da imunidade some-se à tese da prevalência do *jus cogens*, corroborando com a argumentação realizada pelo citado magistrado da Corte de Haia e reforçando, com isso, os argumentos em prol da mudança.

O diálogo das fontes concretiza o retorno do foco à pessoa humana e aos seus interesses, demandas da era pós-moderna. A estas demandas, porém, o direito internacional (público) ainda não se adaptou plenamente, justificando-se, assim, a escolha do método do diálogo das fontes para impulsionar o progresso de uma das disciplinas clássicas de direito internacional que se encontra estagnada.

Para abordar o assunto, no primeiro capítulo do trabalho serão relacionados os temas diálogo das fontes e imunidades de Estado. O intuito será verificar de que formas os dois temas “conversam”, e como o método de Erik Jayme pode contribuir aos avanços necessários na teoria das imunidades. A análise dos assuntos será contextualizada na era pós-moderna, pontuando-se suas características e seus efeitos na vida humana e no Direito.

O segundo capítulo, por sua vez, será dedicado à análise do posicionamento da Corte Internacional de Justiça quando instigada a se manifestar sobre o tema das imunidades. Como será visto, a CIJ não admite a exclusão de imunidades em casos de violações de direitos humanos. Busca-se, neste ponto, demonstrar que, transcorridos dez anos entre o julgamento do Caso Yerodia – em que a Corte teve a primeira grande oportunidade de se pronunciar em matéria de imunidades – e o Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado – precedente mais recente sobre o assunto -, a Corte ainda adota entendimento ultrapassado, mesmo quando confrontada com o argumento do *jus cogens* e mesmo ciente dos progressos que estão ocorrendo no direito internacional.

Por fim, no terceiro capítulo será estudado o afastamento da imunidade de Estado em casos de violações de direitos humanos propriamente dito, primeiramente mediante análise do texto da Convenção da ONU de 2004 sobre Imunidade Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades, que ainda não se encontra em vigor. Pretende-se não apenas verificar a relevância da criação de um instrumento internacional que regule universalmente a

doutrina das imunidades, mas também perquirir se, com a entrada em vigor da Convenção da ONU de 2004 nos termos em que foi aprovada, esta poderá contribuir na promoção da evolução da teoria em prol dos direitos humanos.

Posteriormente, o enfoque recairá no voto dissidente de Cançado Trindade no Caso das Imunidades jurisdicionais de Estado, no qual o jurista apresentou, brilhantemente, argumentos essenciais ao tema em discussão, que vão ao encontro da ideia defendida nesta dissertação pelo caminho do diálogo das fontes. Em seguida, complementarmente às ideias postas por Trindade, será feita breve revisão da doutrina favorável ao afastamento da imunidade por violações de direitos humanos ou de direito humanitário internacional, demonstrando-se de que forma a pós-modernidade poderá servir como propulsora da concretização da evolução teórica almejada.

Os principais autores que serão utilizados como referência neste estudo são Claudia Lima Marques, Erik Jayme e Antônio Augusto Cançado Trindade. Relacionando-se as teorias desenvolvidas pelos três renomados juristas, se proporá um olhar pós-moderno sobre a teoria da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro por meio do diálogo das fontes, reforçando-se, assim, parcela da doutrina que defende a exclusão de tal privilégio estatal em casos de violação aos valores fundamentais do indivíduo.

Para tanto, no que diz respeito à metodologia empregada, a presente dissertação utiliza o método dedutivo. Ademais, a pesquisa que se desenvolverá será do tipo aplicado e descritivo, adotando, quanto aos procedimentos, os modelos bibliográfico, documental e de estudo de caso, selecionados a partir de um recorte qualitativo.

1 O DIÁLOGO DAS FONTES E A DOUTRINA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DE ESTADO

Neste primeiro capítulo será demonstrada a possibilidade de aplicação da teoria do diálogo das fontes à doutrina da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro. Relacionar um método criado para solucionar problemas jurídicos contemporâneos com uma disciplina de direito internacional clássico requer um estudo aprofundado de ambos os temas, a fim de que se identifique como se complementam.

Assim, será exposta, em primeiro lugar, a teoria de Jayme e o contexto em que foi desenvolvida, com especial destaque para o seu objetivo de concretização do retorno do enfoque ao indivíduo na ciência jurídica. Após, será abordada a doutrina das imunidades de Estado e seus desdobramentos no tempo, frisando-se o estado atual ultrapassado em que se encontra no que se refere à proteção dos direitos humanos. Pretende-se comprovar que o diálogo das fontes é um método adequado para reforçar a já existente proposta de evolução na teoria das imunidades, atualizando-a aos valores da pós-modernidade.

1.1 A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES DE ERIK JAYME

Referiu-se que o diálogo das fontes é um método desenvolvido por Erik Jayme para adaptar a ciência jurídica à realidade pós-moderna. Inicia-se o estudo da teoria de Jayme, portanto, explicando-se as características da chamada pós-modernidade, bem como a sua influência na vida das pessoas e, conseqüentemente, no Direito. Como será visto, as mudanças trazidas pela era pós-moderna apresentam aspectos negativos e positivos. Logo, se, por um lado, a multiplicidade normativa é um exemplo dos desafios a serem enfrentados pelo aplicador do Direito na contemporaneidade, por outro lado, a revalorização dos direitos humanos é um legado positivo deste processo.

O segundo ponto no estudo da teoria de Jayme se dedicará, portanto, a demonstrar que o diálogo das fontes se revela uma solução jurídica à retomada dos direitos humanos na pós-modernidade. Direcionado a resolver situações jurídicas em que há incidência de inúmeras normas e tendo como única exigência a primazia do indivíduo, o método de Jayme pode ser aplicado a qualquer área do direito que demande atualização – como é o caso da doutrina das imunidades.

1.1.1 Os reflexos da pós-modernidade na vida humana e no direito

Vivemos, atualmente, a chamada era pós-moderna⁶. Esta era é marcada pela circulação quase instantânea de informações, as quais estão acessíveis em excessivo número de fontes, dificultando a sua seletividade⁷. Segundo Remo Ceserani, qualquer tentativa de ler e interpretar os movimentos do tempo e da sociedade torna-se particularmente difícil no mundo contemporâneo em razão da quantidade de dados provenientes de agências de notícias, institutos de pesquisas e observatórios estatísticos e sociológicos, os quais, “como os satélites que giram ao redor de nós no céu”, ao mesmo tempo em que transformam qualquer movimento ou manifestação de opinião em um testemunho estatístico de uma tendência, mantêm nossa sociedade sob constante vigília⁸.

Esta velocidade acelerada do tempo que se verifica na pós-modernidade é decorrente do processo de globalização, o qual modificou a temporalidade da vida humana. A globalização é associada ao amplo desenvolvimento de tecnologias para informação, resultando na interconexão de grupos e sociedades diversas em todos os níveis em razão de uma comunicação global de eficácia nunca antes vista⁹.

O fenômeno da globalização exerce profunda influência na vida das pessoas, fazendo com que as suas experiências sejam cada vez mais efêmeras¹⁰. As constantes

⁶ Expressão popularizada por François Lyotard, referente ao momento em que as sociedades adentram a era pós-industrial (LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. p. 3). Para Lyotard, a pós-modernidade é o período em que tudo pode ser recriado de forma livre, já que todas as grandes narrativas (visões de mundo) entraram em crise. No presente trabalho serão apresentados alguns conceitos e ideias relacionadas à chamada pós-modernidade, não se tendo a pretensão de realizar um aprofundamento sobre o tema. Será abordado apenas o suficiente para que se demonstrem as mudanças ocorridas na sociedade com reflexos no Direito, em especial, aqui, no direito internacional, levando à necessidade de atualização da disciplina.

⁷ Sem o devido preparo e nível informacional acerca das tecnologias, cria-se uma situação de vulnerabilidade. Assim entende Jayme: “No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invalida o seu próprio programa, e o fato de não conhecer o seu adversário preocupa ainda mais.” (JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Orgs. e Tradução). *O Novo direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 135)

⁸ REMO, Ceserani. Modernity and Postmodernity: A Cultural Change Seen from the Italian Perspective. *Italica*, v. 71, n. 3. Columbus: American Association of Teachers of Italian, 1994. p. 369.

⁹ HURTADO, Lilita Regalado de. La historiografía en la “era de la globalización”: una contextualización necesaria. *Historica*, v. 26, n. 2. Lima: PUCP, 2002. p. 670.

¹⁰ Edgar Morin defende que a segunda industrialização no decorrer do século XX foi marcada pela expansão da cultura do ocidente para o resto do mundo. O resultado deste movimento é a denominada pelo autor “Terceira Cultura”, ou “cultura de massa”, que é oriunda da imprensa, do cinema, do rádio, da televisão, e que se desenvolve lado a lado com as culturas clássicas – religiosas ou humanistas – e nacionais. Segundo

inovações tecnológicas impõem ao indivíduo pós-moderno um ritmo de renovação contínua para que seus bens e conhecimentos não se tornem obsoletos. É característico desta era, chamada por Bauman de “modernidade líquida”, que o tempo escoe em tamanha velocidade que pode ser considerado líquido, de forma que nada é feito para durar¹¹.

O referido autor traça um comparativo entre a chamada “modernidade sólida”, em que cada um possuía um papel específico e conhecido, com pouca mobilidade e possibilidade de adaptação, e a “modernidade líquida”, reconhecida por sua flexibilidade, maleabilidade e fluidez. A transição para a “liquidez” não foi, porém, necessariamente uma libertação, já que as pessoas simplesmente passaram a se enquadrar em um novo padrão. Assim, “a tarefa dos indivíduos livres era usar sua nova liberdade para encontrar o nicho apropriado e ali se acomodar e adaptar: seguindo fielmente as regras e modos de conduta identificados como corretos e apropriados para aquele lugar”¹².

As transformações da pós-modernidade abalaram a percepção das pessoas sobre si mesmas, afetando a sua identidade. Os paradigmas que homogeneizavam o homem moderno foram desintegrados nesta nova era, provocando um deslocamento ou descentralização do sujeito em vários aspectos de sua vida¹³. Para se inserir na sociedade pós-moderna, o indivíduo deve fazer uso de seu tempo, que é escasso, para desempenhar uma série de papéis, fragmentando-se¹⁴. O “eu”, neste contexto, representa apenas uma ficção gerada como proteção contra o reconhecimento da natureza fragmentária da experiência, não compondo parte de um todo¹⁵.

Morin: “Cultura de massa, isto é, produzida segundo as normas maciças da fabricação industrial; propagada pelas técnicas de difusão maciça (que um estranho neologismo anglo-latino chama de *mass media*); destinando-se a uma massa social, isto é, um aglomerado gigantesco de indivíduos compreendidos aquém e além das estruturas internas da sociedade (classes, família, etc.)” (MORIN, Edgar. *Cultura de Massas no século XX*: Neurose. Tradução: Maura Ribeiro Sardinha. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 14) Portanto, para Morin, a cultura é mutável, ganhando novos significados conforme as mudanças sociais ocorridas no tempo.

¹¹ Para um estudo aprofundado da teoria do autor, veja: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 12.

¹³ BURLAMARQUI, Cristiane Dominiqi Vieira. Pós-Modernidade e Fragmentação do Sujeito: globalização, identidade e transmidiação. *Hipertexto*, v. 1., n. 2. Rio de Janeiro: LATEC/UFRJ, 2011. p. 80.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [e-book]

¹⁵ “*In postmodernism, it is the surface-centeredness of modernity which is emphasized, the way things, goods, objects and people, represent nothing other than their appearance, do not hang together as part of some greater whole. The self, too, represents nothing; it is a fiction generated as a protection against*

A ciência jurídica não permaneceu imune às inovações da era pós-moderna. Na Europa pós-industrial e primeiro mundista das décadas de 80 e 90, alguns estudiosos do Direito começaram a elaborar uma visão pós-moderna da nossa ciência¹⁶. No Brasil, o olhar sobre a pessoa e seus vários papéis traduziu-se no Direito pelas codificações e pela própria Constituição. Marques e Miragem afirmam que a ideia de pessoa do século XIX, próxima à concepção inglesa e francesa de *homo politicus*¹⁷, de indivíduo perante o Estado com sua nacionalidade, liberdade, direitos adquiridos e igualdade formal cidadã, influenciaram o Código Civil brasileiro de 1916.

Já a visão de pessoa do século XX, pós-revolução industrial, é de um indivíduo que trabalha, produz, comercia, um *homo faber* cuja influência se fez presente na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 e na Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943. Diante de tal histórico, os autores defendem a existência de um conceito plúrimo de pessoa da Constituição Federal de 1988, abrangendo tanto a sua identidade cultural (*homo culturalis*) em matéria de família e sucessões, quanto seu papel de homem ativo na sociedade, que consome, cria, decide de forma racional e relaciona-se com o mercado (*homo economicus*)¹⁸:

Em outras palavras, a condição pós-moderna da pessoa no mercado pode ter como consequência no Brasil uma passagem do *homo faber* ao *homo economicus*. Isto é, uma fragmentação do sujeito em muitos papéis conectados (soggetto scisso), com uma prevalência da visão ativa na economia desta pessoa, como consumidor e empresário, como contratante, como proprietário ou como inventor, e menos como *homo culturalis*, visão mais reservada para o direito de família e sucessões. Seria um Homo fragmentado, plúrimo e

recognition of the fragmentary nature of experience.” (FROSH, Stephen. *Psychoanalysis, Psychosis, and Postmodernism. Human Relations*, v. 44, n. 1. London: The Tavistock Institute, 1991. p. 101)

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 80.

¹⁷ “If you follow the evolution of private international law, you can consider that in the nineteenth century, as the discipline was systematized by Savigny, and also Story (1934) and Mancini (1865), the *Menschenbild* was directly linked with the nation-state: the citizen. The *homo politicus* as part of a forming country, state, or nation was the focus of the discipline. The connecting factors were his citizenship, domicile, or locale of establishment. Their human rights were from the first generation: civil rights, surging freedom against the state. This *homo politicus* needs in Kant’s conception a *ius civitatis*: a national or local law.” (MARQUES, Claudia Lima. *Relations Between International Law and Consumer Law in the Globalized World: Challenges and Prospects*. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Orgs.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017. p. 224)

¹⁸ “In my opinion, the *Menschenbild* of the twenty-first century is a *homo economicus et culturalis*, an active hyperconsumer, conscious of his culture and local identity, and also conscious of the freedom, limits, standardization dimensions, and the potentials of the global information society.” (MARQUES, Claudia Lima. *Relations Between International Law and Consumer Law in the Globalized World: Challenges and Prospects*. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Orgs.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017. p. 225)

resultaria desta pluralidade de papéis, fontes e regimes conectados, o necessário diálogo das fontes¹⁹. (sic)

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 é, para Marques, um bom demonstrativo dessa visão mais nova, também chamada pós-moderna. Contrapondo-se à visão individualista do Código Civil de 2002, a teleologia e espírito do CDC estão ligados a um paradigma novo, marcado pelo reconhecimento da *diferença*, da *igualdade* dos desiguais, considerados desigualmente na medida de sua desigualdade, do tratamento de grupos de forma plural, levando-se em conta os interesses difusos e a equidade²⁰.

A busca pela equalização da desigualdade nas relações jurídicas é, portanto, uma das características das recentes transformações do direito contemporâneo. Reconhecendo que as mudanças dessa era provocaram uma grande disparidade de natureza econômica e informacional entre as pessoas, diversos sistemas jurídicos romperam o paradigma individualista e permitiram uma maior intervenção do Estado na relação dos particulares, promovendo, inclusive, uma maior inter-relação entre temas tradicionalmente divididos de modo estanque como de direito público ou de direito privado, sendo esta uma característica do direito pós-moderno²¹.

Jayme afirma que a globalização é caracterizada exatamente pela perda dos Estados da posição de centros de poder e da proteção humana, uma vez que cederam grande parte de seus poderes ao mercado. A consequência disso no Direito, segundo o autor, é o fato de que os juristas passaram a reclamar pela criação de um sistema mundial de proteção contra práticas anticoncorrenciais²².

A união da valorização do *status* formal e material dos sujeitos de direito nas relações privadas com a velocidade dos fatos na contemporaneidade resultou na fragmentação multiplicadora do direito privado e na pluralidade de novas fontes

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [e-book]

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 136.

²¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 47.

²² “Quando o Estado falta, são as organizações não-governamentais, seguidamente, que, em muitos campos, tomam a si os interesses de proteção, sobretudo dos interesses globais, mesmo se as Nações Unidas também se ocupam desse tema.” (JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização*. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Orgs. e Trad.). *O Novo direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 134)

normativas²³. Neste quadro de inflação de leis específicas nas mais diversas áreas, à constituição é reservada a tarefa de conferir coerência a esta multiplicidade de normas, especialmente em razão de sua superioridade hierárquica e da cada vez maior complexidade do ordenamento jurídico²⁴.

Junto às diversas transformações sociais, a pós-modernidade trouxe consigo novos valores (além da necessidade de retomada de valores esquecidos), os quais o direito deve buscar absorver. Para tanto, porém, é necessário que o sistema jurídico esteja suficientemente aberto a mudanças. Erik Jayme afirma que o direito internacional privado “aparece como um sistema que preserva sua estrutura tradicional e que é, ao mesmo tempo, aberto à realização destes valores novos.”²⁵ Quatro valores são apontados por Jayme como influenciadores do direito internacional privado pós-moderno e que, segundo o autor, desempenham um papel primordial na cultura da nossa era. São eles: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno dos sentimentos.

O pluralismo diz respeito à multiplicidade de valores que se revelam na sociedade pós-moderna e que, até então, não eram conhecidos. Ele se caracteriza pela observância do direito à diferença, por meio do tratamento desigual daqueles que estão em posição de desigualdade. A aparição deste valor é o sinal de uma transformação radical na percepção da humanidade, de forma que os direitos socioculturais são elevados à categoria de direitos humanos²⁶.

A comunicação, por sua vez, é a integração que nasce naturalmente em uma sociedade sem fronteiras. Não se refere, porém, segundo Jayme, apenas à rapidez da transmissão das informações por meio das tecnologias avançadas que, progressivamente, facilitam a comunicação, mas também à vontade de comunicar que surge como uma força irresistível²⁷. O fenômeno mais importante da comunicação, ponto central no presente

²³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [e-book]

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

²⁵ “(...) *le droit international privé apparaît comme un système qui preserve sa structure traditionnelle et quis est, en même temps, ouvert à la réalisation de ces valeurs nouvelles.*” (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 246 – tradução livre)

²⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 251.

²⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 257.

trabalho e que será abordado em tópico específico, é o chamado diálogo das fontes, o qual viabiliza a harmonização, por meio de “conversa”, entre as plúrimas fontes normativas típicas da era pós-moderna²⁸.

O efeito da narração no Direito é a produção de normas que não obrigam, mas que descrevem valores, chamadas por Erik Jayme de “normas narrativas”. Tais normas exercem um importante papel no processo de interpretação das demais regras jurídicas, ou seja, devem ser levadas em conta quando da aplicação da lei.

Por fim, o postulado pós-moderno do retorno dos sentimentos parte do pressuposto de que os seres humanos seguem suas emoções, apesar dos perigos inerentes a tal atitude, não agindo, portanto, exclusivamente de forma racional em suas relações de natureza econômica. Para Jayme, no Direito, a expressão de tais sentimentos se dá pela preservação da identidade cultural²⁹. Trata-se, em verdade, da emergência de direitos que pretendem garantir a proteção daqueles que mais necessitam³⁰.

Analisando a realidade global no final do século passado, Fritjof Capra aponta a existência de uma crise de percepção pela qual passam a ciência e a sociedade, decorrente de uma visão de mundo isolada e individualista. O autor conclui que, quanto mais se estudam tais problemas, mais se percebe que a solução não é a fragmentação, mas, sim, a perspectiva dos problemas de forma sistêmica, o que significa que estão interligados e que são interdependentes³¹.

A crítica de Capra tem reflexo na ciência jurídica, a qual, como produto social, se insere no panorama da ideia de “teia da vida”³². O Direito apresenta-se fragmentário sob

²⁸ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 259.

²⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 261.

³⁰ D’AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade: Hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 31.

³¹ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roverbal Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 14.

³² Sob um viés ecológico, Capra denomina “teia da vida” (ideia antiga, segundo o autor, que tem sido utilizada por poetas, filósofos e místicos ao longo das eras para transmitir seu sentido de entrelaçamento e de interdependência de todos os fenômenos) a interligação existente entre todos os eventos que ocorrem na terra, da qual todos fazemos partes, de forma que todas as ações produzem efeitos à coletividade. Segundo o pensamento de Capra, em brevíssima suma, o problema está no excesso de individualidade, e a solução, na percepção da interconexão de tudo por meio de redes dentro de redes: “Desde que os sistemas vivos, em todos os níveis, são redes, devemos visualizar a teia da vida como sistemas vivos (redes) interagindo à maneira de rede com outros sistemas (redes). Por exemplo, podemos descrever esquematicamente um ecossistema como uma rede com alguns nodos. Cada nodo representa um organismo, o que significa que

uma perspectiva externa, pois, apesar de reger as mais diversas relações sociais, isola-se das demais áreas científicas dedicadas à compreensão do indivíduo e de suas relações sociais, como a antropologia e a sociologia. Uma vez que a ciência jurídica foi criada para organizar a vida em sociedade e resolver os problemas postos, de variadas naturezas, entende-se que o Direito deveria ser muito mais permeável às demais áreas do saber. Esta multidisciplinariedade, porém, ainda é muito tímida em âmbito jurídico, o que muitas vezes limita a capacidade desta ciência de atingir justiça.

Por outro lado, o Direito também é fragmentário internamente, já que, apesar de o ordenamento jurídico ser um todo pretensamente interligado e lógico, a solução das controvérsias é feita de forma quase mecânica, optando-se pela norma mais direta quanto ao conteúdo da contenda, desconsiderando-se as demais normas que compõem o sistema e que também são, portanto, incidentes. Assim, por uma ausência de compreensão da ordem jurídica de maneira harmonizada à complexidade da contemporaneidade, o tradicional recurso à solução mais específica ou literal à matéria do litígio demonstra que, muito antes de dialogar com outras ciências, o Direito sequer busca uma coordenação em si mesmo.

É neste cenário de fragmentação que aqui se denominou “interna” da ciência jurídica, ou seja, desta realidade de aplicação “cega” do Direito, enraizada na pós-modernidade e em suas características, que toma forma o problema discutido no presente trabalho. A solução teórica que se propõe para esta questão, abordada no tópico a seguir, busca, justamente, reunir, por meio de um *diálogo*, os fragmentos do Direito na unidade harmônica em que essencialmente consiste. A diferença talvez resida no fato de que, em vez de uma “mudança radical em nossas percepções, nosso pensamento e nossos valores”³³, busque-se a *retomada* de um enfoque na proteção do indivíduo que, outrora existente, foi perdido em meio ao caos da pós-modernidade.

cada nodo, quando amplificado, aparece, ele mesmo, como uma rede. Cada nodo na nova rede pode representar um órgão, o qual, por sua vez, aparecerá como uma rede quando amplificado, e assim por diante. Em outras palavras, a teia da vida consiste em redes dentro de redes.” (CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roverbal Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 35)

³³ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roverbal Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 15.

1.1.2 O diálogo das fontes como solução jurídica à retomada dos direitos humanos na pós-modernidade

A teoria do diálogo das fontes (*dialogue des sources* ou *Dialog der Quellen*) é referida por Erik Jayme na parte final de seu Curso em Haia, em apenas um parágrafo suficientemente claro e objetivo, motivo pelo qual é transcrito abaixo:

Quando se fala em comunicação no direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução de conflitos de leis surge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Direitos humanos, constituições, convenções internacionais, sistemas nacionais: todas essas fontes não são mutuamente exclusivas; elas "falam" umas com as outras. Os juízes são obrigados a coordenar essas fontes ouvindo o que dizem³⁴.

Da leitura do conceito de diálogo das fontes, depreende-se que, para Jayme, a coexistência de uma série de fontes normativas das mais variadas naturezas, fenômeno típico da pós-modernidade, não significa a existência de um leque de opções ao julgador. As regras não estão dispostas para que o juiz simplesmente escolha a que mais lhe parecer justa, ignorando todo o amplo quadro normativo ao qual está inexoravelmente ligada.

Pelo contrário, a tomada de decisão judicial – no caso do direito internacional privado, a solução do conflito de leis – deve considerar todas as possíveis normas que componham o sistema jurídico a que esteja submetido o caso concreto. Apenas através da coordenação de todas as normas incidentes pode-se falar em prolação de uma decisão justa.

A menção explícita aos direitos humanos não foi meramente exemplificativa. Como já mencionado no tópico anterior, a teoria de Erik Jayme é permeada pelo retorno do foco ao indivíduo e à sua proteção, sendo este um verdadeiro balizador da decisão judicial tomada com justiça. Os direitos humanos a serem considerados devem abranger, inclusive, aqueles previstos pelas convenções internacionais, como mencionado pelo autor, sendo a teoria do diálogo das fontes, neste sentido, um convite aos Estados para que implementem as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos por

³⁴ “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles “parlent” l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.” (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 259 – tradução livre)

eles ratificados. Exige-se do julgador, portanto, um elaborado e completo exercício na subsunção do fato à norma, sempre norteado pelos valores fundamentais de proteção das pessoas³⁵.

O diálogo é viabilizado no contexto pós-moderno exatamente pela comunicação, um dos valores desta era e que permite que se ultrapassem eventuais barreiras linguísticas e culturais em prol da colaboração e da troca de informações. Assim, a comunicação na pós-modernidade é traduzida pela existência do diálogo, expressão que, para Claudia Lima Marques, estudiosa da teoria e responsável por sua importação e recepção pelo direito brasileiro³⁶, é retórica³⁷, semiótica (conta sua própria finalidade de impor duas lógicas, de aplicar simultânea e coerentemente duas leis) e autoexplicativa: a palavra *di-a-logos* (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar) significa duas lógicas, duas leis a serem coordenadas e aplicadas simultaneamente ao mesmo caso, a fim de que se encontre uma coerência, restaurando-se os valores do sistema por meio de uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos³⁸.

As características da pós-modernidade exigem novas roupagens a institutos jurídicos que foram pensados em outros tempos, mas que, apesar de ainda estarem em vigência, não mais se coadunam à realidade contemporânea. Nesse sentido, o uso da alternativa tradicional da antinomia, pela qual se confere primazia a uma das fontes, afastando-se a outra (antinômica)³⁹, revela-se ultrapassada. Por outro lado, a utilização da

³⁵ “A tarefa do intérprete e aplicador do Direito de hoje, portanto, é bem mais complexa e dinâmica: demanda, além de fundamentação consistente, exame simultâneo de diversos diplomas legais, em que pouca utilidade terão os critérios tradicionais de solução de conflitos (antinomia) de leis, estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).” (BESSA, Leonardo Roscoe. *Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 186)

³⁶ Merece destaque, neste sentido, a pioneira ADI 2591, a qual considerou constitucional a aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor aos bancos e outros serviços financeiros, de crédito e securitários.

³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 130.

³⁸ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26-27.

³⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 166.

coordenação das fontes⁴⁰ – por meio do diálogo das fontes – é a solução pós-moderna para o conflito de leis, uma vez que insere no procedimento de escolha da lei aplicável valores que por muito tempo estiveram esquecidos, como se sua aplicabilidade estivesse muito distante da realidade posta no caso concreto.

Claudia Lima Marques aponta que a expressão “diálogo das fontes” foi criada por Erik Jayme justamente para se contrapor à expressão “conflito de leis no tempo”⁴¹. Havendo duas leis em “conflito”, para ver qual se aplica ao caso concreto, tem-se o chamado “conflito de leis”, expressão comum no direito intertemporal. Ao juiz caberia decidir este “conflito”, escolhendo a lei aplicável e, com isso, fazendo com que uma lei prevalecesse sobre a outra, sendo esta última, conseqüentemente, excluída do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação).

Para que haja este conflito, a premissa é que o campo de aplicação das duas leis em conflito seja o mesmo, o que levará à inevitável manutenção de uma no sistema e à total exclusão da outra, pela revogação⁴². No procedimento para dirimir o conflito de leis no tempo, desenhado ao estilo “moderno” para ser “perfeito”, não há espaço para a inserção de quaisquer outros elementos que fujam à lógica da “tese” (lei antiga), antítese (lei nova) e “síntese” (revogação)⁴³.

Erik Jayme alerta, todavia, que os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza, de “mono-solução” ou monólogo⁴⁴ (*mono-logo* = uma razão, lógica única). Pelo contrário, busca-se uma solução sistemática que leve em conta a pluralidade

⁴⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 60.

⁴¹ “É justamente a ausência de coerência que cria antinomias e conflitos de leis no tempo (direito intertemporal ou transitório); é a divisão em ordens jurídicas autônomas e nacionais que cria os conflitos de leis no espaço, a necessitar a coordenação do direito internacional privado.” (MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20)

⁴² “Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o CDC de 1990, e uma lei posterior, como o CC de 2002, estariam em ‘conflito’: daí a necessária ‘solução’ do ‘conflito’ através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sistema”. (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 130)

⁴³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27.

⁴⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 259.

e a complexidade do nosso direito contemporâneo⁴⁵. Conforme Claudia Lima Marques, nestes tempos pós-modernos, “a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação”⁴⁶. Ou seja, a aplicação do direito não mais se resume à escolha da – no singular – norma incidente, mas, sim, à decisão mais justa levando-se em conta todo o ordenamento jurídico de forma harmônica.

Analisando a complexidade dos fatos sociais e das fontes normativas que os regulam total ou parcialmente – porém simultaneamente –, Bruno Miragem defende a necessidade de um método de solução de antinomias não relacionado simplesmente ao paradigma da mera validade formal do direito. O método deve ser estabelecido partir de uma interpretação da norma jurídica não orientada apenas pelo critério de compatibilidade ou incompatibilidade entre as normas, mas pelo caráter valorativo e promocional do direito⁴⁷.

Assim, a técnica tradicionalmente aplicada de revogação tácita mediante derrogação ou ab-rogação termina por promover um resultado “tudo ou nada”, desprovido, portanto, de coordenação com o complexo de normas existentes nos sistemas contemporâneos e, por isso, insuficiente⁴⁸. Não parece prudente, porém, que se realize a completa exclusão de uma norma que ainda se encontra vigente no ordenamento jurídico.

Seguindo a lógica de que todas as normas são ‘válidas’ e devem ter alguma eficácia, mesmo que auxiliar, segundo Marques, o diálogo das fontes promove uma aplicação simultânea, compatibilizadora das normas em conflito, sob a luz da

⁴⁵ “(...) a evolução jurídica recente, especialmente a partir do constitucionalismo de valores e a força contemporânea que assumiram os princípios jurídicos, assim tomados como proposições que contêm mandados de otimização (segundo a influente teoria de Robert Alexy, de larga repercussão no direito brasileiro), dão conta de tornar insuficientes os critérios de solução de antinomias e, mesmo, para o preenchimento de lacunas.” (MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73)

⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 131.

⁴⁷ Segundo Bobbio, a função do direito não se resume a regular condutas; deve, também, promovê-las: “A função do ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos.” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos da teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 79)

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73.

Constituição e com vistas a atingir o efeito social (e constitucional) esperado, exercendo a proteção aos direitos humanos sempre um papel de destaque neste processo⁴⁹. Em outras palavras, nos casos em que há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere ao sujeito), tudo isso em um mesmo sistema jurídico, deve existir, no mesmo caso concreto, um diálogo entre as fontes especiais e gerais, tudo iluminado pelo sistema de valores constitucionais e de direitos fundamentais⁵⁰.

A escolha da expressão “diálogo”, portanto, tem a proposta de remissão a ideias de influências recíprocas, já que há aplicação de mais de uma norma ao mesmo caso concreto e ao mesmo tempo. O diálogo das fontes poderá se dar complementarmente, subsidiariamente, optando-se por uma fonte prevalente ou mesmo permitindo-se a opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução, portanto, flexível e aberta, de interpenetração -, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratar de forma diferente os diferentes)⁵¹. Ou seja, o que a teoria do diálogo das fontes promove, de forma agregadora e não exclusiva, é a coesão da ordem jurídica, de forma que todas as normas coexistam ocupando um espaço válido.

Benjamin e Marques explicam os três sentidos principais à palavra “diálogo”, da forma utilizada por Erik Jayme, sendo eles a plasticidade, as influências e aproveitamento recíprocos e a harmonia⁵². Tais sentidos, explicados a seguir, expressam a forma democrática e aberta proposta pelo método de Jayme para solucionar o contemporâneo problema da excessiva profusão normativa, que faz com que as regras sejam lidas de forma isolada e não conjunta, como se esperaria.

A plasticidade refere-se à característica de não rigidez do diálogo, em oposição ao que se verifica no “monólogo”. Pretende-se evitar o discurso metodológico rígido tradicional, por meio do qual um método supera o outro, uma lei revoga a outra ou uma

⁴⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Diálogo das fontes* no direito do consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 186.

⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 131.

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 130.

⁵² BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 168.

fonte ou um valor é considerado superior a outro. Esta característica é muito importante, simbolicamente, para as “jovens disciplinas welfaristas”, à procura de autonomia, e para o grupo dos chamados “hipervulneráveis”⁵³, uma vez que as normas criadas para sua proteção sequer conseguem “falar” em razão da imediata aplicação das normas tradicionais, fazendo com que o caso se resolva sem que se olhe ou se escute o que os direitos humanos impõem. A plasticidade do diálogo das fontes é, portanto, a característica que viabiliza a escuta daqueles que, normalmente, não receberiam escuta acerca de suas circunstâncias, necessidades, valores, pretensões e direitos em razão da aplicação “cega” da norma tradicional.

As influências e aproveitamento recíprocos, que também poderiam ser traduzidos como convivência, representam a “quebra do tom autoritário dos diálogos tradicionais, como *lex specialis, lex generalis, lex superior.*”⁵⁴ Conforme já mencionado, o diálogo permite a convivência de paradigmas, superando a categorização das fontes e fazendo com que, por meio da sua permeabilidade e entrelaçamento, existam influências recíprocas.

Por fim, a harmonia do diálogo das fontes significa esta tentativa de se restaurar a coerência da multiplicidade normativa e da sua utilização em observância aos valores constitucionais e dos direitos fundamentais, abandonando-se o tradicional e assistemático modelo antinômico. O ponto de partida e de chegada de qualquer interpretação deve ser a Constituição e os direitos fundamentais nela encartados, os quais, de tão essenciais, configuram cláusula pétrea. Neste sentido, Marcelo Schenk Duque afirma que “o próprio conceito de constituição encerra, em si, pelo menos a partir de sua pré-compreensão, a

⁵³ Em seu artigo 4º, I, o Código de Defesa do Consumidor consagrou o princípio da vulnerabilidade, presumida aos consumidores pessoas físicas. Diferencia-se desta a vulnerabilidade potencializada, especial, agravada ou hipervulnerabilidade de alguns grupos de consumidores que, por suas características, necessitam de uma proteção diferenciada (são exemplos as crianças, os idosos, os analfabetos, dentro outros). Para estudo aprofundado sobre a vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, veja: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 168-169.

existência de um diálogo entre as fontes normativas que integram o ordenamento jurídico”⁵⁵.

Duque entende que a prática de um diálogo é fundamental na interação dos vários âmbitos – e dos níveis a eles inerentes – da ordem fundamental jurídica da coletividade⁵⁶. Benjamin e Marques lembram, porém, que, além da Constituição, o diálogo em âmbito nacional deve igualmente considerar a crescente influência do direito internacional, especialmente as convenções de direitos humanos⁵⁷.

Aproximando a teoria do diálogo das fontes com a teoria da Constituição, Duque vê o princípio da unidade do ordenamento como fomentador da ideia de diálogo das fontes. Para o autor, partir do momento em que todos os âmbitos jurídicos são direcionados a um princípio fundamental comum decorrente da exaltação da pessoa e de sua dignidade, é estabelecida a unidade do ordenamento jurídico. Logo, para que haja unidade e ausência de contradições, é essencial que a pessoa esteja situada no centro do ordenamento jurídico, de forma que todos os âmbitos do Direito convirjam para a Constituição, uma vez que esta reconhece a importância desta realidade⁵⁸.

Ou, dito de outra maneira, “a Constituição só é colocada no centro do ordenamento jurídico pelo fato de reconhecer a pessoa como seu fundamento supremo”⁵⁹. A existência de uma comunicação frutífera entre as fontes normativas representa a manutenção da unidade do ordenamento jurídico, a qual tem na pessoa humana o seu epicentro. Por isso,

⁵⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 128.

⁵⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 128.

⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 169.

⁵⁸ André Ramos Tavares afirma que vivemos, atualmente, a fase do *constitucionalismo globalizado*. Segundo o autor, no contexto da globalização, a proteção dos direitos humanos tornou-se verdadeiro “dogma”, do qual não se pode desviar qualquer país. “Ora, em síntese, tem-se uma fase ‘final’ do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente”. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 [e-book])

⁵⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 131.

é possível dizer que o princípio da unidade do ordenamento jurídico pressupõe a ideia de diálogo das fontes⁶⁰.

A depender das peculiaridades postas no caso concreto, o qual apontará para um grupo de normas aplicáveis, o diálogo exercerá funções diferentes, adequando-se para suprir o tipo de lacuna que se apresentar. Assim, conforme Claudia Lima Marques, este novo instrumento de coordenação das fontes, que visa a restaurar a coerência do sistema, reduzir a sua complexidade e realizar os valores ideais da Constituição, pode ser de três tipos: de coerência, de subsidiariedade ou de adaptação⁶¹.

O diálogo de coerência ocorre quando uma lei serve de base conceitual para outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma lei é central do sistema e a outra um microssistema específico. Bruno Miragem explica que, neste caso, preserva-se o âmbito de aplicação de ambas as leis, evitando-se a sobreposição e utilizando-se como critério o fundamento teleológico das normas⁶².

De forma diversa, quando uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender do seu campo de incidência, tem-se o diálogo da complementariedade ou subsidiariedade. Este diálogo busca a utilização de normas, princípios ou cláusulas gerais de uma norma ainda que subsidiariamente (ou complementarmente), evitando-se a revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei prevalece e a outra lei é superada e “retirada” do sistema.

Por fim, o diálogo de coordenação e adaptação é aquele em que existem influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a

⁶⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 131.

⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

⁶² MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 75.

transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes)⁶³ alcançadas em uma lei para outra, ou a influência do sistema geral no especial e vice-versa⁶⁴.

O diálogo das fontes vai, portanto, além do que propõe o método de interpretação semântica das normas jurídicas. O diferencial deste método está na imprescindível inclusão de valores na sua aplicação, característica tão inerente a si que, sem ela, desnatura-se. No entender de Leonardo Roscoe Bessa, o diálogo das fontes transcende a mera interpretação normativa porque significa, em última análise, uma nova postura do intérprete, o qual deverá buscar conciliar os diversos diplomas legais, sob as luzes e valores constitucionais, antes de ver a revogação ou derrogação da norma.

Isso porque, “uma norma pode servir de base conceitual para a outra, pode suprir uma lacuna ou, sob a ideia de coerência do ordenamento jurídico, indicar a melhor interpretação da lei especial.”⁶⁵ A mesma visão é compartilhada por Bruno Miragem, para quem o fundamento lógico de validade de uma norma em relação a outra, proposto pelo diálogo das fontes, “sustenta-se em uma hierarquia axiológico-interpretativa, a partir das normas e valores constitucionais que informam a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional.”⁶⁶

A prevalência de uma norma sobre a outra é, então, a derradeira alternativa, cabível apenas na hipótese de não ser possível encontrar uma interpretação harmônica entre os diversos diplomas especiais e considerada a perspectiva constitucional. Os próprios critérios clássicos de resolução de conflitos de leis no tempo pela hierarquia, especialidade e anterioridade apresentam, para Marques, uma nova visão com “diálogos”:

(...) a nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que é a ideia de

⁶³ O que Claudia Lima Marques denominou *transposição do “Richterrecht”* é exemplificado por Bruno Miragem na esfera do diálogo entre o direito civil e o direito do consumidor, de forma que a jurisprudência produzida no âmbito do consumidor é aplicada na interpretação das normas civis. (MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 77)

⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

⁶⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72.

complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas, com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador. Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático⁶⁷.

Através de interpretação nova dada a conceitos antigos, o diálogo das fontes concretiza o seu objeto de harmonizar a ordem normativa utilizando-se dos próprios conceitos nela ainda vigentes. Evita, com isso, a extirpação de normas em prol de uma solução sistemática mais fluída, aberta e flexível⁶⁸ que muito melhor se amolda às características pós-modernas de pluralidade, complexidade, primazia dos direitos humanos e do direito à diferença⁶⁹. Conforme Andrea Marighetto, mais que uma alternativa entre os demais instrumentos de sistematização das fontes do direito, o diálogo das fontes representa a justa resposta ao fenômeno da fragmentação e da insegurança normativa que a pós-modernidade nos apresenta⁷⁰.

Fala-se que o diálogo das fontes é um método porque, baseando-se em critérios ou premissas, busca analisar um fenômeno (multiplicidade normativa na pós-modernidade), observando os resultados decorrentes dessa relação e, com isso, oferecendo caminhos para que dessa interação resultem avanços⁷¹. Diferencia-se dos demais métodos existentes na ciência jurídica porque exige que o processo de interpretação seja necessariamente pautado pela primazia da proteção dos direitos humanos. Em resumo, o diálogo das fontes representa um método de concretização da proteção aos direitos humanos.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30-31.

⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45/2003, p. 71-99, Revista dos Tribunais Online.

⁶⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 60 e 251.

⁷⁰ MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistematico-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* no direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 122.

⁷¹ “Método é caminho. Metodologia é um processo, uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa.” (MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21)

Jayme teme que do processo de globalização resultem violações à dignidade da pessoa humana⁷². Assim, afirmando que o *Leitmotiv* que reassume a nossa cultura jurídica contemporânea é o papel primordial dos direitos humanos⁷³, propulsiona um movimento na ciência jurídica caracterizado pela retomada do olhar ao indivíduo⁷⁴. Este viés *pro homine* é a única exigência de um método que, de forma muito democrática, não pre-estipula como deve se dar a “conversa” entre as fontes. Isto é, por meio da maleabilidade ou permeabilidade, o diálogo promove a coordenação das fontes de forma flexível e útil (*effet utile*), desde que não se perca o enfoque no mencionado *Leitmotiv* ou motivo condutor da teoria de Jayme⁷⁵.

Tal referência guia do direito pós-moderno é, como afirma Claudia Lima Marques, o *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a serem utilizados no caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais que privilegiam certas partes e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura por uma equidade cada vez mais discursiva do que efetiva⁷⁶. Logo, se por um lado o diálogo das fontes é aberto, não propondo fórmula específica, o que não é relativizável neste método é a concepção de que a ordem jurídica deve ser coerente com os valores máximos da proteção humana, inclusive fazendo com que, para o intérprete, dependendo das circunstâncias, seja mais importante a “forma de dizer” e seu resultado

⁷² JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Orgs. e Tradução). *O Novo direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 133.

⁷³ “Le ‘leitmotiv’ qui rassemble notre culture juridique contemporaine est le rôle primordial des droits de l’homme (...)”. (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 37)

⁷⁴ Para Marcelo Schenk Duque, isso corresponde a dizer, na esfera do Direito do Estado, que é o Estado quem está para a pessoa, e não o oposto. (DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.130)

⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28-29.

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [e-book]. Para Marques, a necessidade de coordenação em praticamente todas as áreas do Direito ressurge com o chamado “fenômeno da descentralização da produção normativa”, hoje não mais concentrada nos Estados e sim cada vez mais descentralizada e de *soft law*, fazendo com que normas positivas não estejam mais concentradas em códigos únicos ou macrocódigos (como o Código Civil de 2002), mas em microcodificações, como exemplifica bem o direito do consumidor no Brasil (com o CDC de 1990), e uma grande variedade de leis especiais com diferentes campos de aplicação subjetiva (como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente) e material (como a lei do consórcio, do seguro-saúde), ressurge a necessidade de coordenação em praticamente todas as áreas do Direito.

do que o conteúdo e a hierarquia “do dizer”⁷⁷. Se as fontes dialogam buscando encaixe, como num quebra-cabeça, os direitos humanos representam a peça inicial na qual todas as demais se baseiam para realizar a montagem e a qual deve, necessariamente, estar presente, em posição de destaque, na figura final.

Fala-se em *revival* ou restauração dos direitos humanos porque, com o transcorrer dos tempos e conseqüente desenvolvimento do direito – e da profusão normativa –, a prática jurídica afastou-se da ideia inicial que impulsionou o processo de internacionalização dos direitos humanos, criando os tratados internacionais hoje vigentes. Foi na denominada por Bobbio “Era dos direitos” em que houve a positivação dos direitos humanos e o seu destaque tanto em âmbito interno quanto internacional, tratando-se de conquista histórica⁷⁸, demonstrativo de verdadeiro progresso da humanidade.

Aplicando-se o método de Jayme em âmbito internacional, promove-se um diálogo entre as diversas fontes de direito internacional à luz dos direitos humanos, consagrados na “Era dos direitos” de Bobbio. O resultado deste diálogo (prevalência dos direitos humanos) vai ao encontro de ideia que já está sedimentada no direito internacional público, como demonstram os diversos instrumentos internacionais sobre o tema, apesar de nem sempre ser concretizada.

Ao elencar as fontes primárias de direito internacional, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não as hierarquiza. A regra é, portanto, que não há hierarquia entre as fontes formais de direito internacional público, existindo, porém, segundo Mazzuoli, duas exceções⁷⁹.

Uma delas é a Carta das Nações Unidas, a qual, em seu artigo 103, atribui a si primazia sobre todos os demais compromissos internacionais concluídos por quaisquer

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 166-167.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 8.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 126.

de seus membros⁸⁰. A outra exceção consiste nas chamadas normas *jus cogens*, reconhecidas por prevalecerem sobre todas as demais regras internacionais⁸¹.

Como será analisado mais detalhadamente em momento posterior deste estudo, ao considerar que as normas de direitos humanos possuem natureza *jus cogens*, o direito internacional busca eternizar o valor conferido a tais direitos quando de sua inserção no cenário jurídico, fazendo com que sempre prevaleçam em caso de conflito com outras normas. O objetivo do direito internacional é, portanto, o mesmo almejado pela aplicação do método do diálogo das fontes: a proteção e concretização dos direitos humanos.

Para Bobbio, a partir da pioneira Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁸², iniciou-se o processo de incorporação dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno dos diversos países e sua consagração como direitos fundamentais, em um movimento de mudança do foco do Estado soberano para o indivíduo. Para que fosse preservada a mesma relevância conferida aos direitos humanos em plano universal, os direitos fundamentais foram internalizados nas constituições, normas supremas das nações.

No plano interno, os direitos fundamentais encontram-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do sistema de normas que conformam o ordenamento porque constituem a base axiológica e lógica da atual doutrina constitucional⁸³. A

⁸⁰ “Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.” (BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 126.

⁸² “As declarações de direitos humanos ao longo da história apresentam duas marcas características. De um lado – não sendo acompanhadas de meios que determinem o caráter cogente de suas disposições – são observadas como uma declaração solene sobre as bases jurídica e política da vida comunitária. De outro lado, há as hipóteses em que a declaração de direitos, em razão da organização jurídico-política de um determinado país, ou do lugar que ocupa no ordenamento, determina-lhe dado grau de coerção. A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, erige-se como documento central no âmbito do direito internacional, de caráter promocional, e que desde seus trabalhos preparatórios concentrou-se na preservação do pluralismo e de seu caráter multicultural.” (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [e-book])

⁸³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 61. A Constituição Federal destacou a importância superior da proteção do indivíduo tanto em esfera nacional quanto internacional. Assim, no plano interno, a dignidade da pessoa é apresentada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III). Além disso, o artigo 3º aponta como objetivo da nossa nação a construção de uma sociedade justa e que promova o bem de todas as pessoas. No plano internacional, a prevalência dos direitos humanos é taxativamente elencada entre os princípios da República Federativa do Brasil (artigo 4º, II).

constitucionalização dos direitos fundamentais ocorreu justamente para que tal conteúdo essencial não estivesse suscetível à ação erosiva do legislador⁸⁴; todavia, enquanto valores que fundam uma ordem, informando ao direito qual deve ser a sua essência, necessitam de outras normas que os efetivem.

No Brasil, temos uma Constituição que, ao mesmo tempo em que traz extenso rol de direitos e garantias fundamentais, recorda a necessidade de observação também dos tratados internacionais que compõem a ordem jurídica do país. Para Mazzuoli, a Carta de 1988, por meio do §2º do artigo 5º⁸⁵, inaugurou, de forma inédita, no tocante ao sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*, consistindo na fonte de direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição) e na fonte de direito internacional (direitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte).

Por meio dessa dualidade de fontes (internas e internacionais), o que se visa, portanto, são resultados jurídicos com a máxima proximidade e aproveitamento dos direitos humanos, de forma que, em caso de conflito, o intérprete deve sempre optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio *pro homine*⁸⁶). O intérprete pode aplicar, inclusive, duas normas que estejam em aparente antinomia entre si, cada qual naquilo que tem de mais protetivo à pessoa, afastando, com isso, a utilização dos métodos tradicionais (e ultrapassados, no âmbito dos direitos humanos) de solução de antinomias⁸⁷.

⁸⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133.

⁸⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

⁸⁶ Em matéria de direito do consumidor, Claudia Lima Marques defende que o diálogo das fontes permite assegurar à pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme os valores e princípios constitucionais de proteção especial, renovando-se, assim, a aplicação do próprio sistema constitucional com a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos e concretizando-se o princípio *pro homine* defendido por Cançado Trindade. MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36-37.

O processo de incorporação dos direitos humanos na ordem interna exigiu do legislador nacional e dos operadores do Direito em geral a previsão gradativa de instrumentos que conferissem efetividade a tais direitos, também tendo em vista que o rol de direitos humanos reconhecidos *a priori* na ordem internacional é complementado e desenvolvido ao longo do tempo, o que demanda o contínuo reconhecimento e incorporação de novos direitos no direito interno⁸⁸. Neste sentido, a utilização do método do diálogo das fontes facilita a inclusão, na ordem jurídica, dos novos direitos cuja exigência nasce, nas palavras de Bobbio, “somente quando nascem determinados carecimentos⁸⁹, sem que, para tanto, tenham que ser produzidas mais leis em um sistema de normatização já saturada”⁹⁰.

Logo, a interpretação valorativa defendida por Jayme em sua teoria é necessária porque, apesar de o operador do direito estar ciente da unidade do ordenamento jurídico e da relevância que este confere aos direitos fundamentais e humanos, na prática, como visto, as questões são resolvidas através das tradicionais alternativas oferecidas aos conflitos de leis. Estas, porém, não dão espaço à inserção dos valores de proteção do indivíduo, levando a um julgamento injusto⁹¹. Uma vez que a ordem jurídica nacional e internacional impõem a primazia dos direitos fundamentais e humanos, qualquer escolha

⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 54-55.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 10.

⁹⁰ “(...) O legislador deverá buscar, incansavelmente, uma regulação que concretize os pressupostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais, de modo a obter uma maior determinação da regulação normativa, bem como uma maior clareza, certeza e previsibilidade jurídicas, em relação à que seria obtida por um recurso direto e imediato aos direitos fundamentais.” (DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 136)

⁹¹ “(...) Mas o fato é que a interpretação sistemática contemporânea, a partir do diálogo das fontes, frente à exigência de critérios formais de vigência da lei (*lex posterior*, *lex superior* e *lex specialis*), admite sua substituição, na falta de uma revogação expressa, pela noção de complementaridade entre leis, e ainda a derrogação parcial em certos casos, visando o resultado concreto da aplicação. Dito apenas assim, pode parecer que do processo resulte mero arbítrio do juiz. Todavia, o que coordena e dá unidade lógica à aplicação de diferentes normas a um mesmo caso, ou ainda, a uma determinada interpretação que se obtenha, é a conformidade do resultado concreto da aplicação com direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A autoridade da supremacia da Constituição, conforme já foi mencionado, não se dão apenas em vista da não contradição das outras normas do ordenamento com os preceitos nela contidos. Dado o nítido caráter promocional do sistema de garantias e direitos fundamentais, revela-se também como exigência que se percebe do resultado concreto da aplicação da lei. Eis o fundamento que dirige e legitima a aplicação do diálogo das fontes, seja para aplicação coordenada de diferentes leis a um mesmo caso, de modo que se complementem, seja para distinguir o campo de aplicação de leis que disponham sobre temas semelhantes.” (MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 92)

que não observe essa prioridade é resultado de uma interpretação limitada pelas ultrapassadas regras de antinomia.

O diálogo das fontes insere-se em uma grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito, e uma nova perspectiva mais humanista sobre a relação entre as normas⁹². Entende-se que uma das maiores contribuições do método de Jayme à ciência jurídica – que também é o que torna o diálogo das fontes atemporal – é a sua capacidade de *atualizar* o processo de aplicação do direito, fazendo com que sobre ele incida a luz dos valores fundamentais⁹³.

Claudia Lima Marques e Antônio Herman Benjamin definem a visão profunda e a renovação teórica que Erik Jayme traz como “uma espécie de corrente de ar novo, retirando o ‘mofo’ dos instrumentos de direito intertemporal e da clássica teoria geral do direito”⁹⁴. Ou seja, a reintegração entre os direitos humanos e a ciência jurídica, propiciada pela aplicação do diálogo das fontes, promove uma verdadeira “oxigenação” no sistema, fazendo com que este se coadune aos valores da contemporaneidade.

A teoria de Jayme foi criada, originalmente, sob a perspectiva do direito internacional privado, o qual, segundo o autor, é destinado a tornar-se uma das matérias-chave para a proteção da pessoa humana, sendo este objetivo considerado a razão mesmo de ser do direito privado. Jayme questiona qual deveria ser a reação do direito internacional privado, sobretudo no que concerne a proteção ao indivíduo, face ao fenômeno da globalização e suas características de velocidade, ubiquidade e liberdade do nosso tempo⁹⁵. E ressalta na solução dada em tais situações a ausência de uma perspectiva

⁹² MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23-24.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

⁹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 167. Cançado Trindade também defende a necessidade de renovação e evolução do direito. Segundo o autor, a ciência jurídica contemporânea reconheceu que o conteúdo e efetividade das normas jurídicas acompanham a evolução do tempo, não sendo destes independentes. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 37)

⁹⁵ Ao discorrer sobre a característica de velocidade, o autor critica regra da convenção europeia sobre a competência, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria matrimonial, de 1998, que, em que pese tenha privilegiado uma solução mais veloz, desfavorece o interesse do cônjuge que continua em seu

prioritariamente humanista nas normas incidentes, o que poderia ser solucionado pela aplicação do método do diálogo das fontes.

Apesar da origem e exemplos provenientes do direito internacional privado, percebe-se que a estrutura aberta e a única exigência de primazia dos direitos humanos e fundamentais fazem com que a teoria de Erik Jayme possa ser aplicada em qualquer área do Direito que precise de atualização⁹⁶. Esta é a visão de Claudia Lima Marques, para quem o diálogo das fontes pode ser usado em várias áreas e disciplinas jurídicas, fazendo com que os direitos fundamentais e valores constitucionais iluminem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes. Para a autora, o domínio do método ajuda na escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação “conforme a Constituição”, resultando na inexistência de lacunas⁹⁷.

A previsão do uso do diálogo é raramente feita pelo legislador⁹⁸, sendo geralmente deixada ao intérprete e aplicador da lei. Cabe, portanto, ao operador do Direito, conhecedor da ordem jurídica, promover o diálogo entre as fontes normativas, optando por solução que reflita a hierarquização do sistema em prol da prevalência da proteção aos indivíduos.

O diálogo das fontes exerce a sua função de método de concretização dos direitos humanos quando funciona como conector da norma que regula o caso concreto à essência

país de origem e deseja manter o casamento. Quanto à ubiquidade, aponta a disparidade de diversas normas sobre escolha do local do comércio eletrônico para fins de conflitos de lei e de jurisdição, as quais prejudicam a parte mais vulnerável da relação. Por fim, no que diz respeito à liberdade, Jayme questiona o papel da autonomia da vontade nos casos de obras de arte pertencentes à herança comum da humanidade. (JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádya de (Orgs. e Tradução). *O Novo direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 135-141.)

⁹⁶ No tocante ao tema das imunidades de estado, objeto desta dissertação, importa ressaltar que se relacionam tanto ao direito internacional público quanto ao direito internacional privado, consistindo em verdadeira “área cinzenta” na qual não existe prevalência de um sobre outro, tratando-se de matéria em constante evolução. (MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. Las inmunidades de Estado Extranjero em la Pauta del Judiciário Brasileño: Avances y Desafios. *Desafios do Processo Civil Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 276.)

⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

⁹⁸ Como exemplo de diálogo das fontes ordenado pelo legislador, Claudia Lima Marques traz o artigo 117 do CDC, o qual determina a aplicação do Título III do CDC aos casos da anterior Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, “no que for cabível”, “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais”. (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 140-141.)

do ordenamento jurídico de proteção aos direitos fundamentais e humanos⁹⁹, impedindo que a escolha da norma aplicável se afaste da lógica em que repousa toda a ordem jurídica. Com isso, além de alcançar a solução mais justa ao caso concreto, o método de Erik Jayme promove uma renovação de todo o sistema jurídico, impedindo a desconsideração dos direitos humanos na tomada de decisões.

1.2 O PROBLEMA DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DE ESTADO E A SOLUÇÃO POR MEIO DO DIÁLOGO DAS FONTES

A teoria do diálogo das fontes, criada por Erik Jayme no âmbito do direito internacional privado, como visto, foi transplantada por Claudia Lima Marques para o Brasil, aqui se consagrando no direito civil e, principalmente, no direito do consumidor, abrangendo vários temas em tais esferas jurídicas¹⁰⁰. A flexibilidade da teoria, cuja única exigência inafastável é a priorização dos valores de proteção ao indivíduo, a torna aplicável a diversas disciplinas do direito, dentre elas o direito internacional público.

⁹⁹ “(...) a essa primazia de vigência da Constituição é confrontada uma primazia de conhecimento do direito privado, fundada não apenas em sua tradição milenar, como também na estrutura e proximidade de objeto de suas normas. Se, por um lado, os direitos fundamentais, com sua afinidade particular aos modelos de argumentação políticos e morais, possuem uma hierarquia de vigência superior às normas civis, por outro, o sistema de normas de direito privado pode acusar uma racionalidade jurídica “mais alta” (*höhere*) ou até mesmo melhor, no sentido de mais pura *reinere*. Nesse aspecto, o diálogo das fontes torna-se mais uma vez fundamental, visto que os dois âmbitos jurídicos têm muito a apreender um com o outro.” (DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 138)

¹⁰⁰ “Assim, podemos afirmar que o e. Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Estaduais, os juízes de primeira instância e os JECs consolidaram o uso do método do diálogo das fontes como caminho para – em casos difíceis – assegurar a prevalência do princípio *pro homine* e desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais por aplicação do CDC às relações privadas. Se inicialmente o e. Superior se mostrava resistente à ideia de convivência de fontes como eficácia da proteção constitucional especial aos consumidores, como se observa nos votos vencidos que usaram a expressão em matéria de serviços públicos (REsp 911.802, Min. Herman Benjamin) e do uso do prazo prescricional geral se mais favorável ao consumidor (REsp 782.433, Min. Nancy Andrighi), note-se que a ideia de um “diálogo” de aplicação simultânea do CDC, CC e leis especiais para realizar, de forma mais eficaz, a proteção do consumidor foi recebida nas decisões mais recentes do e. STJ, em matéria de *leasing* (REsp 1.060.515-DF), de SFH (REsp 969.129-MG), transporte (REsp 821.935-SE), seguros (REsp 403.155-SP), crianças (REsp 1.037.759-RJ), idosos (REsp 1.057.274-RS), bancos (REsp 347.752-SP), incorporação imobiliária (AgRg no REsp 1.006.765-ES), processo civil (REsp 1.241.063/RJ) e serviços públicos (REsp 1.079.064-SP), e a expressão diálogo das fontes já consta em algumas de suas ementas (veja REsp 1.037.759-RJ, REsp 1.060.525-DF, AgRg no REsp 1.196.537 e REsp 1.272.827/PE).” (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 134)

A expansão do diálogo das fontes para o conflito entre tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, e normas de direito interno, foi defendida com êxito por Valerio de Oliveria Mazzuoli em sua tese doutoral, sob a orientação de Claudia Lima Marques¹⁰¹. Nesta linha, se é possível a aplicação do método do diálogo das fontes ao direito internacional público clássico, sugere-se, neste trabalho, a sua utilização para promover a necessária atualização de um tema específico de tal disciplina: a imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro¹⁰².

Atualmente, a imunidade de Estado pode ser conceituada como a doutrina de direito internacional costumeiro que estipula que os Estados gozam de imunidade perante a jurisdição de tribunais de Estados estrangeiros por seus atos públicos soberanos¹⁰³. Ou seja, a regra da imunidade impede que uma nação figure como ré em processos perante o judiciário doméstico de outra nação, caso esteja em discussão um ato realizado pela primeira em sua qualidade de Estado soberano. Este conceito, hoje aceito pela maioria dos países¹⁰⁴, é o resultado do desenvolvimento histórico de uma doutrina inicialmente criada para evitar conflitos entre nações soberanas¹⁰⁵.

É indissociável o estudo da teoria da imunidade de Estado da compreensão da ideia de soberania, por ser esta o seu fundamento original. Compreendendo-se, portanto, as origens do conceito de soberania, pode-se entender a *raison d'être* da imunidade de

¹⁰¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. 265 f. Tese de Doutorado (Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

¹⁰² Existe a imunidade *jurisdicional* e a imunidade *de execução* de uma nação estrangeira perante as cortes domésticas de outra. Apenas a primeira modalidade, imunidade *jurisdicional*, será objeto de estudo desta dissertação, na qual, por tal motivo, a expressão “imunidade de Estado” é utilizada, indistintamente, como referência à imunidade *jurisdicional* de Estado.

¹⁰³ MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. p. 7.

¹⁰⁴ “As for ‘state immunity’, or foreign state immunity, by this is meant the immunity from the jurisdiction of its courts, premised on sovereign equality of states, which a state is required by public international law, whether custom or treaty, to accord in respect of acts performed in the exercise of foreign sovereign authority (that is, acts of an inherently sovereign character) to other states (...).” (O’KEEFE, Roger. State immunity and human rights: heads and walls, hearts and minds. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 44, p. 999-1045, 2011. p. 1004)

¹⁰⁵ “Seja qual for o fundamento teórico encontrado, o certo é que o motivo fundante da imunidade de jurisdição de Estado perante a Justiça de outro é o desejo de se manter relações amigáveis entre as nações, por meio da aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da reciprocidade, na aplicação dos adágios *quod tibi non vis fieri, alteri nec faceris* (‘não faças aos outros o que não querem que te façam’) e *quod vis ut alii tibi faciant, ut ipsis facies* (‘trate os outros como queres que te tratem’).” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 570-571)

Estado, esta que foi idealizada para efetivar o proclamado mútuo respeito e reconhecimento entre os Estados soberanos. Da relação intrínseca entre ambos os conceitos – soberania e imunidade – decorre, igualmente, que a gradual flexibilização dos limites que circundam a ideia de soberania ao longo de seu desenvolvimento refletiu-se na modelagem do escopo da imunidade de Estado.

A evolução civilizatória trouxe a necessidade de mudanças no tradicional modelo de atuação dos Estados, os quais deixaram de exercer unicamente atos típicos de governo, passando a se inserir no comércio e no mercado em condição análoga a de particulares. Houve, portanto, uma reinterpretação do conceito de soberania, provocando, como consequência, a alteração da concepção da imunidade de Estado¹⁰⁶. Esta, que antes apresentava uma única, invariável e negativa resposta para o questionamento acerca da possibilidade de uma nação soberana figurar como ré em ação perante o judiciário doméstico de outra nação soberana – Teoria Absoluta da Imunidade – teve de se reinventar e se desdobrar, criando nova faceta que abarcasse este novo perfil de agir estatal enquanto parte contratante em um mercado em rápida expansão – e assim foi criada a Teoria Relativa da Imunidade¹⁰⁷.

Ocorre que, como será demonstrado, a teoria da imunidade de Estado foi cunhada para consagrar o reconhecimento da soberania entre as nações quando estas ainda finalizavam seu processo de sedimentação. Servindo ao seu propósito inicial de impedir a supressão de uma soberania em prol de outra, e de, ao mesmo tempo, não obstaculizar o progresso das nações, a imunidade de Estado se adaptou, como acima referido, às novas

¹⁰⁶ “A evolução da prática internacional com respeito à imunidade de jurisdição do Estado tende a dar ao princípio uma consistência jurídica mais sólida na medida em que, ao deixar de ser absoluta para ser restrita, demonstra também o deslocamento do foco central da imunidade, que antes era concedida *ratione personae*, para tornar-se eminentemente *ratione materiae*. De fato, se antes a imunidade era reconhecida *ipso facto* ao seu titular pelo simples fato de tratar-se do Estado, hodiernamente há que se indagar do tipo de ato praticado por este ente protegido, a fim de que se estabeleça se lhe é ou não devida a proteção imunitária.” (TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 289)

¹⁰⁷ “*In the course of the nineteenth century states appeared as commercial entrepreneurs on a considerable scale, creating monopolies in particular trades, and operating railway, shipping, and postal services. The First World War increased such activities, and the appearance of socialist and communist states has given greater prominence to the public sector in national economies. Moreover, countries such as India have found it necessary to have a public sector as a basis for a planned development of a modern economy. After earlier doctrinal developments Belgian and Italian courts responded to the extension of state activity by developing a distinction between acts of government, jure imperii, and acts of a commercial nature, jure gestionis, denying immunity from jurisdiction in the latter case. This approach, often called the doctrine of restrictive or relative immunity, has been adopted by the courts of at least twenty countries.*” (BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 326-327)

realidades que se apresentaram (consequências da inserção do Estado no mercado, agindo como pessoa privada), comprovando, com isso, não se tratar de conceito imutável.

A análise do desenvolvimento da imunidade de Estado, com seus desdobramentos teóricos, demonstra que tal doutrina foi criada para normatizar o relacionamento político entre as nações. É um instituto-meio, desprovido de conteúdo substancial fixo, adaptando-se às relações entre os países, as quais são flutuantes. Esta doutrina de direito internacional deve, portanto, sempre apresentar fluidez, acompanhando as nuances sociais e ajustando-se às novas demandas postas – inclusive deixando de existir caso se revele despicienda ou até prejudicial face a um novo cenário global.

O problema da doutrina da imunidade de Estado estrangeiro, da forma que hoje se apresenta, é, exatamente, o seu descompasso com a realidade pós-moderna. Como ocorre com outros temas em âmbito jurídico, a aplicação tradicional e “cega” das regras que regem as imunidades de Estado estrangeiro no cenário contemporâneo resulta em decisões injustas. Pautando-se no ultrapassado mito da dignidade do Estado, mantém-se uma normatização que restringe a possibilidade de afastamento da imunidade estatal a poucas hipóteses, dentre as quais não se encontram atos que violem direitos humanos.

Do uso da obsoleta doutrina das imunidades no século XXI resulta a priorização da “dignidade do Estado” sobre a dignidade do indivíduo, o que vai de encontro aos valores da pós-modernidade. Neste ínterim, o diálogo das fontes surge como possível método de atualização da teoria das imunidades, promovendo a superação do mito da dignidade do Estado por meio do resgate da prevalência dos direitos humanos.

1.2.1 Origem, desenvolvimento e principais características da teoria da imunidade jurisdicional de Estado no direito internacional

Não fosse o território terrestre dividido em nações soberanas, independentes e autônomas, não haveria necessidade da criação da doutrina da imunidade de Estado, a qual surgiu sob o pretexto de impedir a sobreposição de poderes entre países iguais. As raízes da imunidade, portanto, remontam à história da formação do Estado e, consequentemente, à criação da ideia de soberania. A coexistência de vários governos

territoriais trouxe a necessidade da delimitação dos poderes que cada país poderá exercer sobre o outro¹⁰⁸.

Segundo Hazel Fox, a evolução do Estado pode ser resumida em um movimento pendular e cíclico entre centralização e dispersão de poder, desde a época do Império Romano. A dispersão do poder na Idade Média (que deu origem à regra segundo a qual um senhor feudal não poderia ser processado e gozava de imunidade perante a corte por ele mesmo criada para atender às demandas dos servos) foi substituída, a partir do século XVII, pela autoridade centralizada do Estado Moderno, com seu dual caráter de soberania sobre assuntos domésticos e independência nas relações com outros Estados¹⁰⁹. Assim, a soberania, termo que remete à ideia de “poder supremo”, é parte característica do Estado desde sua formação, permanecendo com este enquanto existir¹¹⁰.

Os conflitos por poder entre o Monarca e o Papa, existentes na França do século XVI, fizeram com que Jean Bodin desenvolvesse, pela primeira vez, o conceito de soberania. Para Bodin, o poder soberano é absoluto e perpétuo, ou seja, não apresenta limitações de poder, de responsabilidade ou de tempo, só sendo o “príncipe soberano” obrigado a prestar contas a Deus¹¹¹.

Fox afirma que a competência exclusiva interna, juntamente com igualdade externa e independência entre Estados são os pilares do sistema westfaliano¹¹², e que Bodin, em sua obra *República*, desenhou a teoria necessária para sedimentar tal sistema. Para tanto, ele centralizou o poder governamental, localizado no Estado westfaliano, conferiu personalidade legal ao Estado – o que o distinguiu dos demais membros do

¹⁰⁸ FERNANDES, Camila Vicenci. *Imunidade de Jurisdição de Estado Estrangeiro: Novos Desafios em Relação aos Direitos Humanos*. 2010. 136 f. Dissertação de Mestrado (Ciências Jurídicas e Sociais). Porto Alegre, 2010. p. 12.

¹⁰⁹ FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 24.

¹¹⁰ BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005. p. 2.

¹¹¹ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Tradução: Pedro Pedro Bravo Cala. Madrid: Tecnos, 1997. p. 48-49.

¹¹² “O sistema westfaliano refere-se ao sistema histórico de relações internacionais nascido dos Tratados de Westfália encerrando a Guerra dos Trinta Anos em 1648. Na teoria das relações internacionais, esta concepção centra-se no Estado como ator exclusivo ou principal da política internacional e enfatiza as noções de soberania nacional, equilíbrio entre potências e interesse nacional.” (S. MILANI, Carlos R. Globalização e contestação política na ordem mundial contemporânea. *Caderno CRH*, Salvador, v. 19, n 48, p. 377-383, 2006. p. 379)

senhorio – e lhe investiu poderes, direitos e privilégios antes dispersos entre feudos, guildas e outras relações¹¹³.

No entendimento de Bodin, o poder absoluto do soberano é a fonte da lei e da justiça sobre os súditos, devendo, portanto, prevalecer sobre qualquer norma. A inexistência de outra condição imposta ao soberano que não seja a obediência à lei de Deus e à lei natural é o que caracteriza a qualidade absoluta da soberania. Assim, “a soberania dada a um príncipe com encargos ou condições não constitui propriamente soberania, nem poder absoluto, salvo se as condições impostas ao nomear o príncipe derivam das leis divina ou natural”¹¹⁴.

Ernest K. Bankas ressalta, porém, que Jean Bodin foi cauteloso ao afirmar que a lei das nações (direito internacional) estaria fora do domínio do poder do soberano. Assim, o sistema de Bodin pode ser resumido na máxima *par in parem non habet imperium* – em tradução livre “entre iguais não há império” -, significando que seria tamanha a plenitude da soberania que esta não se limitaria por qualquer outro poder, seja em esfera doméstica, seja em esfera internacional¹¹⁵.

Os escritos de Bodin e de outros teóricos clássicos¹¹⁶ que estruturaram a ideia de soberania foram essenciais na construção do pensamento que fundamentou os primeiros precedentes judiciais sobre o assunto, os quais aplicavam a Teoria Absoluta da Imunidade¹¹⁷. Percebe-se que o fato de a doutrina das imunidades ter sido inaugurada de forma absoluta, ou seja, sem exceções, possui íntima ligação com o poder absoluto do soberano. Gozando os soberanos de poderes igualmente ilimitados, não se poderia

¹¹³ FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 24.

¹¹⁴ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Tradução: Pedro Pedro Bravo Cala. Madrid: Tecnos, 1997. 52-53.

¹¹⁵ BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005. p. 3.

¹¹⁶ O estudo mais aprofundado da ideia de soberania ultrapassa o objeto do presente trabalho, optando-se, aqui, pela limitação a breves notas sobre a teoria de Jean Bodin, por ser este considerado o criador do referido conceito. Todavia, Gentili, Grotius, Pufendorf, Bynkershoek e Vattel são alguns dos autores citados por Bahtiyar Mehmed como fornecedores de contribuições essenciais para a formação das raízes históricas do conceito de imunidade de Estado. Mehmed afirma que os autores clássicos são principalmente associados com trabalhos envolvendo imunidade pessoal de soberanos; todavia, mesmo à sua época eles não falharam em traçar uma linha distintiva entre atos públicos e propriedades do Estado estrangeiro soberano e seus atos privados e propriedades, o que posteriormente veio a ser reconhecido como teoria restritiva. MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. p. 12.

¹¹⁷ No emblemático precedente norte-americano sobre imunidades jurisdicionais de Estado, *Schooner Exchange v. McFaddon*, que será estudado a seguir, os autores clássicos Bynkershoek e Vattel são citados por Chief Justice Mashall.

admitir, evidentemente, a sobreposição de uma soberania sobre a outra. O direito internacional seria obedecido pelos Estados, portanto, por mera cortesia e pela necessidade de promover o comprometimento com fins de evitar descrédito.

A noção de Estado vigente à época em que a ideia de soberania foi cunhada pelos teóricos clássicos em muito se diferencia da percepção atual, até porque os modelos de governo das nações mudaram muito. Levando-se em conta o movimento pendular do poder mencionado por Hazel Fox, verifica-se, no século XXI, um retorno ao compartilhamento do poder¹¹⁸, o que se deu com o surgimento do Estado pós-moderno, de forma que as nações cedem parte de sua soberania em prol dos sistemas e regiões sendo criados em âmbito internacional.

Originada, portanto, na ideia de preservação da soberania das nações, a teoria da imunidade jurisdicional¹¹⁹ de Estado estrangeiro foi absorvida pelo direito internacional¹²⁰, no qual tem sido universalmente aceita como um princípio geral¹²¹, de origem costumeira¹²². A natureza de princípio é ressaltada por Lee M. Caplan, para quem

¹¹⁸ FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 24.

¹¹⁹ “*Jurisdiction is an aspect of sovereignty: it refers to a state’s competence under international law to regulate the conduct of natural and juridical persons. The notion of regulation includes the activity of all branches of government: legislative, executive and judicial. Although the state is conceived in international law as a single unit, nonetheless for the purposes of analyzing jurisdiction and its limits some distinctions are usually made. On the one hand is the power to make laws, decisions or rules (prescriptive jurisdiction); on the other is the power to take executive or judicial action in pursuance of or consequent on the making of decisions or rules (respectively enforcement or adjudicative jurisdiction)*”. (CRAWFORD, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 456).

¹²⁰ Sobre o assunto, Hazel Fox afirma que os Estados são sujeitos de direito internacional, e suas relações são governadas pelo direito internacional. Uma vez que a garantia ou recusa de imunidade ao Estado visitante, seus agentes, atividades ou propriedade diz respeito às relações do Estado do fórum com o outro Estado, a lei relativa à imunidade de Estado é governada pelo direito internacional. O que ocorre é que alguns países assumem uma discricionariedade considerável e uma ‘margem de apreciação’ no exercício da jurisdição doméstica e na especificação para aplicação, no tribunal do foro, das restrições à imunidade de outros estados, o que acaba se afastando da jurisdição que o direito internacional exige. (FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 17). Assim, a heterogeneidade do tratamento da imunidade de Estado pelas jurisdições domésticas não significa que o tema fugiu do escopo do direito internacional; trata-se, em verdade, de decorrência esperada de uma norma de origem costumeira, cuja tentativa de positivação em tratado universal ainda não restou exitosa.

¹²¹ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 26.

¹²² Apesar de majoritário, não é unânime o entendimento sobre a pertinência do tema ao direito internacional. Pela relevância do autor e do escrito, deve-se pontuar a divergência de H. Lauterpacht, o qual, em seu renomado texto intitulado “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, afirma não haver dúvidas de que o princípio da imunidade absoluta *não* faz parte do costume internacional. Para Lauterpacht, o fato de que em alguns países a garantia da imunidade de jurisdição ou de execução se dá mediante reciprocidade demonstra, indiretamente, que não há, sob o ponto de vista de tais países, uma regra vinculante de direito internacional sobre o assunto. O autor afirma que a (sua) visão de que não existe nenhuma regra do direito internacional que obrigue os Estados a conceder imunidade jurisdicional a outros estados é, de fato, heterodoxa, estando em desacordo com o entendimento quase uniformemente expresso

a doutrina da imunidade de Estado estrangeiro não apenas detém raízes principiológicas, como nasceu da tensão entre dois importantes princípios de direito internacional – igualdade soberana e jurisdição territorial exclusiva¹²³.

As normas de imunidade derivam parte do direito internacional costumeiro, parte do direito internacional convencional no entendimento de Hazel Fox. A autora ressalta que, diferentemente do que ocorre com o direito diplomático, o qual foi codificado pelas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, de 1961 e 1964, não existe uma convenção multilateral aceita por todos contendo a lei sobre a imunidade de Estado¹²⁴. Para Mazzuoli, porque as Convenções de Viena não disciplinam, em norma alguma, a imunidade do próprio Estado (em sua condição de pessoa jurídica de direito público externo) à jurisdição (civil) de outro, foi relegado ao costume internacional (com apoio da doutrina e da jurisprudência) a regulação da matéria¹²⁵.

Xiaodong Yang, por sua vez, afirma que a lei sobre imunidade de Estado deriva majoritariamente de precedentes judiciais, juntamente a outras fontes tais como legislação nacional, tratados (bilaterais e multilaterais), declarações feitas por governos e opiniões de doutrinadores, incluindo, particularmente, os esforços de codificação por outros órgãos¹²⁶. A grande relevância das decisões domésticas, frequentemente ressaltada pela doutrina¹²⁷, decorre da já mencionada inexistência de uma norma única internacional para reger a matéria. Apesar de o artigo 38(1)(d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça

em livros didáticos. Aponta, todavia, que não é explicado por que, se a imunidade de jurisdição é uma regra de direito internacional, não é aplicável a atos *jure gestionis*; ou, assumindo que a imunidade absoluta de jurisdição era, originalmente, uma norma de direito internacional, quando e como os Estados consentiram em limitar tal regra a assuntos *jure gestionis*. (LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 228) A crítica de Lee M. Caplan harmoniza-se com a de Lauterpacht: “As a result of this awkward development, the restrictive approach to immunity, as adopted by most states, draws the line between immune and nonimmune conduct at a point beyond that required by customary international law. In fact, most states afford a range of immunity protections to foreign states that exceed the demands of customary international law.” (CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 758 e 764)

¹²³ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 745.

¹²⁴ FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 17.

¹²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 570.

¹²⁶ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 26.

¹²⁷ “The rules regarding state immunity have developed principally from the judicial practice of states, each acting within its own jurisdiction”. (BADR, Gamal Moursi. Whither state immunity? An assessment of the current state of the law. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 20, p. 147-171, 1981-1982. p. 167)

elencar as decisões judiciais apenas como fontes subsidiárias, estas desempenham papel fundamental quando inexistente fonte internacional vinculante sobre o tema. Além disso, a legislação nacional e as decisões dos tribunais domésticos também podem ser enquadradas como fontes nos termos dos subparágrafos (b) e (c) do artigo 38(1) – costume internacional e princípios gerais de direito¹²⁸.

Importa ressaltar que, se a imunidade é exigida pela lei internacional, então a falha em conceder imunidade quando devida seria teoricamente uma violação da lei internacional, o que ensejaria responsabilidade estatal. Neste sentido, Yang menciona que os tribunais domésticos estão cientes de que, garantindo ou negando imunidade, estão obrigados pelo direito internacional a agir em conformidade com certos padrões mínimos, mas não simplesmente por regras internas de procedimento ou por considerações de conveniência. Além disso, segundo o autor, o direito internacional permite que os estados (isto é, seu legislativo, cortes e tribunais) tenham uma ampla margem de discricção, dependendo das regras concretas pelas quais as questões de imunidade devem ser resolvidas¹²⁹.

A elevada relevância assumida pelos precedentes domésticos é uma particularidade do tema das imunidades jurisdicionais quando comparado às demais disciplinas de direito internacional, as quais possuem, geralmente, fontes de direito internacional, não nacional. A contribuição doméstica das nações na formação da heterogênea doutrina da imunidade de Estado transcende, porém, a prolação de decisões judiciais. Alguns países já criaram legislações internas, imprimindo seu próprio entendimento acerca da doutrina das imunidades de Estado e sua aplicação.

Gamal Moursi Badr fez um estudo comparativo entre a Convenção Europeia sobre Imunidade de Estado e seu Protocolo Adicional de 1962, a Lei dos Estados Unidos de 1976 (*U.S. Foreign Sovereign Immunities Act – FSIA*), a Lei da Grã-Bretanha de 1978 (*British State Immunity Act*) e a Lei da Singapura de 1979 (*Singapore State Immunity Act*). Assim como os precedentes domésticos, as leis internas também são um demonstrativo da peculiar característica de normatização nacional da doutrina das imunidades. A relevância das legislações internas é destacada por Badr, ao considerá-las

¹²⁸ FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 68-69.

¹²⁹ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 35.

“desenvolvimentos que pontilharam o longo e tortuoso caminho da doutrina da imunidade de Estado e a afetaram de tal forma que sua contínua influência na futura evolução da doutrina no direito internacional mal pode ser questionada.”¹³⁰

Existe, ainda, uma norma de âmbito regional e uma iniciativa de lei de escopo universal, a última não estando em vigência. A norma regional é a Convenção Europeia sobre a Imunidade dos Estados, também chamada Convenção de Basileia, aprovada no âmbito do Conselho da Europa e que entrou em vigor em 11 de junho de 1976. Segundo a Convenção da Basileia, o Estado não pode reivindicar imunidade quando aceita a jurisdição do tribunal em que a demanda estiver sendo processada ou quando o caso for sobre contrato de trabalho, participação em empresa ou associação, atividades industriais, comerciais ou financeiras, direitos sobre bens imóveis no país em que o imóvel está situado ou reparação por danos pessoais materiais¹³¹.

A criação da Convenção Europeia influenciou as Nações Unidas a elaborar um instrumento equivalente em âmbito global. Assim, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU criou a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estados e suas Propriedades, aberta à assinatura em Nova York, em 17 de janeiro de 2005. A primeira tentativa de codificação universal da matéria, como dito, nunca entrou em vigor por insuficiência de ratificações – inclusive do Brasil, que sequer assinou o instrumento.

A vigência de uma norma universal em matéria de imunidades de Estado será um marco relevante na história de tal doutrina, a qual desenvolveu-se, ao longo do tempo, de forma lenta, gradual e complexa. Durante este processo, que durou mais do que um século, a forma inicial da teoria, chamada absoluta, foi superada pela sua forma atual, relativa.

O primeiro período da doutrina da imunidade de Estado, abarcado pelos séculos XVIII e XIX, é chamado período da teoria absoluta porque os Estados estrangeiros gozavam completa imunidade dos procedimentos legais domésticos de uma nação

¹³⁰ O aprofundamento do conteúdo de tais instrumentos ultrapassa o objeto da presente pesquisa, recomendando-se, para tanto, a leitura do estudo de BADR, Gamal Moursi. *Whither state immunity? An assessment of the current state of the law. Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 20, p. 147-171, 1981-1982.

¹³¹ CONSELHO DA EUROPA. *European Convention on State Immunity*. 1972. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074> Último acesso: 26 out. 2018.

diversa¹³². A época ainda era de sedimentação dos Estados como tais, e as soberanias interagiam umas com as outras de forma muito limitada em época de paz, fazendo-se uso predominantemente da diplomacia e da cooperação militar¹³³.

Assim, se existe algum momento em que a promoção da paz entre as nações e a prevenção de conflitos, de fato, serviram como justificativa plausível para a concessão de imunidade de Estado, este momento corresponde à fase inicial da doutrina. As características específicas do período histórico fizeram com que a imunidade existisse sem exceções, retirando-se completamente da competência do judiciário doméstico a resolução de contendas de qualquer natureza entre nações soberanas e, com isso, destinando-as ao manejo político¹³⁴.

A concessão da imunidade entre países é, portanto, uma opção política, sendo a manutenção dessa ordem condicionada à persistência da sua conveniência frente às mudanças que se apresentam no quadro social. Assim, modificando-se a relação entre as nações e, com isso, os interesses em jogo, poderão ser também modificadas as regras de imunidade. Isso significa que a concessão de imunidade de Estado, enquanto tradução de uma intenção política, não é regra meramente abstrata e desvinculada da realidade em que se insere. Pelo contrário, é norma de viés visivelmente político, forjada com o claro objetivo de proteger nações soberanas.

Ressalte-se que a qualidade *absoluta* da imunidade foi cunhada para impedir que um soberano ou um Estado soberano sofresse qualquer procedimento legal perante a corte de uma jurisdição estrangeira, independentemente da natureza do ato e das relações mantidas pelas nações envolvidas. Assim, em tese, havia imunidade para atos de comércio ou outros de natureza privada tanto quanto para atos exercidos no típico exercício da soberania – porém, na prática, exceções eram admitidas, como se verá a seguir.

Yang explica que a ideia de uma concessão absoluta de imunidade pode parecer ultrajante no atual mundo globalizado, no qual os países e suas entidades e empresas

¹³² CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 743.

¹³³ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 754.

¹³⁴ “The plea of immunity serves two purposes: first, it debars the court of the State where proceedings are brought (the forum court or national court) from inquiring further into the claim; and secondly, it removes the claim to another process of settlement, most frequently to settlement through diplomatic channels, although proceedings in the foreign State’s own court are also a possibility.” (FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 16-17)

rotineiramente se envolvem em atividades negociais e comerciais, além de comumente serem proprietários ou possuidores de propriedades utilizadas para fins privados e que estão localizadas no território do estado estrangeiro. Todavia, em uma época em que as atividades de negócios exercidas pelo Estado eram raras e a presença de um país em outro era limitada a poucas missões militares ou diplomáticas, esta era uma resposta natural ao fato de que, normalmente, as atividades de um Estado em território estrangeiro se resumiriam a atos essenciais de natureza pública, típicos de governo¹³⁵.

Considera-se que a teoria da imunidade absoluta foi consagrada pelo caso *Schooner Exchange v. McFaddon*, precedente norte-americano emblemático visto como *fons et origo* do direito da imunidade de Estado moderno. No ano de 1812, a escuna comercial de propriedade de dois cidadãos americanos, McFaddon e Greetham, foi apreendida pela marinha francesa enquanto velejava. Sob ordem de Napoleão Bonaparte, o bem foi transformado em um navio de guerra¹³⁶. Quando, porém, em razão do mau tempo, o navio aportou na costa norte-americana tempos depois, os proprietários originais ingressaram com ação judicial contra o governo francês, requerendo o bem de volta.

Os donos da renomeada “escuna *Exchange*” afirmaram que a ordem do então Imperador da França, Napoleão, que determinou a apreensão do bem enquanto este se direcionava do porto de Baltimore para a Espanha, violava o direito internacional, já que inexistente devido processo a deferir a propriedade do bem ao Estado francês¹³⁷. A França, por sua vez, sustentou que, enquanto navio de guerra, o *Exchange* representava uma arma do imperador e que, portanto, gozava das mesmas imunidades e privilégios que o próprio imperador. O caso foi encaminhado à Suprema Corte Norte-americana, a qual teve de decidir se um navio pertencente ao Estado francês estaria sujeito a ser confiscado mediante queixa de um indivíduo.

Paradigmática neste precedente foi a decisão do *Chief Justice John Marshall*, o qual identificou a questão em debate e, por meio de sua manifestação, criou o que até hoje é a base da doutrina da imunidade de Estado. O juiz reconheceu, por um lado, que o direito internacional determina que a jurisdição de uma nação dentro de seu próprio

¹³⁵ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 7-8.

¹³⁶ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 746.

¹³⁷ BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005. p. 14.

território é necessariamente exclusiva e absoluta. Disso decorre que, por ter adentrado território norte-americano, o navio *Exchange* estava sob a jurisdição exclusiva deste país.

Por outro lado, Justice Marshall também reconheceu o princípio da igualdade e independência entre as nações, além do princípio da igualdade soberana, o que impediria que um soberano estivesse em posição de julgamento por outro soberano, a ele igual. Assim, concluiu que, tendo o navio em questão sido convertido a propriedade francesa, como arguido, então os Estados Unidos, como igual à França perante o direito internacional, não estaria em posição de decidir sobre a propriedade do navio em suas cortes domésticas. Portanto, ao mesmo tempo em que outorgava à jurisdição dos Estados Unidos a decisão sobre a propriedade que se encontrava em seu território, o direito internacional proibia o exercício dessa jurisdição, já que essa propriedade pertencia a um governo estrangeiro¹³⁸.

Quando o caso *Schooner Exchange* foi julgado, não havia qualquer lei sobre a questão da imunidade para guiar Chief Justice Marshall, o qual teve de buscar apoio nos escritos dos filósofos clássicos. Tido como o caso em que a teoria da imunidade absoluta é inaugurada e sedimentada, sua fundamentação indica que a essência da soberania deve ser vista no contexto da supremacia de um país independente em suas esferas de operação, e, em razão disso, não pode ser submetido a quaisquer outras leis além de sua própria¹³⁹.

Há quem entenda, porém, que a decisão de Justice Marshall no referido caso não inaugurou a teoria absoluta da imunidade de Estado, afastando a possibilidade de apreciação pela jurisdição doméstica de um país todo e qualquer ato perpetrado por outra soberania. Xiaodong Yang afirma que, porque *Schooner Exchange* envolveu litígio sobre navio de guerra estrangeiro, ou seja, porque o objeto da demanda era algo soberano por excelência, não é possível concluir-se, de forma terminante, que Justice Marshall defendeu que os Estados estrangeiros devem ser considerados imunes em qualquer demanda, seja envolvendo atos públicos ou privados/comerciais¹⁴⁰.

Do mesmo modo, mas com argumento diferente, Lauterpacht, acredita não haver certeza se a decisão em debate pode ser precisamente citada como uma autoridade a favor

¹³⁸ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 746.

¹³⁹ BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005. p. 17.

¹⁴⁰ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 8.

do rígido princípio da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. Para ele, fica claro, a partir da linguagem do julgado, que o princípio básico regente não é a imunidade do Estado estrangeiro, mas a jurisdição plena do Estado territorial, e que qualquer imunidade do Estado estrangeiro deve ser atribuída a uma renúncia – expressa ou implícita – de sua jurisdição por parte do estado territorial¹⁴¹.

Referindo-se à realidade dos países de *common law*, Hazel Fox afirma que, exceto em relação a procedimentos relativos a terras e administração de Estados, as cortes consideravam a imunidade como barreira absoluta, isentando completamente a nação estrangeira da submissão jurisdicional ou executória ao fórum doméstico. Assim, mesmo na fase absoluta da doutrina da imunidade, eram admitidas algumas poucas exceções a sua concessão, as quais normalmente relacionavam-se a propriedade imóvel e a atos típicos de soberania¹⁴². Este é um dos motivos pelos quais alguns autores negam que houve, de fato, um momento em que a concessão da imunidade aos Estados foi totalmente absoluta, com o que se concorda.

Outra razão para que se defenda que a imunidade nunca foi absoluta encontra-se na sempre presente possibilidade de o Estado contra quem a demanda judicial seria movida abdicar do benefício, sujeitando-se, assim, à jurisdição doméstica estrangeira¹⁴³. Segundo a teoria absoluta, um país não pode ser levado à condição de réu nos tribunais nacionais de outro *sem o seu consentimento*. Havendo consentimento do país, pode-se prosseguir com a ação conforme as regras do judiciário do Estado processante. Assim, a existência da possibilidade de o país consentir com a ação judicial contra si instaurada já macularia o caráter absoluto da imunidade, a qual é presumida¹⁴⁴.

Portanto, a imunidade absoluta nunca teria sido realmente absoluta, seja porque os tribunais domésticos geralmente assumiam jurisdição em casos envolvendo propriedade imóveis locais de acordo com o clássico princípio *lex rei sitae*, seja porque sempre existe a possibilidade de o Estado réu abdicar do benefício. Ainda, a distinção entre atos de império (*jure imperii*) e atos de gestão (*jure gestionis*) como tentativa de

¹⁴¹ LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 229.

¹⁴² FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 17.

¹⁴³ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 7.

¹⁴⁴ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 50.

classificação da situação jurídica decorrente da progressiva inserção do Estado nas atividades de cunho eminentemente privado, como se verá a seguir, e as dificuldades classificatórias de tais atos, apontadas por Lauterpacht, seriam os derradeiros argumentos a demonstrar que nunca houve uma imunidade incondicional¹⁴⁵.

As divisões da imunidade de Estado em correntes teóricas – teoria absoluta e restritiva – apenas servem para a compreensão didática das modulações sofridas pela referida doutrina ao longo da história. Para além disso, e coadunando-se à tese segundo a qual nunca houve imunidade puramente absoluta, conclui-se que a estipulação de fases e denominações serviu unicamente à concretização formal das mudanças (influenciadas pela política) que os países entenderam por bem promover, conforme sua conveniência e levando em consideração, unicamente, o seu melhor interesse enquanto nação.

As diferentes nuances assumidas pela doutrina das imunidades jurisdicionais ao longo do tempo e até os dias de hoje demonstram que se trata de doutrina feita pelos Estados e para os Estados. Todavia, em tempos pós-modernos, este viés excessivamente protecionista ao Estado não pode ser mantido quando está em discussão ato cometido contra o indivíduo. Daí a tese, reiteradamente defendida neste estudo, pelo reconhecimento do afastamento da imunidade de Estado em casos de violação de direitos humanos enquanto nova demanda social, advinda especialmente das características da contemporaneidade, a ser concretizada através da inclusão de uma nova e pós-moderna vertente à doutrina em análise.

Enfim, a imunidade absoluta foi consagrada em uma era em que a distinção entre atividades soberanas e não soberanas não apresentava grande relevância, especialmente porque o funcionamento estatal à época estava confinado às esferas tradicionais, como legislação, administração, defesa nacional e condução das relações internacionais, fazendo-se possível considerar atividades “estatais” sinônimo de atividades

¹⁴⁵ “‘Absolute immunity’ has never been truly ‘absolute’. It has actually been subject to certain exceptions from the very beginning. First, it has always been possible for a State to submit to the local jurisdiction or otherwise to waive its immunity, either by invoking the jurisdiction of the court as a plaintiff, or by simply waiving it in a prior agreement or appearing as a defendant without objection (...) Secondly, immovable property has always been regarded as forming an integral part of the territory of the forum State and therefore is subject to no other law than that of the territory where it is situated (*lex rei sitae*) (...) Thirdly, cases involving immovable/real property have been accepted by proponents of both the absolute and the restrictive doctrine to give rise to a valid exception to immunity.” (YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 10)

“soberanas”¹⁴⁶. Todavia, a teoria absoluta da imunidade de Estado foi paulatinamente perdendo adesão pelos Estados quando estes assumiram novos papéis sociais e, com isso, passaram a perceber as vantagens existentes na relativização.

A teoria relativa da imunidade de Estado é a teoria hoje majoritariamente adotada pelos países e a mais aceita pelo direito internacional. Também chamada teoria restritiva, tem em comum com a teoria absoluta o entendimento segundo o qual a imunidade deve ser concedida quando o ato do Estado for de natureza pública, também chamado ato de império ou *jure imperii*. Diferentemente da teoria absoluta, porém, a teoria relativa limita apenas a tais atos públicos a garantia da imunidade. Quando praticadas pelo Estado atividades comerciais ou outros atos de natureza privada, também chamados atos de gestão ou *jure gestionis*, a imunidade é afastada porque, em tais situações, o país está atuando como privado, não como nação soberana.

A justificativa para a mudança de prisma das nações acerca da imunidade de Estado tem, como dito, relação indissociável com o processo de desenvolvimento dos países. A crescente participação dos Estados nas atividades econômicas causou uma profunda transformação nas funções do Estado, o qual passou a visto sob uma nova perspectiva. Com o aumento do comércio entre as nações, situações que envolvem negociações e aquelas nas quais os entes públicos agem como privados, cada vez menos justificável se tornou o pleito estatal pela concessão de imunidade em casos envolvendo tais atividades. Nesse sentido, a evolução da doutrina da imunidade restritiva testemunhou e contribuiu de forma significativa para uma redefinição das atividades soberanas e, portanto, da própria soberania, excluindo desta temas que antes estavam sob seu escopo¹⁴⁷.

A globalização desempenhou um papel essencial na mudança de paradigma de uma visão absoluta da imunidade para uma visão flexibilizada, que abarca exceções. Conforme Lee M. Caplan, a globalização colocou Estados e comerciantes privados em contato, o que fez com que os entes soberanos, em um primeiro momento, tentassem expandir suas prerrogativas quanto à imunidade para muito além do previsto pelo direito

¹⁴⁶ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 8.

¹⁴⁷ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 8.

internacional costumeiro, buscando, com isso, escapar de eventuais responsabilizações decorrentes de negócios¹⁴⁸.

Todavia, com o passar do tempo, princípios de justiça nas lides comerciais prevaleceram e impulsionaram o movimento pela restrição da imunidade de Estado quanto às suas condutas privadas ou comerciais. A justificativa primordial para a teoria relativa da imunidade teria sido que uma revisão judicial da conduta de natureza comercial ou privada de determinada nação não afrontaria sua dignidade¹⁴⁹.

Tendo em vista que a transição teórica em matéria de imunidade de Estado se deu com a gradual percepção da inadequação da rígida doutrina absoluta ao novo cenário de globalização e comércio aquecido que se descortinava, não se pode estabelecer uma linha cronológica que aponte, com exatidão, o momento em que a doutrina internacional passou a acolher a teoria relativa predominantemente. Percebe-se, todavia, que as mudanças mais expressivas na abordagem do tema ocorreram após a Segunda Guerra Mundial¹⁵⁰. Neste mesmo período histórico ocorreu a ascensão dos Estados socialistas, fato que, juntamente ao progressivo aumento da participação dos países capitalistas nas atividades comerciais ordinárias, originou o sentimento de que a imunidade estava sendo concedida de forma muito extensiva¹⁵¹.

Uma tendência se criava em um número cada vez mais expressivo de Estados, incluindo alguns provenientes do mundo socialista, que, distanciando-se da teoria absoluta, passavam a favorecer uma imunidade relativa que se limitava aos *acta jure imperii*¹⁵². A doutrina socialista, por sua natureza, apresenta tendência a resistir à superveniência da teoria relativa, defendendo a validade do conceito de imunidade absoluta. Todavia, os Estados socialistas têm a percepção de que é inevitável que realizem

¹⁴⁸ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 758.

¹⁴⁹ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 758.

¹⁵⁰ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 11.

¹⁵¹ GREEN, L. C. Resenha do Livro “State immunity: an analytical and prognostic view”, de Gamal Moursi Badr. *Ottawa Law Review*, Ottawa, v. 17, 190-195, 1985. p. 192. Sobre o assunto, Bahtiyar Mehed afirma o seguinte: “It [restrictive doctrine] owes its existence to the immense involvement of states into commerce, perhaps not only the emergence of ‘socialist’ states but in general increased state presence and interaction in trade had a good amount of weight behind the adoption of the doctrine.” (MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. p. 18)

¹⁵² GREEN, L. C. Resenha do Livro “State immunity: an analytical and prognostic view”, de Gamal Moursi Badr. *Ottawa Law Review*, Ottawa, v. 17, 190-195, 1985. p. 192.

transações e negócios em um mundo majoritariamente capitalista. Além disso, muitos dos contratos internacionais preveem a resolução de conflitos pela arbitragem ou por cortes domésticas¹⁵³, de forma que a relativização da imunidade de Estado poderá funcionar em seu favor quanto maior for a sua inserção no cenário comercial global.

Assim, conforme Bahtiyar Mehmed, com as políticas de nacionalização dos Estados socialistas e o subsequente estabelecimento de empresas estatais envolvendo-se em negócios internacionais, a necessidade de se restringir a imunidade das nações tornou-se latente. Isso porque, sob a doutrina absoluta, as companhias estatais teriam injusta vantagem sobre as companhias de natureza privada, já que as primeiras gozariam de imunidade jurisdicional, e as últimas, não. Tal situação colocaria, por óbvio, as empresas de Estados socialistas em uma clara posição de vantagem perante as empresas do hemisfério ocidental¹⁵⁴.

Criticou-se a diferenciação entre as duas teorias, absoluta e relativa, entendendo-se que nunca houve, de fato, uma imunidade totalmente absoluta. Um dos argumentos expostos, de autoria de Lauterpacht, foi pela dificuldade prática de classificação dos atos como de império ou de gestão para fins de afastamento ou não da imunidade. Não há uma distinção clara entre as duas doutrinas (absoluta e restritiva) e a sua aplicação. Por tal motivo, alguns países deixaram de aplicar a distinção, analisando as características do caso concreto ou buscando outras soluções¹⁵⁵.

¹⁵³ GREEN, L. C. Resenha do Livro “State immunity: an analytical and prognostic view”, de Gamal Moursi Badr. *Ottawa Law Review*, Ottawa, v. 17, 190-195, 1985. p. 194.

¹⁵⁴ MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. p. 18. Bankas escreveu, porém, já no ano de 2005, que as tendências recentes mostravam claramente que a Rússia e o Terceiro Mundo ainda seguiam firmemente a doutrina da imunidade absoluta, ficando o mundo totalmente dividido entre adeptos de ambas as teorias. (BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005. p. 27). Ainda, conforme Hazel Fox, apesar de a teoria relativa ser atualmente amplamente aceita, a República Popular da China seria o principal país a ainda aderir à teoria absoluta. (FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 22)

¹⁵⁵ Um exemplo de legislação interna em que não se utilizou a distinção acima referida é o *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), lei sobre imunidades jurisdicionais adotada Estados Unidos, cuja alteração de 1996 criou uma categoria adicional de condutas isentas de imunidade consistente em atos praticados por Estados designados pelo governo como “países que patrocinam o terrorismo”. A provisão se aplica a ações em nome de cidadãos norte-americanos que alegam “ferimentos pessoais ou morte causada por ato de tortura, morte extrajudicial, sabotagem de aeronaves, tomada de reféns ou fornecimento de apoio material” para tais atos. Tal norma rejeita a tradicional distinção entre atos de império e de gestão, afastando a imunidade mesmo de condutas que seriam típicos atos de império, desde que partam de uma das nações que se enquadrem nos termos da legislação norte-americana. Na opinião de Carmen Tiburcio, a inserção desta norma poderia apontar para um novo rumo no âmbito da imunidade jurisdicional de Estado, em favor

Além disso, em que pese tenha se convencioneado estipular que, se determinado ato pode ser praticado por um indivíduo então este ato é ato de comércio ou privado, a mudança das relações entre as partes contratantes no decorrer da história revelou a necessidade do acréscimo de mais elementos para esta constatação. A globalização, como visto, trouxe consigo uma expansão das atividades privadas sem precedentes, dissolvendo as barreiras do público-privado. Exemplos disso são as companhias privadas fornecendo suporte logístico para operações militares, administrando prisões e conduzindo interrogatórios, fornecendo escolta, armamentos e serviços de segurança e vigilância, o que tem dificultado a classificação de uma atividade em particular como essencialmente soberana ou tipicamente privada¹⁵⁶. Ou seja, as características da pós-modernidade tornam cada vez mais difícil de traçar a fronteira entre o *jus imperii* e o *jus gestionis*.

Verifica-se, portanto, que a forma mais recente pela qual se vem aplicando a teoria da imunidade jurisdicional de Estado – distinção ente atos de império e atos de gestão – não mais se revela satisfatória, sendo premente a necessidade de sua remodelagem para que se realinhe aos valores da era pós-moderna. Esta nova roupagem a ser adotada passa, necessariamente, por um renovado olhar sobre o conceito de dignidade do Estado, especialmente quando confrontado com a dignidade do ser humano.

1.2.2 A necessidade de superação do mito da “dignidade do Estado” para fins de proteção da real dignidade do indivíduo

A ideia da necessidade de proteção a uma suposta “dignidade do Estado” é o principal mote da teoria da imunidade jurisdicional desde sua criação¹⁵⁷. Segundo este

dos direitos humanos. (TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 317)

¹⁵⁶ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 60.

¹⁵⁷ Bahtiyar Mehmed afirma que a garantia de um ambiente internacional pacífico, propício para o suave e estável funcionamento de relações entre Estados, baseando-se na independência e no princípio da equidade, reconhecidos pelos países após o surgimento dos Estados-nação e da Paz de Westfália é a principal razão para a doutrina da imunidade de Estado. (MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. p. 13) A Paz de Westfália fundou o Estado moderno, afirmando o primado dos interesses seculares dos soberanos e afastando a noção de uma autoridade eclesiástica universal. (MAGNOLI, Demétrio. No espelho da Guerra. In: Demétrio Magnoli (Org.). *História das Guerras*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 11) Neste momento histórico, que, como já mencionado, seguido de uma guerra (a Guerra dos Trinta Anos), revelou-se importante a garantia de uma ordem entre as recém estruturadas soberanias por meio de um recíproco respeito à “dignidade” dos países.

pensamento, a submissão de uma nação soberana à jurisdição de outra representaria desrespeito por parte da que exerce a jurisdição territorial, afinal, se ambas são igualmente soberanas, nenhuma poderia imperar sobre a outra.

Argumenta-se, neste trabalho, tratar-se de verdadeiro mito a ideia de existência de uma dignidade da qual o Estado seria titular. Tal mito, criado em outras épocas históricas, foi sedimentado e não mais questionado, sendo tratado, até hoje, como paradigma das imunidades jurisdicionais de Estado. Uma nova abordagem do assunto se impõe, porém, com o retorno da proteção do indivíduo ao centro do ordenamento jurídico na contemporaneidade.

Refletindo-se sobre a dignidade enquanto fundamento da imunidade jurisdicional de Estado, ressalta-se que uma entidade deve ser, por óbvio, um Estado para que desfrute da imunidade *de Estado*. Logo, a imunidade de Estado não poderia ser aplicada a uma entidade que não seja considerada “Estado”, ou a uma entidade a qual o país do *foro* não atribuísse as características de “soberana” ou “independente”.

De forma inversa, imunidade poderia ser concedida a uma entidade considerada “Estado” ou “soberana/independente” na opinião da nação processante. Ou seja, um Estado não dispõe *ipso facto* de imunidade perante a jurisdição doméstica de outro, devendo, para desfrutar de tal benefício, ser oficialmente reconhecido como Estado pelo país onde se desdobraria a demanda judicial¹⁵⁸.

Assim, pela necessidade de manutenção do mútuo reconhecimento e respeito entre nações soberanas criou-se uma ideia de que todos os Estados teriam uma dignidade que não poderia ser violada. Consistindo a soberania em poder supremo absolutamente insubordinável, seria, como já mencionado, inadmissível que um país submetesse outro à sua jurisdição doméstica.

A inobservância deste entendimento, em tese, poderia ensejar uma série de conflitos internacionais caso a nação estrangeira¹⁵⁹ entendesse que o ato da nação do fórum¹⁶⁰ representasse atentado contra sua soberania – ou, em outras palavras, contra a sua dignidade enquanto Estado. Ou seja, a submissão de uma nação soberana à jurisdição doméstica representaria, de alguma forma, um “constrangimento” para o Estado, como

¹⁵⁸ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 31.

¹⁵⁹ Nação estrangeira: Nação sendo processada perante as cortes nacionais de outro Estado.

¹⁶⁰ Nação do fórum: Nação receptora, onde uma nação estrangeira é processada.

se este detivesse, tal como um ser humano, uma “honra subjetiva” ou “sentimentos” violáveis.

Desta ideia de existência de uma “dignidade dos Estados”, passível de ser “ferida” por outro, derivaram todos os argumentos desenvolvidos pela doutrina que aborda o tema imunidade de Estado, com destaque ao argumento da *equidade* ou *igualdade* entre as nações, consagrada pelo já mencionado *par in parem non habet imperium*¹⁶¹. Nesta mesma linha de entendimento, uma nação com sua “dignidade corrompida” em razão de seu do acionamento judicial teria pretexto para se insurgir contra o Estado de jurisdição territorial, resultando em animosidades entre ambas.

Para Lauterpacht, não é fácil compreender por que o princípio da independência e igualdade deveria impedir os tribunais de um Estado de exercerem sua jurisdição sobre outro Estado e suas propriedades, desde que o país exercendo sua jurisdição meramente aplique sua lei ordinária, incluindo suas normas de direito internacional privado, e desde que as aplique de maneira incontestável, impassível de repreensão por negativa de justiça ou por desrespeito à soberania administrativa e legislativa do Estado estrangeiro. Afirma o autor que o princípio da independência logicamente demanda que os tribunais de um Estado devem reconhecer como válidos os atos legislativos de outro Estado assim reconhecido, na medida em que estes não sejam contrários ao direito internacional e aos princípios fundamentais da justiça¹⁶².

Significa dizer que o próprio ato de reconhecer uma nação por outra como igual e soberana implica no também reconhecimento da legitimidade dos sistemas legislativos e judiciários daquele país. A nação que reconhece outra nação como tal automaticamente reconhece a legitimidade da ordem interna desta última.

Não se exige, evidentemente, uma perfeita consonância de conteúdo entre as normas dos países, mas, sim, um recíproco reconhecimento das suas estruturas como suficientemente válidas para que como tais sejam considerados. Não sendo esse o caso, o

¹⁶¹ “From the relevant pronouncements made by courts, other institutions and scholars regarding the various attributes of Statehood, such as ‘sovereignty’, ‘independence’, ‘equality’ and ‘dignity’, one will see that there can be no sharp distinction between these attributes. (...) To the extent that these qualities of Statehood are conveniently interchangeable, [they] are, theoretically, but different aspects of the same Statehood and cannot be sharply and finely distinguished. That being the case, one cannot convincingly argue that immunity is derived from any one of these qualities or aspects.” (YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 48)

¹⁶² LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 229.

litígio entre as nações precede, em muito, a discussão acerca da imunidade jurisdicional de Estado, já que neste caso os países sequer manteriam relações internacionais, por completa desconsideração da existência do outro enquanto ente soberano.

Além disso, é interessante observar que, no momento em que a um Estado é *concedida* imunidade jurisdicional para que não haja violação de sua soberania, ao Estado do fórum, por sua vez, foi *negado* o exercício de sua jurisdição, o que também poderia ser interpretado como afronta ao sistema de justiça legitimamente estabelecido na nação. Lee M. Caplan entende que o significado literal do *par in parem non habet imperium*, “um igual não tem autoridade sobre outro igual”, não se sustenta na reflexão das realidades da ordem jurídica internacional¹⁶³.

O princípio da igualdade soberana significa que todo Estado possui “idêntica capacidade para direitos” em relação a qualquer outro Estado, mas isso não altera o fato de que um Estado possa exercer seus direitos como tal apenas em relação ao seu território e à sua população. Se, de acordo com o direito internacional, um Estado é o único “mestre” de seu domínio, pessoas e propriedades localizadas no país do fórum necessariamente são abarcados pelo controle e autoridade do governo de tal país – mesmo se este detiver *status* de Estado estrangeiro¹⁶⁴.

Como visto, ser soberano significa que o Estado detém e exerce jurisdição territorial com completa autonomia, sujeito, unicamente, a princípios de justiça natural. Logo, se nenhum Estado detém o direito natural de restringir a soberania territorial de outro Estado, então, da mesma forma, nenhum Estado detém o direito de demandar exclusão da jurisdição de outro Estado dentro do próprio território deste.

Disso depreende-se que a imunidade, no sentido de um Estado estrangeiro não poder figurar como réu perante uma corte local, é apenas um “favor”, uma concessão dada pelo país que possui a jurisdição territorial, o qual, enquanto soberano (especialmente em seu território), não teria obrigação de atender a requerimento que se sobrepõe à sua ordem interna. Sob este prisma, a imunidade baseia-se apenas na tolerância

¹⁶³ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 752-753.

¹⁶⁴ CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 752-753.

e na boa-vontade da nação que detém a soberania territorial; é apenas um privilégio e pode ser revogado quando o país concedente entender apropriado¹⁶⁵.

Parece, de fato, um tanto arcaico¹⁶⁶ e precipitado interpretar-se o simples fato de uma nação ser demandada judicialmente por outra como violação à “dignidade” e à soberania do país réu. Tal estranhamento se torna ainda maior na contemporaneidade, caracterizada pelo dinamismo decorrente da globalização.

Surpreende que tal argumento seja ainda tão presente nas hodiernas discussões sobre o tema, especialmente porque, na época do escrito de Lauterpacht (década de 50) o assunto já era considerado “nada mais que um encantamento alheio ao conceito de Estado de Direito, nacional e internacional, e à verdadeira posição do Estado na sociedade” então moderna. O autor defendia que um país não derroga a imunidade de outro país por submetê-lo ao procedimento normal da lei com as devidas garantias domésticas e internacionais e em pé de igualdade com o Estado em que foi celebrado um contrato ou cometido um ato ilícito¹⁶⁷. Ainda que se aceitasse a existência de uma “dignidade de estados estrangeiros”, esta não seria mais prejudicada por estarem sujeitos à lei de um país estrangeiro, aplicada imparcialmente, do que por submissão à sua própria lei¹⁶⁸.

Além disso, Lauterpacht observou que não são frequentes, na prática, os casos de protestos contra a assunção de jurisdição, incluindo execução, sobre estados estrangeiros¹⁶⁹. As simples comunicações que ocorrem entre governos a fim de discutirem

¹⁶⁵ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 49.

¹⁶⁶ LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 231: “It is submitted that these strained emanations of the notion of dignity are an archaic survival and that they cannot continue as a rational basis of immunity”.

¹⁶⁷ “Historically much of international law consisted of procedures to settle disputes peacefully; immunity was thus one device to defuse conflicts between States. Under international law exhaustion of the local remedies available within the territory of the allegedly wrongdoing State is a precondition of the espousal of claims of individuals by the state of their nationality. By preventing the individual from bringing a claim against the foreign State in the municipal courts of the State of his nationality, immunity gives effect in domestic law to this precondition of peaceful international settlement.” (FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 16)

¹⁶⁸ LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 231-232.

¹⁶⁹ Tal entendimento é compartilhado por Xiaodong Yang: “Admittedly, though rare, there remain cases where States tend to react strongly to a denial of immunity as an unfriendly act bearing serious repercussions. On the whole, however, States are becoming more and more inclined to view the issue of immunity with equanimity, as something that belongs in a different, more mundane, realm.” (YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 35)

a aplicação da imunidade, inclusive com reivindicação da aplicação desta por parte de um deles em seu benefício, não têm, em regra, natureza de protestos, tampouco são seguidas por protestos formais quando o governo cuja assistência é invocada recusa-se a agir ou quando os tribunais, no livre exercício de sua função judicial, decidem assumir a jurisdição¹⁷⁰.

Já é tempo que se reveja, portanto, o reiterado uso do *par in parem non habet imperium* pelas cortes locais e internacionais na fundamentação dos casos envolvendo discussões sobre os limites da soberania estatal e, em especial, questões sobre imunidade jurisdicional¹⁷¹. Xiadong Yang afirma que tal máxima é, aparentemente, quase uma crença universalmente aceita nos círculos de direito internacional e além, como se pode perceber pelas repetidas referências encontradas nas decisões judiciais domésticas e nos escritos doutrinários. Por isso, para Yang, “é desalentador informar que a origem propriamente dita do *par in parem* nada tem a ver com imunidade de Estado ou até com direito internacional.”¹⁷²

Yoram Dinstein apontou que referida máxima deriva do Direito Canônico, e pode ser atribuída a uma decisão do Papa Inocêncio III, proferida no ano de 1199, no sentido de que um Papa não poderia obstar o direito de seus sucessores exercerem seus poderes, pois a autoridade do predecessor não seria maior do que a daqueles que posteriormente a ele assumiriam o encargo (*cum non habeat imperium par in parem*)¹⁷³.

A regra, em sua concepção original, direcionava-se apenas às relações entre regentes *successivos*, ou seja, atuantes em momentos diferentes, já que o cargo de Papa é exercido apenas por uma pessoa, até sua substituição pelo próximo. Dinstein entende que

¹⁷⁰ LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 227.

¹⁷¹ “Lawyers in general, and international lawyers in particular, seem to suffer from what may be termed ‘the Latin formula syndrome’. In almost every branch of international law, one is faced with well-known epigrams of sententiousness drawn from the cornucopian source of ancient Latin phraseology. These venerable maxims, a legacy of the immense influence that Roman and Ecclesiastical law wielded on the feathers of modern international law, are in many respects very useful. In a few choice words, the epitomize fundamental ideas that may otherwise require verbose explanations, and they serve as a beacon for those groping their way in the legal dark. Unfortunately, however, laconic adages in general tend to be oversimplified, and, what is worse, as a result of constant and mechanical repetition, they are apt to lose their contact with reality and become petrified.” (DINSTEIN, Yoram. *Par in parem non habet imperium*. *Israel Law Review*, Cambridge, v. 1, p. 407-420, 1966. p. 407)

¹⁷² YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 52.

¹⁷³ DINSTEIN, Yoram. *Par in parem non habet imperium*. *Israel Law Review*, Cambridge, v. 1, p. 407-420, 1966. p. 408.

houve uma relevante alteração no caráter de tal princípio, o que o tornou aplicável a potentados da época que possuíam classificações e títulos diferentes e iguais, ao mesmo tempo. Na literatura, o reflexo dessa transição teria se verificado na obra *De Monarchia*, de Dante Alighieri. Sobre o assunto, aponta o seguinte:

Neste importante trabalho, Dante afirmou que, para resolver disputas entre quaisquer dois príncipes, é necessário um monarca como um juiz supremo; e ele explicou que esse terceiro poder é essencial, porque nenhum dos dois príncipes rivais tem autoridade sobre o outro, *nam par in parem non habet imperium*. Comparado com a decisão da Inocência III, o uso do princípio por Dante pode ser considerado como um ponto de virada. Pois, com a conversão do contexto do princípio de uma linha (linhagem, se você quiser) vertical para um plano horizontal, todo o seu papel sofreu uma transformação, e tornou-se possível incluí-lo como uma barreira contra um governante sentar em julgamento de seu par¹⁷⁴.

A breve exposição feita acerca do processo histórico de assimilação do *par in parem non habet imperium* ao direito demonstra que a utilização de tal máxima à doutrina da imunidade de Estado decorreu de um processo interpretativo, já que a origem da expressão não guarda ligação direta com o tema de imunidades. Todavia, a proclamação do *par in parem* como justificativa para a imunidade de Estado foi por tantas vezes repetida depois disso que, com o passar do tempo, deixou de ser questionada.

É verdade que, como caracteristicamente ocorre com regras de origem costumeira, o *par in parem* vem historicamente amoldando-se para continuar atendendo às variações dos cenários sociais. E, como se verifica acima, o espectro resultante das nuances adotadas para um mesmo princípio pode ser bastante amplo e diversificado, em muito divergindo a aplicação original do princípio daquela que vem sendo utilizada contemporaneamente.

¹⁷⁴ “In this important work, Dante asserted that to settle disputes between any two princes a Monarch is needed as a supreme judge; and he explained that this third power is essential because neither of the two feuding princes has authority over the other, *nam par in parem non habet imperium*. Compared with Innocent III’s ruling, Dante’s use of the principle may be regarded as a turning point. For, with the conversion of the context of the principle from a vertical line (lineage, if you wish) into a horizontal plane, its entire role underwent a transformation, and it became possible to adduce it as a bar against one ruler sitting in judgment over his peer.” (DINSTEIN, Yoram. *Par in parem non habet imperium*. *Israel Law Review*, Cambridge, v. 1, p. 407-420, 1966. p. 409 – tradução livre) Quanto ao uso do *par in parem* para questões envolvendo imunidade de Estado, a referência mais antiga foi, segundo Dinstein, no ano de 1890, por Hartmann, em “*De la compétence des Tribunaux dans les Procès contre les Etats et Souverains Etrangers*”, setenta e oito anos depois do julgamento de *The Schooner Exchange*, o já mencionado precedente emblemático norte-americano que embasou a construção do pensamento sobre imunidade de Estado no direito internacional.

Assim, Xiaodong Yang conclui que esta máxima, “sendo uma proposição geral aplicável a todos, é particularmente pertinente a ninguém”¹⁷⁵. O autor afirma que, embora seja interessante notar que a popularidade desse suposto epigrama do direito internacional deve muito a um poeta, também deve ser percebido que o *par in parem* com Dante está muito longe do que entendemos hoje¹⁷⁶.

Esta característica de mutabilidade da norma que fundamenta a doutrina da imunidade de Estado justifica a necessidade da adoção de uma nova interpretação que considere a realidade pós-moderna, cujo foco está na primazia da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Se existe uma criação intelectual por detrás do princípio da dignidade das nações e de seu uso como justificativa para a concessão de imunidade jurisdicional aos Estados, nada impede que uma nova construção argumentativa seja feita justificando o seu afastamento em casos de violações de direitos humanos.

Além da proteção da “dignidade do Estado”, intimamente ligada ao princípio da igualdade entre as nações, e da manutenção da paz entre os países, outro fundamento frequentemente mencionado pelos países como justificativa à aplicação ou não da imunidade jurisdicional de Estado é a reciprocidade. Segundo a regra da reciprocidade, presume-se que um Estado tem direito a imunidade da mesma forma e na mesma medida que esta lhe é concedida pelos tribunais nacionais do outro Estado¹⁷⁷.

Esta ideia tem relação com o mito da dignidade do Estado porque, à medida que uma nação trata a outra da mesma forma que é tratada por esta, concedendo ou negando os mesmos benefícios que lhe são concedidos ou negados pela outra nação, não haveria violação à “dignidade” de qualquer das duas já que nenhuma soberania estaria sobrepondo-se à outra. Em seu já mencionado estudo comparativo de instrumentos legais sobre o tema da imunidade, Gamal Moursi Badr afirma que não há como se discordar com a ideia de que a reciprocidade deve ser reconhecida como princípio legal aplicável à doutrina da imunidade de Estado¹⁷⁸.

¹⁷⁵ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 52.

¹⁷⁶ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 52.

¹⁷⁷ MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. p. 14.

¹⁷⁸ BADR, Gamal Moursi. Whither state immunity? An assessment of the current state of the law. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 20, p. 147-171, 1981-1982. p. 168.

Para o autor, como a reciprocidade é um fator tão determinante, a prevalência de uma imunidade severamente restrita (praticamente inexistente nos quatro instrumentos por ele analisados em seu estudo) asseguraria que essa posição se tornaria universalmente aceita e aplicada pela mera operação do princípio da reciprocidade¹⁷⁹. Ou seja, quanto menos hipóteses de incidência da imunidade existirem (tendo em vista que o que se defende é a restrição da imunidade, e não o seu aumento), mais fácil seria a aplicação da reciprocidade entre os países.

A relevância da reciprocidade como princípio norteador da imunidade de Estado no direito internacional é também ressaltada por Xiaodong Yang quando afirma que, se o que constitui a base para a imunidade é a presença da soma total dos atributos de um Estado, então se está dizendo que um Estado goza de imunidade porque é um Estado, sendo este o denominador que permite a comparação entre as nações. Neste o caso, os entendimentos de um Estado sobre a natureza e as prerrogativas de outro Estado serão também, necessariamente, uma autopercepção, ou seja, estarão presentes na sua própria percepção enquanto Estado. Portanto, afirmar que um país não deve gozar de imunidade sob certas circunstâncias significa o mesmo que dizer que o próprio país que detém a jurisdição territorial não deverá dispor de imunidade sob circunstâncias idênticas ou similares, e que será impedido de reivindicar uma imunidade mais ampla caso ele mesmo se torne réu em jurisdição estrangeira¹⁸⁰.

Apesar de as nações não se vincularem a normas a elas externas ou por elas não reconhecidas em razão do atributo da soberania, não é provável que deixem de reconhecer como aplicáveis também a si mesmas as condicionantes de imunidade por elas impostas aos demais Estados. Isso não significa, porém, que a reciprocidade poderia ser utilizada como critério terminante e decisivo para solucionar a questão, por vários motivos.

Em primeiro lugar, porque a adoção do princípio da reciprocidade à imunidade de Estado resultaria em muita incerteza e insegurança jurídica, já que uma prévia investigação do particular posicionamento do país se revelaria necessária em cada caso. Em segundo lugar, porque, dada a já referida dinamicidade das mudanças sociais e das relações internacionais, nunca seria possível ter-se certeza acerca da manutenção do

¹⁷⁹ BADR, Gamal Moursi. Whither state immunity? An assessment of the current state of the law. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 20, p. 147-171, 1981-1982. p. 168.

¹⁸⁰ YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 56.

posicionamento que vinha sendo adotado. E, por fim, em terceiro lugar, porque, sendo a imunidade jurisdicional de Estado um princípio do direito internacional, deveria, em tese, ser observada e cumprida independentemente da existência de reciprocidade (sem desconsiderar-se, porém, o direito a retaliação em casos de violação de tal princípio por outro Estado)¹⁸¹.

Entende-se, portanto, que a reciprocidade é um instrumento insuficiente para garantir a observância de uma norma do direito internacional, como é a imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro. Lauterpacht defendia que os Estados não respeitam as regras estabelecidas do direito internacional que dependem da reciprocidade, tendo esta regra sido feita para se aplicar a concessões e privilégios aos quais os Estados não têm direito, ou que eles não são obrigados a conceder, de acordo com o direito internacional ordinário. Além disso, segundo o autor, em regra, os tribunais não concedem remédios legais a uma parte sob a condição que a mesma garantia seja conferida reciprocamente *in pari matéria*¹⁸².

A reiterada utilização, pela doutrina e pela jurisprudência, dos fundamentos e regras mencionados à doutrina da imunidade de Estado reflete apenas uma opção feita em determinado momento histórico sobre a sua forma de construção. Em que pese possa ter sido a escolha mais adequada quando originada, pode – e deve – ser alterada tão logo não mais se mostre efetiva.

A sedimentação dos fundamentos clássicos da teoria da imunidade e a sua manutenção até os dias atuais terminou por despír o tema de sua organicidade intrínseca, estagnando a sua evolução no tempo. Sobre esta realidade que se apresenta há muitos anos, merece destaque a seguinte afirmação de Lauterpacht:

É certo que a opinião, tantas vezes expressa em livros didáticos e em outros lugares, de que a imunidade de Estados estrangeiros e suas propriedades da jurisdição de tribunais de Estados estrangeiros decorre de um claro princípio de direito internacional, a saber, o princípio de igualdade e independência de os estados, precisa de reexame. Ela não encontra apoio

¹⁸¹ LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 245-246.

¹⁸² “Essentially, immunity from jurisdiction amounts to a denial of otherwise available legal remedy. As such is obnoxious. There is objection to a practice which in effect would make a court say to the plaintiff: ‘We will deny you, as against a foreign state, a remedy to which you are otherwise entitled provided that the courts of the defendant state deny a remedy in similar circumstances as against our own state’. There are only few countries which have applied, in some respects, the principle of specific reciprocity to questions of immunity.” (LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 246)

no direito internacional clássico. Grotius não faz referência a isso. Bynkershoek ocasionalmente deprecia: *'Principes dum contrahunt haberi privatorum loco'*. Vattel, depois de admitir em relação à pessoa do soberano estrangeiro, é omissivo quanto à posição dos estados estrangeiros como tais¹⁸³.

É questionável, inclusive, a própria categorização de tais normas enquanto fundamentos. Nas palavras de Xiaodong Yang, as noções de soberania, igualdade, independência e reciprocidade nada mais são do que “itens em uma lista aleatória, a serem escolhidos *à la carte*, de acordo com as predileções de quem quer que esteja fazendo a escolha, mas não podem ser seriamente identificados como fundamentos teóricos da imunidade de Estado”¹⁸⁴.

A análise aprofundada de cada argumento demonstra não se tratarem de entendimentos irrefutáveis; pelo contrário, a ausência de atualização de seus ditos fundamentos tornou a doutrina da imunidade de Estado um instituto hoje obsoleto e em descompasso com as expressivas mudanças do papel do Estado perante a sociedade. A pós-modernidade, como visto, trouxe a necessidade de recolocar a proteção do indivíduo no centro do ordenamento jurídico, efetivando a tão proclamada primazia da proteção dos direitos fundamentais e humanos. Neste cenário, até mesmo um instituto criado para proteger o Estado, como a doutrina das imunidades, deve ceder à proteção essencial da pessoa humana, quando esta estiver em debate.

Assim, em tempos pós-modernos, somente poderemos falar em uma aplicação justa das imunidades jurisdicionais de Estado se superado o mito da “dignidade do Estado”, para que se promova a real proteção da dignidade do indivíduo. Como método adequado a concretizar a renovação pela qual o instituto em estudo clama, propõe-se a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme.

¹⁸³ “It is submitted that the view, so often expressed in textbooks and elsewhere, that the immunity of foreign states and their property from the jurisdiction of courts of foreign states follows from a clear principle of international law, namely, the principle of equality and independence of states needs re-examination. It finds no support in classical international law. Grotius does not refer to it. Bynkershoek occasionally deprecates it: *'Principes dum contrahunt haberi privatorum loco'*. Vattel, after admitting it with regard to the person of the foreign sovereign, is silent with regard to the position of the foreign states as such.” (LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951. p. 228 – tradução livre)

¹⁸⁴ “Ultimately, the discussion of the doctrinal basis or bases of immunity is neither profitable nor even necessary, and is at best of academic interest only, for courts regularly deal with the issue of State immunity without regard to any doctrinal consideration and this tendency is becoming more and more manifest.” (YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 57)

Como visto, o diálogo das fontes é aplicável a temas sobre os quais incide uma multiplicidade normativa, fazendo com que o aplicador do Direito tenha de colocar tais fontes em diálogo para decidir, de forma justa, qual regra aplicar. O objetivo e único requisito inafastável deste diálogo, chamado “diálogo das fontes”, é a prevalência dos direitos humanos. O método de Jayme é especialmente útil na atualização de sistemas jurídicos que se encontram em descompasso com os valores da pós-modernidade de proteção ao indivíduo.

A inexistência de uma norma única de caráter universal a reger o tema das imunidades, como visto, fez com que cada país buscasse suas soluções domésticas, seja elaborando de suas próprias leis, seja delegando ao judiciário a decisão sobre o tema, em uma análise caso a caso. As soluções domésticas não excluem, porém, a incidência da normativa internacional do tema, pois, como visto, ainda que não haja uma lei universal, a doutrina, que é de direito internacional, tem origem costumeira e principiológica. Portanto, o tema é regido, como um todo, não só pelo direito internacional, mas também pelo conjunto de normas criadas em âmbito nacional de cada país. Tem-se, assim, um quadro de multiplicidade normativa incidente sobre o tema das imunidades de Estado.

A necessidade de evitar novas guerras em época de sedimentação dos Estados soberanos, quando havia a necessidade de proteção do monarca e dos limites territoriais de seu poder, justificou a criação de um instituto completamente voltado à proteção do Estado. A estagnação, porém, do desenvolvimento deste instituto com o passar do tempo fez com que entrasse em descompasso com as mudanças sociais e os avanços civilizatórios. O advento da pós-modernidade e o resgate ao foco nos direitos fundamentais ressaltou a necessidade de ajustamento da doutrina das imunidades com a nova realidade que se apresenta, segundo a qual a proteção do Estado deve figurar em segundo plano face à proteção das pessoas.

Como se verá no capítulo a seguir, a inexistência da atribuição de um novo olhar à doutrina das imunidades está resultando em decisões ultrapassadas diante dos valores da contemporaneidade. Está posta, então, a necessidade de atualização da teoria das imunidades jurisdicionais de Estado, instituto que se apresenta obsoleto na pós-modernidade já que não confere a devida primazia à proteção dos direitos humanos.

2 O POSICIONAMENTO ULTRAPASSADO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA EM CASOS ENVOLVENDO IMUNIDADES DE ESTADO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O conflito entre imunidades e direitos humanos foi levado à apreciação da Corte Internacional de Justiça em duas oportunidades, sendo elas o Caso *Arrest Warrant* e o Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado. Tais precedentes serão objeto de estudo neste tópico. O objetivo é demonstrar a tendência – retrógrada – de posicionamento sobre o assunto pela mais alta instância judicial em matéria de direito internacional.

Como já referido, a CIJ não admite o afastamento da imunidade de Estado nos casos em que há violação dos valores fundamentais de proteção ao indivíduo. Os precedentes estudados a seguir, julgados com uma diferença de dez anos, demonstram que tal entendimento antiquado está sedimentado na Corte. Assim, após contextualização dos fatos e exposição dos principais argumentos e fundamentos das decisões, será feita uma análise crítica de cada precedente, apontando-se os motivos pelos quais a jurisprudência da CIJ sobre o tema deve ser atualizada.

2.1 CASO DO MANDADO DE PRISÃO DE 11 DE ABRIL DE 2000 (*CASE ARREST WARRANT, CONGO v. BÉLGICA*)

No Caso *Arrest Warrant*, discutiu-se a existência ou não de imunidade em relação a violação de direitos humanos cometida por um oficial de alta importância da República Democrática do Congo. Como será visto, a imunidade foi mantida em razão do cargo de Ministro das Relações Exteriores, considerada função de chefe de Estado¹⁸⁵. Esta foi a

¹⁸⁵ Além da imunidade do Estado propriamente dita, pode-se falar em imunidade de agentes diplomáticos e imunidade de Chefes de Estado. A imunidade dos agentes de Estado é regida, essencialmente, pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. A imunidade dos Chefes de Estado é fundada no direito consuetudinário, e se estende a Ministros. (SANTOS, Felipe Correia dos. *Imunidades dos chefes de Estado*. 2015. 64 f. Dissertação de Mestrado (Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015) Para estudo detalhado do tema, consultar, também: MACHRY, Fernanda Graeff. *Limites da imunidade de oficiais de Estado da jurisdição de cortes domésticas estrangeiras em matéria penal*.

primeira vez em que a Corte Internacional de Justiça se manifestou sobre o tema das imunidades.

Em que pese a imunidade de oficiais de Estado abarcar regramentos e discussões diversas daquelas envolvidas no estudo da imunidade do Estado propriamente dito, que é o objeto deste estudo, impende ressaltar que a imunidade dos representantes estatais deriva da própria imunidade jurisdicional que o Estado detém em direito internacional, vez que personificam a figura estatal, agindo plenamente em nome deste (chefes de Estado, de Governo e Diplomatas), ou em razão das funções oficiais que realizam (cônsules). Em vista disso, são muito similares os argumentos e fundamentos utilizados quando ambas imunidades são confrontadas com a necessidade de proteção dos direitos humanos, daí advindo a pertinência do estudo de tal precedente para os fins deste trabalho.

2.1.1 Fatos, argumentos e julgamento

No dia 17 de outubro de 2000, a República Democrática do Congo (RDC) ingressou com ação junto à Corte Internacional de Justiça (CIJ) referente a uma disputa internacional envolvendo um mandado de prisão expedido em 11 de abril do mesmo ano por um juiz belga contra o Ministro das Relações Exteriores congolês, Abdoulaye Yerodia Ndombasi (motivo pelo qual este caso também é conhecido como “Caso Yerodia”). O mandado, que determinava a imediata extradição de Yerodia à Bélgica após sua detenção, foi transmitido a todos os países, incluindo a República Democrática do Congo. O fundamento do mandado era o cometimento, pelo então Ministro, de crimes que constituem “graves violações ao direito internacional e humanitário”¹⁸⁶.

Foram dois os fundamentos legais apresentados pela RDC para embasar o seu pleito junto à Corte Internacional de Justiça¹⁸⁷: (1) violação do princípio segundo o qual um Estado não pode exercer sua autoridade no território de outro Estado (princípio da

2013. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

¹⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Visão global do Caso (inglês). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Último acesso em: 05 out. 2018.

¹⁸⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Petição inicial (inglês). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/7081.pdf> Último acesso: 06 out. 2018.

igualdade soberana entre todos os membros das Nações Unidas), nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Carta da ONU¹⁸⁸; e (2) violação da imunidade diplomática do Ministro das Relações Exteriores de um Estado soberano, conforme reconhecido pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e de acordo com o artigo 41, parágrafo 2 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961¹⁸⁹.

No mandado de prisão, Yerodia é acusado pelo cometimento de graves violações às Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais, especialmente crimes contra a humanidade. Antes de exercer o cargo de Ministro, teria o acusado proferido vários discursos incitando o ódio racial durante o mês de agosto de 1998, direcionados contra a minoria étnica *tutsi*¹⁹⁰. As falas de Yerodia, que poderiam ser consideradas criminosas por si só e em qualquer contexto, foram ainda mais graves tendo em vista que, poucos anos antes, em 1994, ocorrera o *massacre tutsi*, genocídio do qual as Nações Unidas estima tenha resultado a morte de 800.000 a 1.000.000 de homens, mulheres e crianças por extremistas da etnia *hutu*¹⁹¹.

¹⁸⁸ “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros. (...)” (BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

¹⁸⁹ “Artigo 41 (...) 2. Todos os assuntos oficiais que o Estado acreditante confiar à Missão para serem tratados com o Estado acreditado deverão sê-lo com o Ministério das Relações Exteriores ou por seu intermédio ou com outro Ministério em que se tenha convindo.” (BRASIL. Decreto nº 56.435, 8 de junho de 1965. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

¹⁹⁰ Em uma conferência de imprensa, no dia 27 de agosto de 1998, Yeordia teria declarado o seguinte em relação àqueles por ele considerados causadores da agitação no Congo (tradução livre): “Para nós eles são lixo, e até mesmo os micróbios têm que ser erradicados metodicamente. Nós decidimos usar a medicação mais eficaz.” (“*Pour nous, ce sont des déchets et c’est même des microbes qu’il faut qu’on éradique avec méthode. Nous sommes décidés à utiliser la médication la plus efficace*”). (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial do Reino da Bélgica (inglês), §3.2.20. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 14 out. 2018)

¹⁹¹ “*On the evening of 6 April 1994, the plane carrying Juvenal Habyarimana, the President of Rwanda, and Cyprien Ntaryamira, the President of Burundi, was shot down over Kigali. The assassinations shattered the fragile peace established by the Arusha Accords, brokered in the hope of ending the armed conflict between the Rwandan Patriotic Front and the Rwandan Government. During the 100 bloody days that followed, unimaginable violence overtook the country. Genocide, crimes against humanity and war crimes were perpetrated on a horrific scale, primarily against Tutsi civilians and moderate Hutus. Soldiers, gendarmes, politicians and ordinary citizens were amongst the perpetrators. Between eight-hundred thousand and one million men, women and children were massacred by Hutu extremists - a rate of killing four times greater than at the height of the Nazi Holocaust.*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Site legado do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *O Genocídio*. Disponível em: <http://unictr.irmct.org/en/genocide> Último acesso: 06 out. 2018)

Em novembro de 1998, mesmo ano em que os discursos de ódio foram proferidos, doze residentes congolese na Bélgica, sendo cinco deles cidadãos belgas¹⁹², apresentaram denúncia contra Yerodia perante o judiciário doméstico belga. Os denunciante afirmaram que, como parte dos esforços promovidos por Laurent Kabila, então presidente da RDC, de expulsar forças rebeldes da etnia *tutsi* do leste do país, Kabila e outros altos funcionários do governo, dentre eles Abdoulaye Yerodia Ndombasi, pediram publicamente por atos de violência contra os “invasores”. Os discursos foram transmitidos pela televisão, e seguiram-se de uma onda de linchamentos, prisões e perseguições de *tutsis* na RDC¹⁹³.

O acionamento do judiciário belga foi possível em razão do princípio da jurisdição universal¹⁹⁴ vigente na Bélgica a partir da publicação da “Lei de Crimes de Guerra” (*War Crimes Act*) em 1993. Referida norma implementou as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais na ordem jurídica belga, expandindo sua competência *ratione materiae* em 10 de fevereiro de 1999 para abranger também crimes contra a humanidade e genocídio, passando a ser chamada “Lei do Genocídio” (*Genocide Act*)¹⁹⁵. O legislador belga, porém, foi além, e estabeleceu no artigo 7º que as cortes belgas teriam jurisdição universal para lidar com as graves violações abordadas pela lei, independentemente da nacionalidade da vítima, do ofensor, ou do local em que o crime fosse cometido¹⁹⁶.

¹⁹² Os demais eram cidadãos congolese, e todos eram domiciliados na Bélgica. Oito dos reclamantes haviam ingressado com demandas judiciais por injúrias, especialmente porque pertenciam à etnia *tutsi*. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial do Reino da Bélgica (inglês), §3.2.18. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 14 out. 2018)

¹⁹³ ROHT-ARRIAZA, Naomi. Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 17, pp. 375-389, 2004, p. 384.

¹⁹⁴ Crawford define jurisdição universal, de forma simples, como a assunção de jurisdição criminal por um país na ausência de qualquer outra forma reconhecida de jurisdição. (CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 467) O tema será mais detalhadamente estudado no tópico a seguir.

¹⁹⁵ ONGENA, Tom; VAN DAELE, Ignace. Universal Jurisdiction for International Core Crimes: Recent Developments in Belgium. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 15, pp. 687-701, 2002, p. 689. Por meio desta alteração, o artigo 1º da Lei passou a conter, além da definição de crimes de guerra nos termos da Convenção de Genebra, também uma definição de genocídio, similar à do artigo 2º da Convenção contra o Genocídio de 1948, e uma definição de crimes contra a humanidade, esta retirada do artigo 7º do Estatuto de Roma.

¹⁹⁶ Diferentemente do que ocorre com outros princípios jurisdicionais, o princípio da universalidade não exige qualquer relação com o Estado processante. A única exigência é que os crimes cometidos sejam considerados *hostis humani generis*, ou seja, “inimigo da humanidade”. Assim, a natureza do acionamento judicial, nesse caso, é definida unicamente pelo tipo de crime cometido, que deve ser considerado dentre os mais hediondos dentro do direito internacional, fazendo com que os Estados tenham o direito, quicá a obrigação, de iniciar procedimentos judiciais, independentemente dos autores, da nacionalidade das vítimas

Com base em sua jurisdição universal por crimes de guerra, após um ano de investigações e com o apoio do Promotor Federal, o judiciário belga atendeu o pedido formulado e, em 11 de abril de 2000, o Juiz Vandermeersch expediu um mandado de prisão contra Yerodia por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Além de a lei dispensar a presença do réu na Bélgica para que seja desencadeada investigação (logo, o mandado foi expedido *in abstentia*), também não permitia que fosse suscitada qualquer imunidade durante a investigação envolvendo crimes de guerra, de forma que a imunidade¹⁹⁷ não se apresentava, portanto, como obstáculo¹⁹⁸. Todavia, a questão que se levantou foi a seguinte: à época da expedição do mandado de prisão (diferentemente do momento em que os crimes foram cometidos), Yerodia exercia o cargo de Ministro das Relações Exteriores da RDC.

O Juiz Vandermeersch reconheceu que a existência de um mandado de prisão, encaminhado, inclusive, à Interpol, dificultaria o exercício do cargo de Ministro. Apontou que, apesar de não haver nenhum motivo legal que impedisse a justiça belga de exercer seus poderes no caso concreto, a execução do mandado de prisão restaria suspensa até que Yerodia não mais exercesse o cargo de Ministro, para que não houvesse intromissão indevida na diplomacia e nos direitos do Estado, não apenas do indivíduo. A ordem do juiz belga, todavia, não impedia que fosse coletado um dossiê de apurações sobre os fatos criminosos, a ser utilizado quando Yerodia não mais detivesse cargo de poder e, assim, o processo judicial prosseguisse¹⁹⁹.

A República Democrática do Congo alegou, em sua petição de instauração de processo perante a Corte Internacional de Justiça, que a jurisdição universal a si mesma

ou do local onde ocorreu o fato criminoso. (LEONARD, Erik K. Global Governance and the State: Domestic Enforcement of Universal Jurisdiction. *Human Rights Review*, v. 16, p. 143-159, 2015, p. 149)

¹⁹⁷ Aqui se não se trata da imunidade do próprio Estado, mas, sim, do cargo de Ministro das Relações Exteriores.

¹⁹⁸ Importante ressaltar que os crimes contra a humanidade e crimes de guerra são da competência (*ratione materiae*) do Tribunal Penal Internacional (artigos 7º e 8º, respectivamente). Além disso, nos termos do artigo 27(2) do estatuto de Roma, as imunidades decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou internacional, não pode impedir que tal indivíduo seja levado a julgamento perante o TPI. Todavia, não se poderia cogitar utilizar-se a jurisdição complementar do TPI como uma espécie de instância “residual” para julgar Yerodia, em observância ao artigo 11(1), pois os crimes foram cometidos antes da vigência do Estatuto de Roma, que se deu em 1º de julho de 2002. Em que pese tal impedimento, a verificação da competência do TPI pelo local do crime (*ratione loci*) dependeria da constatação do lugar em que o crime foi cometido, o que estaria aberto a discussão, uma vez que se tratou de discurso divulgado pela imprensa – transmitido por meios de comunicação, portanto. Por fim, no tocante à competência pessoal (*ratione personae*), exigira enquadramento do caso em uma das situações elencadas no artigo 25(3) do Estatuto de Roma.

¹⁹⁹ ROHT-ARRIAZA, Naomi. Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 17, pp. 375-389, 2004, p. 384-385.

atribuída pela Bélgica contradizia a jurisprudência estabelecida pela Corte Internacional de Justiça Permanente no julgamento do *Caso Lotus*, a qual reconheceu que o princípio da territorialidade impede que um Estado exercite sua autoridade no território de outro Estado. Segundo a RDC, referido entendimento jurisprudencial conta, hoje, com o respaldo do artigo 2º, parágrafo 1º da Carta das Nações Unidas, que prevê que a Organização se baseia na igualdade soberana entre todos os seus Membros. Desta forma, afirmou que o direito internacional somente permitiria que um Estado julgue atos cometidos no território de outro Estado por um estrangeiro quando fosse ferida a “dignidade” ou segurança do primeiro ou quando houvesse o cometimento de sérias ofensas contra seus nacionais.

Ainda assim, tais situações seriam excepcionais, não podendo ser consideradas parte do direito internacional em geral. Apesar de reconhecer que existe uma série de convenções que viabilizam o uso da jurisdição universal no combate a determinadas condutas ilícitas, como terrorismo e tortura, por exemplo), mesmo nestes casos seria necessária a presença do perpetrador no território do Estado processante. No que se refere ao não reconhecimento da imunidade diplomática do então Ministro das Relações Exteriores do país, a RDC afirmou que tal atitude contraria a jurisprudência internacional, o costume internacional e a cortesia internacional.

Na mesma oportunidade em que ingressou com a demanda na CIJ, como medida provisória, a República Democrática do Congo requereu o levantamento do mandado de prisão expedido²⁰⁰. A Corte, porém, entendeu que as circunstâncias, da forma apresentada, “não tinham o condão de exigir o exercício de seu poder indicar medidas provisórias de acordo com o artigo 41 do Estatuto”, e abriu para prazo para as partes apresentarem Memorial e Contra-Memorial²⁰¹.

Em seu Memorial, a RDC, entre outros argumentos²⁰², discutiu a necessidade de prevalência do direito internacional, especialmente do costume internacional, face à lei

²⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Pedido de indicação de Medida Provisória (inglês). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8301.pdf> Último acesso em: 11 out. 2018.

²⁰¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §4. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso em: 11 out. 2018.

²⁰² Será dado enfoque – e, ainda assim, de forma resumida – apenas àqueles argumentos apresentados pelas partes e fundamentos do julgamento que são mais pertinentes ao objeto do presente estudo.

interna belga. Defendeu que as normas tradicionais sobre imunidade de diplomatas, Chefes de Estados e pessoas equiparadas, por sua própria natureza, excluem a incidência da legislação doméstica que rege a jurisdição de dos tribunais em matéria civil e penal. A própria existência do instituto da imunidade teria como principal propósito fazer uma exceção às regras usuais de jurisdição e procedimento²⁰³.

A RDC apontou, ainda, que Abdoulaye Yerodia exerceu o cargo de Ministro das Relações Exteriores durante o período ininterrupto de 15 de março de 1999 a 20 de novembro de 2000, quando passou a exercer o cargo de Ministro da Educação Nacional até 15 de abril de 2001. Tendo em vista que o mandado de prisão foi expedido em 11 de abril de 2000, época em que era Ministro das Relações Exteriores, estaria correta a doutrina que reconhece aos exercentes do referido cargo, segundo o direito internacional costumeiro e perante os tribunais estrangeiros, a mesma absoluta imunidade e absoluta inviolabilidade de que gozam os Chefes de Estado (soberanos ou presidentes) em exercício.²⁰⁴ A imunidade e a inviolabilidade seriam, segundo a RDC, funcionais, concedidas de forma automática pelo direito internacional para impedir que haja qualquer interferência estrangeira no exercício das funções do Estado que a pessoa representa, pouco importando se as palavras censuradas foram proferidas quando Yerodia ainda

²⁰³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Memorial da República Democrática do Congo (francês), §30. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8305.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

²⁰⁴ Deve-se diferenciar, neste ponto, a imunidade funcional (*ratione materiae*) da imunidade pessoal (*ratione personae*). Conforme esclarece Felipe Correia dos Santos, a primeira isenta de responsabilidade os funcionários do Estado, perante cortes estrangeiras, em relação a atos praticados no exercício das suas funções. A ideia desta imunidade é que, quando age no exercício das funções públicas que desempenha, o funcionário está agindo como o próprio Estado que representa, e não como indivíduo. Assim, não poderiam outros Estados interferir nos atos realizados, já que isso significaria atentar contra a própria soberania da nação representada pelo oficial. Tendo em vista que a pessoa, neste caso, apenas atua em nome de um ente abstrato, apesar de sua responsabilização não ser possível, poder-se-ia cogitar da responsabilização do próprio Estado. Este, todavia, também possui sua própria imunidade. A imunidade funcional não cessa quando o indivíduo deixa de exercer o cargo, mas limita-se a atos cometidos durante tal exercício. A imunidade pessoal, por sua vez, visa a garantir que os representantes dos Estados poderão exercer suas funções livre de impedimentos. Esta imunidade recai sobre todos os atos praticados pelo representante do Estado, de qualquer natureza, cometidos, inclusive, antes de o indivíduo passar a prestar serviços ao Estado. A única limitação temporal, aqui, é o fim do exercício das funções públicas – que levará ao fim da imunidade. Isso se justifica por não se tratar de benefício particular ao chefe de Estado. O cometimento de um crime internacional por um chefe de Estado poderia, portanto, ser levado a julgamento após o término do exercício do cargo público. (SANTOS, Felipe Correia dos. *Imunidades dos chefes de Estado*. 2015. 64 f. Dissertação de Mestrado (Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. p. 22-24)

exercia o cargo de Diretor de Gabinete da Presidência e, menos ainda, se os fatos denunciados foram cometidos em caráter privado ou oficial²⁰⁵.

A discussão do caso, como se percebe, se desenvolveu muito em torno da imunidade pessoal do exercente de cargo representativo da soberania, situação que difere da imunidade do próprio Estado, esta que é o objeto do presente trabalho. Porém, como dito no início deste Capítulo, também foram abordados no Caso Yerodia pontos pertinentes a este estudo, como o argumento, trazido pela RDC em seu Memorial, pela inexistência de exceção costumeira à inviolabilidade e à imunidade penal absolutas de Ministros das Relações Exteriores perante as jurisdições nacionais em casos de acusação de crime de direito internacional²⁰⁶.

Como respaldo jurisprudencial de sua tese, mencionou os casos *Pinochet*, da *House of Lords* inglesa (1998)²⁰⁷, e o caso *Khadafi*, da *Cour de Cassation* francesa

²⁰⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Memorial da República Democrática do Congo (francês), §47. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8305.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

²⁰⁶ “L’inviolabilité et l’immunité pénale absolues du ministre des Affaires étrangères subsistent, devant les juridictions nationales, alors même qu’ils sont accusés d’avoir commis des crimes de droit international, en l’espèce l’incitation à commettre des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité. Rien, ni dans la doctrine, quasi-unanime, ni dans la pratique internationale ne consacre, dans un cas comparable à celui-ci (c’est à dire la poursuite devant une juridiction pénale interne du ministre des Affaires étrangères en fonction d’un État étranger), une exception à l’immunité pénale absolue de la personne qui en est titulaire en cas d’accusation de crime de droit international.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Memorial da República Democrática do Congo (francês), §60. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8305.pdf> Último acesso: 13 out. 2018)

²⁰⁷ *Pinochet* era Chefe das Forças Armadas do Chile em 1973 quando liderou golpe militar que depôs o Presidente eleito Salvador Allende. Uma junta militar, posteriormente, apontou *Pinochet* como Presidente do Chile, tendo o ditador permanecido no cargo por dezessete anos. Durante esse período, centenas de milhares de pessoas foram perseguidas por razões políticas, e milhares desapareceram ou foram mortas. *Pinochet* deixou de ser Presidente em 1990, e, em março de 1998, recebeu o título de “Senador vitalício”. Em setembro de 1998, *Pinochet* foi ao Reino Unido realizar uma cirurgia e, em outubro, enquanto se recuperava do procedimento, foi preso pelas autoridades britânicas. A prisão se baseou em um mandado expedido por juiz britânico, o qual, por sua vez, baseava-se em mandado de prisão internacional expedido pro um juiz na Espanha. O mandado internacional informava que *Pinochet* era responsável pelo assassinato de cidadãos espanhóis no Chile entre os anos de 1973 e 1983, e que a Espanha requeria sua extradição. Houve, em seguida, a expedição de um segundo mandado, novamente expedido por juiz britânico com base em mandado de juiz espanhol, acusando *Pinochet* do cometimento de tortura, fazer reféns, e outras condutas cometidas principalmente contra cidadãos chilenos no Chile. Apesar dos vários entendimentos diferentes proferidos no curso da ação na Inglaterra, a instância máxima de apelação em esfera doméstica britânica decidiu, por maioria, que *Pinochet* não era imune aos atos de tortura cometidos após 8 de dezembro de 1988. (BRADLEY, Curtis A.; GOLDSMITH, Jack L. *Pinochet and International Human Rights litigation*. *Michigan Law Review*, n. 97, p. 2133) Neste caso, a RDC destacou a declaração de Lord Browe-Wilkinson, em julgamento de 24 de março de 1999, segundo o qual a imunidade diplomática do representante de Estado “prende-se” à sua pessoa, imunizando-o completamente de quaisquer atos e ações judiciais, independentemente de se relacionarem a assuntos feitos em benefício do país. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica).

(2001)²⁰⁸. A República Democrática do Congo apontou, ainda, que imunidade não significa impunidade, e que não pretende, de forma alguma, justificar o cometimento de violações inaceitáveis ao direito humanitário internacional, tampouco relativizar o sofrimento das vítimas e a necessidade de que lhes seja feita justiça o que deve ser feito no seio de sua própria ordem jurídica.

A RDC inclusive admite a necessidade de superação da tradicional teoria das imunidades e de sua obsoleta justificativa na proteção do Estado; todavia, não entende que o seu afastamento em casos de violações de direitos humanos seria a melhor via para tanto, conforme se verifica no trecho que se transcreve a seguir:

(...) Nesse sentido, as imunidades não apenas protegem a soberania da interferência estrangeira: elas têm, muito profundamente, uma função sistêmica para o ordenamento jurídico internacional. É necessário, portanto, ir além do significado tradicional que as justificava e de seu ritualismo baseado na alegada obsolescência da soberania – as imunidades não são tanto feitas para proteger os estados chamados soberanos; elas sem dúvida servem, primeiro, à ordenação de um sistema; elas são, nesse sentido, sistêmicas. Longe de pensar que um sistema mais justo e adequado poderia surgir da renúncia de imunidades em caso de violação do *jus cogens*. A nova construção que resultaria, de fato, traria mais problemas e injustiças do que aquela que deveria substituir²⁰⁹.

Para a RDC, *mutatis mutandis*, a lógica seguida nas mais elevadas jurisdições pela manutenção da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, mesmo em casos de

Memorial da República Democrática do Congo (francês), §§63 a 69. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8305.pdf> Último acesso: 13 out. 2018)

²⁰⁸ O ex-líder líbio Muammar Kadhafi, que adotou o título de “Guia da Revolução” no país, foi denunciado pelo crime de homicídio, como cúmplice do bombardeio de uma aeronave em 1989. O evento resultou na morte de 156 passageiros, 15 deles franceses. A demanda judicial instaurada na França, porém, resultou no reconhecimento da imunidade diplomática de Kadhafi pela *Cour de Cassation*. (MACHRY, Fernanda Graeff. *Limites da imunidade de oficiais de Estado da jurisdição de cortes domésticas estrangeiras em matéria penal*. 2013. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 37) No caso do antigo Chefe de Estado da Líbia, igualmente se ressaltou o entendimento da Corte de Cassação de que o direito internacional não permitiria deduzir uma exceção ao princípio da imunidade apenas pela “gravidade” do crime denunciado, e que esta não configura dentre as hipóteses de exceções à imunidade admitidas.

²⁰⁹ “*En ce sens, les immunités ne font pas que protéger des souverainetés d'ingérences étrangères: elles ont, très profondément, une fonction systémique pour l'ordre juridique international. Il faut donc dépasser tout à la fois l'acception traditionnelle qui les justifiait, et leur critique fondée sur la prétendue obsolescence de la souveraineté - les immunités ne sont pas tant faites pour protéger des États que l'on dit souverains; elles servent sans doute d'abord l'ordonnancement d'un système; elles sont en ce sens systémiques. Il s'en faut de beaucoup pour penser qu'un système plus juste et adéquat pourrait naître de l'abandon des immunités en cas de violation du jus cogens. La nouvelle construction qui en résulterait risque en effet d'apporter plus de troubles et d'injustices que celle qu'elle est censée remplacer. La nouvelle construction qui en résulterait risque en effet d'apporter plus de troubles et d'injustices que celle qu'elle est censée remplacer.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (Congo v. Bélgica)*. Memorial da República Democrática do Congo (francês), §73. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8305.pdf> Último acesso: 13 out. 2018 – tradução livre)

violações de direitos humanos, é a mesma aplicável aos casos em que se discute a imunidade penal dos representantes estrangeiros. Neste sentido, a contestação que traz esse argumento seria frequentemente considerada pela parte oponente como uma tentativa de forjar uma suposta exceção à imunidade estatal de jurisdição em casos de violação de *jus cogens*.

Na conclusão de seu Memorial, a RDC pede, essencialmente, a decretação, pela CIJ, de que, ao emitir e colocar em circulação mandado de prisão contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, a Bélgica violou a regra de direito internacional costumeira relativa à inviolabilidade e imunidade penal absolutas dos Ministros das Relações Exteriores em exercício, sendo este reconhecimento pela Corte suficiente para a reparação dos danos morais sofridos pelo antigo Ministro²¹⁰.

A Bélgica, por sua vez, apresentou Contra-Memorial, afirmando que o elemento crítico e central das alegações da RDC – a imunidade jurisdicional do Ministro das Relações Exteriores durante seu exercício – não mais se sustentaria, uma vez que, a partir do início do novo governo do Presidente Joseph Kabila, em 14 de abril de 2001, Yerodia não detinha mais qualquer cargo de governo, o que tornaria as alegações contra a Bélgica inoperantes²¹¹, afastando a jurisdição da CIJ por perda de objeto.

No mérito, em suma, defendeu que o mandado de prisão não infringe a soberania da RDC, nem cria obrigações a esta. No que se refere à assunção da jurisdição doméstica belga para o caso, sustentou que esta não contraria o direito internacional, uma vez que: (1) o interesse de nacionais ou residentes belgas cria a conectividade necessária com o país; (2) vai ao encontro das obrigações assumidas pelas partes contratantes na Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Civis em Tempos de Guerra de 1949 (Quarta Convenção de Genebra); e (3) é consistente com os princípios de direito internacional costumeiros que permitem que os Estados exerçam jurisdição universal sobre crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Alegou, ainda, que a imunidade existente para Ministros das Relações Exteriores não se aplica a atos cometidos por tais

²¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Memorial da República Democrática do Congo (francês), §97. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8305.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

²¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §023. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

pessoas de maneira privada (ou seja, fora de suas atribuições oficiais), nem a crimes de guerra ou crimes contra a humanidade²¹².

A Bélgica informou que a elaboração de sua Lei do Genocídio teve como objetivo efetivar o compromisso assumido pelo país ao ratificar a IV Convenção de Genebra, a qual, em seu artigo 146²¹³, determina, *inter alia*, que as partes adotem as medidas legislativas necessárias para promover sanções penais àqueles que cometerem os crimes previsto na referida norma²¹⁴. O afastamento da imunidade jurisdicional e executória em razão do cargo, contido na lei belga, teria apenas repetido o já previsto pelo artigo 27(2)²¹⁵ Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Assim, de acordo com a opinião do Ministro da Justiça, expressada quando da passagem da lei belga pelo parlamento, a regra da irrelevância das imunidades, introduzida formalmente pela referida norma, já existia no direito internacional, o qual forma parte integral do sistema legal belga. Apesar do não reconhecimento da imunidade, a Bélgica ponderou os efeitos da concretização do encarceramento do Ministro das Relações Exteriores da RDC, fazendo constar o seguinte texto no mandado de prisão:

(...) No entanto, a regra da ausência de imunidade sob o direito humanitário nos parece exigir moderação em relação à imunidade de execução. Para além

²¹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §026. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

²¹³ “Article 146. The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a ‘prima facie’ case. Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches defined in the following Article. In all circumstances, the accused persons shall benefit by safeguards of proper trial and defence, which shall not be less favourable than those provided by Article 105 and those following of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949.” (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. 12 de agosto de 1949. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380?OpenDocument> Último acesso: 25 nov. 2018).

²¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §1.5. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

²¹⁵ “Artigo 27 Irrelevância da Qualidade Oficial (...) 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.” (BRASIL. Decreto nº 4.388, 25 de setembro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018).

da questão da extensão da proteção de que goza um indivíduo privado que possui uma capacidade oficial, não se deve perder de vista o fato de que a imunidade conferida aos representantes de um Estado não é tanto para proteger o indivíduo privado, mas primeiro, e acima de tudo, para proteger o Estado do qual ele é um representante. Essa imunidade, de origem costumeira, baseia-se no princípio de que um Estado não tem jurisdição para julgar outro Estado ('par in parem non habet jurisdictionem'). Em virtude do princípio geral de justiça na ação legal, em nossa opinião, imunidade de execução deve ser concedida a todos os representantes de um Estado que são bem-vindos no território da Bélgica como tal (em "visitas oficiais"). Recepcionar tal personalidade estrangeira como representante oficial de um Estado soberano coloca em jogo não apenas as relações entre os indivíduos, mas também as relações entre os Estados. Nesta linha de pensamento, inclui o compromisso do Estado anfitrião e de seus vários componentes de não tomar medidas coercitivas contra seu convidado, e o convite não pode se tornar um pretexto [para] fazer com que a parte em questão caia no que então seria rotulado como uma emboscada. Caso contrário, a falta de adesão a este compromisso poderia implicar que o Estado de acolhimento fosse responsabilizável a nível internacional."²¹⁶

No tocante à alegação de que o mandado de prisão violaria a soberania da RDC, a Bélgica afirmou que em momento algum requereu, formalmente, a extradição de Yeordia, e que, apesar de a ordem de prisão ter sido transmitida à Interpol, não foi objeto da chamada "Red Notice"²¹⁷. Reforçou o argumento segundo o qual todos os Estados devem contribuir para a punição de graves violação de direito humanitário internacional, havendo sido esta obrigação universal (*erga omnes*) de punição observada pela Bélgica

²¹⁶ "However, the rule of the absence of immunity under humanitarian law seems to us to require to be tempered as regards immunity from enforcement. Beyond the question of the extent of the protection that a private individual who holds an official capacity enjoys, sight must not be lost of the fact that the immunity conferred on the representatives of a State is not so much to protect the private individual but first and foremost the State of which he is a representative. This immunity, customary in origin, is founded on the principle that a State has no jurisdiction to judge another State ('par in parem non habet jurisdictionem'). By virtue of the general principle of fairness in legal action, in our view, an immunity from enforcement must be accorded to all representatives of a State that are welcomed onto the territory of Belgium as such (on 'official visits'). Welcoming such a foreign personality as an official representative of a sovereign State puts at stake not only relations between individuals but also relations between States. On this line of thinking, it includes an undertaking by the host State and its various components not to take coercive measures against its guest, and the invitation may not become a pretext [for] having the party in question fall into what would then be labelled an ambush. In the contrary case, failure to adhere to this undertaking could entail the host State being liable at an international level." (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §1.11. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018 – tradução livre).

²¹⁷ "A Red Notice, sometimes referred to as an Interpol Wanted Notice, is a formal document issued by Interpol at the request of the Interpol National Central Bureau ('NCB') of the State concerned identifying a person whose arrest is requested with a view to extradition. It is required to contain detailed and specific information about the person concerned and the facts alleged including description, identity particulars (such as name, place and date of birth, photographs and fingerprints, if available, occupation, identity document numbers, etc), the facts alleged, charges, arrest warrant details and other relevant judicial information." (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.1.6. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018).

ao prever, em sua lei doméstica, jurisdição universal sobre o tema, sem que a imunidade pudesse ser uma escusa para seu exercício. Defendeu, inclusive, que a existência de uma jurisdição universal tem precedência sobre a regra da imunidade, e que a Lei belga em discussão não viola o princípio da não-intervenção²¹⁸.

A Bélgica traz um interessante argumento em favor da possibilidade de processar uma pessoa que não está em território belga, afirmando que o princípio da territorialidade tradicionalmente aceita exceções, as quais se encontram na legislação dos países. Tais exceções ou sua aplicação nunca teriam ensejado qualquer dificuldade nas relações internacionais. Não existiria, portanto, proibição de que os Estados processem indivíduos que não estejam em seu território nacional, sendo a escolha de fazê-lo uma opção nacional, que recai sob a soberania do país. Esta lógica se aplicaria não apenas para casos em que a lei nacional do Estado tenha sido violada, mas também para violações de direito internacional.

O sistema legal belga, como o de muitos outros Estados, criou exceções à exigência de que o réu de crimes contra a segurança e a ordem pública do país esteja presente em território nacional para que seja processado, evitando, com isso, a impunidade. E o que vale para a proteção dos interesses fundamentais do Estado deve, *a foriori*, valer para a violação de direitos da comunidade internacional, especialmente para violação de direitos humanos. Até porque crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio afetam toda a comunidade internacional, não se relacionando unicamente ao território onde foram cometidos²¹⁹.

²¹⁸ “*The Belgian Law of 1993/1999 in issue in this case is not in violation of the principle of non-intervention. On the contrary, it corresponds to the international trend to fight impunity as witnessed in the texts quoted above.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.3.22 a 3.3.33. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018).

²¹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.3.48 a 3.3.52. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018. Cançado Trindade afirma que foram necessários anos de desenvolvimento até que a doutrina admitisse a “criminalização” da relação de responsabilidade do Estado, reduzindo um espaço antes ocupado pelo voluntarismo estatal. Os atos considerados como sendo de natureza particularmente séria passaram a corresponder aos chamados “crimes internacionais”, afetando os valores fundamentais da comunidade (os outros atos, sem o mesmo grau de gravidade, representariam “delitos internacionais”). Assim, uma nova visão do Direito surgiu, levando em consideração os valores básicos e as necessidades da comunidade internacional como um todo. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013. p. 377-378.

O argumento central da RDC, de que houve violação do direito internacional pelo descumprimento da regra costumeira internacional que garante imunidades aos Ministros de Relações Exteriores em exercício, no entender da Bélgica, negligencia um desenvolvimento bastante fundamental no direito internacional ocorrido em tempos recentes e que atinge o núcleo do caso²²⁰. Na declaração explicativa feita pelo governo da Bélgica à alteração da Lei de 1993, que introduziu artigo que afastava a imunidade intrínseca à qualidade oficial de uma pessoa como empecilho para as sanções prevista no diploma legal, foi mencionado que o intuito era o seguinte: “confirmar explicitamente a regra da não pertinência da imunidade de jurisdição e execução no contexto da aplicação da lei, mas esta regra já existe no direito internacional, que é parte integrante da ordem jurídica belga.”²²¹

Segundo a Bélgica, existem muitas fontes internacionais que demonstram que um Chefe de Estado ou membro de seu governo não pode se beneficiar da imunidade quando acusado do cometimento de crimes de direito humanitário internacional. Dentre as fontes de origem convencional, menciona, dentre outras, os Tratados de jurisdições penais internacionais, tais como os Estatutos do Tribunal de Nuremberg²²², da antiga

²²⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.4.1. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018.

²²¹ “*vise à confirmer explicitement la règle de la non-pertinence des immunités de juridiction et d’exécution dans le cadre de l’application de la loi, mais cette règle existe déjà em droit international, qui fait partie intégrante de l’ordre juridique belge.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.4.1. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 13 out. 2018).

²²² “Article 7. The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. *Statute of the International Tribunal for Rwanda*. 8 de novembro de 1994. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statuteinternationalcriminaltribunalforrwanda.aspx> Último acesso: 25 nov. 2018).

Iugoslávia²²³, de Ruanda²²⁴ e do Tribunal Penal Internacional (TPI)²²⁵. Vários julgamentos, citados como fontes de origem jurisprudencial internacional²²⁶, foram possíveis em tais jurisdições exatamente pela inexistência do óbice da imunidade.

O fato de se tratarem de tribunais internacionais e não cortes domésticas não diminuiria o interesse dos precedentes produzidos, já que o argumento da imunidade não foi rejeitado com base na natureza internacional destes tribunais, mas, sim, devido ao horror dos crimes em questão. Se a gravidade dos crimes justifica a exclusão da imunidade, pouco importa se a questão é levantada perante a jurisdição internacional ou doméstica, devendo a mesma causa produzir, em ambas, o mesmo efeito²²⁷.

Nesta mesma linha de entendimento, a Bélgica defende que o fato de o já citado artigo 27(2) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê que a capacidade oficial de uma pessoa não pode ser obstáculo para que a Corte exerça sua jurisdição sobre tal pessoa, estar contido em norma internacional, não significa que tal dispositivo não diga respeito à jurisdição doméstica dos países. Para fundamentar essa tese, uma série de argumentos são expostos, dentre eles o fato de que a jurisdição do TPI é direcionada aos

²²³ “Article 7(2). The official position of any accused person, whether as head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Statute of the Tribunal*. 25 de maio de 1993. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf Último acesso: 25 nov. 2018).

²²⁴ “Article 6(2). The official position of any accused person, whether as head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Statute of the Tribunal*. 25 de maio de 1993. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf Último acesso: 25 nov. 2018)

²²⁵ “Artigo 27. Irrelevância da Qualidade Oficial. 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de ‘per se’ motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.” (BRASIL. Decreto nº 4.388, 25 de setembro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018).

²²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.61 e seguintes. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 17 out. 2018.

²²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.49. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 17 out. 2018.

crimes de maior gravidade²²⁸, apresentando certa magnitude²²⁹, fazendo com que, em geral, sejam passíveis de ser cometidos pelas mais altas autoridades – ou, acrescenta-se, pelo próprio Estado²³⁰.

A Bélgica afirma que, apesar de poucas, existem, e de forma incontestada, leis domésticas que excluem a imunidade de líderes que tenham cometido crimes contra o direito humanitário internacional. Uma investigação do Conselho da Europa sobre a implementação do Estatuto do TPI na lei nacional demonstrou, a propósito, que alguns países afirmaram que a regra da imunidade do Chefe de Estado não se aplica em casos de cometimento de graves crimes como aqueles para os quais o TPI é competente. Assim, o governo da Noruega teria declarado que “a evolução do Direito tende a fazer com que Chefes de Estado não mais possam se beneficiar de imunidade em relação aos crimes mais graves”²³¹.

A jurisprudência nacional dos Estados também teria exemplos de afastamento da imunidade pela violação de direitos humanos que representam crimes internacionais. A Bélgica cita, em seus Contra-Memoriais, dois precedentes dos Estados Unidos em que se afastou a aplicação do já mencionado *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) para permitir o processamento de autoridades, em razão da gravidade dos crimes cometidos. No caso *Marcos*, referente aos atos cometidos pelo ditador filipino Ferdinand Emmanuel Edralín Marcos a *Court of Appeal* americana entendeu que tortura, desaparecimento forçado de pessoas e execuções extrajudiciais representam violações ao *jus cogens*, estando claramente fora do escopo da autoridade do então Presidente, fugindo, assim, do

²²⁸ “Artigo 1º. O Tribunal. É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.” (BRASIL. Decreto nº 4.388, 25 de setembro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

²²⁹ Os artigos referidos trazem o conceito, respectivamente, do Crime de Genocídio, Crimes contra a Humanidade e Crimes de Guerra.

²³⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.32. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 18 out. 2018.

²³¹ “L’évolution du droit tend elle aussi à faire que les chefs d’Etat ne peuvent plus bénéficier de l’immunité pour les crimes les plus graves.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.32. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 18 out. 2018 – tradução livre)

considerado pelo FSIA como atos de uma agência ou instrumentalidade de uma nação estrangeira, para fins de obtenção de imunidade²³².

A Bélgica se manifestou, também, em relação aos dois precedentes mencionados pela República Democrática do Congo em seu Memorial: o Caso *Pinochet* e o Caso *Kadhafi*. Quanto ao primeiro, ressaltou que, por maioria de seis votos a um, a *House of Lords*, em julgamento definitivo de 24 de março de 1999, decidiu que o antigo ditador chileno não poderia se beneficiar da imunidade em relação aos atos de tortura por ele cometidos. Um dos fundamentos da decisão foi o fato de que a tortura não apenas é proibida, como também representa violação ao direito internacional, o qual não poderia estabelecer um ato como crime, de caráter *jus cogens* e, ao mesmo tempo, afastar a obrigação que se pretendeu impor por meio da imunidade²³³.

Quanto ao segundo caso, a Bélgica afirmou que, ao contrário do alegado pela RDC, a *Cour de Cassation* francesa reconheceu a existência de exceções à regra da imunidade, mas estas apenas não incluíam atos de terrorismo. A Bélgica destacou que, em suas conclusões no caso em discussão, o *Avocat general* aparentemente admitiu que algumas normas *jus cogens*, tais como a proibição da tortura ou o genocídio, precederiam a norma costumeira de imunidade do Chefe de Estado, apenas deixando de aplicar este entendimento ao caso porque as referências a *jus cogens* estariam na Convenção de Viena de Direito dos Tratados, da qual a França não é parte²³⁴.

Além disso, segundo a Bélgica, não há nada novo no reconhecimento, pela doutrina, da exclusão da imunidade criminal de um agente de Estado estrangeiro, mesmo que ele seja o próprio soberano, caso tenha cometido graves crimes de direito humanitário internacional. Mencionando Vattel²³⁵, afirma que a regra é a aplicação da regra *par in parem*, e a exceção é o caso de violação grave de direito internacional.

²³² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.78. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 18 out. 2018.

²³³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.5.81 a 3.5.86. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 18 out. 2018.

²³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.5.87 a 3.5.97. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 18 out. 2018.

²³⁵ “(...) Vattel, for example, referred to this already in the 18th century. He began by recalling the general principle according to which ‘no foreign power can declare itself judge of conduct’ of another State. He

Os Contra-Memoriais apontaram, ainda, que, já em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU reconheceu o princípio segundo o qual a capacidade oficial com que age um agente de Estado (Chefe de Estado ou Ministro) não justifica o cometimento de crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, ficando esta ideia registrada nos Princípios de Nuremberg²³⁶, bem como em outras propostas de código de crimes contra a paz e segurança da humanidade²³⁷. Já o *Institut de Droit International*, em sua Resolução sobre “Imunidades de jurisdição e execução do Chefe de Estado e de Governo sob o direito internacional”, apesar de não dizer explicitamente, observa que a imunidade de pessoas com tais cargos poderia não ser efetiva em caso de crime em direito internacional.

No caso *Al-Adsani v. Reino Unido*, julgado em 2001 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o petionante alegou que o judiciário inglês, ao garantir imunidade ao Kuwait, desrespeitou o direito de não ser torturado, além de negar acesso à justiça, contrariando a Convenção Europeia de Direitos Humanos²³⁸. Apesar de reconhecer a importância da proibição a tortura, a CEDH entendeu que não estava aceita

went on to observe that ‘the spanish violate all rules when they declare themselves entitled to judge the Inca Athualpa’. But he added immediately: ‘If this prince had violated the law of Nations in their regard they [the Spanish] would have been right in punishing him. But they accused him of having put to death certain of his own subjects, of having had several wives, etc., things for which he was not responsible to them; and, as the crowning point of their injustice, they condemned him by the laws of Spain’. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (Congo v. Bélgica)*. Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.5.102 a 3.5.104. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 18 out. 2018)

²³⁶ “Principle III. The fact that a person committed an act which constitutes a crime under international law acted as a head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.” (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. 12 de agosto de 1949. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380?OpenDocument> Último acesso: 25 nov. 2018)

²³⁷ “*Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind*” de 1951, 1954 e 1991.

²³⁸ Sulaiman Al-Adsani, piloto de cidadania britânica e kuwaitiana, foi enviado ao Kuwait em 1991 para ajudar na defesa contra o Iraque. Durante a Guerra do Golfo, serviu como membro das forças aéreas do Kuwait, e, após a invasão do Iraque, ficou para trás como membro do movimento de resistência. Neste período, tomou posse de vídeos íntimos envolvendo o *Sheik Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah*, o qual era relacionado com o Emir do Kuwait, onde possuía influência. De alguma forma as fitas entraram em circulação, tendo sido Al-Adsani responsabilizado por isso e e pelo que foi reiteradamente torturado, antes de ser enviado de volta ao Reino Unido. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Al-Adsani (Al-Adsani v. Reino Unido)*. Julgamento (inglês), §§10 a 13. 21 de novembro de 2001. Disponível: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwithKW3opLeAhWKIZAKHQ7cDWsQFjABegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconv%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-59885%26filename%3D001-59885.pdf&usq=AOvVaw2BXSskDMSezMnGs4zo52oZg> Último acesso: 19 out. 2018)

em direito internacional a proposição segundo a qual os Estados não gozam de imunidade para atos de tortura cometidos fora do país do fórum²³⁹.

Citando este precedente, a Bélgica afirmou que a imunidade do Kuwait só foi garantida porque os atos em questão foram cometidos fora do Reino Unido, já que as exceções à imunidade previstas pelo *State Immunity Act* inglês são apenas para algumas situações ocorridas no território britânico. A decisão no caso *Al-Adsani* foi criticada por Michael Byers nos seguintes termos:

Foi estabelecido que o direito internacional consuetudinário é parte da lei inglesa e que os tribunais ingleses não estão vinculados à doutrina do *stare decisis* ao aplicar regras do direito internacional consuetudinário. Também é amplamente aceito que as regras do *jus cogens* são regras do direito internacional consuetudinário que têm efeitos adicionais aos identificados na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Os tribunais ingleses, quando lidam com questões a respeito das quais o legislador não falou, devem, portanto, levar em conta o desenvolvimento do conceito de *jus cogens* e o fato de que certas regras do direito internacional consuetudinário agora possuem um caráter *jus cogens*. Em casos envolvendo tortura fora do Reino Unido, o caráter *jus cogens* da proibição contra a tortura pode ter invalidado qualquer regra do direito internacional consuetudinário que poderia ter exigido que os tribunais ingleses, ao aplicar a *common law* da imunidade do Estado, concedessem imunidade a Estados estrangeiros²⁴⁰.

Uma série de doutrinadores são citados pela Bélgica para demonstrar que reconhecer imunidade a um elevado representante estrangeiro que tenha sido acusado do

²³⁹ “The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. The 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims unless the damage was caused within the United Kingdom, is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Al-Adsani* (Al-Adsani v. Reino Unido). Julgamento (inglês), §60. 21 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewithKW3opLeAhWKIZAKHQ7cDWsQFjABegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconv%2Fpdf%2F%3Flibrary%3FDECHR%26id%3D001-59885%26filename%3D001-59885.pdf&usq=AOvVaw2BXSkDMSezMnGs4zo52oZg> Último acesso: 19 out. 2018. §60)

²⁴⁰ “It has been established that customary international law is part of English law and that English courts are not bound by the doctrine of *stare decisis* when applying rules of customary international law. It is also widely accepted that *jus cogens* rules are rules of customary international law which have effects additional to those identified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. English courts, when dealing with questions in respect of which the legislator has not spoken, should therefore take into account the development of the concept of *jus cogens* and the fact that certain rules of customary international law now possess a *jus cogens* character. In cases involving torture outside the United Kingdom, the *jus cogens* character of the prohibition against torture may have rendered void any rule of customary international law which might otherwise have required English courts, when applying the common law of State immunity, to grant immunity to foreign States.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.129. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 19 out. 2018 – tradução livre)

cometimento de graves crimes de direito humanitário internacional seria contraditório com a natureza *jus cogens* de tais crimes, configurando, portanto, exceção à regra da imunidade estabelecida pelo direito consuetudinário internacional²⁴¹. O país resumiu seu entendimento quanto ao assunto da seguinte forma:

A Bélgica nunca afirmou que a punição de crimes de direito internacional humanitário era uma obrigação *jus cogens*, contanto que tais crimes fossem cometidos fora de seu território e por pessoas que não se encontrassem em seu território. Por outro lado, a Bélgica considera que, se esses crimes fossem cometidos no seu território ou se o seu autor estivesse em território belga, a Bélgica, como todos os outros Estados confrontados com a situação, seria obrigada a processar esses crimes. Esta obrigação de processar é semelhante a uma obrigação *jus cogens*, tendo em conta a gravidade dos crimes, a universalidade das regras que prevêm a sua punição, a força com que a obrigação é afirmada e a sua relação com a obrigação de assegurar as mais elementares regras de direitos humanos. Neste ponto, no entanto, a Bélgica concorda com a RDC ao dizer que imunidade não significa impunidade. Se os Estados devem processar crimes de acordo com o Direito Internacional Humanitário, em nenhum lugar se diz que devem fazê-lo *hic et nunc*. Não há, portanto, qualquer contradição com o direito internacional positivo, caso o juiz de instrução se abstenha de executar um mandado de prisão contra Yerodia Ndombasi no caso de ele ser oficialmente convidado a vir para a Bélgica. *In casu*, as acusações não seriam descartadas ou anuladas, mas simplesmente suspensas. A Bélgica não estaria violando sua obrigação imperativa de processar²⁴².

No trecho acima exposto, incluído no final de sua manifestação, a Bélgica aproxima a natureza de sua autoproclamada jurisdição universal para crimes de direito humanitário internacional à de uma obrigação *jus cogens*. Assim sendo, não apenas inexistiria violação de direito internacional atribuível ao país, como este, inclusive,

²⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §§3.5.132 a 3.5.151. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 19 out. 2018.

²⁴² “Belgium has never affirmed that the punishment of crimes under international humanitarian law was a *jus cogens* obligation insofar as those crimes were committed outside its territory and by persons who were not found on its territory. Conversely, Belgium considers that, if these crimes were committed on its territory or if their perpetrator were found on Belgian territory, Belgium, like all other States confronted with the situation, would be obliged to prosecute these crimes. This obligation to prosecute is similar to a *jus cogens* obligation in view of the gravity of the crimes, the universality of the rules which provide for their relation with the obligation to insure the most elementary rules of human rights. On this point, however, Belgium agrees with the DRC in saying that immunity does not mean impunity. If States must prosecute crimes under international humanitarian law, nowhere is it said that they must do so *hic et nunc*. There is, therefore, no contradiction with positive international law should the investigation judge refrain from executing an arrest warrant issued against Mr. Yerodia Ndombasi in the event that he were to be officially invited to come to Belgium. *In casu*, charges would not be dropped or voided but simply suspended. Belgium would not be in breach of its imperative obligation to prosecute.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Contra-Memorial apresentado pelo Reino da Bélgica (inglês), §3.5.161. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/8304.pdf> Último acesso: 19 out. 2018 – tradução livre)

cumpriu com seu dever que lhe cabia perante a ordem internacional – o de garantir que não houvesse impunidade para violações de direitos humanos de natureza cogente.

Em sua sentença, a CIJ, preliminarmente, refutou a alegação da Bélgica de perda de objeto, afirmando que sua jurisdição é estabelecida no momento em que protocolado o ato que instituiu o processo perante si – no caso em debate, quando Yerodia era Ministro das Relações Exteriores da RDC. Assim, pouco importam as situações ocorridas posteriormente – ou seja, a cessação do exercício do cargo oficial por Yerodia – no que diz respeito à continuidade da jurisdição da CIJ sobre o feito²⁴³.

Quanto ao mérito, a Corte abordou, em primeiro lugar, a discussão sobre a imunidade do Ministro das Relações Exteriores do Congo, deixando para momento posterior a análise da jurisdição universal. Apesar de admitir que o correto seria fazer o inverso, tendo em vista que apenas quando um Estado possui jurisdição em direito internacional em relação a um assunto é que é possível desenvolver qualquer discussão acerca de imunidade ao exercício de tal jurisdição, a Corte informou que iria se basear na última manifestação da RDC, a qual invocou apenas a questão da imunidade²⁴⁴.

Para a CIJ, em razão da natureza das funções, cujo exercício não pode ser obstaculizado, um Ministro de Reações Exteriores goza de completa imunidade jurisdicional criminal e inviolabilidade ao longo da duração de seu mandato²⁴⁵. Além disso, após examinar os argumentos expostos pelas partes, entendeu que não há, em direito costumeiro internacional, qualquer forma de exceção à regra que confere imunidade jurisdicional criminal e inviolabilidade aos Ministros de Relações Exteriores quando suspeitos de cometimentos de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade²⁴⁶.

²⁴³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §26. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

²⁴⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §46. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

²⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §54. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

²⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §58. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

Ressaltou, ainda, que, de fato, imunidade não significa impunidade, mas que a imunidade jurisdicional criminal e a responsabilidade criminal individual são conceitos bastante diferentes quanto à sua natureza, sendo a do primeiro procedimental e a do segundo substancial. Logo, em que pese a imunidade jurisdicional criminal possa barrar o processo por um período e em relação a algumas ofensas, não pode exonerar a pessoa a quem se aplica de toda a responsabilidade criminal²⁴⁷.

Além disso, apesar dos argumentos da Bélgica, a própria expedição do mandado de prisão representou, segundo a Corte, uma violação da imunidade de que dispunha o então Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo. Da mesma forma, a própria circulação do mandado, ainda que não tenham se desenvolvido os passos posteriores e não tenha se efetivado a prisão, infringiram a imunidade jurisdicional criminal e inviolabilidade de Yerodia, pois ele se encontrava no exercício do cargo quando a ordem de encarceramento foi lavrada²⁴⁸.

A decisão final da Corte Internacional de Justiça no caso Yerodia foi tomada por maioria, tendo sido a decisão de 15 votos contra um pela admissão da demanda. Quanto ao mérito, 13 contra três determinaram que a expedição e circulação do mandado de prisão representaram violação à imunidade jurisdicional criminal e inviolabilidade das quais goza o Ministro das Relações Exteriores conforme o direito internacional, e, por

²⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §60. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018. A Corte aponta quatro motivos pelos quais a imunidade jurisdicional do Ministro das relações Exteriores não representaria uma barreira à sua responsabilização pessoal: *"First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries' courts in accordance with the relevant rules of domestic law. Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity. Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity. Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter's Statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that '[i]mmunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person'."*

²⁴⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Julgamento (inglês), §70 e 71. 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

fim, 10 votos contra seis decidiram que a Bélgica deveria cancelar a ordem e notificar as autoridades pertinentes. Todavia, como será visto a seguir, o julgamento recebeu diversas críticas, provenientes da doutrina e dos próprios juízes que participaram do julgamento, os quais se manifestaram separadamente²⁴⁹.

2.1.2 Análise crítica

A crítica mais frequentemente encontrada na doutrina em relação à decisão da Corte no caso Yerodia é o fato de não ter sido abordada a questão da jurisdição universal. A discussão sobre a extensão da jurisdição para o processamento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade pode ser considerada uma prática nova e, em razão disso, tem sido objeto de muitos debates²⁵⁰. O não enfrentamento do tema representou, portanto, a perda de importante oportunidade de se obter um posicionamento do mais elevado tribunal internacional.

Eric K. Leonard afirma que a jurisdição universal é um dos mais explícitos princípios/normas/regras que (re)emergiram com o atual padrão de governança global²⁵¹. Trata-se de princípio que permite que os Estados desconsiderem a soberania, busquem justiça onde é necessário (ao menos quando estão em discussão crimes considerados *hostis humani generis*), e trabalhem pelo fim da impunidade²⁵². É uma ferramenta útil

²⁴⁹ Foram proferidas cinco Opiniões em Separado (Juiz-Presidente Guillaume, Juiz Koroma, Juiz Rezek e Juiz *ad hoc* Bula-Bula, além da Opinião em Separado conjunta dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal) e três Opiniões Dissidentes (Juiz Oda, Juiz Al-Khasawneh e Juíza *ad hoc* Van den Wyngaert).

²⁵⁰ SCHREUER, Christoph; WITTICH, Stephan. Immunity v. Accountability: the ICJ's Judgment in the Yerodia Case. *International Law FORUM du droit international*, v. 4, p. 117-120, 2002, p. 117.

²⁵¹ LEONARD, Eric K. Global Governance and the State: Domestic Enforcement of Universal Jurisdiction. *Human Rights Review*, v. 16, p. 143-159, 2015, p. 157.

²⁵² “The state is no longer the final arbiter of its domestic affairs and the emergence of universal jurisdiction laws in national legal proceedings is confirmation of that fact. Ultimately, this may be the most viable means to ending problems like impunity, but it will only occur with a coalescence of interests among state and non-state actors.” (LEONARD, Eric K. Global Governance and the State: Domestic Enforcement of Universal Jurisdiction. *Human Rights Review*, v. 16, p. 143-159, 2015, p. 158) M. Cherif Bassiouni explica que há duas correntes que podem justificar a criação de um conceito de jurisdição universal. A primeira delas é chamada *normative universalista position*, e ela reconhece a existência de certos valores nucleares compartilhados por toda a comunidade internacional. Tais valores são considerados importantes o suficiente para “derrubar” as usuais limitações territoriais no exercício da jurisdição. A segunda corrente é chamada *pragmatic policy-oriented*, e ela reconhece que ocasionalmente existem certos interesses internacionalmente compartilhados que requerem um mecanismo de efetivação não limitados à soberania estatal. (BASSIOUNI, M. Cherif. The History of Universal Jurisdiction. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2004. p. 42)

para promover a proteção dos direitos humanos, uma vez que amplia o acesso à justiça ao ofertar outra via de judicial às vítimas.

Foi criticado, ainda, o posicionamento da Corte ao expressar, sem muita fundamentação, que o mandado de prisão permaneceria ilegal, apesar Yerodia ter deixado de ser Ministro das Relações Exteriores. Rememorando os fatos, Yerodia exercia o cargo de Ministro das Relações apenas no momento da expedição do mandado de prisão. Anteriormente, quando cometeu o crime, e posteriormente, quando o caso foi levado à apreciação da Corte, Yerodia não estava em exercício do referido cargo, que lhe conferiria imunidade.

Assim, não há falar em imunidade funcional ou *ratione personae*, já que o crime não foi cometido no exercício da função oficial. Por outro lado, também não há imunidade pessoal ou *ratione personae*, pois esta, apesar de abranger todos os tipos de atos – inclusive de natureza privada – praticados antes ou durante o exercício do cargo, não poderá ser invocada após o chefe de Estado deixar a função. Em resumo, a imunidade conferida a Yerodia pela CIJ não encontra respaldo no direito internacional.

Malcolm Shaw ressalta que é difícil se perceber a base legal para este “pulo” feito pela Corte, até porque o julgamento estava focado em questões de imunidade²⁵³. Parece, de fato, incongruente a elaboração de todo um arrazoado em torno da imunidade referente ao cargo, mesmo quando não persistia o exercício de funções oficiais. Portanto, a CIJ, de maneira súbita, sucinta e em *obiter dictum*, estendeu o entendimento acerca da imunidade para *ex*-Ministros das Relações Exteriores, promovendo uma equiparação entre oficiais de alta autoridade em atividade e antigos. Este raciocínio surpreende especialmente tendo em vista que a única racionalidade para imunidade mencionada pela Corte é proteger o exercício, pelos altos oficiais, de suas funções²⁵⁴ – os antigos, porém, já não desempenham mais tais atividades, fazendo cair por terra o argumento pela manutenção de seu privilégio.

Todavia, a característica mais importante a ser destacada do posicionamento da CIJ no caso Yerodia, para o presente trabalho, é a ausência de inserção valorativa em seu

²⁵³ SHAW, Malcolm N. The *Yerodia* Case: Remedies and Judicial Function. *Revue Belge du Droit International*, Bruxelas, v. 35, p. 554-559, 2002, p. 558.

²⁵⁴ WIRTH, Steffen. Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium* Case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 877-893, 2002, p. 881.

conteúdo. A fundamentação apresentada pela Corte resume-se à declaração de incidência da chamada regra da imunidade diplomática, aplicável àqueles que exercem elevado cargo representativa do um país. Ao tangenciar a discussão sobre jurisdição universal, utilizada pela Bélgica para combater a impunidade em casos de graves crimes, a Corte perdeu uma oportunidade de analisar o tema do caso de uma forma mais ampla e valorativa.

Igualmente, ao deixar de pronunciar-se, de forma fundada, sobre a possibilidade de excepcionar-se a regra da imunidade em casos de violações de direitos humanos, especialmente tendo em vista a natureza *jus cogens* de tais normas, a CIJ, novamente, deixa claro seu intuito de manter as discussões do caso na esfera meramente normativa e procedimental, sem a inserção de valores. Ao assim fazer, a Corte demonstra o seu ultrapassado posicionamento face ao direito internacional pós-moderno, o qual deve priorizar, como visto, a proteção do ser humano e de suas garantias individuais.

Esse reducionismo por parte da Corte, que transformou uma potencial – e essencial – discussão envolvendo o contraste entre a proteção do homem e a proteção do Estado é apontada pelo Juiz Shigeru Oda, segundo o qual houve modificação do assunto da demanda. Em sua Opinião Dissidente, referido Juiz afirma que as questões potencialmente significativas (a validade da jurisdição universal e o alcance geral da imunidade diplomática) foram transmutadas em uma simples discussão sobre expedição e circulação internacional de um mandado de prisão no que dizem respeito à imunidade diplomática. O Juiz – que, em primeiro lugar, discordou da própria existência de um litígio legal a ser submetido perante a Corte – manifestou ser lamentável que a Corte tenha decidido tratar o caso como contencioso passível de solução judicial²⁵⁵.

Como visto no capítulo anterior, a doutrina das imunidades jurisdicionais de Estado estrangeiro tem como característica sua mutabilidade no tempo, adequando-se às demandas da sociedade internacional. Tendo em vista que a sociedade se encontra, atualmente, na chamada era pós-moderna, caracterizada pelo retorno do foco ao indivíduo, espera-se que as instituições de direito internacional, como é o caso da CIJ, promovam a atualização que demanda a contemporaneidade. Para tanto, é essencial a

²⁵⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (Congo v. Bélgica)*. Opinião Dissidente do Juiz Oda (inglês), §16. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-02-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

inserção de discussão valorativa – no caso, proteção dos direitos humanos – às questões levadas à análise da Corte, podendo ser considerada desatualizada qualquer decisão de contenda entre nações que não leve em conta a relevância do amparo ao indivíduo.

Compartilham deste entendimento os Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, para os quais um dos desafios do direito internacional do presente é fornecer estabilidade nas relações internacionais e efetivas conexões internacionais, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito pelos direitos humanos²⁵⁶. Em sua Opinião em Separado conjunta, os Juízes criticaram a omissão da Corte nesse sentido, afirmando que a difícil tarefa enfrentada pelo direito internacional hoje é promover tal estabilidade nas relações internacionais por outros meios que não a impunidade dos responsáveis por grandes violações de direitos humanos. Este desafio se mostrou presente no caso em discussão, requerendo o engajamento da Corte nesta tarefa, o que não ocorreu em razão da escolha desta de olhar para “metade da história” – ou seja, apenas para a imunidade e não para a jurisdição universal²⁵⁷.

A referida Opinião em Separado faz breve análise do desenvolvimento da doutrina das imunidades no tempo, demonstrando tratar-se de conceito mutável, variando com o tempo e refletindo as prioridades da sociedade²⁵⁸. Aponta, ainda, a necessidade de equiparação entre interesses dos Estados e dos indivíduos, defendendo a importância do equilíbrio entre ambos:

Estas tendências refletem um equilíbrio de interesses. Em uma escala, encontramos o interesse da comunidade da humanidade em prevenir e impedir a impunidade dos perpetradores de crimes graves contra seus membros; por outro lado, há o interesse da comunidade de Estados em permitir que eles ajam livremente no nível interestatal sem interferência injustificada. Um equilíbrio,

²⁵⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Opinião em Separado dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal (inglês), §5. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018.

²⁵⁷ “*The difficult task that international law today faces is to provide that stability in international relations by a means other than the impunity of those responsible for major human rights violations. This challenge is reflected in the present dispute and the Court should surely be engaged in this task, even as it fulfils its function of resolving a dispute that has arisen before it. But through choosing to look at half the story - immunity - it is not in a position to do so.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica) Opinião em Separado dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal (inglês), §5. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 21 out. 2018).

²⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Opinião em Separado dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal (inglês), §72. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 22 out. 2018.

portanto, deve ser alcançado entre dois conjuntos de funções que são valorizadas pela comunidade internacional. Refletindo essas preocupações, o que é considerado como uma jurisdição admissível e o que é considerado como lei sobre imunidade está em constante evolução. Os pesos nas duas escalas não são definidos para toda perpetuidade. Além disso, percebe-se uma tendência de que em um mundo que cada vez mais rejeita a impunidade pelas ofensas mais repulsivas, a atribuição de responsabilidade e prestação de contas está se tornando mais firme, a possibilidade de afirmação de jurisdição mais ampla e a disponibilidade de imunidade como escudo mais limitada. A lei dos privilégios e imunidades, no entanto, mantém a sua importância, uma vez que as imunidades são concedidas aos altos funcionários do Estado para garantir o bom funcionamento da rede de relações interestatais mútuas, o que é de suma importância para um sistema internacional bem ordenado e harmonioso²⁵⁹.

O simples reconhecimento da importância da consideração da proteção dos direitos humanos nos casos envolvendo o tema das imunidades de Estado não é suficiente para que se diga que houve uma atualização do instituto em estudo aos valores da contemporaneidade. Para além disso, é necessário que os privilégios dos países e de seus representantes não sejam colocados no mesmo patamar de importância em que se encontram os direitos fundamentais e humanos. Não se pode admitir que a proteção do Estado e a proteção do indivíduo sejam considerados pesos equivalentes a serem equilibrados, pois o amparo ao ser humano é marca da pós-modernidade e, conseqüentemente, do que se espera do direito pós-moderno, gozando, portanto, de posição superior em qualquer sopesamento.

Ainda que não se considerasse a realidade pós-moderna como fator suficientemente relevante para respaldar a necessidade de modificação da doutrina das imunidades, importante destacar que, como será mais detalhadamente abordado no capítulo subsequente, a natureza *jus cogens* de certos²⁶⁰ direitos humanos deveria ser

²⁵⁹ “These tendencies reflect a balancing of interests. On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community. Reflecting these concerns, what is regarded as a permissible jurisdiction and what is regarded as the law on immunity are in constant evolution. The weights on the two scales are not set for all perpetuity. Moreover, a trend is discernible that in a world which increasingly rejects impunity for the most repugnant offences, the attribution of responsibility and accountability is becoming firmer, the possibility for the assertion of jurisdiction wider and the availability of immunity as a shield more limited. The law of privileges and immunities, however, retains its importance since immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (Congo v. Bélgica)*. Opinião em Separado dos Juizes Higgins, Kooijmans e Buergenthal (inglês), §75. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 22 out. 2018 – tradução livre)

²⁶⁰ Sabe-se que nem todos os direitos humanos são considerados *jus cogens*, mas apenas aqueles que não podem ser relativizados em hipótese alguma. Exemplos de *jus cogens* são encontrados em costumes,

suficiente para que estes prevalecessem sobre qualquer digressão acerca de uma regra meramente procedimental, como é o caso da imunidade jurisdicional de Estado.

Em que pese tenha sido este argumento suscitado pela Bélgica, não houve abordagem e análise do mesmo pela Corte, a não ser por meio da Opinião Dissidente do Juiz Al-Khasawneh, para o qual:

O combate efetivo de crimes graves assumiu, sem dúvida, um caráter *jus cogens* que reflete o reconhecimento pela comunidade internacional dos interesses comunitários e valores vitais que busca proteger e aprimorar. Portanto, quando essa norma hierarquicamente mais alta entra em conflito com as regras sobre imunidade, ela deve prevalecer. Mesmo se quisermos falar em termos de reconciliação dos dois conjuntos de regras, isso sugeriria, para mim, uma interpretação muito mais restritiva das imunidades de funcionários de alto escalão do que a sentença retrata. Aliás, tal abordagem restritiva estaria muito mais em consonância com o agora firmemente estabelecido movimento em direção a um conceito restritivo de imunidade do Estado, um movimento que removeu a barreira relativa à submissão dos Estados à jurisdição de outros Estados frequentemente expressos na máxima par *in parem non habet imperium*. É difícil entender por que os Estados aceitariam que sua conduta em relação a áreas importantes de seu desenvolvimento estivesse aberta a processos judiciais estrangeiros, mas não a conduta criminosa de seus funcionários²⁶¹.

decisões de cortes internacionais e em tratados. Sobre esta última fonte, Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Marina de Almeida Rosa afirmam o seguinte: “*The most accepted example beyond the principles cited in the Charter of the United Nations³⁷ is the International Covenant on Civil and Political Rights, which lists rules that could not be suspended in any event – the basic characteristic of a peremptory rule.*³⁸ Article 4(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)³⁹ states that, even in extraordinary situations, certain rights can not be suspended. They are the right to life (Article 6), the prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 7), the prohibition of slavery or servitude (Article 8 (1) and (2)), opposition to arrest for breach of contract (Article 11), the refusal to condemn someone for a crime not provided for by national or international order (Article 15), the right of the individual to have recognized his or her legal personality (Article 16) and, finally, the right to freedom of thought, conscience and religion (Article 18).” (SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p.123-137, 2018. p. 129) Para fins práticos deste trabalho, será feita referência genérica a direitos humanos enquanto *jus cogens*, devendo-se, porém, levar em consideração a ressalva aqui feita.

²⁶¹ “*The effective combating of grave crimes has arguably assumed a jus cogens character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail. Even if we are to speak in terms of reconciliation of the two sets of rules, this would suggest to me a much more restrictive interpretation of the immunities of high-ranking officials than the Judgment portrays. Incidentally, such a restrictive approach would be much more in consonance with the now firmly established move towards a restrictive concept of State immunity, a move that has removed the bar regarding the submission of States to jurisdiction of other States often expressed in the maxim par in parem non habet imperium. It is difficult to see why States would accept that their conduct with regard to important areas of their development be open to foreign judicial proceedings but not the criminal conduct of their officials.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (Congo v. Bélgica)*. Opinião Dissidente do Juiz Al-Khasawneh (inglês), §7. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-07-EN.pdf> Último acesso: 22 out. 2018 – tradução livre)

Tratando-se de tema de matiz essencialmente política, inclusive porque criado para privilegiar soberanos e, posteriormente, nações soberanas, percebe-se que, da forma esparsa e sem regulamentação em que se encontra atualmente, a doutrina das imunidades é manipulada pelos países conforme seu interesse. A definição da argumentação em favor da manutenção da imunidade e ou de sua refuta dependerá da constatação sobre qual a solução é mais benéfica para determinado Estado.

Assim, não é de se espantar que a Opinião em Separado do Juiz *ad hoc* Bula-Bula, apontado pela RDC, indique que a violação das imunidades no caso em discussão é simples evidência do geral desrespeito ao princípio da igualdade soberana de um país descolonizado pela Bélgica²⁶². Pelo mesmo motivo, a Juíza Van den Wyngaert, da Bélgica, manifestou que, através de uma abordagem minimalista e formalista, a Corte *de facto* sopesou em favor dos interesses dos Estados em conduzirem suas relações internacionais, e não no interesse da comunidade internacional em apurar a responsabilidade internacional de oficiais do Estado suspeitos do cometimento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade²⁶³.

Exatamente porque as nações invariavelmente adotarão, de forma inevitavelmente parcial, o posicionamento que mais lhe for vantajoso, caberia à CIJ garantir a prevalência da proteção dos direitos humanos em casos envolvendo imunidades de Estado estrangeiro. No Caso Yerodia, como visto, ao furtar-se de conferir à questão discutida uma análise valorativa e, com isso, dar prevalência à proteção do Estado – ou melhor, daquele que o representa-, a Corte exarou uma decisão deveras ultrapassada, tendo em vista a retomada da primazia do indivíduo na era pós-moderna.

O julgamento da CIJ no Caso Yerodia, segundo Christoph Schreuer e Stephan Wittich, “é mais notável pelo que não diz do que pelo que diz”²⁶⁴. O tema central do caso era a aplicação da imunidade diplomática em situação envolvendo o cometimento de crimes de direito humanitário internacional. A Corte, por sua vez, optou por tratar do caso

²⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Opinião em Separado do Juiz *ad hoc* Bula-Bula (inglês), §21. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-08-EN.pdf> Último acesso: 22 out. 2018.

²⁶³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). Opinião Dissidente da Juíza *ad hoc* Van den Wyngaert (inglês), §85. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-09-EN.pdf> Último acesso: 22 out. 2018.

²⁶⁴ SCHREUER, Christoph; WITTICH, Stephan. Immunity v. Accountability: the ICJ’s Judgment in the Yerodia Case. *International Law FORUM du droit international*, v. 4, p. 117-120, 2002, p. 117.

como se apenas estivesse em discussão apenas legalidade ou não da expedição do mandado de prisão contra Yerodia, tendo em vista a possível incidência da regra procedimental da imunidade – diplomática, neste caso.

Ao não se pronunciar sobre os argumentos envolvendo o exercício da jurisdição universal e a possibilidade de levantamento da imunidade em casos de violações de natureza *jus cogens*, a Corte demonstrou o seu desinteresse em permitir a permeabilização valorativa da doutrina das imunidades. Ou seja, a omissão da CIJ se traduz em uma resistência a promover o necessário avanço no tema, mesmo quando explicitamente demandada a se posicionar.

2.2 CASO DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS (*CASE JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE*, ALEMANHA v. ITÁLIA; GRÉCIA INTERVINDO)

O Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, entre a Alemanha e a Itália, com a participação da Grécia como terceiro interveniente, aborda a questão cerne discutida neste trabalho, qual seja, a imunidade do Estado, propriamente dita. Neste precedente discutiu-se a manutenção da imunidade jurisdicional da Alemanha por violações a direitos humanos cometidas durante o nazismo.

A CIJ, novamente, primou pela proteção do Estado em detrimento à proteção do indivíduo, garantindo a manutenção da imunidade do ente público. Todavia, as oposições a tal ultrapassado entendimento se fizeram presentes desde a prolação da decisão, como demonstram os votos divergentes proferidos, dentre os quais se destaca o do Juiz Cançado Trindade, que será analisado, em separado, no último capítulo desta dissertação.

2.2.1 Fatos, argumentos e julgamento

O Caso das Imunidades Jurisdicionais, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 2012, foi instaurado pela Alemanha sob a alegação de que a Itália teria violado a regra da imunidade jurisdicional de Estado ao admitir, em seu judiciário doméstico, ação

judicial promovida por cidadão italiano contra a Alemanha buscando obter reparações por danos sofridos na época do Terceiro Reich. Após a rendição da Itália para os Aliados durante a Segunda Guerra Mundial, o território italiano ainda se encontrava predominantemente ocupado pelas forças alemãs, as quais perpetraram diversas atrocidades contra a população local.

Dentre os crimes cometidos – que incluíam o massacre de civis – havia a deportação de milhares de membros das forças armadas italianas para prestarem trabalhos forçados na Alemanha ou em territórios ocupados desse país. À maioria destes prisioneiros que sofriam deportação forçada, denominados “prisioneiros militares italianos” (*italian military internees*), era negado o *status* de prisioneiros de guerra²⁶⁵.

Findada a guerra, as nações alemã e italiana firmaram o Tratado de Paz de 1947, por meio do qual, em seu artigo 77(4), a Itália abdicava em seu nome e em nome de seus nacionais de qualquer pretensão contra a Alemanha e seus nacionais pendente em 8 de maio de 1945, exceto aquelas provenientes de contratos ou outras obrigações e direitos adquiridos antes de 1º de setembro de 1939. Ficou estabelecido que a referida isenção abarcava débitos, reclamações intergovernamentais em relação a arranjos feitos no curso da guerra, e todas as reclamações por perdas e danos surgidos durante a guerra.

Poucos anos depois, em 1953, a Alemanha adotou a Lei Federal de Compensação em relação às Vítimas da perseguição Nacional-socialista (*Bundesentschädigungsgesetz – BEG*), por meio da qual se buscava compensar algumas categorias de vítimas da perseguição nazista. A referida lei, porém, trazia diversas exigências que obstaculizavam o enquadramento dos indivíduos interessados em utilizá-la para obter reparações. Posteriormente, em 1961, outros dois acordos foram firmados prevendo o mesmo tipo de reparação²⁶⁶.

No ano 2000, uma Lei Federal foi adotada na Alemanha estabelecendo uma Fundação para “Lembrança, Responsabilidade e Futuro”, voltada a gerar fundos para

²⁶⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §22 e seguintes. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §§22 a 25. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

indivíduos que foram submetidos a trabalhos forçados e a outras injustiças ocorridas no período de vigência do Nacional-socialismo. A citada lei excluiu de seu escopo aqueles que possuíam o *status* de prisioneiros de guerra. Assim, milhares dos chamados “prisioneiros militares italianos”, que não possuíam *status* de prisioneiros de guerra, ingressaram com pedido de compensação com fulcro na Lei Federal de 2000. As autoridades alemãs, porém, entenderam que a negativa de concessão do *status* de prisioneiros de guerra pelo Terceiro Reich não teve a legitimidade, por si só, de alterar o *status* dos “prisioneiros militares italianos”, de forma que estes nunca deixaram de ser, de fato, prisioneiros de guerra, não se enquadrando, portanto, nos requisitos da lei para obtenção de reparações²⁶⁷.

A negativa de enquadramento para fins de reparação fez com que um grupo de antigos “prisioneiros militares italianos” ingressasse, em 2007, com demanda perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (*Associazione Nazionale Reduci e 275 outros v. Alemanha*), a qual declarou não admissível o pedido formulado²⁶⁸. Frustrada a tentativa de resolver a questão por meio de uma Corte Regional de Direito Humanos, um dos autores, Luigi Ferrini, optou por veicular ação em âmbito doméstico italiano.

Assim, Luigi Ferrini, nacional italiano que foi preso e deportado em 1944 para a Alemanha, onde prestou trabalhos forçados em uma fábrica de munições, acionou o Estado alemão na Corte de Arezzo (*Tribunal di Arezzo*). Esta Corte rejeitou a ação judicial sob o fundamento de que a Alemanha, enquanto Estado soberano, goza de imunidade jurisdicional. O mesmo entendimento foi adotado pela Corte de Apelação de Florença (*Corte di Appello di Firenze*) face ao apelo intentado. Ferrini, então, pediu à Corte de Cassação que anulasse a decisão da Corte de Florença sob o fundamento de que esta teria

²⁶⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §§26. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁶⁸A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não admitiu a demanda porque os fatos em debate se deram antes da entrada em vigor da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim se manifestou: “The Court notes that the applicants’ or their ancestors’ deportation to the German *Reich* as well as their forced labour took place before the Convention entered into force on 3 September 1953. The Court therefore considers that the applicants’ complaints about the deportation and forced labour as such are incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention”. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Associazione Nazionale Reduci v. Alemanha*. Julgamento. 04 de setembro de 2007. Disponível em: http://www.menschenrechte.ac.at/orig/07_5/Associazione.pdf Acesso: 14 out 2018)

errado ao afirmar que o princípio da imunidade jurisdicional de Estado deveria prevalecer mesmo em casos de violação de norma *jus cogens*²⁶⁹.

A Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), por sua vez, admitiu a demanda, afirmando que as cortes italianas detinham jurisdição sobre a ação reparatoria ajuizada contra a Alemanha por Ferrini, sob o fundamento de que a imunidade não se aplica quando o ato debatido consiste em um crime internacional. O caso, então, retornou para julgamento de mérito perante a Corte de Arezzo e, posteriormente, perante a Corte de Apelação de Florença, a qual condenou a Alemanha a prestar reparação de cunho indenizatório a Ferrini sob o fundamento apresentado pela Corte de Cassação²⁷⁰. Seguindo-se a isso, outros cidadãos italianos, em situação semelhante à de Luigi Ferrini, ingressaram com demandas judiciais nas cortes domésticas da Itália, mantendo a Corte de Cassação o seu posicionamento sobre a questão.

O interesse e interveniência da Grécia na demanda, quando levada à CIJ, decorre do fato de que as cortes domésticas gregas enfrentavam situação de mesma natureza no chamado Caso Distomo (*Distomo case*)²⁷¹. Em junho de 1944, durante a ocupação alemã da Grécia, forças armadas do Terceiro Reich cometeram um massacre na vila grega de Distomo, resultando na morte de civis e na perda de propriedades. Em 1995, os descendentes das vítimas do massacre ingressaram com ação judicial nas cortes gregas, buscando compensação do Estado Alemão. Apesar de ter havido condenação da Alemanha, não houve execução da decisão²⁷².

²⁶⁹ CARNEIRO, Elisa Resende Bueno da F. Ximenes. *Direitos Humanos, Violações a Normas de Jus Cogens e Imunidade do Estado: Estudo do caso da Alemanha versus Itália (CIJ)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 47.

²⁷⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo)*. Julgamento (inglês), §§27 a 29. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁷¹ *Prefeitura de Voiotia v. República Federal da Alemanha*. Caso número 11/2000, julgado em 4 de maio de 2000.

²⁷² A Corte grega de Primeira Instância de Livadia julgou a ação procedente, condenando a Alemanha a indenizar os descendentes das vítimas do massacre. O Estado alemão recorreu, porém, seu apelo não foi recebido pela Suprema Corte Helênica (*Areios Pagos*), mantendo-se, portanto, o dever de reparar. Ocorre que o artigo 923 do Código de Processo Civil grego exige autorização do Ministro da Justiça para executar uma decisão contra um estrado estrangeiro na Grécia. Em razão da negativa de tal autorização, não houve execução da decisão. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo)*. Julgamento (inglês), §30. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018)

Após acionarem a Corte Europeia de Direitos Humanos²⁷³ e os tribunais alemães, sem sucesso, os reclamantes gregos buscaram executar o julgado na Itália, onde a demanda foi admitida. Peticionaram, então, pela penhora judicial da chamada *Villa Vigoni*, imóvel de propriedade do Estado Alemão situado em território italiano, para fins de verem satisfeitos os peitos indenizatórios. A penhora, porém, foi suspensa até que fosse concluído o julgamento do caso perante a Corte Internacional de Justiça²⁷⁴.

Em decorrência de sua condenação perante as cortes domésticas italianas no caso de Luigi Ferrini, a Alemanha acionou a Itália na Corte Internacional de Justiça, requerendo, essencialmente, o reconhecimento de falha do Estado italiano ao não observar a imunidade jurisdicional da qual o Estado alemão gozaria conforme o direito internacional. A Alemanha se manifestou, ainda, contra as medidas de restrição impostas sobre a *Villa Vigoni*, e contra a admissibilidade da execução da decisão grega contra o Estado alemão nas cortes italianas, requerendo a responsabilização internacional da Itália e a imposição de reparação²⁷⁵.

Em seu Memorial, a Alemanha afirmou que a imunidade do exercício soberano de um par seu é, atualmente, um princípio fundamental de direito internacional, apresentando-se, a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, nas formas absoluta e

²⁷³ Trata-se do Caso *Kalogeropoulou e Outros v. Grécia e Alemanha*, julgado em 2002. Esta foi a segunda vez em que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) se pronunciou sobre a imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros, sendo a primeira vez no já referido caso *Al-Adsani v. United Kingdom*. No Caso *Kalogeropoulou*, a CEDH, por maioria, confirmou a decisão em *Al-Adsani*, entendendo que a Grécia não violou o direito de acesso à justiça da vítima ao permitir que a Alemanha não fosse submetida a execução de decisão proferida pelo judiciário grego em razão da imunidade jurisdicional de Estado. BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *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*, Frankfurt, v. 5, n. 5, p. 477-491, 2003, p. 477-478. Em seu voto dissidente no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, o Juiz Caçado Trindade afirmou que, na linha dos votos dissidentes dos juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso *Al-Adsani*, a Alemanha não pode se esconder atrás da regra da imunidade para evitar processos relativos a reparações por violações de normas *jus cogens* perante uma jurisdição estrangeira (italiana). O Juiz frisou, ainda, que, diferentemente do que ocorreu em relação ao Caso *Al-Adsani* (em que o ato ilícito ocorreu não no território do foro, Inglaterra, mas, sim, no Kuwait), no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, alguns dos atos reclamados ocorreram em território italiano. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Caçado Trindade (inglês), §134. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

²⁷⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §35. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁷⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §36. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

relativa. Apontou que todas as legislações domésticas adotadas pelos países sobre o tema seguem a distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, e que, apesar de apresentarem um número limitado de vedações à possibilidade de o Estado estrangeiro alegar imunidade, nenhuma de tais exceções abrange as instâncias tratadas pelos tribunais italianos no que diz respeito a reclamações relacionadas à ocupação da Itália pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial²⁷⁶.

A Alemanha defendeu que não existe prática geral, apoiada pela *opinio juris*, sobre qualquer alargamento do princípio da imunidade de Estado em casos de violações de direito humanitário cometidas por forças militares durante um conflito armado. Alegou, ainda, que o fim da imunidade jurisdicional de Estado não seria proteger Estados que cometeram crimes internacionais, em detrimento ao amparo dos interesses dos indivíduos. Serviria, em verdade, para que fossem afastadas do judiciário do país do foro as reivindicações de reparações, solucionando-as através de outros mecanismos²⁷⁷.

Analisando o Caso *Ferrini*, a Alemanha suscitou a possibilidade de a discussão abordar, na verdade, a responsabilização pessoal dos envolvidos nas atrocidades cometidas pelo nazismo, e não necessariamente o país. Declarou que não nega que, de fato, muitas sérias violações, inclusive crimes, foram cometidos por suas forças de ocupação na Itália. Todavia, seria um erro tratar a imunidade pessoal dos perpetradores de crimes internacionais e a imunidade soberana de um Estado da mesma maneira.

Para a Alemanha, não pode existir qualquer imunidade de natureza pessoal àquele que comete crimes de guerra, não se podendo poupar os autores de crimes graves da justa retribuição. Situação diversa, porém, ocorreria em casos de reparações de cunho civil pelo Estado por danos de guerra, pois não seria possível, no entendimento da Alemanha, que a responsabilidade de uma comunidade nacional pelas ações tortuosas orquestradas por seus líderes seja ilimitada. A solução para estes casos seria a conclusão de acordos abrangentes a nível interestatal – método esse que permitiria que o indivíduo lesionado

²⁷⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §54. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁷⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §55. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

desempenhasse certo papel na reclamação de seus direitos, tal como ocorre em outros sistemas²⁷⁸.

Além disso, apesar de reconhecer a mutabilidade do direito internacional, a Alemanha afirmou que não caberia aos juízes a realização destas mudanças:

É certamente verdade que o direito internacional não é constituído por um conjunto de normas bem circunscrito que permaneça estável para sempre. É claro que o principal instrumento de mudança são os tratados internacionais. O direito consuetudinário também avança, ainda que em um ritmo mais lento, como mostrado precisamente no campo da imunidade soberana pela passagem da teoria absoluta à teoria restritiva, que se estendeu por décadas. Um amplo apoio político é necessário em qualquer evento. Os processos de mudança legal devem estar em consonância com o movimento geral do sistema de direito internacional em sua totalidade. Não se pode negar que, no domínio da imunidade soberana, em particular, os tribunais nacionais desempenharam um papel considerável, dada a natureza do objeto. Mas os juízes não estão legitimados a se colocar na linha de frente dos processos de mudança²⁷⁹.

Quanto ao Caso *Distomo*, a Alemanha alegou que, de um ponto de vista cronológico, o entendimento estabelecido em tal precedente foi superado pelo julgamento do Caso *Margellos*²⁸⁰. De fato, conforme apontado pela Alemanha, a decisão no Caso

²⁷⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §59. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁷⁹ “It is certainly true that international law is not made up of a well-circumscribed set of norms that remain stable forever. Of course, the main instrument of change is international treaties. Customary law, too, moves ahead, yet at a slower pace, as shown precisely in the field of sovereign immunity by the passage from the absolute theory to the restrictive theory, which extended over decades. Broad political support is needed in any event. Processes of legal change must be in consonance with the general movement of the system of international law in its entirety. It cannot be denied that in the field of sovereign immunity, in particular, domestic courts have played a considerable role, given the nature of the subject-matter. But judges are not legitimated to place themselves at the forefront of processes of change.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §62. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018 – tradução livre)

²⁸⁰ “Tal caso se baseia em fatos semelhantes aos do caso *Distomo*. Em razão do massacre ocorrido em Lidoriki na região central da Grécia em 1944, algumas vítimas pleitearam reparação perante os tribunais gregos. Contudo, no ano de 2001, o Tribunal de Cassação grego, em conformidade com o artigo 100 da Constituição do país, solicitou à Suprema Corte Especial da Grécia que determinasse se havia uma norma do Direito Internacional consuetudinário que prevê uma exceção à regra da imunidade de jurisdição de um Estado em casos de atos ilícitos que violam regras internacionais peremptórias. Após análise da jurisprudência de vários tribunais nacionais, bem como da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Europeia de 1972, a Suprema Corte Especial, por 6 votos a 5, em 17 de setembro de 2002, decidiu que, de acordo com o Direito Internacional contemporâneo, a Alemanha tinha direito a imunidade de jurisdição. Para a Suprema Corte Especial da Grécia, não obstante o fato de que uma tendência estava surgindo, naquele momento, não era possível afirmar a existência de uma norma internacional que prevê uma exceção à imunidade jurisdicional do Estado em casos de crimes perpetrados pelas Forças Armadas de um Estado em violação às obrigações internacionais de jus cogens. Contudo, cinco dos 11 juízes mantiveram o entendimento do tribunal de Areios Pagos no caso *Distomo*, segundo o qual a existência de uma norma costumeira emergente do Direito Internacional impedia a aplicação da imunidade no caso em tela.” (Elisa Resende Bueno da F. Ximenes. *Direitos Humanos, Violações a Normas de Jus Cogens e*

Distomo foi o primeiro pronunciamento de uma corte mais elevada de um país a afirmar que, ao cometer graves violações de direitos humanos, um Estado perderia sua imunidade de jurisdição caso tais crimes fossem cometidos no território do país do foro. Outrossim, no Caso *Margellos*, julgado posteriormente ao Caso *Distomo* e por uma corte ainda mais elevada, determinou-se que a regra de direito internacional de acordo com a qual não pode ser iniciada ação contra um Estado estrangeiro perante as cortes domésticas de outro em razão de atos cometidos pelas forças militares do país réu continuaria existindo²⁸¹.

É importante ressaltar, também, que, para a Alemanha, “as regras que regem a imunidade possuem natureza de regras substanciais de direito internacional”²⁸². Afirmou em seu Memorial, ainda, que nenhum Estado está sujeito a submeter-se ao poder soberano de outro sem dar seu consentimento, de acordo com a máxima *par in parem non habet jurisdictionem*. E destacou seu entendimento segundo o qual a regra da imunidade seria mais do que uma mera regra procedimental, já que impediria que países poderosos exercessem hegemonia sobre os demais²⁸³.

Para o presente estudo, o ponto mais relevante levantado no Memorial da Alemanha foi a “confiança errônea nos argumentos de *jus cogens*”. O país defendeu, primeiramente, que a diferença hierárquica entre as normas de direito internacional surgiu com a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, de forma que o *jus cogens* sequer existia no tempo em que as violações foram cometidas, não podendo, portanto, ser considerado. Aplicar o padrão de *jus cogens* aos trágicos eventos da Segunda

Imunidade do Estado: Estudo do caso da Alemanha versus Itália (CIJ). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 57-50)

²⁸¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §65. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁸² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §65. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁸³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §§92 a 95. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018: “(...) sovereign immunity cannot be downgraded to a simple procedural rule. It determines the substantive relationship between sovereign States, ensuring that good order will prevail in the international community. In particular, sovereign immunity prevents powerful States from establishing hegemonic mechanisms which invariably operate in their favour.”

Guerra Mundial não corresponderia às regras gerais de aplicação temporal do direito internacional²⁸⁴.

Além disso, a Alemanha mencionou o Caso *Arrest Warrant*, analisado no tópico anterior, a fim de demonstrar que, segundo a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, um oficial de Estado de elevado cargo não perde sua imunidade funcional perante cortes domésticas mediante alegação de cometimento de infração de regra *jus cogens*²⁸⁵. A conclusão da Alemanha é de que um país que nega o acionamento judicial de outro perante suas cortes domésticas em razão da imunidade, ainda que haja acusação de violação de regra *jus cogens*, está simplesmente aplicando as normas de direito internacional, com o intuito de manter a ordem e o bom relacionamento entre as nações, e confiando que as questões podem ser resolvidos por outros métodos que não o litígio judicial²⁸⁶.

A Itália, por sua vez, alegou que um país que não cumpre com sua obrigação de promover reparações às vítimas de graves violações de direito humanitário internacional, deixando de oferecer a estas vítimas meios efetivos de reclamar as reparações que lhes são devidas, deveria ser privado do direito de invocar imunidade jurisdicional perante as cortes do Estado de nacionalidade da vítima. Em seu Contra-Memorial, afirmou que, apesar de reconhecer a imunidade de uma soberania enquanto princípio fundamental de direito internacional, de origem costumeira, os países também aceitaram que o fato de que não se trata um princípio absoluto.

A questão da mutabilidade do direito internacional no tempo é também ressaltada pela Itália da seguinte forma:

A regra da imunidade soberana tem sido submetida, ao longo do tempo, a um processo de redefinição progressiva de seu conteúdo na direção de uma restrição do escopo das atividades do Estado cobertas pela imunidade. A evolução para uma imunidade restritiva foi alimentada pela crescente preocupação de não limitar injustamente a possibilidade de os indivíduos terem

²⁸⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §85. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §88. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

²⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §120. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018.

acesso aos tribunais contra um Estado estrangeiro. Significativamente, os tribunais nacionais sempre tiveram um papel importante na contribuição para a evolução da lei da imunidade de Estado. O fato de os Estados terem acordado, com o passar do tempo, em equilibrar a imunidade contra outros valores reconhecidamente merecedores de proteção toma particular importância em um momento no qual desenvolvimentos fundamentais no direito internacional mostram a importância primordial atribuída pela comunidade internacional à proteção de certos valores compartilhados. Estes desenvolvimentos recentes devem ser inevitavelmente levados em conta ao determinar se um Estado tem o direito de invocar imunidade. A Itália alega que, em determinadas circunstâncias em que a imunidade não parece reconciliável com a proteção efetiva desses valores fundamentais, a imunidade deve ser anulada²⁸⁷.

Segundo a Itália, a regra da imunidade faz parte do direito internacional costumeiro, mas não constitui *jus cogens* e nunca foi considerada imperativa ou não derogável. De fato, a opção por abdicar do privilégio da imunidade sempre esteve à disposição dos Estados, e a validade do consentimento expresso dos países à jurisdição nunca foi contestada²⁸⁸. Ressaltou, ainda, a já aceita inexistência de imunidade em disputas relativas a propriedades imóveis adquiridas no território de nação estrangeira.²⁸⁹ Após expor tais exceções, a Itália declarou que, com a evolução da doutrina, existe uma tendência para que novas exceções à imunidade sejam criadas:

Desde o início do século XX, e até mesmo na segunda metade do século XIX, a mudança na relação entre Estados e pessoas privadas levou a uma tendência consistente de restringir a imunidade. Inicialmente, o exercício da jurisdição era feito exclusivamente com base na distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*; mais recentemente, a lei e a prática de muitos Estados também

²⁸⁷ “The rule of sovereign immunity has been subjected over time to a process of progressive redefinition of its content in the direction of a restriction of the scope of State activities covered by immunity. The evolution towards a restrictive immunity has been fuelled by the increasing concern not to unjustly limit the possibility for individuals to have access to courts against a foreign State. Significantly, domestic courts have always had a major role in contributing to the evolution of the law of State immunity. The fact that States have come over time to agree to balance immunity against other values widely perceived as deserving protection assumes particular significance at a time at which fundamental developments in international law show the paramount importance assigned by the international community to the protection of certain shared values. These recent developments must inevitably be taken into account when determining whether a State may be considered to be entitled to invoke immunity. Italy submits that, under certain circumstances in which immunity does not appear to be reconcilable with the effective protection of these fundamental values, immunity must be set aside.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo IV, Seção I, §§4.3 e 4.4. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018 – tradução livre)

²⁸⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo IV, Seção I, §§4.12. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

²⁸⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo IV, Seção I, §§4.12. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

apoiaram exceções à imunidade do Estado para algumas atividades no domínio de atos soberanos²⁹⁰.

A evolução da teoria absoluta para a restritiva tem sua *ratio* na necessidade de proteção de pessoas privadas, conforme defende a Itália²⁹¹. O intuito de preservar direitos individuais diante de um privilégio injusto, e a garantia de acesso à justiça e a reparação de danos também fundamentaram os desenvolvimentos ocorridos na doutrina das imunidades, com a criação de mais hipóteses de afastamento de tal benefício aos países. E estas exceções não estariam limitadas apenas a *acta jure gestionis*.

A evolução da regra da imunidade em relação a disputas trabalhistas – a qual, em geral, não faz diferenciação entre atos de império e atos de gestão – mostra, no entendimento da Itália, a tendência da prática estatal de reduzir o domínio da imunidade do Estado e de garantir aos indivíduos o máximo de acesso à justiça, até mesmo quando *acta jure imperii* estão em discussão. Esta mesma tendência se revelaria no tocante às ações de reparação de danos, nos moldes do que prescreve a Convenção da ONU de 2004 sobre Imunidades de estado estrangeiro, que será estudada no capítulo seguinte.

A mesma lógica que impulsionou o abandono da teoria absoluta da imunidade em favor da distinção *imperii-gestionis* serviria de fundamento para estes novos desenvolvimentos no contexto das ações de danos: o sentimento de injustiça e a necessidade de proteção de direitos individuais²⁹². Sobre os reflexos da evolução intertemporal do direito internacional na doutrina da imunidade jurisdicional, concluiu o país da seguinte maneira:

A Itália reconhece que a imunidade jurisdicional dos Estados é uma regra fundamental do ordenamento jurídico internacional. (...) essa regra evoluiu ao longo do tempo na direção de uma progressiva restrição do escopo das atividades do Estado cobertas pela imunidade. Além disso, desenvolvimentos

²⁹⁰ “Since the very beginning of the twentieth century, and even in the second half of the nineteenth century, the changing relationship between States and private persons has driven a consistent trend towards restricting immunity. At first the exercise of jurisdiction was made exclusively on the basis of the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*; more recently the law and practice of many States has also supported exceptions to State immunity for some activities in the domain of sovereign acts.” (sic) (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo IV, Seção I, §§4.13. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018 – tradução livre)

²⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo IV, Seção I, §§4.21. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

²⁹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo IV, Seção I, §§4.26 e 4.33. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

significativos no direito internacional – como, em particular, o reconhecimento da existência de regras internacionais com caráter *jus cogens*, a formação de um conjunto de regras criminalizando a conduta de indivíduos responsáveis por crimes internacionais específicos e a crescente aceitação da existência de um direito de acesso aos tribunais por indivíduos – estão inevitavelmente tendo um impacto sobre a regra da imunidade. A consequência mais notável a este respeito é o fato de que, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento da imunidade pode ser impedido pela necessidade de evitar situações que parecem ser inconciliáveis com os princípios básicos subjacentes a estes desenvolvimentos. Em particular, a Itália demonstrou que, em casos envolvendo pedidos de indenização contra um Estado responsável por graves violações do direito internacional humanitário e de direito internacional dos direitos humanos, a imunidade deve ser negada quando, se fosse concedida, equivaleria a uma negação absoluta de justiça às vítimas e à impunidade do Estado²⁹³.

Por fim, acerca do papel do judiciário doméstico dos países, a Itália ressaltou que estes têm o dever de respeitar e cumprir o direito internacional, o que significa, por um lado, observar a imunidade de Estado, mas, por outro, garantir respeito e cumprimento do direito humanitário internacional e das obrigações de direitos humanos. Argumenta que esse respeito é especialmente importante quando tanto o direito internacional quanto as disposições constitucionais do país impõem a obrigação de proteger direitos fundamentais dos indivíduos, como é o caso dos países envolvidos no litígio perante a CIJ²⁹⁴.

Os juízes nacionais estariam na incômoda posição de decidir sobre princípios de direito internacional em conflito. Tendo em vista que a regra da imunidade, para a Itália, possui natureza procedimental, deve ser interpretada à luz da norma existente à época em que instaurado o processo. Para efetuar tal ponderação, os juízes teriam de se basear em noções que os habilitem a decidir qual interesse deve prevalecer. Dentre tais noções a

²⁹³ “Italy acknowledges that jurisdictional immunity of States is a fundamental rule of the international legal order. As has been shown in this Chapter, this rule has evolved over time in the direction of a progressive restriction of the scope of State activities covered by immunity. Moreover, significant developments in international law – such as, in particular, the recognition of the existence of international rules having a *jus cogens* character, the formation of a body of rules criminalizing the conduct of individuals responsible for specified international crimes and the increasing acceptance of the existence of a right of access to courts by individuals – are inevitably having an impact on the rule of immunity. The most notable consequence in this respect is the fact that under certain circumstances the recognition of immunity may be precluded by the need to avoid situations which appear to be irreconcilable with the basic principles underlying these developments. In particular, Italy has shown that, in cases involving claims for reparation against a State responsible for grave violations of international humanitarian law and human rights law, immunity must be denied when, if granted, it would amount to an absolute denial of justice for the victims and to impunity for the State.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), §4.117. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018 – tradução livre)

²⁹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), §6.9. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

serem utilizadas pelos juízes se encontraria o conceito de *jus cogens*, que se refere à ideia que existem provisões que não podem ser derogadas por Estados através de acordos²⁹⁵.

A Itália frisou que os juízes nacionais não criaram a noção de que existem violações de direito internacional que sejam tão graves que impeçam a concessão de qualquer imunidade ao perpetrador; tampouco definiram a existência de determinadas regras com caráter imperativo e sua necessária prevalência sobre qualquer outro princípio que não tenha a mesma natureza. Foram os próprios Estados, por meio do direito internacional costumeiro e convencional, e não os juízes domésticos, segundo a Itália, que teriam estabelecido tais princípios e normas, além das consequências inerentes²⁹⁶.

O desenvolvimento do direito internacional e a sua relação com o caso levado perante ao Corte Internacional de Justiça também foi abordado pela Grécia em sua Manifestação Escrita, após ingressar na ação como interessada. A Grécia afirmou que as evoluções pelas quais o direito internacional vem passando refletem-se especialmente em matéria de responsabilidade internacional, reparação para vítimas de violações de direitos humanos e direito humanitário internacional, e imunidade de Estado. E prosseguiu declarando o seguinte:

Essa transformação é marcada, em particular, pela posição e novo papel dos indivíduos no ordenamento jurídico internacional: indivíduos, detentores de direitos, impelem Estados e outros atores internacionais a adotar uma abordagem diferente em suas práticas relativas à implementação de direitos individuais, contribuindo, assim, ao surgimento de novas normas internacionais. Esses mesmos indivíduos, através de suas reivindicações – por meio de ação direta perante tribunais nacionais ou órgãos judiciais internacionais – produziram uma jurisprudência que frequentemente ultrapassa as premissas básicas da lei tal como foi criada ou estabelecida no passado, mas que não mais corresponde às prioridades declaradas pela comunidade internacional do século XXI. Mesmo os pontos de vista do Conselho de Segurança demonstram a progressão considerável da posição do indivíduo, em particular no que diz respeito à proteção contra violações dos direitos humanos e do direito humanitário. Sem dúvida, é no campo do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito penal internacional que o maior avanço pode ser visto. Na realidade, isso é mais do que apenas a humanização do direito internacional; é uma verdadeira reforma da estrutura legal global. Provas disso podem ser vistas no direito penal internacional e nas novas cortes e tribunais penais internacionais. Deve-se fazer referência, neste contexto, à possibilidade potencialmente decorrente do artigo 75 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para que as vítimas

²⁹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo VI, Seção I, §6.12. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

²⁹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), Capítulo VI, Seção I, §6.12. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

individualmente procurem reparação por uma violação do direito humanitário internacional. Mais importante ainda, os tratados de direitos humanos exigem que os Estados estabeleçam uma solução em caso de violações. Em nível regional, tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos concederam reparações às vítimas de violações de direitos humanos, que também foram violações do direito humanitário internacional. Fizeram isso tanto em relação a conflitos armados internacionais quanto não internacionais. Algumas pessoas também receberam reparação diretamente, através de vários procedimentos, por meio de mecanismos específicos estabelecidos pelo Conselho de Segurança, acordos interestatais e atos unilaterais tais como leis nacionais ou a resolução de reclamações apresentadas diretamente por indivíduos aos tribunais nacionais²⁹⁷.

Foi defendido pela Grécia, ainda, que a norma *jus cogens*, por sua natureza e conteúdo, deve prevalecer sobre qualquer outra regra internacional, inclusive sobre a regra imunidade de Estado. Aponta, ainda, que, se fossem levados em conta os mencionados avanços do direito internacional e efetivada a primazia da proteção do indivíduo, a tentativa de se traçar uma distinção entre a regra *jus cogens* (regra material) e a regra da imunidade de Estado (regra procedimental) sequer faria sentido ou teria relevância legal. A prevalência da regra procedimental (imunidade de Estado) sobre regra material (*jus cogens*) resultaria em uma situação legal insustentável, incompatível com o

²⁹⁷ “This transformation is marked in particular by the position and new role of individuals in the international legal order: individuals, holders of rights, impel States and other international actors to adopt a different approach in their practice relating to the implementation of individual rights, thus contributing to the emergence of new international norms. Those same individuals, through their claims — by means of direct action before national courts or international judicial bodies — have produced a jurisprudence which frequently goes beyond the basic premises of the law as it was created or established in the past, but which no longer corresponds to the stated priorities of the international community of the twenty-first century. Even the views of the Security Council demonstrate the considerable progression of the position of the individual, in particular as regards protection against violations of human rights and humanitarian law. Without doubt, it is in the field of international human rights law, international humanitarian law and international criminal law that the greatest advance can be seen. In reality, this is more than just the humanization of international law; it is a true reform of the global legal structure. Evidence of this can be seen in international criminal law and in the new international criminal courts and tribunals. Reference should be made in this context to the possibility potentially deriving from Article 75 of the Statute of the International Criminal Court for individual victims to seek reparation for a violation of international humanitarian law. More importantly still, human rights treaties require States to make provision for a remedy in the event of violations. At a regional level, both the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights have awarded reparation to victims of human rights violations, which were also violations of international humanitarian law. They have done so in respect of both international and non-international armed conflicts. Some individuals have also received reparation directly, through various procedures, in particular mechanisms established by the Security Council, inter-State agreements and unilateral acts such as national laws or the settlement of claims submitted directly by individuals to national courts. The matter is also raised in the reports of the fact-finding missions dispatched by the Security Council and the Human Rights Council to areas where violations of human rights and humanitarian law are taking place, such as Darfur for example.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Manifestação Escrita da Grécia (inglês), §§32 e 33. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16658.pdf> Último acesso: 26 out. 2018 – tradução livre)

propósito da *ratio* da norma primária material *jus cogens*, a qual seria violada sem atingir seu objetivo²⁹⁸.

Ao julgar o caso, a Corte Internacional de Justiça declarou que teria de decidir se a imunidade de Estado estrangeiro poderia derivar do direito internacional costumeiro, em vez de derivar de tratados, já que, apesar de a Alemanha ser parte na Convenção Europeia sobre Imunidade de Estado, a Itália não é²⁹⁹. Assim, tudo se resumiria a determinar se, nos termos do artigo 38(1)(b) do Estatuto da CIJ, existiria um costume internacional de se conferir imunidade a Estados e, se houvesse, qual seria o escopo e a extensão desta imunidade³⁰⁰.

A Corte considerou que a regra da imunidade de Estado deriva do princípio da igualdade soberana entre as nações, sendo este um dos princípios fundamentais do direito internacional conforme prevê o artigo 2, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas³⁰¹. Exceções à imunidade representariam, portanto, um afastamento do princípio da igualdade soberana. Mencionou o artigo 13 dos Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade dos Estados por atos ilícitos para esclarecer que a compatibilidade de um ato com o direito internacional apenas pode ser determinada de acordo com a lei em vigor no momento em que o ato ocorreu.

Tendo em vista que os atos ilícitos em discussão foram cometidos pela Alemanha entre os anos de 1943 e 1945, a CIJ concluiu que é o direito internacional desta época que deve ser aplicado. A fundamentar ainda mais seu entendimento, fez referência ao Caso

²⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Manifestação Escrita da Grécia (inglês), §54. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16658.pdf> Último acesso: 26 out. 2018.

²⁹⁹ A Convenção Europeia sobre Imunidade de Estado foi ratificada pela Alemanha em 15 de maio de 1990, entrando em vigor no país em 16 de agosto de 1990. A Itália sequer após sua assinatura. Atualmente, apenas oito países são partes da referida Convenção, sendo eles Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido e Suíça. (CONSELHO DA EUROPA. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 074*. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074/signatures?p_auth=n3SFITFh Último acesso: 27 out. 2018)

³⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §55. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

³⁰¹ “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.” (BRASIL. Decreto nº 56.435, 8 de junho de 1965. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

Arrest Warrant para indicar que a lei das imunidades é, essencialmente, de natureza procedimental, rege o exercício da jurisdição a respeito de uma conduta específica e é, portanto, completamente distinta do direito material que determina se uma conduta é lícita ou ilícita³⁰².

A questão levada à CIJ, segundo esta, restringiu-se a atos cometidos no território do Estado do foro pelas forças armadas de uma nação estrangeira em cooperação com órgãos estatais, em alegada violação ao princípio do dano territorial, segundo o qual a Itália poderia ignorar a imunidade tendo em vista que os danos ocorreram em seu território. A Corte analisou legislações internas sobre imunidade e decisões domésticas de variados países para indicar que a Alemanha tem sido considerada imune por atos de guerra cometidos em território ou em águas de tais países³⁰³. Concluiu que o único país que apresenta alguma prática jurídica a respaldar o argumento da Itália seria a Grécia, especialmente através do entendimento expressado no caso *Distomo*³⁰⁴.

Assim, a jurisprudência doméstica dos países confirma, no entendimento da Corte, a proposição de que a imunidade estatal por atos de império continua a se estender para processos civis por atos que ocasionem morte, lesão corporal ou danos à propriedade

³⁰² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §58. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

³⁰³ Por exemplo, no Brasil, atualmente, está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Ordinário com Agravo (ARE) nº 954858. Os autores são descendentes de Diocleciano Pereira da Costa, um dos dez tripulantes do barco pesqueiro Changri-lá, que, na madrugada de 4 de julho de 1943, foi interceptado pelo submarino U-199 pertencente à marinha da então Alemanha nazista ao sair de Cabo Frio. Se tratava de um ato de combate, tendo em vista que o então Presidente do Brasil Getúlio Vargas havia declarado guerra ao Reich de Adolf Hitler no ano anterior. O barco Changri-lá foi destruído, matando todos os seus tripulantes, cujos corpos jamais foram encontrados. Os descendentes buscam ressarcimento pelos danos sofridos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 954858*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4943985> Último acesso: 25 out. 2018) Importa ressaltar que o Brasil não adotou legislação específica em matéria de imunidades, cabendo à discricionariedade do judiciário a decisão em cada caso envolvendo a matéria. Já existe número considerável de precedentes sobre o tema, abordando-se, em geral, o posicionamento tradicional sobre o tema. Todavia, conforme Martha Lucia Olivar Jimenez e Valesca Raizer Borges Moschen, mais recentemente os tribunais nacionais vêm enfrentando demandas contra Estado estrangeiros fora dos parâmetros tradicionais, fazendo parte desta nova tendência as acusações de violações de direitos fundamentais, o que tem levado os juízes a uma análise mais detalhada acerca das razões que justificam a concessão da imunidade. (MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. Las inmunidades de Estado Extranjero em la Pauta del Judiciário Brasileño: Avances y Desafíos. *Desafíos do Processo Civil Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 288)

³⁰⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §§65 a 76. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

cometidos por forças armadas e outros órgãos do Estado na condução de um conflito armado, mesmo se os atos ocorrerem no território do país do foro. Considerou, ainda, que o direito internacional costumeiro continua apontando o mesmo sentido, afirmando, enfim, que a decisão da Itália de negar imunidade à Alemanha não poderia ser justificada com base no princípio do dano territorial³⁰⁵.

Quanto às alegações da Itália de que os atos praticados pela Alemanha consistiram crimes de guerra e contra a humanidade, a Corte concluiu que, nos termos atuais em que o direito internacional costumeiro se encontra, um Estado não pode ser privado de sua imunidade por ser acusado de graves violações de direito internacional dos direitos humanos e de direito humanitário internacional³⁰⁶. Além disso, em resposta ao argumento da Itália de que a atuação de suas cortes domésticas justificava-se tendo em vista que todas as tentativas de buscar compensação pelos grupos de vítimas envolvidos nos processos italianos falharam, a CIJ afirmou que, de fato, é lamentável que a Alemanha tenha negado compensação a um grupo específico de vítimas em razão de um *status* que, à época relevante, a própria Alemanha negou reconhecer. Por outra banda, afirmou que isso não justificaria a retirada da imunidade jurisdicional da Alemanha, principalmente porque não consiste em exceção prevista pelo direito internacional costumeiro atinente às imunidades³⁰⁷.

Por fim, a Corte afirmou que, para se manifestar acerca da prevalência da regra da imunidade sobre norma de natureza *jus cogens*, que não comporta derrogação por qualquer outra regra de direito internacional, deveria se pressupor a existência de um conflito entre ambas, o que, no entendimento da CIJ, não existe. Isso porque, para a Corte, os dois conjuntos de regras possuem naturezas distintas. A regra da imunidade teria natureza procedimental, e se resumiria a determinar se a corte de um Estado poderia ou

³⁰⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §§77 a 78. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

³⁰⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §91. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

³⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §§98 a 100. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

não exercer jurisdição sobre a corte de outro Estado, não se adentrando na discussão acerca da licitude ou ilicitude dos atos, vez que isso se daria em momento posterior. Logo, esse seria o motivo pelo qual o reconhecimento de imunidade a um país de acordo com o direito internacional costumeiro não significaria reconhecer a licitude de atos cometidos em violação à norma *jus cogens*³⁰⁸.

O julgamento do Caso Yerodia foi novamente citado para demonstrar situação em que a Corte decidiu, apesar de não fazer referência expressa ao conceito de *jus cogens*, que o fato de um Ministro das Relações Exteriores ter sido acusado de violações criminosas de regras que, indubitavelmente, possuem caráter *jus cogens*, não privaria a República Democrática do Congo do direito que possui, de acordo com o costume internacional, de demandar imunidade em nome dele (no caso, como visto, imunidade em razão do cargo, enquanto representante estatal). A CIJ entendeu que o mesmo raciocínio se aplica à regra de direito internacional costumeiro referente à concessão de imunidade de um Estado em relação ao judiciário doméstico de outro. Assim, ainda que se reconheça que os atos praticados pela Alemanha representem violações de *jus cogens*— mesmo que o julgamento não tenha chegado a discutir essa questão —, no entendimento da CIJ a aplicabilidade da regra da imunidade estatal de direito internacional costumeiro não seria afetada³⁰⁹.

Neste caso a decisão também foi tomada por maioria. Por 12 votos contra três, a Corte decidiu que a Itália violou a obrigação de respeitar a imunidade de que goza a Alemanha segundo o direito internacional por crimes de direito humanitário internacional cometidos pelo Terceiro Reich. Por 14 votos contra um, a mesma violação de imunidade pela Itália foi reconhecida em relação às medidas constritivas deferidas contra a *Villa Vigoni*. O mesmo quórum de votos foi atingido no reconhecimento de que a Itália teria

³⁰⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §93. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

³⁰⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §§ 95 a 97. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018. Todavia, na opinião de Andrea Bianchi, “the emergence and subsequent consolidation of the notion of *jus cogens* and obligations erga omnes provide a solid conceptual background to justify the exercise of jurisdiction by state over individuals, regardless of their official position, who commit offenses which are universally regarded as attacks against the common interests and values of the international community.” (BIANCHI, Andrea. Immunity v. Human Rights: The Pinochet Case. *The European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 237-277, 1999, p. 277)

infringido a regra da imunidade também ao permitir execução de decisão de corte grega contra a Alemanha em território italiano, bem como na determinação de a Itália promova a cessação dos efeitos de seus atos, julgados violadores do direito internacional.

Como vem sendo demonstrado, a matéria das imunidades de Estado é, de fato, objeto de muitas discussões no direito internacional, produzindo diversas linhas argumentativas, as quais restaram demonstradas neste precedente, vez que o mesmo contou com três Opiniões em Separado e três Opiniões Dissidentes³¹⁰. Outrossim, impende realizar-se algumas ponderações acerca do caso ora narrado, como se fará no ponto a seguir.

2.2.2 Análise crítica

Ao decidir o Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, a Corte Internacional de Justiça confirmou seu posicionamento ultrapassado sobre o tema ao priorizar o amparo do melhor interesse dos países, ou de seus representantes, em detrimento à proteção do indivíduo – ainda que isso represente infração de norma *jus cogens*. Tudo indica que as diversas críticas feitas em relação ao também ultrapassado entendimento do julgamento do Caso *Arrest Warrant* não tiveram força suficiente para provocar uma nova reflexão sobre o tema pela Corte na oportunidade seguinte que esta teve de analisar a matéria. Com isso, foi perdida nova oportunidade, pela CIJ, de promover a necessária atualização da teoria aos valores da pós-modernidade. Não bastasse isso, apesar da restrita fundamentação apresentada, o entendimento da Corte neste precedente tem, até o momento, impedido que prospere, judicialmente, a tese do afastamento da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro em casos de violações de direitos humanos³¹¹.

³¹⁰ As Opiniões em Separado foram dos Juízes Koroma, Keith e Bennouna, e as Opiniões Dissidentes foram dos Juízes Cançado Trindade, Yusuf e Juiz *ad hoc* Gaja.

³¹¹ Para Lorna McGregor, seria muito pouco provável que tribunais nacionais ou internacionais decidissem diferentemente do que decidiu a CIJ depois do julgamento deste caso. Isso porque, antes do julgamento, com exceção ao que se verificou na Grécia e Itália, os tribunais nacionais já não demonstravam vontade ou interesse em aplicar outra forma da doutrina das imunidades que não a tradicional. Além disso, outras preocupações políticas inibiam que uma mudança fosse sequer tentada, como a possibilidade de uma sobrecarga de processos judiciais nas cortes domésticas contra nações estrangeiras, o que seria prejudicial às relações entre os países. (MCGREGOR, Lorna. State immunity and human rights: is there a future after

Em seus fundamentos na decisão, a Corte inicia declarando que analisará apenas o costume internacional para constatar se existe ou não uma exceção à teoria das imunidades jurisdicionais de Estado que abarque violações de direitos humanos, tendo em vista que a Itália não é parte da Convenção Europeia sobre Imunidades de Estado. Ou seja, a Corte considerou que apenas duas fontes seriam capazes de ditar as regras da doutrina da imunidade de Estado: costume ou tratados. Dada a inexistência de tratado que vincule ambas as partes envolvidas na ação (pois apenas a Alemanha – reclamante – é parte da Convenção Europeia sobre o tema), a única fonte restante a ser analisada seria, segundo a CIJ, o costume internacional.

Todavia, além dos tratados e do costume, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça elenca, também, os princípios gerais de direito como fontes de direito internacional, inexistindo hierarquia entre elas³¹². Assim sendo, a desconsideração dos princípios pela CIJ para a verificação do atual estado da doutrina das imunidades impediu que o tema fosse analisado à luz dos princípios da dignidade humana e da primazia dos direitos humanos. Em outras palavras, a desconsideração principiológica afastou a inserção valorativa dos fundamentos da teoria das imunidades, demonstrando o desinteresse na atualização da doutrina aos valores da pós-modernidade.

Ao restringir sua análise à existência ou não de costume internacional que permita exceção à imunidade por violações de direitos humanos, a Corte sinalizou a linha que seguiria ao longo de todo o julgamento, qual seja, pela aplicação “nua e crua” das regras procedimentais sobre o assunto, sem ponderação valorativa. Conforme visto no primeiro

Germany v. Italy? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 11, p. 125-145, 2013, p. 129-130) Acredita-se que todos estes fatores, culminando com a decisão da Corte, contribuíram para o agravamento da estagnação da teoria da imunidade de Estado sob premissas baseadas em uma visão antiquada do direito internacional, uma vez que privilegiam a proteção do Estado em detrimento do amparo ao indivíduo.

³¹² Discorrendo sobre o artigo 38 do Estatuto da CIJ, Brownlie afirma o seguinte: “*They are not stated to represent a hierarchy, but the draftsmen intended to give an order and in one draft the word ‘successively’ appeared. In practice, the Court may be expected to observe the order in which they appear: (a) and (b) are obviously the important sources, and the priority of (a) is explicable by the fact that this refers to a source of mutual obligations of the parties. Source (a) is thus not primarily a source of rules of general application, although treaties may provide evidence of the formation of custom. Sources (b) and, perhaps, (c) are formal sources, at least for those who care for such classification. Source (d), with its reference ‘as subsidiary means for the determination of rules of law’, relates to material sources. Yet some jurists regard (d), as a reference to formal sources, and Fitzmaurice has criticized the classification of judicial decisions as a ‘subsidiary means’. In general Article 38 does not rest upon a distinction between formal and material sources, and a system of priority of application depends simply on the order (a) to (d), and the reference to subsidiary means.* (BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 4)

capítulo desta dissertação, este método de julgamento que relaciona, de forma limitada, o fato à norma específica, desconsiderando o ordenamento jurídico como um todo, está em descompasso com a principal demanda da contemporaneidade de enfoque nos direitos humanos.

O direito internacional deve se dar por meio de diálogo que promova o foco no indivíduo, impedindo decisões em que haja simplesmente a aplicação cega da lei. O uso de princípios foi feito pela Corte apenas em momento posterior na decisão e, ainda assim, em sentido contrário ao amparo dos indivíduos. Foi feita referência pela Corte ao princípio da igualdade soberana a fim de respaldar seu posicionamento – antiquado – pela aplicação da regra procedimental que protege os países³¹³. Houvesse sido feita a devida ponderação principiológica, com o reconhecimento da primazia dos direitos humanos, esta levaria à superação do princípio da igualdade soberana em prol do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tem sido reiteradamente afirmada, ao longo deste trabalho, a característica de mutabilidade da doutrina das imunidades de Estado, comprovada pelas alterações que sofreu e vem sofrendo no decorrer da sua história e que são reflexos do progresso da sociedade. Este processo de evolução é afirmado por todas as partes envolvidas no precedente em estudo³¹⁴, incluindo a própria Corte Internacional de Justiça, a qual discorre sobre o atual estado em que a teoria das imunidades se encontra no direito internacional costumeiro para fundamentar sua decisão³¹⁵.

Chama a atenção, porém, o fato de que, apesar do amplo reconhecimento do processo natural de evolução da doutrina das imunidades no tempo, a Corte não admite ser cabível a sua nova evolução para que se harmonize com o valor mais relevante da

³¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §57. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018.

³¹⁴ Em seu voto dissidente, que será estudado separadamente em tópico específico, Cançado Trindade chama a atenção para o fato de que, em que pese tanto Alemanha quanto Itália tenham feito referência à evolução do direito, o fizeram com leituras e interpretações completamente diferentes. Para o Juiz, o debate não transcendeu o paradigma das relações interestatais, nem se livrou das correntes do léxico do direito internacional tradicional, exceto pela mera referência ao *jus cogens*. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §160. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

³¹⁵ As referências feitas pelas partes foram incluídas ao longo do relato do Caso, feito no tópico anterior.

presente era: a proteção dos direitos fundamentais³¹⁶. A aceitação pela doutrina e jurisprudência internacionais da modificação da teoria absoluta para uma forma predominantemente relativa da mesma contrasta com a majoritária refuta a uma nova modificação, que a relativize ainda mais em benefício, dessa vez, não dos Estados, mas, sim, dos indivíduos, que são, segundo Cançado Trindade, os destinatários finais do direito internacional³¹⁷.

Segundo a teoria de Erik Jayme, conforme visto, o processo de evolução do direito aponta para a revalorização dos valores fundamentais de proteção do indivíduo, sendo este o *Leitmotiv* da ciência jurídica na contemporaneidade. A evolução da teoria da imunidade jurisdicional de Estado, que é parte do direito internacional, deve representar uma aproximação cada vez maior desta com os direitos humanos, e não o contrário. Assim, parece incongruente que a CIJ, ao mesmo tempo em que reconhece o processo de avanço da doutrina das imunidades no tempo, não permite que esta progrida novamente para harmonizar-se aos valores da pós-modernidade. Ao cancelar a aplicabilidade da antiquada teoria à era atual, a Corte freia o caminho natural de evolução que a teoria vinha trilhando³¹⁸.

³¹⁶ “As we know, the scope of the principle of State jurisdictional immunity has divided, and continues to divide, opinions among States, despite an emerging trend towards rapprochement, in the context of globalization. Thus, starting from an absolute concept of sovereignty, States had inferred an equally absolute concept of immunity, which allowed one State to claim immunity from the jurisdiction of another’s courts under all circumstances. However, a noticeable change in the concept of sovereignty, brought about by the diversification of international actors and by advances in international law, led a number of States to adapt and relativize their positions on jurisdictional immunity, essentially restricting it to acts of sovereignty (*jure imperii*), as opposed to private and commercial acts (*jure gestionis*). Nevertheless, the line between these two categories is not always easy to draw. Regarding the domestic laws, they are few in number and far from being consistent, as the Court points out (*ibid.*, para. 71); the same can be said of the case law of the various States, which means that the law of jurisdictional immunity still gives the impression of being a flag which covers all kinds of goods.” (sic) (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião em Separado do Juiz Bennouna (inglês), §§2 a 4. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-03-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018)

³¹⁷ “The very emergence and consolidation of the corpus juris of the International Law of Human Rights are due to the reaction of the universal juridical conscience to the recurrent abuses committed against human beings, often warranted by positive law: with that, Law came to the encounter and rescue of the human person, the ultimate addressee of its norms of protection.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 36-37)

³¹⁸ “One is left with a sense of bewilderment and dismay that almost 20 years of heated debate on the relationship between *jus cogens* rules and jurisdictional immunities have been quickly disposed of by the ICJ in a handful of paragraphs, as if it went without saying that there can be no conflict between them and as if the whole scholarly discussion did not merit much attention.” (BIANCHI, Andrea. Gazing at the Crystal ball (again): State immunity and *Jus Cogens* beyond *Germany v Italy*. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 4, n. 3, p. 157-175, 2013, p. 459)

No trecho de seu voto discordante transcrito a seguir, o Juiz Yusuf afirma que a evolução da doutrina das imunidades aponta para uma proteção cada vez maior do indivíduo face ao Estado:

A imunidade não é um valor imutável no direito internacional. Sua adaptabilidade à evolução da sociedade internacional e sua flexibilidade são evidenciadas pelo número de exceções que foram sendo incorporadas gradualmente ao longo do século passado, a maioria das quais reflete o crescente peso normativo vinculado à proteção dos direitos do indivíduo contra o Estado, seja como parte privada de transações comerciais com o Estado ou como vítima de atos ilícitos de funcionários do Estado. Isso não quer dizer que a importância da imunidade para a estabilidade das relações entre os Estados ou para a alocação ordenada e o exercício da jurisdição em processos relativos a Estados foi enfraquecida. A imunidade continua a desempenhar essas funções, apesar do crescente número de exceções³¹⁹.

Sejam costumeiras ou provenientes de tratados, as normas que regem especificamente a doutrina das imunidades de Estado são normas de natureza processual, relacionadas ao exercício da jurisdição (apesar de se diferenciarem do exercício de jurisdição propriamente dito)³²⁰. Por outro lado, a proteção dos direitos humanos, apesar de ser valorativa, substancial, é peremptória, tendo em vista sua natureza *jus cogens*³²¹.

Logo, a discordância da prevalência quase absoluta destas normas procedimentais, como determinou a Corte, não decorre apenas do fato de ter sido proferida decisão antiquada aos valores pós-modernos, mas também porque esta decisão viola a inderrogabilidade das normas de natureza *jus cogens*. Como apontado pelo Juiz Bennouna em sua Opinião em Separado, a questão da imunidade jurisdicional traz à tona problemas

³¹⁹ “Immunity is not an immutable value in international law. Its adjustability to the evolution of the international society, and its flexibility, are evidenced by the number of exceptions built gradually into it over the past century, most of which reflect the growing normative weight attached to the protection of the rights of the individual against the State, be that as a private party to commercial transactions with the State or as a victim of tortious acts by State officials. This is not to say that the importance of immunity to the stability of relations among States or to the orderly allocation and exercise of jurisdiction in proceedings concerning States has been weakened. Immunity continues to perform those functions, despite the growing number of exceptions.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Yusuf (inglês), §35. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018 – tradução livre)

³²⁰ “The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento (inglês), §93. 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> Último acesso: 27 out. 2018)

³²¹ “There is an almost intrinsic relationship between peremptory norms and human rights. Most of the case law in which the concept of *jus cogens* has been invoked is taken up with human rights.” (BIANCHI, Andrea. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008, p. 491)

éticos e jurídicos fundamentais, de interesse da comunidade jurídica como um todo, não podendo ser resolvido simplesmente pela simplificação da imunidade enquanto regra procedimental³²².

Em sua manifestação no Caso brasileiro da embarcação Changri-lá, o Ministério Público Federal criticou a decisão do Caso das Imunidades Jurisdicionais de afirmando o seguinte:

É preciso perquirir a conveniência de se permitir que uma decisão isolada, que parece ir de encontro à tendência internacionalista de prestígio do indivíduo como sujeito de Direito Internacional e de prevalência dos direitos humanos, seja aplicada internamente sem reservas.

A decisão foi duramente criticada pela doutrina internacional. Afirma-se que a Corte evitou enfrentar frontalmente o espinhoso conflito que envolvia a imunidade estatal e a violação de normas de *jus cogens*, rejeitando a ideia de uma exceção emergente à imunidade estatal. Segundo a crítica, a CIJ optou por uma postura conservadora e formalista, sem levar em consideração as consequências de sua decisão para os interesses dos indivíduos prejudicados e, sobretudo, ignorando o declínio progressivo da imunidade que se instala com a limitação da soberania estatal e a emergência do indivíduo enquanto sujeito de Direito Internacional³²³.

Após análise de outros dados do caso, concluiu o Procurador-Geral da República que as obrigações *jus cogens* impõem obrigações *erga omnes* de proteção, as quais consistem, no caso em análise, na impossibilidade de invocar a imunidade estatal em hipótese de violações de normas imperativas pelo Estado e, em última instância, na promoção de reparações às vítimas.

Assim, a simples percepção da necessidade natural de atualização da teoria das imunidades em razão de seu processo evolutivo no tempo e do seu atual descompasso com os valores da era pós-moderna já seria suficiente para que a Corte efetivasse o avanço

³²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião em Separado do Juiz Bennouna (inglês), §9. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-03-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018. Apesar de tal manifestação feita pelo Juiz Bennouna, este proferiu voto em separado, e não dissidente. O Juiz afirma que concorda com a parte “operacional” da decisão da Corte quando esta entendeu que a Itália violou a imunidade jurisdicional da Alemanha. Sua discordância, todavia, repousa em abordagem do tema feita pela Corte, a qual resumiu-se a anunciar a imunidade e encerrar o assunto. Para o Juiz, quando é clamada imunidade, há, conjuntamente, uma obrigação de que o Estado assuma suas responsabilidades internacionais por meios apropriados. Neste sentido, o magistrado entende que a Alemanha deveria ser obrigada a reconhecer a sua responsabilidade em relação aos danos sofridos pelo Sr. Luigi Ferrini no caso concreto, além de, consultando a Itália, suplementar as medidas reparatórias às remanescentes vítimas da Segunda Guerra Mundial.

³²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 954858*. Parecer do Procurador-Geral da República. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312747048&ext=.pdf> Último acesso: 25 out. 2018.

em discussão. Todavia, esperava-se, além disso, que o importante dever de prevalência de norma *jus cogens*, como é o caso dos direitos humanos, sobre uma regra procedimental, como é a imunidade de Estado estrangeiro, desse ainda mais respaldo à esperada decisão da Corte pelo reconhecimento de uma nova exceção à doutrina das imunidades, o que não ocorreu.

O Juiz *ad hoc* Gaja, em sua Opinião Dissidente, considerou o afastamento da imunidade de Estado em casos de violações de direitos humanos, por serem estas *jus cogens*, como uma tendência do direito internacional. Apesar de a Convenção Europeia e a Convenção da ONU não estabelecerem uma exceção à imunidade baseada na natureza da obrigação infringida pelo Estado estrangeiro, o Juiz menciona que, em 1999, a negativa de imunidade jurisdicional “em casos de morte ou lesão corporal resultante de atos de um Estado em violação a normas de direitos humanos que têm caráter *jus cogens*” foi considerada por um grupo de trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU como um “desenvolvimento recente”, destacado e sugerido à Assembleia Geral como tópico que não deveria ser ignorado. Este fato seria suficiente para afastar a conclusão de que haveria uma absoluta rejeição à inclusão de uma exceção desta natureza à imunidade de Estado³²⁴.

O Juiz Koroma, por sua vez, em Opinião em Separado, afirma que a norma sobre imunidade de Estado evoluiu para garantir exceção limitada à imunidade por alguns tipos de crimes dolosos, conforme artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais³²⁵. A permissão de afastamento da imunidade, neste caso, seria apenas para casos de acidentes de trânsito, para evitar que companhias de seguros

³²⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz *ad hoc* Gaja (inglês), §11. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-06-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018.

³²⁵ “Article 12. Personal injuries and damage property. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

esquivem-se de sua responsabilidade perante indivíduos lesionados em razão da “capa” da imunidade de Estado.

Este dispositivo, apesar de não estar em vigor, representaria, para o Juiz, o atual estado da doutrina das imunidades de Estado na contemporaneidade³²⁶. Primeiramente, apesar de refutar o afastamento da imunidade de Estado em casos de violação de direitos humanos por entender inexistir norma que assim autorize, o juiz respalda seu entendimento em dispositivo de Convenção que não se encontra em vigor. Além disso, chama a atenção o fato de ter sido incluído nos Artigos da Convenção da ONU sobre imunidade de Estado provisão específica para admitir exceção à imunidade em casos de compensação pecuniária por morte ou dano a propriedade de pessoa, especialmente por não se admitir que a morte ou dano em questão sejam considerados violações de direitos humanos para fins de aplicação de tal artigo. Este assunto, porém, será mais detalhadamente analisado em tópico específico sobre a Convenção da ONU sobre imunidades, no capítulo seguinte.

Entende-se que o cometimento de sérias violações de direito internacional deveria, por si só, representar impeditivo à concessão de imunidade aos Estados, que perderam o direito ao benefício pela própria gravidade da violação. O afastamento da imunidade de Estado por violação de direitos humanos deveria, em verdade, preceder quaisquer das exceções já amplamente reconhecidas e admitidas em direito internacional, seja pela elementaridade do tema da proteção dos direitos fundamentais, seja pela sua posição hierarquicamente superior a quaisquer outras normas nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Todavia, o caráter *jus cogens*, assim como a necessidade de atualização à contemporaneidade, não foram argumentos suficientemente fortes para que a CIJ realizasse, em seu julgamento, um diálogo das fontes – conforme ensinamento de Erik Jayme, com inclusão valorativa da proteção do indivíduo, tendo feito, em vez disso, apenas um diálogo entre fontes, significando este a seleção e ponderação de apenas alguns

³²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião em Separado do Juiz Koroma (inglês), §6. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-01-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018.

instrumentos normativos específicos sobre o assunto, desconsiderando a lógica e harmonia do ordenamento jurídico.

Por fim, o argumento pela exceção à imunidade de Estado baseada na efetivação do direito de acesso à justiça é novo à temática, sendo suscitado, pela primeira vez, no caso *Al-Adsani v. Reino Unido* da Corte Europeia de Direitos Humanos³²⁷. McGregor aponta que, na maior parte dos casos, as vítimas de violações de direitos humanos ou de crimes internacionais ingressam com ações em seus países de nacionalidade ou residência porque os tribunais do Estado alegadamente responsável estão indisponíveis, e porque seu país de nacionalidade não resolverá sua causa pela via da proteção diplomática. Ou seja, os processos judiciais normalmente são instaurados porque não há alternativa às vítimas³²⁸. O argumento da ampliação do acesso à justiça é muito interessante, já que o que se pretende com a possibilidade de afastamento da imunidade de Estado na hipótese ora discutida é, exatamente, proporcionar uma via a mais de reparação às vítimas³²⁹.

O posicionamento ultrapassado da Corte Internacional de Justiça em matéria de imunidades de Estado é demonstrado, portanto, pelo fato de que, diante de nova oportunidade de analisar o tema, passados anos desde o julgamento do Caso Yeordia e reconhecida a natureza mutável da teoria, manteve o mesmo entendimento que privilegia o Estado em detrimento do indivíduo. A base do entendimento da CIJ de que as

³²⁷ “No que se refere ao direito de acesso a um tribunal e o caráter *jus cogens* da proibição da tortura, a Corte estabeleceu que, apesar da natureza de norma peremptória da proibição da tortura, não há elementos em tratados, decisões judiciais ou outros materiais que indiquem que um Estado não pode gozar de imunidade perante demandas civis em outro Estado onde atos de tortura foram alegados. Conforme a sentença, mesmo que a Comissão de Direito Internacional tenha observado um desenvolvimento dos tribunais nacionais na matéria de imunidades e violações a normas de caráter *jus cogens*, na maioria das vezes a imunidade prevalecia. Em sua opinião dissidente conjunta, os juízes Rozakis, Caflish, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajić afirmam que a interação entre a regra *jus cogens* de proibição da tortura, considerada hierarquicamente superior em razão de sua natureza, e as regras de imunidades de Estados, que não são dotadas desse mesmo caráter hierárquico, deveria fazer com que a regra processual de imunidade fosse afastada, já que esta, ao ser confrontada com normas hierarquicamente superiores, não poderia produzir efeitos legais. Ainda, sendo uma norma *jus cogens*, não há razão em estabelecer distinção entre procedimentos criminais ou civis.109 Nas palavras do juiz Ferrari Bravo, a Corte EDH foi formalista e ‘[...] infelizmente perdeu uma grande oportunidade de emitir um julgamento corajoso’.” (RUBERT, Fernanda Sostisso. *A Corte Europeia de Direitos Humanos e as imunidades de Estados: uma barreira à fruição dos direitos humanos?* 2018. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. p. 32-33)

³²⁸ MCGREGOR, Lorna. State immunity and human rights: is there a future after *Germany v. Italy*? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 11, p. 125-145, 2013, p. 132.

³²⁹ Os três votos dissidentes no caso apoiaram uma exceção à imunidade baseada no chamado “foro de último recurso”.

imunidades possuem caráter meramente procedimental foi traçada no Caso Yerodia e consolidada no caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado agora em comento³³⁰.

Como resultado, esse último julgamento é considerado o mais significativo até hoje sobre as relações entre a imunidade de Estado estrangeiro e os direitos humanos, pois ao invés de repaginar o direito internacional, fazendo-o progredir ao lado da sociedade internacional, consagrou a estagnação³³¹ do processo natural de evolução da teoria das imunidades de Estado estrangeiro, particularmente quando regras cogentes estão em jogo. Desta forma, agiu na contramão do que vem ocorrendo na doutrina e nos demais foros internacionais – mesmo que com parcimônia – cujo exemplo é o próprio caso supracitado da Corte Europeia de Direitos Humanos, *Al-Adsani v. Reino Unido*³³².

Todavia, apesar de ter sido condenada pela CIJ, a Itália manteve seu posicionamento sobre a exclusão da imunidade de Estado em casos de crimes de guerra ou humanitários. Em 22 de outubro de 2014, a Corte Constitucional Italiana proferiu julgamento sobre a constitucionalidade de dispositivos da lei criada para efetivar a decisão da CIJ de 2012³³³.

³³⁰ DA SILVA, Nathalia Yasmini Hoffmann. *Imunidade de Jurisdição de Estado: uma questão procedimental*. 2012. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Canoas, 2012. p. 69.

³³¹ Fala-se em estagnação porque, conforme mencionado anteriormente, em observância à ordem jurídica internacional, o esperado é que os Estados submetidos à jurisdição da CIJ adotem o entendimento por ela firmado no julgamento do caso das imunidades.

³³² “By appealing to a technical dichotomy, which is the bread and butter of lawyers in any jurisdiction, the Court without much ado has been able to successfully settle a highly controversial issue without raising much criticism. After all, as aptly noted by others, international law is constantly attempting to divert attention from the real problems by invoking the non-legal character of certain issues or, as in this case, by resorting to alleged technicalities.” (BIANCHI, Andrea. Gazing at the Crystal ball (again): State immunity and *Jus Cogens* beyond Germany v Italy. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 4, n. 3, p. 157-175, 2013, p. 462)

³³³ Trata-se da Lei 5/2013, referente à ratificação, pela Itália, da Convenção da ONU sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades. Ocorre que o Parlamento Italiano inseriu, no artigo 3º de tal Lei, um mecanismo de execução da condenação da CIJ de 2012, obrigando os tribunais italianos a negar jurisdição em quaisquer casos em que a Corte Internacional de justiça tenha decidido que os tribunais civis italianos não deveriam julgar o comportamento dos outros Estados. Houve, ainda, determinação de que os tribunais italianos revogassem qualquer decisão anteriormente proferida em contraste com a sentença da CIJ, se assim solicitado pelas partes. Tal artigo foi julgado inconstitucional pela Corte italiana. (MESSINEO, Francesco. Italian Constitutional Court Judgment 238/2014 declares customary international law on state immunity inapplicable in the Italian Legal order as far as war crimes and crimes against humanity are concerned. *Questions of International Law – QIL*. 24 out. 2014. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/summary-prepared-by-the-editorial-board-of-qil-qil-will-devote-in-the-following-weeks-a-zoom-out-to-the-legal-issues-arising-from-the-italian-constitutional-court-no-2382014/> Último acesso: 24 nov. 2018) A Corte Internacional de Justiça incluiu menção à criação da referida Lei italiana no relatório do caso em seu *site* oficial, sem menção, porém, ao julgamento de inconstitucionalidade. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália;

Em tal oportunidade, a Corte Constitucional da Itália manifestou entendimento de que, mesmo que a imunidade de Estado seja reconhecida como direito internacional consuetudinário, a aplicação da imunidade a casos envolvendo violações a direitos humanos é contra o sistema legal italiano e, portanto, não pode ser automaticamente reconhecida pela ordem jurídica italiana.

Este posicionamento foi, posteriormente, confirmado pela Corte de Cassação Italiana³³⁴, a qual, em sua Decisão nº 21.956 de 28 de outubro de 2015, afirmou que não é aplicável, na Itália, a imunidade de Estado em reivindicações referentes a danos decorrentes de crimes de guerra e contra pessoas, mesmo quando causados por ato de uma soberania. Assim, foi confirmada a competência dos tribunais italianos sobre ações referentes a atos praticados por Estado estrangeiro, ainda que sejam atos de império, quando contrários a valores fundamentais dos seres humanos³³⁵.

O posicionamento da Itália reflete a tendência crescente na doutrina pela criação de uma nova exceção à teoria das imunidades jurisdicionais de Estado, direcionada a casos de violações de direitos humanos. O capítulo a seguir será dedicado ao estudo desta proposta de evolução na teoria das imunidades, iniciando-se com o a análise da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Estado e suas Propriedades, de 2004, tentativa importante de normatizar a matéria universalmente e que, todavia, revela o majoritário olhar retrógado das nações sobre o tema.

Em seguida, serão verificados os principais argumentos de Cançado Trindade em seu voto divergente no precedente da CIJ que foi objeto de crítica neste tópico. Por fim, será analisada de que forma a pós-modernidade poderá contribuir na promoção dos avanços à teoria das imunidades defendido.

Grécia intervindo). Visão Global do Caso (inglês). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/143> Último acesso: 25 nov. 2018)

³³⁴ Decisão nº 15.812, de 29 de julho de 2019.

³³⁵ PETRONIO, Francesca; FALCO, Francesco. Sovereign Immunity. *Law Business Research*. Setembro de 2018. Disponível em: <https://gettingthedealthrough.com/area/113/jurisdiction/15/sovereign-immunity-2018-italy/> Último acesso: 24 nov. 2018.

3 O DEVER DE AFASTAMENTO DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DE ESTADO EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE

Os dois primeiros capítulos desta dissertação demonstraram que a doutrina das imunidades de Estado estrangeiro encontra-se obsoleta, demandando imediata renovação. Desde a época em que se deu o processo de sedimentação dos Estados enquanto soberanias, diversos marcos civilizatórios foram concretizados, promovendo progressivos avanços sociais. Assim, se em um primeiro momento a extremada proteção do Estado se apresentava imprescindível à sua própria existência, posteriormente esta mesma hermética proteção mostrou-se incongruente com as relações comerciais que se desenvolviam entre os países, exigindo que estes agissem fora de sua estrutura soberana. Tais mudanças se refletiram na vida em sociedade e, conseqüentemente, na ciência jurídica, esta que, como lhe cabe fazer, se amoldou às novas formas de organização conquistadas pela coletividade.

O processo evolutivo do direito culmina, hoje, na era pós-moderna, caracterizada pelo resgate do indivíduo de volta ao foco de tudo. Era de se esperar, portanto, que, assim como ocorreu à época da sedimentação das soberanias, o direito novamente se adaptasse – agora à nova demanda *pro homine* – através da primazia da proteção dos direitos fundamentais e humanos. Todavia, não é isto o que se verifica em relação à doutrina das imunidades de Estado, a qual parece estar andando no contra fluxo dos avanços da sociedade. O ultrapassado posicionamento da Corte Internacional de Justiça, demonstrado nos casos detalhados no capítulo anterior, demonstra que, apesar de existirem posicionamentos em sentido diverso – como exemplificam a postura mantida pela Itália mesmo após sua condenação e os argumentos de parte da doutrina que serão expostos a seguir -, a doutrina das imunidades ainda é aplicada de forma antiquada.

Não bastasse isso, a tentativa de codificação universal do tema – a chamada Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades de 2004 (Convenção de 2004) – consagra, em seu texto, o mesmo viés antiquado de proteção aos Estados e desconsideração dos indivíduos. A primeira parte deste capítulo será dedicada ao estudo desta tentativa de codificação do tema das imunidades, destacando-se sua insuficiência no tocante à efetivação dos direitos dos indivíduos frente aos dos Estados.

Mencionou-se, no capítulo anterior, que a CIJ deixou de realizar a devida ponderação principiológica ao exarar seu entendimento em matéria de imunidades. Neste sentido, a normatização do tema através de tratado, incluindo previsão sobre hipóteses de violações de direitos humanos, promoveria a necessária inserção valorativa no assunto. O tratado serviria, portanto, como ambiente fixador de princípios, não mais permitindo que a Corte elabore conclusões que desconsiderem os valores pós-modernos de primazia do indivíduo e da dignidade humana³³⁶.

Todavia, como visto, a iniciativa neste sentido feita pelas Nações Unidas, igualmente não promoveu a necessária atualização da teoria aos valores pós-modernos. Assim, o que poderia ser considerado uma solução, revela-se, pelo contrário, prejudicial à evolução da doutrina das imunidades, uma vez que pretende consagrar, de forma escrita e vinculante às partes, a obsoleta versão que se interessa apenas pela proteção do Estado. Neste cenário, propõe-se a utilização do método de Jayme para que se garanta a interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção de 2004 em benefício da pessoa humana.

Neste íterim de retrocesso, apesar de minoritária³³⁷, a doutrina humanista desponta, defendendo o afastamento da imunidade de Estado em casos de violações de direitos humanos enquanto dever na pós-modernidade. A segunda parte deste capítulo se dedicará à análise dos argumentos doutrinários de tal corrente doutrinária, a qual tem como um de seus maiores expoentes o Juiz brasileiro da CIJ Antônio Augusto Cançado Trindade. Este, além de um dos principais doutrinadores do direito internacional dos direitos humanos, com vasta contribuição bibliográfica ao tema, deu ainda mais voz ao

³³⁶ Novamente sobre a ausência de hierarquia entre as fontes do artigo 38 do estatuto ad Corte, brownlie afirma o seguinte: “(...) it is probably unwise to think in terms of hierarchy dictated by the order (a) to (d) in all cases. Source (a) relates to obligations in any case; and presumably a treaty contrary to a custom or to a general principle part of the jus cogens would be void or voidable. Again, the interpretation of a treaty may involve resort to general principles of law or of international law. A treaty may be displaced or amended by a subsequent custom, where such effects are recognized by the subsequent conduct of the parties.” (BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 4)

³³⁷ “There is a persistent tension in the case-law between the profile of state immunity and the principles of human rights. A large body of academic opinion has developed on this issue, particularly on the subject of immunity for civil claims relating to torture. An exception for civil claims for serious violations of human rights was considered but not adopted in the UN Convention due to a lack of consensus. Despite the calls for progressive development of the law to encompass an exception, recent case-law has confirmed that state immunity provides a procedural bar to civil claims for damages arising from human rights violations.” (CRAWFORD, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 505)

necessário avanço teórico por meio de seu emblemático voto dissidente no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado.

Em que pese já tenha sido tal precedente estudado e criticado neste trabalho, reservou-se tópico específico para a análise do voto de Cançado Trindade, por sua riqueza argumentativa, a qual vai ao encontro do exposto pela tese de Erik Jayme quanto à colocação da pessoa humana no centro do sistema jurídico hodierno, e corrobora para sua utilização também na seara do direito internacional público. Logo, tais argumentos, endossados pela doutrina humanista, expressam o esperado progresso da doutrina das imunidades, que se dará pela inserção dos valores pós-modernos de proteção dos direitos humanos.

3.1 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE IMUNIDADES JURISDICIONAIS DE ESTADO E SUAS PROPRIEDADES

Este tópico é dedicado ao estudo da Convenção da ONU de 2004, iniciando-se pela análise dos principais dispositivos do referido documento e esclarecimentos acerca da criação dos mesmos. Após, será demonstrada o equívoco do tratado ao não prever hipótese de afastamento da imunidade jurisdicional em casos de violação de direitos humanos de natureza cogente, bem como será verificada a possibilidade de se contornar tal falha por meio da aplicação do método de Erik Jayme.

3.1.1 Histórico e principais características da Convenção

Enquanto principal órgão deliberativo da Organização das Nações Unidas, a Assembleia-Geral tem como uma de suas funções iniciar estudos e fazer recomendações destinadas a promover o progresso do direito internacional e sua codificação, como dispõe o artigo 13(1), letra ‘a’, da Carta da ONU³³⁸. Para que fosse efetivado o exercício desta

³³⁸ “Art. 13.1: A assembleia-Geral iniciará estudos e fará recomendações destinadas a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação”. (BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. *Planalto*.

atribuição, a Assembleia-Geral criou, em 1947, a Comissão de Direito Internacional (CDI)³³⁹. A tarefa da CDI, corpo jurídico especializado, é preparar projetos de convenções sobre temas que ainda não contem com regulamentação internacional, além de codificar as regras do direito internacional nos campos onde já se verifica existente uma prática dos Estados³⁴⁰.

O objetivo da CDI é, portanto, promover uma maior segurança jurídica ao direito internacional através da conversão de regras costumeiras em tratados, eliminando, com isso, a diversidade de tratamento, por cada país, de um mesmo tema jurídico. Se, por um lado, as manifestações provenientes da própria Assembleia-Geral (resoluções, declarações ou recomendações) não possuem efeito vinculante aos demais Estados-membros³⁴¹, por meio da elaboração de um tratado, instrumento formal resultante do sopesamento dos interesses dos países envolvidos, é possível se exigir a sua observância e cumprimento por aqueles Estados que o ratifiquem ou a ele adiram.

O intuito de um país de se tornar parte de uma convenção produzida pela CDI dependerá, então, do quanto tal instrumento refletir seus interesses. Logo, segundo André Lupi, “a CDI alimenta-se da prática estatal informada pelos próprios Estados para elaborar o texto que codificará o costume formado por tal prática”, tendo em vista o intuito de se colher a adesão dos Estados aos Projetos, já que a participação de um número significativo de Estados é necessária para que a conversão em tratados ocorra³⁴².

A elaboração de instrumentos legais é atribuição da Sexta Comissão (Legal)³⁴³ da CDI, na qual todos os países membros das Nações Unidas possuem direito a representação³⁴⁴. Percebendo a necessidade de codificação do tema das imunidades de

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018)

³³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/> Último acesso: 12 nov. 2018.

³⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o direito internacional*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/> Último acesso: 12 nov. 2018.

³⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 656.

³⁴² LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Convenção sobre imunidade do Estado e seus bens e o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 19, jun./dez 2011.

³⁴³ O termo em inglês é “Sixth Committee”. Utiliza-se, aqui, a denominação “Sexta Comissão” por ser esta a tradução adotada pelas Nações Unidas no Brasil em seu site oficial (ver <https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>). Último acesso: 12 nov. 2018).

³⁴⁴ As especialidades das seis Principais Comissões da CDI são as seguintes: Desarmamento e Segurança Internacional (Primeira Comissão); Economia e Finanças (Segunda Comissão); Social, Humanitária e

Estado, foi estabelecido, no âmbito da Sexta Comissão, um Comitê *Ad-Hoc*, presidido por Gerhard Hafner³⁴⁵, para a elaboração do Projeto de Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades³⁴⁶.

A referida Convenção foi adotada pela Assembleia-Geral durante sua 65ª Sessão Plenária, em 2 de dezembro de 2004, por meio da Resolução A/59/38³⁴⁷. David P. Stewart ressalta que, coroando mais de um quarto de século de negociações internacionais, o novo tratado é o primeiro instrumento multilateral moderno a articular uma abordagem compreensível ao tema da imunidade de Estado às jurisdições estrangeiras³⁴⁸. Todavia, como outrora mencionado, a Convenção da ONU sobre as imunidades de Estado ainda não está em vigor, já que obteve apenas 22 das 30 ratificações mínimas exigidas pelo artigo 30³⁴⁹ do próprio documento³⁵⁰.

Cultural (Terceira Comissão); Políticas Especiais e Descolonização (Quarta Comissão); Administrativa e Orçamentária (Quinta Comissão) e Legal (Sexta Comissão).

³⁴⁵ Professor de Direito Internacional vinculado ao departamento de direito Europeu, Internacional e Comparado da Universidade de Viena “Born 3 August 1943, studies at the Vienna Law Faculty, Dr. iur. 1966, further studies at Paris, The Hague, Moscow. Univ. Ass. since 1970, Univ. Doz. 1983 (International Law and International Economic Law), Prof. at Vienna Law Faculty since 1990; Visiting Professor in Stanford 1996, Bratislava since 1992, Lecturer at Diplomatic Academy Vienna, M.A.I.S., University of Krems, Member of International Law Commission 1997 - 2001; Conciliator at OSCE Court and Member of its Bureau 2001 - 2007; former Deputy Chairman of German Society of International Law, Member of the Austrian National Group of Arbitrators at the PCA, Membre de l'Institut du Droit International, Chairman of the Austrian Branch of the International Law Association; Chairman of the Committee of the ILA on State succession, Legal Consultant to the Austrian Ministry for foreign affairs; Director of the Department of European, International and Comparative Law (University of Vienna); Member of the Governing Board of the European Studies Institute (Moscow). Distinctions: Goldenes Ehrenzeichen für die Verdienste um die Republik Österreich, Bundesehrenzeichen, Chevalier dans l'Ordre des Palmes Académiques (France).” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Audiovisual Library of International Law. *Biography*. Disponível em: http://legal.un.org/avl/ls/Hafner_S.html Último acesso: 10 dez. 2018)

³⁴⁶ “The Ad-Hoc Committee was established by resolution 55/150 of 12 December 2000, and since its establishment, it has operated on the spirit of entente cordiale”. (BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005. p. 301)

³⁴⁷ A abertura para assinaturas se deu em 17 de janeiro de 2005.

³⁴⁸ STEWART, David P. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1 (jan. 2005), p. 194.

³⁴⁹ “Artigo 30: 1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations. 2. For each State ratifying, accepting, approving or acceding to the present Convention after the deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵⁰ Na data 12 de novembro de 2018, a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades conta com 22 ratificações dos seguintes países e os respectivos anos de adesão ao documento: Arábia Saudita (2010), Áustria (2006), Cazaquistão (2010), Eslováquia (2015), Espanha

Por conseguinte, partindo-se para a análise do texto da Convenção de 2004, com enfoque nos pontos que mais interessam a este estudo, o seu preâmbulo já anuncia que as imunidades jurisdicionais de Estado e de suas Propriedades são amplamente aceitas como *princípios* de direito costumeiro internacional. Além disso, reforça a crença de que a elaboração de uma convenção internacional sobre imunidades jurisdicionais de nações estrangeiras fortalecerá o Estado de Direito e a segurança jurídica, especialmente nas relações entre Estados e pessoas físicas ou jurídicas, além de contribuir para a codificação e para a harmonização da prática do direito internacional neste tema. Ressalta, ainda, a observância aos princípios de direito internacional da Carta das Nações Unidas e às práticas dos países relacionadas às imunidades de Estado. Por fim, registra que o direito costumeiro continuará regendo assuntos não regulados pela Convenção³⁵¹.

O artigo 1º traz o escopo de aplicação da Convenção, que abrange, especificamente, a imunidade de um Estado e de suas propriedades perante a jurisdição doméstica de outro Estado³⁵². Ou seja, conforme esclarece posteriormente o artigo 3º, a Convenção não se aplica à imunidade garantida pelo direito internacional aos Estados para que exerça atividades diplomáticas e consulares, missões especiais, missões a organizações internacionais ou delegações a órgãos de organizações internacionais para conferências internacionais. Nestes casos, o privilégio será estendido à pessoa que exerça tais atividades em nome do Estado. Também não é afetada pela Convenção a imunidade

(2011), Finlândia (2014), França (2011), Guiné Equatorial (2018), Itália (2013), Irã (2008), Iraque (2015), Japão (2010), Letônia (2014), Líbano (2008), Lichtenstein (2015), México (2015), Noruega (2006), Portugal (2006), República Tcheca (2015), Romênia (2007), Suécia (2009) e Suíça (2010). Já os países que apenas assinaram a Convenção e os respectivos anos de tal ato são: Bélgica (2005), China (2005), Dinamarca (2006), Estônia (2006), Índia (2007), Islândia (2005), Madagascar (2005), Marrocos (2005), Paraguai (2005), Reino Unido (2005), Rússia (2006), Senegal (2005), Serra Leoa (2006) e Timor-Leste (2005). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Treaty Collection. Convention on Jurisdictional immunities of States and Their Property of 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. Preâmbulo. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018.

³⁵² “Article 1. Scope of the present Convention. The present Convention applies to the immunity of a State and its property from the jurisdiction of the courts of another State.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

do Chefe de Estado *ratione personae*³⁵³. Da Convenção também foram excluídos aviões e objetos espaciais³⁵⁴.

O entendimento consignado na Convenção é de que a imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro é a regra, como deixou claro o artigo 5º. Este dispositivo, denominado “Imunidade de Estado”, determina que “um Estado goza de imunidade, respectivamente a si próprio e à sua propriedade, perante a jurisdição dos tribunais de outro Estado, ressalvadas as disposições da presente Convenção.”³⁵⁵ Assim, as únicas exceções admissíveis, a princípio, seriam aquelas taxativamente previstas no próprio instrumento – apesar de haver espaço interpretativo no texto do preâmbulo para que o direito costumeiro regule questões não abordadas pelo instrumento formal. O dever de respeito à imunidade como regra pelas cortes domésticas é estipulado pelo artigo 6º, o qual, em suma, exige que tal privilégio seja declarado de ofício pelos magistrados³⁵⁶.

³⁵³ Também chamada “imunidade pessoal”, é desfrutada, como regra, por funcionários de alta hierarquia, como Chefes de Estado, tendo o direito internacional estendido tal benefício a membros de missões diplomáticas e postos consulares (estes casos, porém, como já visto, são regulados por regimes distintos, que não são objetos do presente estudo). A imunidade *ratione personae* é vinculada ao *status* oficial individual, abrangendo tanto atos oficiais quanto condutas privadas. O objetivo é garantir a livre atuação do agente em nível interestatal, de forma que a imunidade termina quando o indivíduo completa seu serviço. A partir de então, terá direito à chamada “imunidade funcional” ou *ratione materiae*, que é gozada por qualquer oficial estrangeiro, independentemente de seu nível hierárquico. Esta imunidade abrange apenas os atos oficiais realizados, não acobertando condutas privadas. Este privilégio, porém, não cessa quando o oficial deixa o cargo, mas se limita aos atos realizados durante o exercício desta função. A Convenção da ONU deixa claro, portanto, que suas disposições não abrangem a imunidade de Chefes de Estado; revela-se interessante, porém, para fins de delimitação do escopo da imunidade de oficiais em geral (*ratione materiae*), já que sua conduta é atribuída ao Estado quando agirem na qualidade de seus representantes. (KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and the promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, 2011, p. 151-152)

³⁵⁴ “Article 3. Privileges and immunities not affected by the present Convention. 1. The present Convention is without prejudice to the privileges and immunities enjoyed by a State under international law in relation to the exercise of the functions of: (a) its diplomatic missions, consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; and (b) persons connected with them. 2. The present Convention is without prejudice to privileges and immunities accorded under international law to heads of State *ratione personae*. 3. The present Convention is without prejudice to the immunities enjoyed by a State under international law with respect to aircraft or space objects owned or operated by a State.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵⁵ “Article 5. State immunity. A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵⁶ “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

A opção feita pela Assembleia-Geral com base nas contribuições dos países de consagrar na Convenção a doutrina relativa ou restritiva das imunidades de Estado transparece, primeiramente, no artigo 7º³⁵⁷. Referido dispositivo prevê a possibilidade de o Estado consentir com o seu processamento perante corte doméstica estrangeira, ou seja, renunciar ao seu privilégio, sendo esta, como visto, uma das hipóteses de exclusão da imunidade previstas pela teoria relativa.

Transcendendo a genérica previsão de possibilidade de renúncia à imunidade mencionada pela doutrina, a Convenção regulou esta prerrogativa do Estado, exigindo que se dê de forma expressa, por meio de acordo internacional, contrato escrito ou declaração perante a corte ou outra forma de manifestação escrita em um procedimento específico. De forma alguma poderá a simples aceitação, por um país, da aplicação da lei de outro país (através de uma cláusula de escolha de lei, por exemplo) ser interpretada, por si só, como consentimento à sua submissão ao judiciário deste país.

Da mesma maneira, caso o Estado ingresse com ação, intervenha em ação ou tome qualquer medida relacionada ao mérito discutido na ação, não poderá invocar a imunidade, como regra. O artigo 8º, que traz esta disposição, promove, ao mesmo tempo, uma série de esclarecimentos a fim de impedir que atos realizados pelo Estado sejam interpretados como renúncias tácitas à sua imunidade³⁵⁸.

other State under article 5 is respected. 2. A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State: (a) is named as a party to that proceeding; or (b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵⁷ “Article 7. Express consent to exercise of jurisdiction. 1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case: (a) by international agreement; (b) in a written contract; or (c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding. 2. Agreement by a State for the application of the law of another State shall not be interpreted as consent to the exercise of jurisdiction by the courts of that other State.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵⁸ “Article 8. Effect of participation in a proceeding before a court. 1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State if it has: (a) itself instituted the proceeding; or (b) intervened in the proceeding or taken any other step relating to the merits. However, if the State satisfies the court that it could not have acquired knowledge of facts on which a claim to immunity can be based until after it took such a step, it can claim immunity based on those facts, provided it does so at the earliest possible moment. 2. A State shall not be considered to have consented to the exercise of jurisdiction by a court of another State if it intervenes in a proceeding or takes any other step for the sole purpose of: (a) invoking immunity; or (b) asserting a right or interest in property at issue in the proceeding. 3. The

Do artigo 10º ao 17º, são elencadas as hipóteses em que um Estado não pode invocar imunidade, ou seja, situações em que há o afastamento do privilégio por meio da norma escrita. Tal como se verificou na análise do artigo 7º sobre a possibilidade de renúncia, nestes dispositivos que dispõem sobre casos de exclusão de plano da imunidade, há mais uma demonstração da consagração da relativização da imunidade de jurisdição estatal. Ou seja, tendo em vista que a Convenção, como mencionado, é fruto da união de vontades dos membros das Nações Unidas, verificou-se a ampla adoção da teoria relativa pelos Estados.

Segundo a Convenção, os Estados não podem se eximir do processamento em cortes domésticas nos casos envolvendo transações comerciais (artigo 10º)³⁵⁹; contratos de trabalho (artigo 11º)³⁶⁰; danos pessoais e danos à propriedade (artigo 12º)³⁶¹; domínio, posse e uso de propriedade (artigo 13º)³⁶²; propriedade intelectual e industrial (artigo

appearance of a representative of a State before a court of another State as a witness shall not be interpreted as consent by the former State to the exercise of jurisdiction by the court. 4. Failure on the part of a State to enter an appearance in a proceeding before a court of another State shall not be interpreted as consent by the former State to the exercise of jurisdiction by the court.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁵⁹ Este artigo deve ser lido em conjunto com o artigo 2.1(c) e 2.2, os quais trazem a definição de “transação comercial”: “Article 2. Use of terms. 1. For the purposes of the present Convention: (...) (c) ‘commercial transaction’ means: 2. In determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁶⁰ André Lupi ressalta que a imunidade absoluta no campo do direito do trabalho é atualmente rara, tendo sido o paradigma da mudança o caso *Genny de Oliveira* (STF. *Apelação Cível n. 9696* de São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 31 de maio de 1989. DJ, 12.10.1990. p. 11045). O autor aponta que foi na esfera trabalhista que o Brasil inaugurou a “fenda na muralha” da imunidade, hoje exceção consolidada no país, inclusive com expedição da Nota Circular nº 18/95 pelo Itamaraty explicitando as restrições à imunidade em matéria trabalhista. (LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Convenção sobre imunidade do Estado e seus bens e o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 19, jun./dez 2011)

³⁶¹ Este dispositivo regula as hipóteses gerais de responsabilização civil do Estado. Por ser reputado mais relevante ao presente estudo, será estudado mais detalhadamente a seguir.

³⁶² Por meio deste dispositivo, foi formalizada a prática de assunção de jurisdição pelos tribunais domésticos em casos envolvendo discussão sobre propriedades imóveis, observando-se o princípio clássico *lex rei sitae*. A Convenção engloba em tal exceção à imunidade, além de propriedade imóveis situadas no território do país do foro, quaisquer direitos ou interesses de um Estado sobre propriedades móveis ou imóveis provenientes de sucessão, doação ou vacância (*bona vacantia*).

14º)³⁶³; participação em empresas ou outros órgãos coletivos (artigo 15º)³⁶⁴; navios pertencentes a ou operados por um Estado (artigo 16º)³⁶⁵; bem como quando há um acordo arbitral entre as partes (artigo 17º)³⁶⁶.

Assim sendo, percebe-se que as exceções taxadas na Convenção comportam atos de natureza privada ou comercial (atos *jure gestionis*), apenas refletindo a prática costumeira que já vinha sendo desenvolvida pelos Estados. Não apenas isso, ela possibilita a discussão de uma eventual violação de norma estatal, aumentando, com isso, as chances de a parte prejudicada obter reparações. Ademais, as hipóteses de exclusão da imunidade incluídas na Convenção revelam o intuito dos países de garantir a proteção de bens e de negócios.

³⁶³ Conforme a Convenção, qualquer direito do Estado em uma patente, desenho industrial, nome comercial, marca registrada, direitos autorais ou qualquer outra forma de propriedade intelectual ou industrial que goze de uma medida de proteção legal, ainda que provisória, no Estado do foro. A letra 'b' do artigo estende a sua aplicação para quaisquer dos direitos mencionados anteriormente quando pertencentes a terceiro e esteja protegido no Estado do foro. Ou seja, é garantida a proteção da propriedade intelectual pertencente não apenas ao Estado, mas também às pessoas (físicas ou jurídicas).

³⁶⁴ "Article 15. Participation in companies or other collective bodies. 1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to its participation in a company or other collective body, whether incorporated or unincorporated, being a proceeding concerning the relationship between the State and the body or the other participants therein, provided that the body: (a) has participants other than States or international organizations; and (b) is incorporated or constituted under the law of the State of the forum or has its seat or principal place of business in that State. 2. A State can, however, invoke immunity from jurisdiction in such a proceeding if the States concerned have so agreed or if the parties to the dispute have so provided by an agreement in writing or if the instrument establishing or regulating the body in question contains provisions to that effect." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

³⁶⁵ A imunidade recai sobre ações de cunho governamental não comercial envolvendo navios de propriedade estrangeira. O mesmo se aplica a navios de guerra, auxiliares navais, ou a navios pertencentes ou operados por Estados enquanto utilizados para serviços governamentais não comerciais. Sobre as cargas transportadas por tais navios, há imunidade apenas para aquelas usadas ou destinadas a fins exclusivamente governamentais não comerciais. Havendo dúvidas sobre o fim de determinado navio ou carga, a Convenção estipula que um certificado assinado por um representante diplomático ou outra autoridade competente desse Estado e comunicado ao tribunal servirá de prova do caráter do navio ou carga.

³⁶⁶ "Article 17. Effect of an arbitration agreement. If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to: (a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement; (b) the arbitration procedure; or (c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

A única previsão relacionada explicitamente a danos pessoais é o artigo 12³⁶⁷ – e mesmo este artigo regula, conjuntamente, danos à propriedade:

Artigo 12. Danos pessoais e danos à propriedade.

Salvo acordo em contrário pelos Estados interessados, **um Estado não pode invocar imunidade de jurisdição perante um tribunal de outro Estado** que seria, de outra maneira, competente em um processo relativo a compensação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou dano ou perda de propriedade tangível, causada por um ato ou omissão que se alega atribuível ao Estado, **se o ato ou omissão ocorreu no todo ou em parte no território daquele outro Estado e se o autor do ato ou omissão estava presente naquele território à época da ação ou omissão.**³⁶⁸ (grifou-se)

O texto não muito claro do artigo prevê a exclusão da imunidade jurisdicional nos casos em que se pleiteia compensação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou dano a propriedade, causada por ação ou omissão imputável a um Estado. Há, porém, duas condicionantes cumulativas para tanto, quais sejam: (1) a ação ou omissão deve ter ocorrido, no todo ou em parte, no território do Estado do foro e (2) o autor do ato ou omissão estava presente em tal território à época da ação ou omissão.

Em sua primeira manifestação à CDI, o Relator Especial Sompong Sucharitkul mencionou a proposta de inclusão de artigo prevendo o afastamento da imunidade em casos de danos pessoais e à propriedade. A ideia era evitar as dificuldades sofridas por indivíduos que, de outra forma, não teriam a possibilidade de se verem recompensados por eventual dano sofrido cometido pelo Estado ou seu representante. O Relator informou que tal exceção iria requerer mais reflexões, especialmente em conexão com a

³⁶⁷ “In so far as State immunities are concerned, for example, the 1972 European Convention on State Immunity (Art. 11) and the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Art. 12) provide for the personal injury (tort) exception. Both Conventions thus acknowledge that their subject-matter does not exhaust itself in purely inter-State relations. It goes in fact beyond them, in encompassing the way States treat human beings under their respective jurisdictions. State immunities have not been devised to allow States that committed atrocities (*delicta imperii*) to shield themselves behind them.” (sic) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§154-155. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

³⁶⁸ “Article 12. Personal injuries and damage to property. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

responsabilidade mais estrita do Estado³⁶⁹. Em relatório posterior, Sucharitkul propôs o que se tornou o texto do artigo 12º (à época, artigo 14º), esclarecendo que o termo “danos pessoais” inclui perda de vida ou lesões físicas à pessoa, e que o termo “danos à propriedade” abarca perda ou destruição total de propriedade tangível.

As causas das ações ajuizadas em razão de tais danos poderiam surgir de quaisquer atividades realizadas por um Estado estrangeiro ou por seus órgãos, agências ou instrumentalidades no país do foro – ou seja, não é feita distinção entre atos de gestão e atos de império. Além disso, o dano poderia ser intencional ou acidental, e, no tocante especificamente ao dano pessoal, este não englobaria lesão à reputação ou difamação, por não serem considerados danos físicos. Por fim, a conexão territorial se justificaria, segundo o relator, para que não fosse conferido ao Estado do foro jurisdição extraterritorial ou de qualquer outra forma a si estendida em casos que, de forma diversa, não atrairiam tal jurisdição³⁷⁰.

Outro ponto importante trazido na explicação do dispositivo seria sua aplicabilidade apenas para danos decorrentes de riscos asseguráveis. Assim, conforme constou no relatório n. A/46/10 da CDI, as áreas de dano cobertas pelo artigo 12 envolveriam, principalmente, morte acidental ou lesões físicas a pessoas ou danos a propriedades tangíveis envolvendo acidentes de trânsito, tais como veículos em movimento, motocicletas, locomotivas ou lanchas.

Ou seja, o artigo cobriria as mais variadas áreas de acidentes ocorridos no transporte de bens ou passageiros por trilho, estrada, ar ou vias aquáticas. A ideia seria evitar que a companhia de seguros “se escondesse atrás da capa da imunidade e evadisse de sua responsabilidade perante os indivíduos lesionados”³⁷¹. Adicionalmente, o relatório apontou que o artigo é amplo o suficiente para abarcar lesões físicas intencionais, como

³⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/323. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_323.pdf&lang=EFS Último acesso: 15 nov. 2018.

³⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/363 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_363.pdf&lang=EFS Último acesso: 15 nov. 2018.

³⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/46/10. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf&lang=EFS Último acesso: 15 nov. 2018.

agressão, dano malicioso à propriedade, incêndio culposo ou até homicídio, incluindo assassinatos políticos.

Os países dividiram-se entre favoráveis e contrários à manutenção do artigo sobre a responsabilização civil por danos pessoais ou danos à propriedade, conforme informado pelo segundo Relator Especial Motoo Ogiso em relatório apresentado na 41ª Sessão da CDI de 1989³⁷². Em seu último relatório, Ogiso afirmou que a divisão persistia e que, em razão disso, propôs 3 alterações: (1) o acréscimo de um parágrafo informando que a norma não afetaria regras relativas à responsabilização estatal em direito internacional; (2) que a frase “se o autor do ato ou omissão estava presente naquele território à época da ação ou omissão” fosse excluída, a fim de que estendesse o escopo do artigo para danos transfronteiriços e (3) que a aplicação do artigo fosse limitada à compensação pecuniária decorrente de acidentes de trânsito envolvendo meios de transporte operados por ou pertencentes a Estados e ocorrendo dentro do território do Estado do foro. Não havendo consenso também em relação a tais sugestões, foi submetido o texto do artigo em sua forma original³⁷³.

³⁷² Expressaram posicionamento pela exclusão do artigo a Rússia, a Bielorrússia e a República Democrática Alemã (RDC). Os dois primeiros países argumentaram que a aferição da ilegalidade do ato capaz de ensejar responsabilização do Estado é regida pelo direito internacional, com auxílio dos procedimentos internacionais, não podendo ser estabelecida por cortes domésticas. A RDC defendeu a exclusão do referido artigo porque o mesmo conferiria menos imunidade aos Estados do que aos seus diplomatas, protegidos pelo artigo 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, bem como porque seriam poucos os números de disputas existentes sobre cobertura de seguros ou sobre a solução de problemas pertinentes através da via diplomática. Pela manutenção do artigo, manifestaram-se Austrália, República Federativa Alemã e Tailândia, defendendo a extensão do escopo de aplicação do artigo para danos ou prejuízos transfronteiriços, e propuseram que a última parte do artigo – “e se o autor do ato ou omissão estava presente naquele território à época da ação ou omissão” – fosse excluída. A Espanha expressou a necessidade de que fosse feita especificação no artigo para que não afetasse a responsabilização internacional dos Estados. O México, por sua vez, observou que, quando as atividades de um Estado pudessem ser relacionadas só indiretamente ou remotamente a morte, prejuízo ou dano, uma relação causal não poderia ser estabelecida entre as atividades e o resultado. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/415 and Corr.1. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_415.pdf&lang=EF Último acesso: 15 nov. 2018) O Brasil também apresentou resistência ao conteúdo do artigo, informando que os precedentes de prática que podem ser invocados para justificar as exceções à imunidade de Estado nos termos colocados no artigo não indicam a existência de uma aceitação geral por tais exceções. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/410 and Add.1-5. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_410.pdf&lang=EF Último acesso: 15 nov. 2018)

³⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/431. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_431.pdf&lang=EF Último acesso: 15 nov. 2018.

Os artigos 18 a 21 da Convenção tratam sobre medidas de restrição a bens dos Estados relacionadas a processos perante cortes domésticas³⁷⁴. Os artigos subsequentes trazem variadas disposições procedimentais, como, por exemplo, a garantia de privilégios ao Estado durante o processo perante a corte domésticas, prevista no artigo 24³⁷⁵. Esta proteção impede que quaisquer multas ou penalidades sejam impostas ao país em razão do não cumprimento de ordem judicial para que realize qualquer ato, produza qualquer documento ou divulgue qualquer outra informação para os propósitos do processo. Após outras previsões gerais, a Convenção termina no 33º artigo, trazendo, ainda, um Anexo explicativo aos artigos 10, 11, 13, 14, 17 e 19.

Como visto, não há previsão expressa de afastamento da imunidade em casos de violação de direitos humanos de natureza *jus cogens* na Convenção. E tal omissão foi intencional, uma vez que o tema foi levado à atenção da Sexta Comissão pela CDI como sendo um recente desenvolvimento adicional na prática e legislação domésticas dos países sobre imunidades de Estado. Através de seu Grupo de Trabalho sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e suas Propriedades, a CDI foi convocada pela Assembleia Geral, por meio da Resolução 53/98, a comentar o Projeto de Convenção, especialmente no tocante aos mais relevantes pontos referentes à matéria em questão.

Em atendimento, por meio de relatório apresentado no ano de 1999 na 51ª Sessão da CDI, o Grupo de Trabalho reportou necessário chamar a atenção para a ocorrência de recentes desenvolvimentos adicionais na prática e legislação estatais sobre imunidades de Estado referentes ao argumento “cada vez mais apresentado de que a imunidade deve ser negada em casos de morte ou lesão pessoal resultante de atos de um Estado em violação às normas de direitos humanos de caráter *jus cogens*, especialmente a proibição da

³⁷⁴ Tendo em vista que o foco desta dissertação é a imunidade jurisdicional de Estado e não a imunidade de execução, tais artigos não serão estudados.

³⁷⁵ “Article 24. Privileges and immunities during court proceedings. 1. Any failure or refusal by a State to comply with an order of a court of another State enjoining it to perform or refrain from performing a specific act or to produce any document or disclose any other information for the purposes of a proceeding shall entail no consequences other than those which may result from such conduct in relation to the merits of the case. In particular, no fine or penalty shall be imposed on the State by reason of such failure or refusal. 2. A State shall not be required to provide any security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of judicial costs or expenses in any proceeding to which it is a respondent party before a court of another State.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018)

tortura.”³⁷⁶ Afirmou-se que, especialmente nos Estados Unidos e no Reino Unido, foram ajuizadas diversas ações civis referentes a atos de tortura cometidos não no território do foro, mas, sim, no território do país réu ou de outros países. O argumento dos requerentes foi de que os Estados não possuem direito a imunidade quando há uma violação de normas de direitos humanos com caráter *jus cogens*, e, apesar de o pedido ter sido acolhido por muitas cortes domésticas, na maioria dos casos a imunidade prevaleceu.

Após o julgamento de tais ações, dois foram os desenvolvimentos observados pelo Grupo de Trabalho e apontados em seu relatório. O primeiro deles foi a alteração feita pelos Estados Unidos em seu *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), o qual passou a incluir nova exceção à imunidade nos casos em que se busca indenização pecuniária contra um país por danos pessoais ou morte que foram causados por um ato de tortura, execução extrajudicial, sabotagem aeronáutica ou tomada de reféns. Para tanto, o país causador do dano deve ter sido indicado pelo Secretário de Estado como “patrocinador do terrorismo”, bem como a vítima deveria ser cidadã norte-americana à época dos fatos.

O segundo desenvolvimento informado foi o julgamento do Caso *Pinochet* e a sua ênfase aos limites da imunidade a respeito de graves violações de direitos humanos por Oficiais de Estado. Para o Grupo de Trabalho, não haveria dúvidas de que tal caso gerou suporte à visão de que Oficiais de Estado não devem ter direito a invocar imunidade por atos de tortura cometidos em seus próprios territórios tanto em ações civis quanto criminais³⁷⁷.

A Comissão de Direito Internacional concluiu o apontamento indicando que os desenvolvimentos examinados não foram abordados de forma específica no Projeto da Convenção sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades. Afirmou que,

³⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/L.576. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_l576.pdf&lang=EFS Último acesso: 19 nov. 2018.

³⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. A/CN.4/L.576. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_l576.pdf&lang=EFS Último acesso: 19 nov. 2018. A decisão no Caso *Pinochet*, todavia, possui aplicação limitada, pois se deu no âmbito da *House of Lords* inglesa, não tendo sido trabalhada, portanto, em âmbito internacional. Ainda assim, sua relevância é inegável, já que, como destaca Andrea Bianchi, trata-se da primeira decisão em âmbito doméstico no qual um antigo chefe de Estado de um país estrangeiro foi considerado legalmente responsável por atos de tortura cometidos durante o exercício da função. (BIANCHI, Andrea. *Immunity v. Human Rights: The Pinochet Case*. *The European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 237-277, 1999, p. 276)

apesar disso, se tratavam de recentes desenvolvimentos relativos a imunidades que não deveriam ser ignorados³⁷⁸.

O alerta feito pela CDI sobre a importância da adequação da Convenção em criação aos avanços do direito internacional em matéria de proteção dos direitos humanos, todavia, não surtiu os efeitos esperados. O texto final da Convenção da ONU de 2004 privilegia claramente a proteção dos Estados em detrimento à proteção das pessoas, como se verá no tópico a seguir.

3.1.2 A Convenção e a tentativa de consagração da proteção dos Estados sobre a proteção dos indivíduos

Da mera leitura do texto convencional se depreende que a Convenção sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades tem como principal objetivo regular as hipóteses em que a imunidade é afastada, segundo a teoria relativa. Em outras palavras, o instrumento em questão foi elaborado para positivizar a regra costumeiramente desenvolvida segundo a qual sobre atos de natureza negocial realizados pelos países não incide imunidade. Através da normatização por tratado, buscou-se homogeneizar globalmente a abordagem teórica e a prática sobre o tema, facilitando, com isso, as relações entre as nações, as quais poderão apoiar-se nas regras da Convenção – já postas – ao realizar transações comerciais.

A Convenção foi, portanto, criada pelos Estados e para os Estados. Estes, não por acaso, também foram os responsáveis pela transição da teoria absoluta para a teoria relativa, a qual apresentou, como diferencial, a permissão de uma série de exceções que atendem aos interesses dos próprios países. Neste cenário, não é de surpreender o fato de que estes mesmos Estados, ao criarem instrumento internacional direcionado a positivizar as regras de imunidade, conferiram ao texto convencional enfoque em assuntos que lhes

³⁷⁸ “From time to time there have been attempts to construe the threshold of the gravity of breaches of human rights; this concern has been expressed at times, e.g., in the work of the UN International Law Commission (ILC), albeit without concrete results to date.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §56. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

dizem respeito. Como resultado, a Convenção de 2004 regula, essencialmente, temas negociais/comerciais e temas relativos à representação do país no Estado estrangeiro.

Percebe-se no texto convencional apenas breves nuances de consideração do indivíduo – ou que podem ser como tais encaradas. Uma vez que, como mencionado, houve uma omissão intencional na elaboração da Convenção no que se refere à possibilidade de afastamento da imunidade de Estado por violações de direitos humanos – mesmo após o alerta da CDI -, entende-se que as poucas disposições aplicáveis a situações não negociais envolvendo Estados e pessoas não foram lá inseridas com o intuito de normatizar tal situação. Não se tratam de regras com aplicabilidade direta, com regra clara e explícita, onde se possa verificar a preocupação com o amparo ao indivíduo. Todavia, por meio do diálogo das fontes, é possível a realização de um exercício interpretativo *pro homine* de tais dispositivos convencionais, aumentando-se, com isso, a sua capacidade de concretização.

Nesta linha, inicia-se pela análise do preâmbulo, o qual anuncia o objetivo convencional de realçar o Estado de Direito e a segurança jurídica nas relações entre os Estados e as pessoas naturais e jurídicas. Todavia, como já mencionado, em poucas das hipóteses descritas nos dispositivos convencionais poderemos verificar previsões envolvendo litígio entre Estado e pessoa física, já que as relações negociais, em geral, são firmadas pelos países com pessoas jurídicas.

Apenas nas relações trabalhistas e nos casos de danos pessoais se poderia vislumbrar o envolvimento direto de pessoas naturais – e, ainda assim, neste último caso, como regra, haveria, também, envolvimento de uma empresa seguradora, pessoa jurídica. O interesse primário das pessoas naturais no tocante ao tema abordado pela Convenção – a proteção de seus direitos fundamentais face a possíveis abusos exercidos por nações estrangeiras – não foi regulamentado, o que, certamente, não contribuiu para a promoção de maior segurança jurídica nestas relações.

Como demonstrado no tópico anterior, entende-se que, dentre as exceções estabelecidas pela Convenção à imunidade jurisdicional de Estado, o dispositivo sobre danos pessoais seria o que mais viabilizaria a realização de uma interpretação à luz dos direitos humanos, a fim de abarcar a proteção do indivíduo. A norma, que restou positivada no artigo 12, apesar de ter sido pensada para riscos asseguráveis, não limitou a este tema sua aplicação, o que se comprova pela inexistência de qualquer referência

específica em seu texto³⁷⁹. Não há no dispositivo uma menção sequer sobre contrato de seguro, sobre o envolvimento de empresa seguradora ou aos riscos asseguráveis, estes que, conforme apontados pela CDI, seriam o fundamento da criação de tal dispositivo. Nesse escopo, exigir que houvesse uma restrição quanto à alegação da imunidade de jurisdição frente à violação de regras cogentes seria muito distante quando da adoção do texto em 2004.

De fato, pela simples leitura do artigo 12, pode-se depreender, unicamente, que os responsáveis pela elaboração da Convenção de 2004 entenderam por bem nela incluir uma hipótese geral de afastamento da imunidade em casos de responsabilização civil do Estado. Compreendendo-se a importância da proteção dos direitos humanos e considerando-se a omissão do texto convencional sobre este assunto, através da aplicação do diálogo das fontes, defende-se ser possível que o artigo 12 abarque os danos pessoais decorrentes de violações de direitos humanos de natureza *jus cogens* cometidas pelos Estados através da aplicação do diálogo das fontes.

O discutível escopo de abrangência do artigo em análise fez com que este dispositivo fosse envolvido na importante discussão sobre a possibilidade de aplicação da Convenção da ONU de 2004 a atividades militares, tanto em tempos de paz quanto em tempos de guerra. A princípio, esta hipótese foi afastada pelo Presidente do Comitê *Ad Hoc* (Gerhard Hafner) da Sexta Comissão de debate sobre o Projeto de Convenção sobre imunidades da ONU, o qual, em seu pronunciamento sobre o texto final do artigo 12 da Convenção, referiu o seguinte:

(...)36. Uma das questões levantadas foi se as atividades militares eram cobertas pela Convenção. O entendimento geral que sempre prevaleceu foi de que não eram. De qualquer forma, deve ser feita referência ao comentário da Comissão sobre o artigo 12, afirmando que ‘o artigo tanto não afetou a questão das imunidades diplomáticas, como previsto no artigo 3, como não se aplicou a situações envolvendo conflitos armados’ (A/46/10, p. 114). Era preciso ter em mente que o preâmbulo afirmava que as regras do direito internacional consuetudinário continuavam a reger assuntos não regulados pelas disposições da Convenção³⁸⁰.

³⁷⁹ “The exact scope of this article remains unclear. The intent was primarily to cover ‘insurable risks’ such as accidental death or injury, but by its terms the article includes intentional, deliberate acts and also those caused by negligence or omission.” (STEWART, David P. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1 (jan. 2005), p. 202)

³⁸⁰ “One of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention. The general understanding had always prevailed that they were not. In any case, reference should be made to the Commission’s commentary on article 12, stating that ‘neither did the article affect the question of

Ocorre que, no entendimento de Andrew Dickinson, existem fortes argumentos no sentido contrário ao afirmado por Hafner. Dickinson entende, primeiramente, que, assim como ocorre com outros documentos (*working papers*) da CDI, da Sexta Comissão e do Comitê *Ad hoc*, o pronunciamento feito pelo Presidente do Comitê tem a função de confirmar o entendimento resultante da construção da Convenção, não significando, portanto, que possui qualquer *status* especial ou superior. Não mereceria, portanto, receber peso maior do que qualquer outro material preparatório à Convenção³⁸¹.

Além disso, o autor discorda da afirmação feita por Hafner de que haveria um entendimento geral sempre prevalecente de que atividades militares seriam excluídas do escopo da Convenção, pois os dispositivos nesta expressos e outros *travaux préparatoires* sugerem, fortemente, o contrário, isto é, de que a Convenção se aplica às atividades militares³⁸². O próprio artigo 1, ao determinar que a Convenção se aplica “à imunidade de um Estado e suas propriedades perante a jurisdição das cortes de outro Estado”, ao não apresentar exclusão expressa ou entendimento neste sentido em relação ao processos criminais, sugeriria – fortemente – que a Convenção regula a imunidade de um Estado em todos os processos civis, incluindo aqueles referentes a atividades militares.

diplomatic immunities, as provided in article 3, nor did it apply to situations involving armed conflicts’ (A/46/10, p. 114). It had to be borne in mind that the preamble stated that the rules of customary international law continued to govern matters not regulated by the provisions of the Convention.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Summaries of the Work of the Sixth Committee. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/569/30/PDF/N0456930.pdf?OpenElement> Último acesso: 24 nov. 2018 – tradução livre)

³⁸¹ DICKINSON, Andrew. Status of Forces under the UN Convention on State Immunity. *International Comparative Law Quarterly*, 55, pp. 427-436, 2006. p. 429.

³⁸² “Thus, for example, Article 16(2) of the convention excludes the exception to immunity for proceedings relating to the operation of State owned ships in the case of ‘warships’. Of itself, however, this does not appear conclusive against the existence of a ‘general understanding’ along the lines suggested as it is possible to conceive proceedings relating to the operation of warships which do not involve military activities (eg an injury suffered on board ship by a civilian employee). Similarly, although Article 21.19b) excludes ‘property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions’ from the category of ‘commercial property’ against which a judgment may be enforced under Article 19(c), this reference appears to be relevant in construing the provisions of the Convention relating to immunity from jurisdiction (as opposed to immunity from enforcement) only insofar as it suggests that the authors of the Convention had the special character of military functions in mind and might, therefore, have been alerted to the need to make specific provision in a jurisdictional context in order to exclude military activities. More significantly, Article 3 lists three categories of ‘[p]rivileges and immunities not affected by the present Convention’. These include diplomatic immunities, head of state immunities and immunities relating to aircraft or space objects. The absence of specific reference to immunities concerned armed forces or military activities might be taken to support the conclusion that the Convention does apply to military activities, applying the maxim expression *unius est exclusion alterius*.” (DICKINSON, Andrew. Status of Forces under the UN Convention on State Immunity. *International Comparative Law Quarterly*, 55, pp. 427-436, 2006. p. 429)

Por fim, Dickinson afirma ser questionável a não aplicação do artigo 12 a situações envolvendo conflitos armados tendo em vista trechos mais antigos dos comentários da CDI sobre o dispositivo, os quais sugerem que a exceção nele disposta não faz distinção entre *acta jure gestionis* e *acta jure imperii*, dando como exemplo de uma atividade excluída do escopo do artigo em razão da restrição territorial expressa o caso de “transbordamento através da fronteira de bombardeio resultante de conflito armado”³⁸³.

Interessante apontar que no julgamento do Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado (*Alemanha v. Itália; Grécia intervindo*), o Juiz *Ad-Hoc* Gaja dedica seu voto dissidente à defesa da existência de uma “exceção de responsabilidade civil” (*tort exception*) à regra da imunidade, a qual estaria consagrada no artigo 12 e que se aplicaria ao caso. Segundo o Juiz, em primeiro lugar, não há qualquer informação no texto da Convenção da ONU ou nos trabalhos preparatórios do instrumento a sugerir que tal exceção não se aplicaria a atos de império³⁸⁴.

Afirma, ainda, que apesar de constar no comentário da CDI sobre o artigo 12 a informação de que tal dispositivo não se aplica a situações envolvendo conflitos armados, nenhuma explicação é dada, nem existe uma indicação das consequências desejadas pela não aplicação. Assim, o Juiz afirma que não está claro se situações envolvendo conflitos armados estão consideradas fora do escopo da Convenção da ONU ou se outra regra estabelecida na Convenção se torna aplicável³⁸⁵.

Como visto, há relevantes posicionamentos pela aplicabilidade da Convenção da ONU sobre Imunidade Jurisdicional de Estado e suas Propriedades a crimes de guerra. Concorde-se com tal linha argumentativa, e defenda-se, ainda, a possibilidade de aplicação da Convenção às violações de direitos humanos de natureza cogente. Mesmo que não tenha sido destinado dispositivo específico a abordar o tema na Convenção,

³⁸³ DICKINSON, Andrew. Status of Forces under the UN Convention on State Immunity. *International Comparative Law Quarterly*, 55, pp. 427-436, 2006. p. 432.

³⁸⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz *ad hoc* Gaja (inglês). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-06-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018. p. 219-220.

³⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz *ad hoc* Gaja (inglês). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-06-EN.pdf> Último acesso: 29 out. 2018. p. 219-220.

através do método do diálogo das fontes, é possível uma interpretação *pro homine* do instrumento, a qual, como já expressado, se revela especialmente viável por meio do artigo 12.

Conforme a argumentação trazida por Dickinson, em que pese tenha havido menção nos relatórios de trabalho da CDI de especificação do referido dispositivo a riscos asseguráveis, tais documentos não têm poder de determinar o escopo da norma, cuja formulação aprovada, como visto, não traça tais limites à sua aplicabilidade³⁸⁶. Podem, de fato, servir para fins interpretativos, porém não há uma vinculação oficial entre o texto aprovado e as manifestações contidas em tais relatórios. Além disso, o relatório da CDI em que restou mencionada a possível delimitação de objeto possui valor idêntico ao relatório do mesmo organismo que ressaltou a importância da consideração, nos trabalhos preparatórios da Convenção, dos novos avanços do direito internacional referentes à exclusão da imunidade em casos de violação de direitos humanos, com caráter *jus cogens*.

Neste sentido, em um dos debates finais junto à Sexta Comissão, o representante dos Estados Unidos sugeriu que, em relação aos danos pessoais e à propriedade, a formulação adotada pela Convenção “deixou questões em aberto em relação aos futuros desenvolvimentos do direito internacional público naquelas circunstâncias específicas em que a conduta impingida violava outras convenções internacionais amplamente aceitas obrigando Estados a garantir remédios às vítimas da conduta proibida”³⁸⁷. O que o representante dos Estados Unidos apontou, em tal oportunidade, foi a natureza mutável e adaptável da doutrina das imunidades, o que, naturalmente, teria reflexos na elaboração do texto convencional, motivo pelo qual deveria ser considerada.

Em razão da extensa gama de convenções internacionais existentes em matéria de direitos humanos e da revalorização do indivíduo na pós-modernidade, conclui-se que a exclusão da imunidade de Estado por violação de direitos humanos é um desenvolvimento

³⁸⁶ DICKINSON, Andrew. Status of Forces under the UN Convention on State Immunity. *International Comparative Law Quarterly*, 55, pp. 427-436, 2006. p. 432.

³⁸⁷ “(...) with regard to immunity from liability for personal injury and property damage, the formulation adopted in the Convention left open questions with respect to the further evolution of public international law in those specific circumstances where the impugned conduct contravened other widely accepted international conventions obliging States to grant remedies to the victims of prohibited conduct.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Summaries of the Work of the Sixth Committee*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/569/30/PDF/N0456930.pdf?OpenElement> Último acesso: 24 nov. 2018)

necessário no direito internacional contemporâneo. Os recentes desenvolvimentos do direito internacional que foram abarcados de forma expressa pela Convenção se referem, em geral, aos interesses dos países em suas transações negociais³⁸⁸. Por meio do diálogo das fontes, porém, abre-se a possibilidade de concretização também dos interesses dos seres humanos através de uma nova interpretação do artigo da Convenção referente aos danos pessoais.

Em verdade, a aplicação do diálogo das fontes, enquanto método interpretativo humanista, é o que possibilita a defesa da aplicação da Convenção da ONU para casos de violações de regras cogentes, já que o método proporciona a reinterpretação do instrumento no contexto global da ordem jurídica internacional, que inclui diversos instrumentos de proteção aos direitos humanos. Assim, o diálogo das fontes representa uma forma de “resgatar” a oportunidade aparentemente perdida de se positivar o necessário avanço da teoria das imunidades, reiteradamente mencionado ao longo deste estudo.

Não fosse assim, a conclusão inevitável seria a de que as únicas hipóteses aceitas para o afastamento da imunidade de Estado são aquelas taxativamente elencadas entre os artigos 10º e 17º, as quais, como visto, não incluem casos de violações a direitos humanos. Além disso, tendo em vista a determinação convencional de que o direito costumeiro continuará regendo os assuntos não regulados pela Convenção³⁸⁹, não será possível sustentar, ao menos por ora, a hipótese pretendida em razão de sua aceitação pelos países ser ainda minoritária.

Em suma, na ausência de uma interpretação *pro homine*, que pode ser corroborada pelo diálogo das fontes, é preferível que se defenda, então, a não aplicabilidade da Convenção da ONU de 2004, pois o instrumento, por si só, não permite a exclusão do privilégio estatal em casos de violações de direitos humanos com status cogente – e, relegada a solução ao direito costumeiro, este ao menos dá margem a discussão,

³⁸⁸ Prova disso é o artigo 8º da Convenção, já referido, que aborda os efeitos da participação em um processo perante uma corte doméstica, trazendo diversas regras que asseguram a máxima proteção ao Estado mesmo nos casos em que a Convenção exclui a imunidade.

³⁸⁹ Importante esclarecer que o já mencionado pronunciamento do Presidente da Sexta Comissão, Gerhard Hafner, pela não aplicabilidade da Convenção a crimes de guerra foi no sentido de determinar que tal situação recairia nesta hipótese subsidiária do direito costumeiro aos casos não regidos pela Convenção, o que resultaria, portanto, na manutenção da imunidade de Estado em tal hipótese. Dickinson, por sua vez, defendeu o oposto para fins de enquadramento da hipótese nos termos do artigo 12, norma de exclusão da imunidade – interpretação que vai ao encontro da proteção dos direitos humanos.

inserindo-se outros valores principiológicos, além de ser possível que se promova, com o tempo, uma mudança³⁹⁰.

Assim, analisando-se as oito manifestações feitas por países ao ratificarem a Convenção³⁹¹, percebe-se que em quase todas é feita menção à não aplicação do instrumento a atividades militares ou crimes de guerra³⁹². Em alguns casos, como se verifica nas declarações da Finlândia, da Itália, da Noruega e da Suécia, é referido, em seguida, que a Convenção não prejudica qualquer desenvolvimento futuro em direito internacional relacionado à proteção dos direitos humanos³⁹³. Liechtenstein e Suíça, por sua vez, manifestaram sua interpretação especificamente em relação ao artigo 12, o qual consideram não regular a questão da compensação pecuniária por graves violações de direitos humanos que são supostamente imputáveis a um Estado e cometidas fora do Estado do foro³⁹⁴.

Como já referido ao longo deste estudo, a doutrina das imunidades de Estado, de natureza costumeira, desenvolveu-se na história, essencialmente, através das práticas domésticas dos países³⁹⁵. A esparsa normatização nacional transformou o tema em uma

³⁹⁰ No Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, a Alemanha argumentou que a exceção do artigo 12 não se aplica aos atos cometidos por forças armadas, e que a prática internacional exclui forças armadas de qualquer exceção à imunidade. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §§2 e 3. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 out. 2018) A Itália, por sua vez, alegou a exceção do artigo 12 afasta a imunidade nos casos em que o ato danoso ocorreu total ou parcialmente no território do Estado do foro, o que foi o caso. Afirmou, ainda, que referido artigo não faz qualquer distinção entre atos de gestão e atos de império. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Contra-Memorial da Itália (inglês), §§9 a 11. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf> Último acesso: 25 out. 2018)

³⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/> Último acesso: 12 nov. 2018

³⁹² Dickinson afirmou que, em razão das dificuldades encontradas na potencial aplicação (e provável efeito sobre a prática estatal), os países que desejarem ratificar a convenção da ONU sobre Imunidades de Estado poderão desejar considerar a elaboração de uma reserva excluindo a aplicação da Convenção a atividades militares. (DICKINSON, Andrew. Status of Forces under the UN Convention on State Immunity. *International Comparative Law Quarterly*, 55, p. 427-436, 2006, p. 435)

³⁹³ “This recent trend toward a new exception to state immunity might expand so as to become, in the long run, a general practice supported by opinion juris and crystallize in a new rule of customary international law. This possibility is acknowledged in the declarations made by the three states when they ratified the JISP Convention, stressing that this instrument was ‘without prejudice to any future international development in the protection of human rights.’” (KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and the promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, 2011, p. 155)

³⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Treaty Collection. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en Último acesso: 24 nov. 2018.

³⁹⁵ “Certain rules of international law may remain in a grey zone, and their existence may be debated in legal scholarship, until such time as a court of law — in the case of State immunities, a domestic court of law — clarifies their status and establishes their legal quality. This has happened many times with respect

“colcha de retalhos”, impedindo o estabelecimento de segurança jurídica no assunto. Assim, a elaboração de um tratado internacional a regular o tema é muito bem-vinda, e busca atender a um clamor no direito internacional³⁹⁶. As diversas implicações de cunho político relacionadas ao assunto, todavia, dificultaram o estabelecimento de um consenso acerca das disposições convencionais suficiente para que o instrumento atingisse o número mínimo de ratificações, razão pela qual ainda não se encontra em vigor³⁹⁷.

A Convenção da ONU é criticável por não reger o tema das imunidades de Estado em casos de violações de direitos humanos, especialmente das regras cogentes, mesmo tendo a própria CDI chamado a atenção a tal novo desenvolvimento do direito internacional³⁹⁸. Tal demanda se revela latente na pós-modernidade – era em que o enfoque de proteção deve-se voltar ao indivíduo e não ao Estado. Neste sentido, talvez a solução ideal seria a inclusão de um artigo específico na Convenção que excepcionasse a regra da imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros em casos de afronta a valores

to the exceptions and derogations to State immunity. It is not indeed through diplomatic exchanges, or through the conclusion of conventions, or even through the pronouncements of international judicial or arbitral bodies that the exceptions and derogations to State immunity have developed. It has most often occurred through single, and sometimes isolated, domestic court decisions, which gradually turned mainstream.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Yusuf (inglês), §47. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 24 nov. 2018)

³⁹⁶ Sévrine Knuchel afirma que o apoio à Convenção demonstrado por países que tradicionalmente favoreciam a imunidade absoluta no passado, tais como Rússia e China, indica como o costume evoluiu nesta área e demonstra poder se esperar que a Convenção sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades estabeleça um padrão universal para o tratamento da imunidade por sistemas legais nacionais. (KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and the promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, 2011, p. 151)

³⁹⁷ “*It is certainly true that international law is not made up of a well-circumscribed set of norms that remain stable forever. Of course, the main instrument of change is international treaties. Customary law, too, moves ahead, yet at a slower pace, as shown precisely in the field of sovereign immunity by the passage from the absolute theory to the restrictive theory, which extended over decades. Broad political support is needed in any event. Processes of legal change must be in consonance with the general movement of the system of international law in its entirety. It cannot be denied that in the field of sovereign immunity, in particular, domestic courts have played a considerable role, given the nature of the subject-matter.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Memorial da Alemanha (inglês), §65. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16644.pdf> Último acesso: 24 nov. 2018)

³⁹⁸ Carlos Espósito critica a decisão da Corte Internacional de Justiça no Caso das Imunidades Jurisdicionais pela interpretação restritiva feita à Convenção da ONU sobre o tema, afirma que o instrumento, intencionalmente, “deixou espaço” para que fossem feitas inclusões não especificadas em seu texto. O autor afirma que, para que fosse obtido um consenso depois de muitos anos de negociações sem frutos, houve um acordo não escrito entre os Estados para que não fossem abertas quaisquer discussões fora dos cinco pontos substanciais indicados em documento preparado pelo Presidente do Grupo de Trabalho, Gerhard Hafner. Apesar de isso ter sido imprescindível para que os Estados atingissem um consenso quanto ao conteúdo do tratado, a correta interpretação é a de que os temas não abordados restaram em aberto para posteriores desenvolvimentos e discussões. (ESPÓSITO, Carlos. Jus cogens and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: “a conflict does exist”. *The Italian Yearbook of IL Online*, v. 21(1), p. 161-174, 2011. p. 168)

fundamentais individuais, ou ao menos que houvesse uma interpretação neste sentido no que se refere ao artigo 12.

Ainda assim, e mesmo não estando a Convenção ainda em vigor, é possível defender-se a sua importância exatamente por trazer a possibilidade de os Estados, em certas circunstâncias, não utilizarem da imunidade de jurisdição para esquivar-se de uma potencial condenação em território estrangeiro, muito embora não haja uma leitura clara de que seria esse o caso de violações de regras de direitos humanos com características cogentes. Em razão da dita falta de clareza dos termos convencionais, entende-se que esta solução se revela possível através de um método interpretativo, sugerindo-se, neste trabalho, o método do diálogo das fontes.

A teoria de Jayme é uma via possível para promover uma atualização da doutrina das imunidades tanto através da interpretação *pro homine* dos dispositivos da Convenção da ONU de 2004, quanto orientando a tomada de decisão pelos magistrados ou, ainda, reforçando os argumentos de parcela da doutrina favorável ao afastamento do privilégio estatal em casos de violações a direitos de natureza cogente. No tópico a seguir, será demonstrado como os argumentos da doutrina humanista – especialmente de Cançado Trindade – se coadunam com o método do diálogo das fontes, revelando-se este uma solução à retomada dos direitos humanos na pós-modernidade.

3.2 O VOTO DISSIDENTE DE CANÇADO TRINDADE E A DOUTRINA HUMANISTA

Pretende-se, neste tópico, apresentar os principais argumentos dos doutrinadores que defendem a exclusão da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de valores fundamentais dos indivíduos. Para tanto, será, primeiramente, estudada a Opinião Dissidente proferida pelo Juiz brasileiro da CIJ, Antônio Augusto Cançado Trindade, oportunidade em que o jurista apresentou os fundamentos centrais em prol da evolução na teoria das imunidades nos termos defendidos nesta dissertação. Em seguida, serão expostas os argumentos de outros doutrinadores, demonstrando-se, ao mesmo tempo, de que forma tais ideias harmonizam-se com o objetivo proposto pelo diálogo das fontes.

3.2.1 A perspectiva *pro homine* de Cançado Trindade no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado

Este primeiro ponto, como mencionado, é dedicado ao estudo da Opinião Dissidente proferida pelo juiz brasileiro atualmente em exercício na Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade, no já comentado Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado (*Alemanha v. Itália; Grécia intervindo*). Reservou-se espaço exclusivamente para exposição do entendimento de Trindade no referido caso em razão da riqueza argumentativa dos ensinamentos deste que é um dos maiores propagadores da humanização do direito internacional³⁹⁹. Os argumentos expostos a seguir, portanto, foram integralmente retirados da Opinião Dissidente do referido jurista no caso em questão.

O entendimento prevalecente na CIJ foi de que, ao negar imunidade à Alemanha por atos cometidos no período do Terceiro Reich, a Itália violou a regra costumeira de direito internacional que garante imunidade jurisdicional absoluta a *acta jure imperii* cometidos por Estados estrangeiros. Além disso, a Corte afastou do caso a discussão sobre a potencial prevalência da proteção dos direitos humanos com caráter cogente (debate de fundo) sobre a regra da imunidade de jurisdição estatal (debate de procedimento), afirmando que não haveria conflito entre ambas exatamente por se tratarem de normas de naturezas distintas, cujo momento de análise seria igualmente diferente (isto é, este seria anterior àquele).

A decisão teve três votos dissidentes, dos juízes Yusuf, Gaja e Cançado Trindade. Os dois primeiros já foram estudados quando da elaboração de análise crítica à decisão, no Segundo Capítulo desta dissertação. Assim, parte-se diretamente para o estudo do mencionado voto de Cançado Trindade⁴⁰⁰.

³⁹⁹ As 61 páginas da sentença da CIJ no Caso *Alemanha v. Itália; Grécia intervindo* contrastam com as 112 páginas do voto dissidente de Cançado Trindade no mesmo caso. A extensão da manifestação de Trindade permitirá, neste estudo, apenas a abordagem dos pontos reputados mais relevantes, especialmente os relacionados à discussão envolvendo a primazia dos direitos humanos e das normas *jus cogens* sobre regras de natureza procedimental.

⁴⁰⁰ O voto dissidente do Juiz Yusuf teve como enfoque o desamparo das vítimas, as quais procuraram a solução doméstica como última alternativa de obterem reparações pelos prejuízos que lhes foram causados durante o regime nazista. Assim, concluiu que, em circunstâncias excepcionais, a afirmação de jurisdição onde não há outra via corretiva contribui para uma melhor observância do direito internacional humanitário sem afetar a imunidade injustificadamente. O mesmo argumento foi frisado pelo Juiz Gaja em seu voto

Referido Juiz inicia sua Opinião Dissidente dizendo que a teoria da imunidade de Estado claramente se desenvolveu e evoluiu, não tendo permanecido estática com o passar do tempo. Logo, seu arrazoado exprime que a teoria da imunidade sofreu influência dos desenvolvimentos ocorridos no campo do direito internacional dos direitos humanos, do direito penal internacional contemporâneo e do direito humanitário internacional⁴⁰¹, particularmente na infundável luta para pôr termo às atrocidades cometidas contra os seres humanos, e para a garantia de que elas não mais se repitam, em qualquer lugar do mundo⁴⁰².

Neste cenário, e tendo em vista as circunstâncias fáticas do caso, não seria correto, na visão do Juiz, argumentar-se que na época da Segunda Guerra Mundial o trabalho forçado na indústria de guerra era permitido, que *jus cogens* não existia ou, ainda, que direitos inerentes à pessoa humana não haviam sido até então reconhecidos⁴⁰³. A formulação de tais alegações, juntamente à tentativa de se “esconder” por detrás do escudo da imunidade, além de levar à impunidade e à manifesta injustiça, vai de encontro ao próprio direito internacional. Trata-se de conduta tão inadmissível hoje quanto já era no passado, contrariando a *recta ratio* encontrada nos fundamentos da lei das nações tanto hoje quanto no passado⁴⁰⁴.

dissidente, o qual ressaltou, ainda, que o caso se enquadraria na “exceção de responsabilidade civil” contida no artigo 12 da Convenção da ONU sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades.

⁴⁰¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Caçado Trindade (inglês), §10. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Caçado Trindade (inglês), §17. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴⁰³ “The fact remains that, by the time of the Second World War, forced labour as a form of slave work was already prohibited by international law. Well before the Second World War, and indeed before the First World War, its wrongfulness was widely acknowledged. The fact that wrongful practices nevertheless persisted, in times of peace and or armed conflict — as they still persist today — does not mean that there was a legal void in that respect. The prohibitions of international law do not cease to exist because violations occur. Quite on the contrary, such violations entail legal consequences for those responsible for them.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Caçado Trindade (inglês), §117. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

⁴⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Caçado Trindade (inglês), §16. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

O humanismo estava sendo cultivado no domínio do pensamento jurídico internacional ao mesmo tempo em que o nazismo emergia na Alemanha, segundo Cançado Trindade⁴⁰⁵. Relevantes desenvolvimentos doutrinários, centrados nos valores fundamentais humanos, ocorridos posteriormente demonstram que alguns dos mais distintos juristas de uma geração que testemunhou os horrores de duas Guerras Mundiais no século XX não perseguiram, de forma alguma, uma abordagem Estado-centrada ao direito internacional.

Pelo contrário, avançaram em sentido completamente distinto, centrados na pessoa humana. Estes juristas foram fiéis às origens históricas do *droit des gens*, que tem como essência garantir respeito aos direitos da pessoa humana. Assim, mesmo uma área tão fortemente marcada pela abordagem Estado-centrada como a das imunidades de Estado tem de ser reavaliada hodiernamente à luz dos valores fundamentais humanos.

O jurista prossegue afirmando que as imunidades de Estado são uma prerrogativa ou um privilégio, não podendo ser depreendidas em abstração à evolução do direito internacional que acontece atualmente, ao menos no tocante à proteção dos direitos fundamentais⁴⁰⁶. O enfoque no ser humano e em sua priorização é o ponto central de sua argumentação, em torno do qual todos os demais pontos apresentados são desenvolvidos.

A preocupação deve sempre recair, portanto, sobre as vítimas das graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional, tais como crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Tais atos, segundo Cançado Trindade, são uma demonstração coletiva de criminalidade, já que cometidos pelos Estado de forma planejada e organizada, contando, inclusive, com recursos financeiros do país⁴⁰⁷.

Neste quadro, a importância da garantia do direito de acesso à justiça às vítimas seria inafastável, devendo sobrepor-se ao privilégio da imunidade quando contra este

⁴⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §34. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §40. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §59. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

tensionada, especialmente em casos de crimes internacionais. Existiria, nesta solução, um relevante efeito de evitar-se a repetição de violações no futuro, o que não pode ser atingido se o Estado sempre se proteger no escudo da imunidade⁴⁰⁸.

O juiz afirma que, em seu entendimento, o que prejudica e desestabiliza a ordem jurídica internacional são os crimes internacionais – e não as ações individuais por reparação. O problema não é a busca das vítimas por justiça, mas o encobrimento de atos estatais criminosos acompanhados da impunidade de seus perpetradores. Assim, se um país adota uma política que envolve o assassinato em massa de segmentos da sua própria população, além da população de outros países, não pode, mais tarde, abrigar-se na imunidade de Estado, a qual jamais foi concebida com este propósito⁴⁰⁹.

Por esses motivos, graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional, resultando em crimes internacionais, não podem ser considerados *acta jure imperii*. São, na verdade, atos antijurídicos – violações de *jus cogens* que não podem ser simplesmente removidas ou relegadas ao esquecimento pela confiança na imunidade de Estado, sob pena de bloquear-se o acesso à justiça e premiar-se a impunidade. Deveria ocorrer o oposto, isto é, violações de *jus cogens* deveriam provocar a remoção dos pleitos de imunidade de Estado, a fim de que a justiça pudesse ser feita⁴¹⁰.

A inserção do olhar centrado no Estado, excluindo os seres humanos, no pensamento jurídico internacional produziu consequências catastróficas, no entendimento de Trindade. Desde os tempos de Bodin e Vattel até a contemporaneidade, milhões de seres humanos foram sacrificados em nome da soberania estatal. Os maus usos da linguagem – no caso, do termo “soberania” – refletiu-se no cenário internacional e no pensamento jurídico internacional, de forma desprovida de quaisquer considerações éticas. Logo, chegou-se à conclusão de que era necessário o estabelecimento de limites

⁴⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §69. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §69. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §129. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

de atuação na esfera das relações internacionais. A linguagem jurídica internacional fixou-se, então, na construção do princípio da igualdade entre as nações – porém, novamente, dentro do escopo da soberania (interna e externa), de acordo com uma fundamentação e perspectiva essencialmente focadas no Estado⁴¹¹.

Segundo o Juiz brasileiro, o termo “imunidade” sempre significou algo totalmente extraordinário, uma exceção à jurisdição ou execução, jamais criado para se tornar um “princípio” ou uma norma de aplicação geral. Tampouco foi pensado, portanto, para encobrir crimes internacionais, ou para excluir das vítimas de violações de direitos humanos a possibilidade de obter reparações. Argumentar o oposto seria verdadeira distorção do termo “imunidade”⁴¹².

Durante este desenvolvimento, os responsáveis por promovê-lo não tinham em mente crimes internacionais; preocupavam-se, de forma diversa, com as transações comerciais, a fim de excluir a incidência da imunidade quando o estado agisse enquanto entidade privada. Os esforços legislativos feitos neste sentido, incluindo a elaboração de Projetos de Convenções sobre imunidades de Estado, serviram, ao menos, para por termo à noção de imunidade absoluta. O interesse principal e a maior motivação da transição da doutrina absoluta para a doutrina restritiva foi, portanto, foi o comércio, as relações comerciais e as transações, nas quais pretendia-se a exclusão da imunidade⁴¹³.

Foi neste período em que prevalecia o que Cançado Trindade denominou “miopia interestatal”, ou seja, que a prática dos países sobre imunidade de Estado tomou forma e encontrou seu maior desenvolvimento, descartando ações individuais tentada por indivíduos em razão dos que foram considerados “atos de Estado”. Com o passar do tempo, a ideia de soberania estatal absoluta, significando irresponsabilidade e alegada onipotência do Estado, se mostrou sem fundamento. Atualmente, o juiz afirmou ser

⁴¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§163 e 164. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §166. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§168 e 169. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

reconhecido que o Estado é tão responsável por todos os seus atos – *jure gestionis* e *jure imperii* – quanto por suas omissões. Justificado, portanto, o pleno acesso à justiça aos indivíduos vítimas de graves violações de direitos humanos, para que possam reivindicar seus direitos, até mesmo contra seu próprio país⁴¹⁴.

O Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado apresenta uma questão inteiramente diferente daquelas que promoveram as doutrinas tradicionais do passado, segundo o Juiz. A diferença está no fato de que a invocação da imunidade, neste caso, é feita diante da perpetração de crimes internacionais (graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional), estando em discussão o direito de acesso à justiça da vítima para que obtenha reparações de acordo com o direito internacional. Então, o magistrado questiona: “qual é a relevância da distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* para a consideração do presente caso perante a Corte? Nenhuma.”⁴¹⁵

No entendimento de Trindade, crimes de guerra e crimes contra a humanidade não poderiam ser considerados atos de gestão ou atos de império: são crimes – *delicta imperii*. A distinção entre atos soberanos ou oficiais de um Estado e atos de natureza privada seria uma reminiscência das doutrinas tradicionais que são completamente inadequadas à análise do caso levado mais uma vez perante a CIJ. Tais doutrinas, em sua “miopia” Estado-centrista, esqueceram as lições dos fundadores das leis das nações, as quais apontam para o reconhecimento de que os indivíduos são os sujeitos do *droit des gens*⁴¹⁶ – ponto este que, de certa forma, une o pensamento de Erik Jayme ao do Juiz brasileiro, como será visto no tópico a seguir.

Assim, segundo o Juiz, nunca se permitiu a um país que invocasse sua soberania para escravizar ou exterminar seres humanos, e depois evitar as consequências de tal ato protegendo-se por detrás do escudo da imunidade. A imunidade jamais foi concebida para

⁴¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §176. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §177. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §178. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

abarcar graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional, que são crimes internacionais. A insistência em uma abordagem estritamente centrada no Estado em casos de responsabilidade leva, inevitavelmente, à injustiça⁴¹⁷.

O voto dissidente em comento também aponta para os recentes desenvolvimentos do direito internacional, especialmente em matéria de direitos humanos, que recolocaram o indivíduo em seu papel central de sujeito, para quem e por quem o direito é feito. São as palavras de Cançado Trindade acerca disso:

Indivíduos são de fato sujeitos do direito internacional (não apenas “atores”), e sempre que a doutrina jurídica se afastou disso, as conseqüências e resultados foram catastróficos. Indivíduos são titulares de direitos e portadores de deveres que emanam diretamente do direito internacional (o *jus gentium*). Os desenvolvimentos convergentes, nas últimas décadas, do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito internacional dos refugiados, seguidos pelos do direito penal internacional, dão um testemunho inequívoco disso.

A doutrina das imunidades soberanas, que floresceu com a miopia de uma abordagem centrada no Estado – que só poderia contemplar as relações interestatais – indevidamente subestimou e irresponsavelmente negligenciou a posição da pessoa humana no direito internacional, na lei das nações (*droit des gens*)⁴¹⁸.

No que se refere ao direito de acesso à justiça propriamente dito, Cançado Trindade lembra que tal direito, *lato sensu*, abarca não apenas o acesso formal à justiça (o direito de ingressar com ação judicial), mas também a garantia do devido processo legal até o julgamento, o qual deve ser fielmente executado, provendo-se a devida reparação (a justiça em si)⁴¹⁹. Afirma, ainda, que uma construção jurisprudencial que

⁴¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §179. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴¹⁸ “*Individuals are indeed subjects of international law (not merely “actors”), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are titulares of rights and bearers of duties which emanate directly from international law (the jus gentium). Converging developments, in recent decades, of the international law of human rights, of international humanitarian law, and of the international law of refugees, followed by those of international criminal law, give unequivocal testimony of this. The doctrine of sovereign immunities, which blossomed with the myopia of a State-centric approach — which could only behold interstate relations — unduly underestimated and irresponsibly neglected the position of the human person in international law, in the law of nations (droit des gens).*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§180 e 181. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018 – tradução livre)

⁴¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §221. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

traga o direito de acesso à justiça para dentro do domínio do *jus cogens* seria de grande relevância para garantir a continuação da evolução do direito internacional contemporâneo sobre fundamentos humanistas⁴²⁰. Prossegue, neste sentido, formulando crítica à Convenção de 2004 sobre Imunidades Jurisdicionais de Estados e suas Propriedades pelo fato de ter “ignorado olímpicamente” a incidência do *jus cogens*⁴²¹.

Afirma que, além disso, houve outras manifestações de direito internacional contemporâneo (ou “pós-moderno”, na linha de Erik Jayme) que não foram levadas em consideração, porém deveriam ter sido. E confirma que a Convenção da ONU de 2004 foi duramente criticada por não abordar o problema das imunidades jurisdicionais de Estado em casos de graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional⁴²².

Para o Juiz, apesar de os responsáveis pela elaboração do texto da norma terem ampla ciência do problema, optou-se pelo caminho mais fácil de concluir a Convenção e aprova-la sem que fosse abordado, continuando a provocar incertezas com as do caso levado perante a CIJ. A omissão, segundo Trindade, serviu para que a Corte Europeia de Direitos Humanos proferisse, por maioria, a criticada decisão no Caso *Al-Adsani*, o que, após mais de uma década, a CIJ também fez em relação ao Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado. E, por força disso, exclama: “não posso aceitar que o direito

⁴²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §224. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴²¹ “(...) *In its travaux préparatoires it had the occasion to take it in due account, but it preferred simply not to do so: its draftsmen dropped the matter in 1999, when the Working Group of the ILC was evasive about it, and the Working Group of the Sixth Committee of the UN General Assembly argued that the matter “was not yet ripe” for codification (as recalled with approval by the Court in the present Judgment, para. 89). This is simply not true, as, by that time, the IACtHR and the ad hoc International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) were already engaged in their jurisprudential construction on the expanding material content of jus cogens (being the two contemporary international tribunals which have most contributed to that development to date).*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§224 e 225. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

⁴²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §250. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

internacional contemporâneo possa, assim, ser ‘congelado’, daí o cuidado que estou tomando para elaborar e apresentar esta opinião dissidente”⁴²³.

Uma crescente tendência de opiniões sustentando o afastamento da imunidade em casos de crimes internacionais, os quais violam as regras cogentes, é apontada por Cançado Trindade. Para o jurista, admitir a exclusão da imunidade de Estado no domínio das relações comerciais ou em casos de danos pessoais locais (como acidentes de trânsito) e, ao mesmo tempo, insistir em blindar os países com a imunidade em casos de crimes internacionais – marcados por graves violações de direitos humanos e direito humanitário internacional – beira ao absurdo jurídico⁴²⁴.

O direito internacional público está em constante desenvolvimento no tocante a reclamações individuais referentes a guerras, buscando-se reestruturar a abordagem clássica que vinha sido dada ao tema a uma nova linha de adjudicação das ações por cortes regulares de direito⁴²⁵. Assim prossegue o voto:

Todos esses desenvolvimentos recentes vão além da estrita e tradicional dimensão interestatal, ao estabelecer o direito dos indivíduos à reparação como vítimas de graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional. Pareceria estranho, se não surreal, se o domínio da imunidade do Estado permanecesse indiferente a desenvolvimentos tão significativos nos últimos anos. Os titulares do direito de reparação para aquelas graves violações são as vítimas individuais que os sofreram. Como sustentei na minha opinião dissidente (par. 178) na ordem deste Tribunal de 6 de julho de 2010 (que negou o pedido de reconvenção italiano), no presente caso relativo às Imunidades Jurisdicionais do Estado, os Estados não podem, de forma alguma, renunciar a direitos que não pertencem para eles. Não se pode, de modo algum, retroceder nas evoluções significativas em áreas do direito internacional, como as do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário internacional, de modo a privar a pessoa humana do seu direito de reparação. Isso levaria a manifestar injustiça⁴²⁶.

⁴²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §226. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §239. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴²⁵ “*After all, the ultimate victims of violations of international humanitarian law are individuals, not States.*” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §245. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴²⁶ “*All these recent developments go beyond the strict and traditional inter-State dimension, in establishing the individuals’ right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law. It would appear odd, if not surreal, if the domain of State immunity were to remain oblivious of such significant developments in recent years. The titulaires of the right to reparation for those*

Logo, o fornecimento reparações a vítimas de graves violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional não pode ser evitado pelo Estado, pois é este seu dever de acordo com o direito internacional costumeiro e com os princípios gerais de direito⁴²⁷. Tais fontes parecem ter sido relegadas a segundo plano na decisão principal da Corte, em especial o princípio *pro homine*, o qual o próprio Juiz brasileiro repetidamente⁴²⁸ sustenta ser o epicentro do sistema internacional contemporâneo/pós-moderno.

Aliás, o direito internacional representa uma reação a atos de extrema violência que vitimam seres humanos, garantindo a primazia da justiça e da obtenção de reparação pelos danos sofridos. Neste sentido, o Juiz refuta veementemente, em seu voto, a desconstrução do *jus cogens*. Reconhece que o princípio da igualdade soberana é um princípio fundamental aplicável às relações existentes entre os Estados – e, caso houvesse sido devidamente observado, teria, inclusive, evitado as atrocidades e crimes internacionais ocorridos entre os anos de 1943 e 1945. No caso levado perante a CIJ, porém, não seria o princípio da igualdade entre os Estados, mas sim o princípio da humanidade e da dignidade humana que deveriam ser centrais, de modo que a imunidade não poderia ter sido colocada em posição superior à responsabilização estatal por crimes

grave violations are the individual victims who suffered them. As I sustained in my dissenting opinion (para. 178) in this Court's Order of 6 July 2010 (dismissing the Italian counter-claim) in the present case concerning the Jurisdictional Immunities of the State, States cannot at all waive rights that do not belong to them. One cannot at all turn one's back to significant developments in areas of international law, such as those of the international law of human rights and international humanitarian law, so as to deprive the human person of its right to redress. This would lead to manifest injustice." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §245. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018)

⁴²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §257. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴²⁸ "(...) I dare to express my own confidence that, being faithful to the humanist and universalist vision of the founding fathers of our discipline, the new generations of its scholars will succeed to keep on constructing, in the years to come, to the benefit of our descendants, the new *jus gentium* of this new century, the *International Law for humankind*." (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 645) No mesmo sentido, em escrito mais antigo do mesmo autor: "Nestes primeiros anos do novo século, é alentador ao menos constatar que já se reconhece amplamente que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano". (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1., 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 558)

internacionais e pelo inseparável – e consequente – dever de fornecer reparos às vítimas⁴²⁹.

Quanto às legislações nacionais existente sobre o tema nos países que as adotaram, o juiz entende não serem suficientes para sustentar o afastamento da imunidade em casos de violações de direitos humanos e de direito humanitário internacional. Em suas próprias palavras, “tais exercícios positivistas estão levando à fossilização do direito internacional ao invés de seu desenvolvimento progressivo, como era de se esperar”⁴³⁰. Tal metodologia inadequada vem acompanhada por conceitos não-persuasivos, tão comuns à ciência jurídica, como a contraposição entre regras “primárias” e “secundárias”, ou “procedimentais” e “substanciais”⁴³¹.

Diferenciações desta natureza podem causar injustiças, como se verificou na sentença da Corte no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado. Neste caso, como já havia feito no Caso Yerodia, a Corte recorreu à contraposição entre direito procedimental e substancial, o que, na opinião de Cançado Trindade, não seria ontológica ou deontologicamente viável, já que *le forme conforme le fond*. O procedimento não é um fim em si mesmo, devendo-se, na verdade, buscar a realização da justiça, particularmente quando direitos fundamentais como os direitos de natureza cogente estão sendo violados, o que se concretizaria apenas com a aplicação da norma substancial⁴³².

⁴²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §291. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §294. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §294. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §295. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018. “*In the present Judgment, the Court’s majority starts from the wrong assumption that no conflict exists, or can exist, between the substantive ‘rules of jus cogens’ (imposing the prohibitions of ‘the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour’) and the procedural ‘rules of State immunity’. This tautological assumption leads the Court to its upholding of State immunity even in the grave circumstances of the present case. There is thus a material conflict, even though a formalist one may not be discernible. The fact remains that a conflict does exist, and the Court’s reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of jus cogens, depriving this latter of its effects and legal consequences. This is not the first time that this happens; it has happened before, e.g., in the last decade, in the Court’s Judgments in the cases of the Arrest*”

No final de seu voto dissidente, o jurista afirma que já é tempo de dar ao *jus cogens* a atenção que requer e merece, pois sua desconstrução, como ocorreu na caso perante a CIJ, se dá em detrimento não apenas do direito das vítimas individuais de violação de direitos humanos e de direito humanitário internacional, mas também do próprio direito internacional contemporâneo. Ou seja, em seu entendimento, não poderia haver prerrogativa ou privilégio de imunidade de Estado em casos de cometimento de crimes internacionais, pois se tratam de proibições com caráter *jus cogens* exatamente pela natureza dos direitos que eles violam e para as quais não pode haver imunidade⁴³³.

Cançado Trindade encerra sua Opinião Dissidente afirmando que as imunidades de Estado devem ser abordadas de acordo com a visão abrangente do direito internacional contemporâneo como um todo, levando-se em conta seu papel na comunidade internacional. Neste cenário, segundo o magistrado, não haveria espaço para uma perspectiva atomizada ou autossuficiente (contemplando as imunidades do Estado num vazio). Não se admite uma visão congelada do direito internacional pela confiança continuada e prolongada em omissões do passado, seja em nível normativo – como na Convenção da ONU de 2004 -, seja em nível judicial⁴³⁴. E encerra sua memorável dissidência da seguinte forma:

A Corte não pode, por suas decisões, permanecer indiferente ao enorme sofrimento das vítimas de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, ou ignorá-las; não pode permanecer excessivamente atento às aparentes sensibilidades dos Estados, a ponto de conjecturar a negação da justiça, atribuindo indevidamente às imunidades do Estado um valor absoluto. Muito pelo contrário, as vítimas individuais de atrocidades do Estado não podem ficar sem qualquer forma de reparação. A imunidade do Estado não deve funcionar como uma barreira à jurisdição em circunstâncias como as que prevalecem no presente caso relativas às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Não é para ficar no caminho da *realização da justiça*. A busca da justiça deve ser preservada como objetivo final; assegurar a justiça às vítimas inclui, *inter alia*, permitir-lhes procurar e

Warrant (2002) and of the Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) (2006), recalled by the Court with approval in the present Judgment". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§296 e 297. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018).

⁴³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §297. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §§298. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

obter reparação pelos crimes que sofreram. *Jus cogens* está acima da prerrogativa ou privilégio da imunidade do Estado, com todas as consequências que daí advêm, evitando assim a negação da justiça e a impunidade⁴³⁵.

Na visão do juiz, portanto, a solução a ser aplicada quanto ao tema é aquela que prime, acima de tudo, pela realização da *justiça* – que, neste caso, condiz com a garantia de reparação às vítimas. Todavia, para que a proteção das pessoas transcenda os interesses estatais, é necessário não apenas o reconhecimento do caráter *jus cogens* dos direitos individuais violados, mas também a incidência de um método que efetive esta força cogente, concretizando, assim, retorno o foco aos direitos humanos, preconizados pela pós-modernidade. Ambas circunstâncias serão detalhadas no ponto a seguir.

3.2.2 O resgate pós-moderno dos valores dos indivíduos como propulsor da evolução da teoria das imunidades

Em trecho específico do voto acima analisado, Cançado Trindade menciona que, já que a doutrina jurídica – consistente nos ensinamentos dos mais altamente qualificados autores de variadas nações – é listada entre as fontes “formais” do direito internacional, juntamente às “decisões judiciais”, no artigo 38(1)(d) do Estatuto da CIJ, a análise do tema em questão não deve se resumir apenas a um apanhado jurisprudencial, devendo, também, levar em conta a doutrina contemporânea mais lúcida, aqui considerada aquela que se baseia na primazia dos valores humanos subjacentes⁴³⁶.

⁴³⁵ “The Court cannot, by its decisions, remain indifferent to, or oblivious of, the enormous suffering of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law; it cannot remain over-attentive to the apparent sensitivities of States, to the point of conniving at denial of justice, by unduly ascribing to State immunities an absolute value. Quite on the contrary, the individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the Jurisdictional Immunities of the State. It is not to stand in the way of the realization of justice. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, inter alia, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered. *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §299. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018 – tradução livre)

⁴³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §32. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 28 nov. 2018.

É cada vez mais expressiva a corrente doutrinária que defende a necessidade de um novo desenvolvimento na teoria da imunidade de Estado, a fim de que tal privilégio seja excluído em casos de violação de direitos humanos com caráter cogente. Este posicionamento em expansão ganha ainda mais força quando somado à proposta da pós-modernidade de resgate do foco na pessoa, possibilitado, em âmbito jurídico, pelo humanismo do diálogo das fontes e pela leitura do direito internacional à luz dos valores fundamentais do indivíduo.

O principal e mais frequente argumento utilizado pela doutrina internacionalista favorável ao afastamento da imunidade em casos de violações de direitos humanos ou de direito humanitário internacional diz respeito à imperatividade da natureza *jus cogens* das normas violadas. De fato, é inegável a dramática mudança ocorrida na estrutura e no funcionamento do direito internacional após a inclusão do *jus cogens* em tal área jurídica. Propondo uma hierarquização normativa por meio de seu conteúdo e valor subjacentes, o *jus cogens* atingiu o coração do sistema, quebrando o tradicional princípio de flexibilização mútua entre as fontes, que permite com que tratados e costumes derroquem-se⁴³⁷.

O *jus cogens* tem suas origens no direito romano, expressado nas normas que garantiam a primazia do interesse coletivo (direito público) sobre o individual (direito privado). Segundo Elisa Carneiro, no direito internacional, a expressão *jus cogens* foi introduzida no início do século XIX por obras de autores que estudaram a escola alemã Pandectista, contexto em que as leis internacionais foram divididas em imperativas (*jus cogens*) e permissivas (*jus permissivum* ou *jus dispositivum*), as primeiras dizendo respeito ao direito público, de cumprimento obrigatório, e as últimas ao direito privado, marcadas pela liberdade de pactuação entre as partes⁴³⁸. A norma passou por um longo processo de desenvolvimento histórico até ser positivada na Convenção de Viena sobre direito dos Tratados de 1969⁴³⁹.

⁴³⁷ BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008, p. 494-495.

⁴³⁸ CARNEIRO, Elisa Resende Bueno da F. Ximenes. *Direitos Humanos, Violações a Normas de Jus Cogens e Imunidade do Estado: Estudo do caso da Alemanha versus Itália (CIJ)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233 e 234.

⁴³⁹ Elisa Carneiro afirma que, em seu processo de evolução, o *jus cogens* sofreu influência do direito natural, garantindo que nenhum pacto entre estado ou manifestação unilateral de vontade poderia eximi-los dos efeitos das leis de observância imperativa a todos os países. No século XIX, no contexto do *jus cogens*, eram considerados nulos todos os tratados que tinham objetos contrários à “ética do mundo”, como, por

O objetivo da criação da norma *jus cogens* foi, portanto, determinar que certos postulados não podem sofrer derrogação por meio de acordos celebrados por Estados em âmbito internacional⁴⁴⁰. São consideradas, portanto, normas peremptórias, terminantes, que não aceitam pactuação que afaste sua incidência, e que, como tais, impõem aos Estados limites materiais aos países em prol da proteção de valores considerados fundamentais pela coletividade⁴⁴¹.

As normas peremptórias *jus cogens* são, em direito internacional, produto da vontade das classes dominantes dos estados ou de toda a humanidade, sendo este o motivo pelo qual nenhuma derrogação seja permitida. A maioria das normas em direito internacional não dispõe de caráter *jus cogens*; pelo contrário, são, em regra, *jus dispositivum*, significando que não são fundamentais e que possuem natureza flexível⁴⁴². Assim, as regras de caráter peremptório foram cridas como exceção no direito internacional, para que sua observância pelos países seja obrigatória e inafastável, não sendo admitidas exceções.

A Convenção de Viena trouxe uma definição de *jus cogens* como norma imperativa de direito internacional, nos seguintes termos:

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.

exemplo, tratados que defendiam a escravidão. Apesar de não trazerem a expressão propriamente dita, nos escritos de muitos autores da primeira metade do século XX encontra-se discussão acerca da possibilidade de inclusão, no ordenamento jurídico positivo internacional, de uma norma fundamental de caráter inderrogável, capazes de tronar nulos acordos e tratados que a contrariasse. No início dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional em seu projeto de artigos sobre direito dos tratados, a existência de regras de caráter *jus cogens* já era considerada pelo costume da comunidade internacional. (CARNEIRO, Elisa Resende Bueno da F. Ximenes. *Direitos Humanos, Violações a Normas de Jus Cogens e Imunidade do Estado: Estudo do caso da Alemanha versus Itália (CIJ)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 232-239)

⁴⁴⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado*. 2005. 272 f. Tese de doutoramento (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 79.

⁴⁴¹ KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and The Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 153.

⁴⁴² CARNEIRO, Elisa Resende Bueno da F. Ximenes. *Direitos Humanos, Violações a Normas de Jus Cogens e Imunidade do Estado: Estudo do caso da Alemanha versus Itália (CIJ)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 228-229.

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-se⁴⁴³.

Tendo em vista o tema da convenção em que o *jus cogens* foi positivado, sua definição é apenas depreendida em um contexto de conflito com disposições de tratados. Da leitura dos artigos acima, apenas se pode perceber a força imperativa da norma *jus cogens*, a qual tornará nula qualquer regra contida em tratado que a contrarie, independentemente de ser anterior ou posterior à elaboração do instrumento. Nada é dito, porém, sobre exemplos de *jus cogens*, restando tal tarefa a outras fontes, especialmente doutrinárias.

Assim, como destaca Carlos Espósito, se, por um lado, existe um aparente consenso acerca da necessidade do *jus cogens*, os limites e domínios das normas peremptórias continuam sendo indeterminados⁴⁴⁴, especialmente nos casos em que tal norma é colocada em oposição a outros direitos e interesses, como é o caso do confronto entre direitos humanos e imunidade de Estado⁴⁴⁵. Apesar das discussões acerca do conteúdo exato da norma, não há dúvidas que os direitos humanos de caráter inafastável fazem e sempre fizeram parte do *jus cogens*⁴⁴⁶. Tal inserção promoveu a carga valorativa necessária em uma disciplina tão intimamente ligada aos conceitos de Estado, nação e

⁴⁴³ PLANALTO. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Último acesso: 28 nov. 2018.

⁴⁴⁴ “Even before the Vienna Conference on the Law of Treaties of 1968-1969, in the debates of 1963 and 1966 of the VIth Committee of the U.N. General Assembly, it became clear that the majority of the jusinternationalists of the developing countries and of the countries of Eastern Europe attributed great importance to the concept of *jus cogens*, the same occurring during the conference, in which there was not much opposition to the concept, although the Delegations mainly of the Western countries cautiously insisted on the need of some criteria for the determination of the rules of International Law which constituted *jus cogens*.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 294)

⁴⁴⁵ ESPÓSITO, Carlos. *Jus cogens and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: “a conflict does exist”*. *The Italian Yearbook of IL Online*, 21(1), 161-174, 2011. p. 162.

⁴⁴⁶ “Certainly, the identification of the content of the normative category of *jus cogens* has never been an easy process. However, human rights rules have been almost invariably designated as part of it. This has occurred either by way of a general reference to the ‘bulk of contemporary human rights prescriptions’ without any further qualification, or, more frequently, by invoking the peremptory character of particular human rights obligations, such as the prohibition of slavery, torture and genocide.” (BIANCHI, Andrea. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008, p. 495) Cançado Trindade relembra comentário da Comissão de Direito Internacional da ONU, em seus *travaux préparatoires* sobre o direito dos tratados, em que se sugeriu incompatível com o *jus cogens* tratados que contemplassem o uso ilícito da força (contrário aos princípios da carta da ONU), ou qualquer outro ato criminal de acordo com o direito internacional (negociação escravocrata, pirataria, genocídio). (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 294)

soberania – ou seja, figuras, em um primeiro momento, tão abstratas à pessoa humana e à sua realidade.

Os valores inalienáveis de proteção aos indivíduos foram erigidos à categoria *jus cogens*, portanto, para impedir que os Estados, responsáveis pela elaboração das normas jurídicas internacionais que regem suas relações, apenas se preocupassem com os seus interesses. Exatamente por se tratar de esfera que busca regulamentar o relacionamento entre nações soberanas, cada qual com ordenamento jurídico próprio e distinto dos demais, a consequência do esquecimento do indivíduo neste contexto pode levar ao cometimento de atrocidades – e, ainda pior, atrocidades respaldadas na normativa internacional. Assim, a proteção de determinados direitos humanos reputados inafastáveis sob qualquer circunstância foi consagrada e propagada através de sua categorização como *jus cogens*, em uma clara tentativa de moralização da ordem internacional.

Segundo Bianchi, o *jus cogens* representou a introdução, pela primeira vez de forma aberta, de preocupações éticas no sistema internacional, ramo cuja atitude clássica era de ocultar tais valores por detrás da tela da objetividade das regras de direito positivo derivadas direta ou indiretamente dos países. O autor afirma que a aspiração moral do Direito foi materializada no direito internacional através do *jus cogens*, com força sem precedentes, através do reconhecimento de que as regras podem ser hierarquicamente organizadas com base em valores subjacentes⁴⁴⁷. Por outro lado, ao impor a aplicabilidade em escala global de valores compartilhados, o *jus cogens* também provocou posicionamentos opostos, especialmente provenientes dos que não são beneficiados pela sua proteção e cujos interesses sucumbem à sua incidência.

Como já mencionado, juristas e defensores dos direitos humanos têm apoiado a superação da regra da imunidade de Estado em casos de violação de direitos humanos com status cogente. Conforme Sévrine Knuchel, várias linhas argumentativas têm sido defendidas neste sentido. A primeira delas é a teoria hierarquia normativa⁴⁴⁸, segundo a

⁴⁴⁷ BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008, p. 495-496.

⁴⁴⁸ “The normative hierarchy approach had its genesis in the United States. The notion that foreign sovereign immunity might be trumped by superior international law norms first emerged as a reaction to the U.S. Supreme Court’s decision in *Argentine Republic v. Ameralda Hess Shipping Corp.* In that case, the plaintiffs sued in tort to reclaim losses arising out of the unprovoked bombing of an oil tanker on the high seas by the government of Argentina, allegedly a violation of international law. The court ruled that FSIA was ‘the sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state’ in U.S. courts. Moreover, the Court held that American courts may hear suits against foreign states only where Congress has explicitly provided

qual, por não ser considerada *jus cogens*, a regra da imunidade de Estado encontra-se em posição inferior na hierarquia das regras internacionais, sendo suprimida pela regra *jus cogens* de proteção aos valores fundamentais do indivíduo⁴⁴⁹.

Esta linha argumentativa, apesar de muito propagada, recebe forte crítica de parcela da doutrina no mesmo sentido apontado pela CIJ no julgamento do Caso das Imunidades Jurisdicionais, ou seja, entendem inexistente a colisão real entre; *jus cogens* e a regra da imunidade em razão da natureza de ambas. Hazel Fox afirma que, por se tratar de regra de jurisdição de corte nacional, a regra da imunidade não contradiz a proibição contida na norma *jus cogens*, apenas desvia qualquer violação a tal norma a um método diferente de resolução⁴⁵⁰. A visão de Fox é compartilhada por Lee M. Caplan⁴⁵¹ e, em parte, por Knuchel⁴⁵². Apesar de concordar com a supremacia de uma norma peremptória que proteja os direitos humanos nos termos da Convenção de Viena, Knuchel acredita que, no atual estágio do direito internacional, em que o desenvolvimento de mecanismo de sanção ao cometimento de crimes internacionais ainda não está generalizado, tal norma não parece ter surgido⁴⁵³.

Todavia, neste trabalho, defende-se que o conflito entre norma substancial *jus cogens* e a norma procedimental de imunidade de Estado existe e que, em tal colisão, o *jus cogens* prevalece. Este é o posicionamento de Carlos Espósito, para quem as normas peremptórias, especialmente aquelas relacionadas à proteção dos direitos humanos, são

*a statutory exception to the FSIA's general rule of immunity. A suit involving an armed attack against a ship on the high seas was not one over which Congress had intended the courts to exercise jurisdiction, the Court found, and thus rejected the plaintiffs' claim. The Court's restrictive interpretation of the FSIA's exceptions to immunity prompted a group of three law students to publish an inventive Comment in 1991 entitled Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. The authors propose that states lose all entitlement to state immunity under international law when they injure individuals in violation of jus cogens norms. Their theory starts from the premise that, following the Nuremberg trials, the structure of international law changed; in particular, the 'rise of jus cogens' placed substantial limitations on state conduct in the name of peaceful international relations. Indeed, '[b]ecause jus cogens norms are hierarchically superior to the positivist or voluntary laws of consent, they absolutely restrict the freedom of the state in the exercise of its sovereign powers'". (CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003. p. 765-766)*

⁴⁴⁹ KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and The Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 159.

⁴⁵⁰ FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 525

⁴⁵¹ ESPÓSITO, Carlos. Jus cogens and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: "a conflict does exist". *The Italian Yearbook of IL Online*, 21(1), 161-174, 2011. p. 771 e 772

⁴⁵² KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and The Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 163.

⁴⁵³ KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and The Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 163.

plenamente capazes de destruir as barreiras procedimentais que impedem o devido amparo contra sérias violações de direito internacional⁴⁵⁴. Conforme alertou Cançado Trindade, o objetivo de um processo judicial deve ser, sempre, a obtenção de justiça.

Neste caso, a aplicação de uma norma procedimental, desprovida de valor (regra da imunidade) resulta no impedimento da incidência de valores (*jus cogens*) a todo o processo, uma vez que este é “sepultado” pelo afastamento da jurisdição⁴⁵⁵. Não se está, portanto, diante de caso em que deve ser feita mera opção de cunho jurisdicional, seguindo-se o regramento previsto em lei de forma generalizada e sem atenção às peculiaridades dos casos – peculiaridades que, de fato, estão presentes nos processos em que se discutem violações de direitos humanos, e que não podem ser ignoradas.

Ainda que haja discussões em torno da teoria da hierarquia normativa, o triunfo do *jus cogens* sobre a regra da imunidade pode ser defendido segundo outras linhas argumentativas referidas por Knuchel. Assim, conforme o “argumento da cumplicidade”, o reconhecimento da prevalência da imunidade sobre ato vedado por regra peremptória internacional representa cumplicidade da corte doméstica à promoção de um ato fortemente condenável pela ordem pública internacional⁴⁵⁶.

Por sua vez, a impossibilidade de uma violação de norma peremptória de direito internacional ser considerada como um ato de estado soberano consiste no chamado “argumento da qualificação”. O “argumento da renúncia implícita” defende que o

⁴⁵⁴ “(...) I consider that the Court [ICJ], by not accepting the claim that *jus cogens* may spread effects beyond merely trumping ordinary rules of customary international law, ignored that there can certainly be a conflict between peremptory norms and rules that obstruct the review of alleged violations of such peremptory norms. A constructive positive interpretation of *jus cogens* does not justify the maintenance of procedural barriers that impede the proper protection against serious violations of international law. Peremptory norms, especially those concerned with the protection of human rights, are well capable of producing these diverse procedural effects.” (ESPÓSITO, Carlos. *Jus cogens and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: “a conflict does exist”*. *The Italian Yearbook of IL Online*, 21(1), 161-174, 2011. p. 172-173)

⁴⁵⁵ Ressalte-se que, em sua Opinião em Separado no Caso *Arrest Warrant*, os Juízes Higgins, Kooijmans e Buergethal criticaram o foco exclusivo dado ao tema imunidade pela Corte Internacional de Justiça, o que criou a impressão de que se trata de um valor *per se*, quando, na realidade, é uma exceção à regra da jurisdição, a qual, não fosse isso, seria aplicada. Segundo os juízes, isso reflete um interesse que, em certas circunstâncias, prevalece sobre outro interesse, é uma exceção à jurisdição que, em regra, seria exercida e que somente pode ser invocada quando a jurisdição existir. Enquanto interesse em si, a imunidade deve ser balanceada com a norma a que faz exceção. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Opinião em Separado dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergethal (inglês), §71. *Case Arrest Warrant*. Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf> Último acesso: 22 out. 2018)

⁴⁵⁶ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and The Promise of Jus Cogens*. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 163 a 172.

cometimento da violação de norma peremptória, por si só, impediria que o Estado invocasse imunidade, como se houvesse, portanto, abdicado tacitamente de tal privilégio⁴⁵⁷.

Há, ainda, o “argumento da jurisdição universal”, esta que, uma vez estabelecida, não teria justificativa para excluir de seu escopo violações de *jus cogens*, ainda que consistam em atos de império. Por fim, existe o “argumento que relaciona *jus cogens* com as dinâmicas do direito internacional”, segundo o qual o reconhecimento da imunidade às violações de normas *jus cogens* impede a proteção destas normas e princípios, os quais são considerados pela comunidade das nações essenciais a ponto de justificar-se a imposição de medidas como resposta a tais graves afrontas⁴⁵⁸.

O último argumento apresentado, além de abranger os demais, é o mais intrinsecamente ligado à promoção de uma perspectiva valorativa de direito internacional, ora defendida como melhor via à evolução da teoria da imunidade de Estado que se propõe na presente dissertação, qual seja, a de que a essencialidade da proteção dos direitos humanos deve superar qualquer discussão técnica. Concorde-se, neste ínterim, com Andrea Bianchi, o qual entende que a solução repousa na interpretação, de forma que, em vez de focar-se na hierarquia superior da norma e em suas aplicações mecânicas, deve-se atentar à implementação efetiva de seus valores subjacentes⁴⁵⁹. O autor espera que “o foco seja mudado de um paradigma mecânico de inderrogabilidade para um nível mais flexível de interpretação para garantir que o *jus cogens* possa ser implementado em nível contextual com um maior grau de efetividade e coerência”⁴⁶⁰.

Como visto, desde os primórdios da ciência jurídica, é reconhecida a necessidade de existirem normas inderrogáveis em razão de sua relevância à proteção dos interesses da coletividade. Aí se encontra o “embrião” do *jus cogens*, o qual, acompanhando a evolução da civilização, teve seus contornos gradualmente delineados, assumindo, hodiernamente, a forma de norma que busca, em essência, a proteção dos seres humanos.

⁴⁵⁷ KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and The Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 163 a 172.

⁴⁵⁸ KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and The Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Law human Rights*, v. 9, pp. 149-183, 2011, p. 163 a 172.

⁴⁵⁹ BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of Jus Cogens. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008, p. 504.

⁴⁶⁰ BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of Jus Cogens. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008, p. 505.

A discussão do *jus cogens* é, por conseguinte, a discussão da supremacia da proteção dos valores fundamentais de proteção do indivíduo, ideia que esteve por muito tempo esquecida na ciência jurídica, de uma forma geral, e no direito internacional, especialmente. A proteção do Estado foi por muito tempo o foco do direito internacional, o que explica, mas não justifica, a existência atual de um ordenamento internacional amplamente voltado à proteção dos interesses das nações.

A imperatividade que certas regras de direitos humanos possuem, através de sua força *jus cogens*, tem como finalidade reequilibrar a balança de interesses. Assim, nas palavras de Cançado Trindade:

O surgimento e a afirmação de *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo atendem à necessidade de um mínimo de verticalização no ordenamento jurídico internacional, erguido sobre pilares em que se fundem o jurídico e o ético. A evolução do conceito de *jus cogens* transcende hoje o âmbito tanto do direito dos tratados como do direito de responsabilidade internacional dos Estados, de modo a alcançar o Direito Internacional geral e os próprios fundamentos do ordenamento jurídico internacional⁴⁶¹.

Os efeitos do *jus cogens* mencionados pelo juiz brasileiro da CIJ, todavia, não atingiram a doutrina das imunidades, a qual ainda é mais voltada à proteção dos países do que à proteção das pessoas. Este tema exemplifica o importante papel que ainda deve ser desempenhado pelo *jus cogens* no direito internacional contemporâneo. A não aceitação do afastamento da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de direitos humanos com caráter cogente revela a completa desconsideração das características basilares do direito internacional.

O princípio da proteção dos valores fundamentais dos seres humanos não está elencado lado a lado às demais regras do direito internacional; pelo contrário, foi erigido, pela própria ordem jurídica internacional, a uma categoria superior, exatamente para que impere caso se pretenda equipará-lo a qualquer outra categoria normativa. Significa dizer, portanto, que a manutenção da imunidade de Estado em casos de afronta a direitos humanos representa flagrante violação de direito internacional, consubstanciada na regra *jus cogens*. Tal norma, que garante o amparo ao direito dos mais fracos (as pessoas),

⁴⁶¹ “The emergence and assertion of *jus cogens* in contemporary International Law fulfill the necessity of a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged. The evolution of the concept of *jus cogens* transcends nowadays the ambit of both the law of treaties and the law of the international responsibility of the States, so as to reach general International Law and the very foundations of the international legal order.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 292 – tradução livre)

apesar de existir há muito tempo, foi suprimida em prol do interesse das partes mais fortes (os países).

Diante de tal cenário, a proposta de retomada do olhar no indivíduo na pós-modernidade é uma oportunidade de promover a necessária renovação na doutrina das imunidades. Como visto, a proteção dos direitos humanos é o *Leitmotiv* da ciência jurídica pós-moderna, em prol do qual as diversas áreas do direito devem dialogar. Neste sentido, Erik Jayme aponta a necessidade da aproximação entre o direito internacional público, voltado unicamente ao Estado, e do direito internacional privado, voltado à relação entre as partes privadas, afirmando que esta divisão foi estremecida pelo advento dos direitos humanos⁴⁶².

Para Jayme, “o direito internacional privado pós-moderno é, assim, caracterizado por um retorno a um certo monismo do direito internacional, ao menos do ponto de vista da teoria do direito, na medida em que a pessoa humana continua a ser o centro do direito”⁴⁶³. Ou seja, na pós-modernidade, ocorre a fusão das barreiras teóricas entre as disciplinas jurídicas, possibilitando a ampla difusão da primazia dos valores fundamentais do indivíduo.

Como já referido no primeiro capítulo deste estudo, a teoria de Erik Jayme e a sua proposta de *revival* dos direitos humanos, ainda que originada em temas de direito internacional privado, pode ser aplicada a qualquer área do direito que necessite de realinhamento aos valores da pós-modernidade. Citando lição de Jayme, Claudia Lima Marques afirma que o momento em que vivemos é de prevalência das normas materiais em casos internacionais, reduzindo a importância do processo civil internacional (*Selbstbestimmung*) em direito material, tentando-se, com isso, respeitar os direitos humanos envolvidos no caso⁴⁶⁴. Evita-se, com isso, que eventuais lacunas jurídicas sejam preenchidas através de um novo territorialismo nacional radical⁴⁶⁵.

⁴⁶² JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 37.

⁴⁶³ “Le droit international privé postmoderne est donc caractérisé par un retour à un certain monisme du droit international, au moins du point de vue de la théorie du droit, en ce sens que la personne humaine reste le centre du droit (...)”. (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995), p. 37)

⁴⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24.

⁴⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 20

Todas as características acima apontadas são encontradas na hodierna teoria das imunidades de Estado, justificando a aplicação da teoria de Jayme. A doutrina das imunidades prioriza a proteção do Estado em detrimento do indivíduo e atribui maior relevância a norma de natureza processual (regra da imunidade) do que a norma material (mesmo que tenha natureza peremptória, como é o *jus cogens*). A norma universal criada para reger a matéria das imunidades – a Convenção da ONU de 2004, ainda que não esteja em vigor – não apresenta solução diversa; pelo contrário, pretende sedimentar, através da positivação, a teoria das imunidades na forma obsoleta em que hoje se encontra. Como consequência da falta de regulamentação unificada, a matéria é majoritariamente regida pela legislação e precedentes judiciais domésticos dos países, os quais adotam, em regra, posicionamento que beneficia os interesses estatais.

A vigência de um tratado internacional sobre imunidades de Estado que abarcasse exceção de afastamento do privilégio estatal em casos de violações de direitos humanos certamente representaria um significativo avanço. Todavia, ainda que atinja o número mínimo de ratificações, a Convenção da ONU sobre imunidades não traz disposição neste sentido, ou faz qualquer referência a direitos humanos. À luz da teoria de Erick Jayme, porém, este não seria um impeditivo à atualização da teoria das imunidades de Estado, já que o acervo normativo existente já seria suficiente, bastando, para tanto, que as fontes fossem colocadas em diálogo.

A teoria do diálogo das fontes é uma solução aberta e flexível à reinterpretção do ordenamento jurídico objetivando a valorização dos direitos humanos. Como ensinam Cláudia Lima Marques e Antônio Herman Benjamin, o diálogo das fontes tem relação direta com os direitos fundamentais, colocando em relevo o sistema de valores que estes representam e orientando a aplicação simultânea de regras diferentes para dar efetividade a estes valores⁴⁶⁶. É abundante a quantidade de normas internacionais sobre proteção dos direitos humanos. O que falta à evolução da doutrina das imunidades de Estado é, exatamente, a inserção de uma carga valorativa em seus fundamentos, fazendo com que passe a abarcar também os interesses das pessoas, e não apenas dos Estados⁴⁶⁷. Através

⁴⁶⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p.169-170.

⁴⁶⁷ Cançado Trindade afirma que a evolução do direito internacional em prol da proteção do indivíduo não significa que a humanidade estaria substituindo o Estado enquanto sujeito de direito internacional. Haveria,

do diálogo das fontes, tal inserção prescinde da elaboração de instrumento próprio, podendo ser alcançada pela reinterpretação das normas de direitos humanos já existentes.

Em seu voto dissidente no caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, Cançado Trindade lista uma série de problemas na abordagem dada pela CIJ ao tema, que apenas refletiu o ultrapassado e ainda majoritário entendimento sobre o assunto. O Juiz fala de uma visão míope sobre a teoria das imunidades, voltada apenas para a proteção do Estado, sem o reconhecimento dos avanços conquistados pelo direito internacional ao longo de seu desenvolvimento. Além disso, ele usa termos como “congelamento” ou “fossilização” do direito internacional, e defende a inclusão de fundamentos humanistas à teoria das imunidades.

As questões acima apontadas inserem-se no mesmo contexto que serve como fundamento para a teoria do diálogo das fontes. É um sistema jurídico desatualizado, parado no tempo, desprovido de análise valorativa e necessitando de uma reinterpretação à luz dos direitos fundamentais.

O valor de proteção ao indivíduo, como visto, já existe na ordem jurídica internacional há muito tempo, consagrado na norma *jus cogens*. Ainda assim, encontra-se em tamanho esquecimento que, mesmo quando os direitos humanos são colocados em confronto direto com a imunidade de Estado, trazendo-se à tona a primazia do indivíduo, a proteção do Estado triunfa. Neste contexto, o resgate do foco no indivíduo, trazido pela pós-modernidade, representa um novo motivo e uma nova oportunidade para que se promova a – já tardia – nova evolução da teoria das imunidades, impedindo-se que o Estado escape de suas responsabilidades em casos de violações de direitos humanos e, com isso, fazendo com que a proteção da pessoa humana triunfe.

Sobre a chamada crise da pós-modernidade, Claudia Lima Marques afirma o seguinte:

Para alguns, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar a ciência do direito. Este

de forma diversa, uma coexistência, apenas a ponto de impedir que a única motivação a moldar o direito internacional seja a perseguição, pelos Estados, de seus próprios interesses. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 275)

fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito. Fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, assegura novos direitos individuais à diferença, destaca os direitos humanos, mas aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico das linhas tradicionais⁴⁶⁸.

A pós-modernidade ressalta, portanto, a inadequação das teorias tradicionais aplicadas ao direito à realidade social que se apresenta, determinando a destruição de paradigmas ultrapassados e a reconstrução da ciência jurídica sob uma nova perspectiva. Aplicando-se tal lógica à teoria das imunidades de Estado, deve-se superar a visão clássica que distingue atos de império e atos de gestão – que permite, apenas quanto aos últimos, o afastamento da imunidade – para que se implemente o viés *pro homine* nas imunidades.

A mudança proposta pela pós-modernidade harmoniza-se com a ideia, defendida por Cançado Trindade, do processo de humanização do direito internacional, direcionado à criação de um “Direito Internacional para a Humanidade”. Este Direito é fruto do desenvolvimento da ciência jurídica no decorrer do século XX, decorrente dos grandes desafios de nosso tempo – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza e a superação das disparidades sociais nacionais e internacionais. Tal processo histórico, para o jurista, fomentou um *diálogo* universal, caracterizado pela revitalização dos próprios fundamentos e princípios básicos do direito internacional contemporâneo. Neste cenário de humanização, as soluções clássicas jurisdicionais e especiais (territoriais) são substituídas pela ênfase na noção de solidariedade⁴⁶⁹.

Portanto, tal como Jayme, Trindade entende que a fase atual em que nos encontramos socialmente é de retorno do olhar aos seres humanos e à sua proteção, devendo o Direito abandonar as estruturas tradicionais e renovar-se a fim de que possa concretizar os valores contemporâneos. O Juiz de Haia, inclusive, utiliza a expressão “diálogo”, e com o mesmo intuito do Mestre de Heidelberg, qual seja, o de resgate fundamentos basilares do direito internacional de proteção dos direitos humanos.

⁴⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155 a 156.

⁴⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 636.

Cançado Trindade entende que a ordem internacional tradicional não foi capaz de impedir a perpetração de atrocidades no século XX – como o holocausto. Todavia, na sua opinião, tais fatos despertaram a consciência universal para a necessidade de reconceituar as próprias bases da ordem jurídica internacional, trazendo, assim, esperanças para o século XXI, sobre o qual afirma o seguinte:

Neste início do século XXI, efetivamente temos o privilégio de testemunhar o processo de *humanização* do Direito Internacional, que passa a ocupar-se mais diretamente com a realização de objetivos superiores comuns. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos. Tal processo de *humanização* se manifesta, a meu ver, como venho sustentando há anos, em todos os domínios da disciplina: os fundamentos do Direito Internacional, seus sujeitos, suas novas construções conceituais, as considerações básicas da humanidade permeando todos os seus capítulos, e a busca pelo estado de direito internacional para a realização da justiça e manutenção da paz. Tal processo, por sua vez, revela o novo *jus gentium* dos nossos tempos, o Direito Internacional para a Humanidade⁴⁷⁰.

A proteção dos direitos humanos forma a base do direito internacional, e teve nele sua supremacia consagrada através da categorização de alguns de tais direitos como *jus cogens*. Ainda que no decorrer da história o amparo ao indivíduo tenha sido esquecido em diversas oportunidades, seu valor essencial foi resgatado, caminhando a sociedade, atualmente, em direção a um processo de humanização do Direito.

A atual etapa em que se encontra a doutrina clássica de direito internacional da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro não condiz com a proposta global de primazia da proteção da pessoa humana. É necessário, portanto, uma renovação de tal instituto. Neste ínterim, o diálogo das fontes revela-se método capaz de propulsionar a necessária evolução da teoria das imunidades, atualizando-a aos valores pós-modernos resgate à proteção do indivíduo.

⁴⁷⁰ “At this beginning of the XXIst century, we effectively have the privilege to witness the process of humanization of International Law, which comes to occupy itself more directly with the realization of common superior goals. The recognition of the centrality of human rights corresponds to a new ethos of our times. Such process of humanization manifests itself, in my view, as I have been sustaining for years, in all domains of the discipline: the foundations of International Law, its subjects, its new conceptual constructions, the basic considerations of humanity permeating all its chapters, and the quest for the international rule of law for the realization of justice and maintenance of peace. Such process, in turn, discloses the new jus gentium of our times, the International Law for humankind.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 637 – tradução livre)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar nesta dissertação a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes para reforçar os argumentos já existentes em prol da evolução da teoria das imunidades, a fim de que seja permitido o afastamento do privilégio estatal em casos de violações de direitos humanos. A proposta central do método de Jayme é a concretização da primazia do indivíduo, sendo a efetivação desta proteção uma demanda ainda pendente da doutrina das imunidades. A congruência entre os dois assuntos é ressaltada no contemporâneo cenário pós-moderno, caracterizado pela retomada dos valores essenciais dos seres humanos.

O primeiro capítulo da dissertação foi dedicado ao estudo da teoria do diálogo das fontes e ao estudo da doutrina das imunidades jurisdicionais de Estado. O objetivo foi colocar, de saída, os dois temas em paralelo, e demonstrar como pode haver um diálogo entre eles, e, mais do que isso, expor como os dois assuntos se complementam, uma vez que o objetivo de um é o que o outro precisa, de acordo com a corrente doutrinária humanista aqui defendida.

A teoria do diálogo das fontes é um método criado por Erik Jayme para possibilitar a atualização de institutos jurídicos que apresentam uma forma obsoleta. Jayme afirma que vivemos na pós-modernidade, era caracterizada pela velocidade que a sociedade tomou com os avanços tecnológicos e com a globalização.

Um dos reflexos dessa era, na ciência jurídica, é a profusão normativa. As normas vêm de uma multiplicidade de fontes, fazendo com que o aplicador do Direito acabe escolhendo uma delas a ser aplicada e, com isso, não é levado em conta o ordenamento jurídico como um todo. A norma escolhida é, em geral, aquela mais especificamente relacionada ao objeto da demanda judicial em discussão. Neste processo, os direitos fundamentais e os direitos humanos, apesar de serem normas que, em geral, possuem valor superior nos diversos ordenamentos jurídicos, são esquecidos.

Tal cenário gerou diversas desigualdades que precisaram ser equalizadas, exigindo-se, para tanto, transformações na ciência jurídica. O direito contemporâneo

deve, assim, de retomar o enfoque no indivíduo e em sua proteção. O direito internacional, por sua vez, exerce papel relevante nesta mudança⁴⁷¹.

A proposta do diálogo das fontes é, exatamente, fazer com que o aplicador do Direito leve em consideração todas as normas, nacionais e internacionais, que compõem a ordem jurídica de um país, fazendo com que estas normas sejam colocadas em diálogo. Isso faz com que os direitos fundamentais e humanos voltem a ser considerados pelo aplicador do Direito.

Logo, na multiplicidade normativa característica da pós-modernidade, o diálogo das fontes se apresenta como método garantidor da proteção dos direitos humanos. É uma ferramenta para promover o retorno do olhar das disciplinas jurídicas aos direitos humanos.

O tema das imunidades jurisdicionais de Estado estrangeiro apresenta duas características que convidam à aplicação do diálogo das fontes, quais sejam, a multiplicidade normativa e a necessidade de atualização em prol dos direitos humanos. De origem costumeira e principiológica, a teoria das imunidades se formou com o desenvolvimento da sociedade.

Não há um instrumento único internacional em vigor que regule o tema. Por isso, cada país tratou do assunto à sua maneira. Há diversas leis nacionais e diversos posicionamentos jurisprudenciais sobre as imunidades. Assim, a doutrina das imunidades está regulamentada em uma diversidade de fontes, domésticas e internacionais – e aí está a primeira característica da doutrina das imunidades que proporciona a aplicação do método de Jayme: a existência de multiplicidade normativa.

⁴⁷¹ “Erik Jayme alerta que, no século XXI, ao mesmo tempo em que a globalização econômica e a uniformização das sociedades de consumo avançam, os Estados nacionais cedem a uma maior liberalização do comércio internacional e abrem seus mercados a produtos estrangeiros, deve o direito internacional compensar esta tendência, voltando-se para a proteção da pessoa humana no mercado globalizado”. (MARQUES, Claudia Lima. Direito internacional do consumidor – a proteção do consumidor no livre-comércio internacional, de Eduardo Antônio Klausner. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, n. 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 499). No mesmo sentido, Cançado Trindade afirma o seguinte: “*There is awareness today that never as in the XXth century there was so much scientific-technological progress accompanied tragically by so much destruction and cruelty and human suffering. In reaction to this great paradox, the universal juridical conscience has awakened to humanize contemporary International Law. In fact, basic considerations of humanity permeate today the whole corpus juris of the law of nations, as acknowledged by contemporary international instruments, by international case-law and by the more lucid international legal doctrine.*” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 642).

Além disso, a teoria das imunidades mantém, até hoje, um formato antiquado, que, apesar de se justificar quando da sua criação, hoje não mais se sustenta. A imunidade de Estado foi criada para proteger os países na época em que seus territórios se sedimentavam. Em razão do princípio da igualdade entre as nações, não se podia permitir que um país soberano fosse réu no judiciário de outro país igualmente soberano. A imunidade era, portanto, absoluta.

Com o progressivo desenvolvimento das relações de comércio entre as nações, surgiu a necessidade de se flexibilizar a doutrina das imunidades, permitindo o seu afastamento para atos de gestão, que são atos de natureza privada praticada pelos Estados. A doutrina relativa das imunidades substituiu, então, a doutrina absoluta, mantendo-se a imunidade absoluta apenas para atos de império, que são os atos praticados pelo Estado enquanto nação soberana.

E foi neste ponto, da teoria relativa, que admite o afastamento da imunidade apenas para atos de gestão, que a evolução da teoria parou há muito tempo, sendo este o seu atual estágio de desenvolvimento. Então, apesar de a sociedade ter mudado e evoluído muito desde a época em que as nações começaram a se abrir para o comércio, a teoria das imunidades parou de progredir.

Sabe-se que avanços importantes ocorreram na civilização em matéria de direitos humanos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Ainda assim, a forma atualmente aceita pela doutrina das imunidades não admite exceção à imunidade absoluta nem quando está em discussão uma violação de direitos humanos cometida por um país. Esse entendimento desestimula os países a promover a proteção aos direitos humanos. Além disso, impede que os indivíduos, vítimas, partes mais frágeis perante a potência de um país, sejam amparados e recebam reparações. Ou seja, a doutrina das imunidades, da forma hoje aplicada, é obsoleta, devendo ser reinterpretada à luz dos valores pós-modernos de proteção dos direitos humanos – e aí está a segunda característica da doutrina das imunidades que propicia a aplicação da teoria de Jayme: a necessidade de atualização em prol dos direitos humanos.

Esclarecida a parte teórica dos dois temas, passou-se, no segundo capítulo, à prática, ou seja, à análise da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça envolvendo o tema das imunidades. A ideia neste capítulo foi demonstrar, pelo estudo dos dois únicos precedentes da Corte que abordam o tema das imunidades, como o entendimento da Corte

sobre o assunto ainda privilegia o Estado em detrimento ao indivíduo, sendo, por isso, ultrapassado.

O primeiro precedente da Corte sobre imunidades foi o Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, ou Caso Yeordia, em que a Corte entendeu que a expedição de mandado de prisão pela Bélgica contra o Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo por violação ao direito humanitário internacional contrariava a imunidade jurisdicional da RDC. O julgamento da Corte no Caso Yeordia recebeu várias críticas.

No tocante especificamente à questão da imunidade, a crítica foi porque a Corte decidiu, sem muita fundamentação, que o mandado de prisão permanecia ilegal apesar de Yerodia já ter deixado de ser Ministro das Relações Exteriores. Neste precedente, apesar de reconhecer que a teoria das imunidades mudou com o passar do tempo, a Corte demonstrou desinteresse em levar em conta questões valorativas e substanciais de direitos humanos na análise do tema e na sua tomada de decisão.

O segundo e último precedente da Corte sobre imunidades foi o *Caso Alemanha versus Itália*, com a intervenção da Grécia, ou Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, julgado em 2012. Neste precedente, a Corte entendeu que as atrocidades cometidas durante o nazismo, ainda que configurem flagrantes violações de direitos humanos, não são aceitas pelo direito internacional como exceções à imunidade absoluta de Estado por atos de império. A decisão foi tomada por maioria, com um brilhante voto dissidente do Juiz Cançado Trindade, que se analisou em tópico específico na dissertação.

Também essa decisão da Corte foi objeto de muitas críticas, sendo talvez a principal delas o fato de a CIJ ter considerado que não há conflito entre *jus cogens* e regras de imunidade por se tratarem de normas de naturezas distintas. A Corte confirmou, neste caso, o seu desinteresse em uma inserção valorativa na formação de sua decisão ao considerar que apenas duas fontes seriam capazes de ditar as regras da teoria das imunidades: costume ou tratados. Não considerou princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e da primazia dos direitos humanos.

Assim como no Caso Yerodia, novamente no Caso Alemanha v. Itália a Corte mencionou as mudanças do direito internacional com o passar dos tempos e disse que, como reflexo, também a doutrina das imunidades avançou, adaptando-se às demandas sociais mais recentes. Todavia, conforme Jayme, o momento contemporâneo é o da pós-

modernidade, cujo *Leitmotiv* ou motivo condutor é a retomada dos direitos humanos. Então, o entendimento do direito internacional contemporâneo sobre o tema das imunidades deveria se direcionar para a maior proteção do indivíduo, não para a maior proteção do Estado.

O posicionamento da Corte, portanto, é incongruente com a demanda *pro omine* do direito internacional contemporâneo. Se no Caso Yerodia a Corte manifestou sua tendência em priorizar o amparo aos interesses dos Estado em detrimento aos interesses das pessoas, no Caso das Imunidades Jurisdicionais, julgado dez anos depois e no mesmo sentido, esse posicionamento foi sedimentado, criando precedente em um sentido que se entende lamentável.

Posteriormente ao estudo da aplicação do tema das imunidades pela mais elevada Corte Internacional, partiu-se para o estudo específico do argumento central defendido na dissertação: a necessidade do afastamento da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de Direitos Humanos, especialmente na era pós-moderna. O objetivo do terceiro capítulo foi verificar-se os movimentos que já foram feitos e que vêm sendo feitos pela doutrina a fim de que a teoria das imunidades avance nesse sentido e, após, compreender-se como a teoria do diálogo das fontes poderia contribuir para reforçar os argumentos já existentes e, com isso, promover o avanço no tema.

Iniciou-se o capítulo terceiro pelo estudo da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estado e suas Propriedades, de 2004. Tal Convenção foi uma tentativa feita pela Comissão de Direito Internacional da ONU de regulamentar, de forma unificada e homogênea, a teoria das imunidades em âmbito universal. Fala-se “tentativa” porque a Convenção nunca entrou em vigor, já que não atingiu o número mínimo de ratificações. De fato, o texto da Convenção gerou muitas polêmicas e discordâncias entre as nações, e o resultado foi um texto que, apesar de aprovado, não agradou a todos os países.

A Convenção de 2004 consagrou a teoria relativa ou restritiva da imunidade. A imunidade continuou sendo a regra, e as exceções à imunidade foram previstas no texto do instrumento entre os artigos 10º e 17º. Ocorre que nenhuma das exceções previstas na Convenção abarca casos de violações de direitos humanos. Somente o artigo 12º traz a hipótese de “danos pessoais e danos à propriedade”, que estaria mais próximo de um

artigo geral de responsabilidade civil do que um dispositivo realmente formulado pensando na proteção dos direitos humanos.

Na época em que a Convenção de 2004 estava sendo elaborada, a Comissão de Direito Internacional alertou sobre os recentes desenvolvimentos no direito internacional e sobre o argumento, cada vez mais trazido à tona, de que a imunidade deve ser negada em casos de violações de direitos humanos de caráter *jus cogens*. A não inclusão de regra na Convenção de 2004 sobre violações de direitos humanos foi, então, uma opção das nações envolvidas na elaboração do instrumento.

A principal crítica feita à Convenção de 2004 neste trabalho direciona-se à inexistência de um artigo que determine o afastamento da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de direitos humanos. Como solução, propõe-se uma interpretação do artigo 12º, que é genérico sobre danos pessoais, por meio do diálogo das fontes, para que se enquadre, nesse dispositivo, a hipótese não taxativamente prevista na Convenção de afastamento da imunidade por violação de direitos humanos. Esta interpretação torna a Convenção de 2004 uma alternativa à promoção do avanço na teoria das imunidades, já que o texto convencional, por si só, não cumpre tal fim.

Por fim, no último tópico desta dissertação, estudou-se os argumentos da doutrina humanista em defesa do avanço da teoria das imunidades, com destaque para os ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade, concentrados no voto dissidente do Juiz no Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado da Corte Internacional de Justiça. Em seu voto, Cançado Trindade aborda o tema das imunidades sob o olhar *pro homine*, e critica fortemente a decisão majoritária da Corte no Caso, especialmente no ponto em que a Corte entende ser impossível o conflito entre normas *jus cogens* e normas procedimentais em razão das distintas naturezas. Para Cançado Trindade, é inadmissível que uma regra de natureza meramente procedimental possa superar uma norma cogente material de proteção a direitos humanos.

Como fez Corte nos seus dois precedentes sobre imunidades, também Cançado Trindade ressaltou os recentes desenvolvimentos do direito internacional, especialmente em matéria de direitos humanos, defendendo que o indivíduo seja recolocado em seu papel central de sujeito de direitos. Ao falar sobre a nova era de direito internacional, na qual o indivíduo deve reassumir o papel de protagonista, a linha argumentativa de Cançado Trindade converge com os ensinamentos de Cláudia Lima Marques e de Erik

Jayme, que defendem a necessidade de resgate aos direitos humanos na era pós-moderna em que vivemos.

A corrente humanista do direito internacional se baseia, principalmente, na imperatividade das normas *jus cogens* para defender o afastamento da imunidade jurisdicional de Estado em casos de violações de direitos humanos. O *jus cogens* significa a inserção ética e valorativa no direito internacional, e, apesar de ser uma característica basilar dessa disciplina, até agora não vem recebendo a importância que merece na doutrina das imunidades de Estado estrangeiro.

Assim, a teoria de Jayme vem para se unir ao argumento da prevalência do *jus cogens* e para ser um fator propulsor dessa corrente doutrinária humanista. Como ressalta Claudia Lima Marques, a era em que vivemos é de prevalência de normas materiais em casos internacionais, reduzindo a importância do processo civil internacional, tudo isso em prol dos valores substanciais, materiais de proteção dos direitos fundamentais e humanos⁴⁷². Este é o cenário jurídico ideal para a contemporaneidade. A mudança proposta pela pós-modernidade, por sua vez, harmoniza-se com a ideia defendida por Cançado Trindade de humanização do direito internacional, direcionado à criação do que ele chama de “Direito Internacional para a Humanidade”.

Conclui-se desta pesquisa, a qual continua em desenvolvimento, que a atual etapa em que se encontra a doutrina clássica de direito internacional da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro não condiz com a proposta global, contemporânea, pós-moderna, de primazia da proteção da pessoa humana. É necessário, portanto, uma renovação dessa doutrina.

A teoria do diálogo das fontes é uma solução aberta e flexível à reinterpretação do ordenamento jurídico objetivando a valorização dos direitos humanos, e pode, perfeitamente, ser aplicada para impulsionar a evolução da teoria das imunidades. O diálogo das fontes de Jayme: (1) soluciona o problema da multiplicidade normativa, típico do tema das imunidades, porque força o aplicador do direito a levar em consideração o ordenamento como um todo e, com isso, força a consideração às normas de direitos humanos; (2) traz uma solução à ausência de norma específica no texto da Convenção da

⁴⁷² MARQUES, Cláudia Lima. ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24.

ONU de 2004, porque possibilita a sua reinterpretação com um viés *pro homine*, sem que qualquer alteração no instrumento seja necessária – basta que as fontes sejam colocadas em diálogo e (3) impede que ocorra a “fossilização”⁴⁷³ do direito internacional, usando as palavras de Cançado Trindade, ou permite a retirada do “mofo”⁴⁷⁴ do direito internacional, nas palavras de Cláudia Lima Marques.

O direito pós-moderno deve ser pautado pelo humanismo. Essa deve ser a *linguagem* em comum, que permeia e que liga todas as fontes de direito internacional contemporâneo. A partir do momento em que reconhecemos que existe uma linguagem comum, não é mais necessário que as fontes se excluam ou se substituam para que elas coexistam de forma harmônica e complementar. Basta que elas *dialoguem* nessa *linguagem* em comum: *a linguagem do humanismo*.

⁴⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Opinião Dissidente do Juiz Cançado Trindade (inglês), §294. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> Último acesso: 25 nov. 2018.

⁴⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 167.

REFERÊNCIAS

- BADR, Gamal Moursi. Recent developments in the dynamics of sovereign immunity. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 30, n. 4, p. 678-683, 1982.
- BADR, Gamal Moursi. Whither state immunity? An assessment of the current state of the law. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 20, p. 147-171, 1981-1982.
- BANKAS, Ernest. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer, 2005.
- BARKER, Craig J. Negotiating the complex interface between state immunity and human rights: as analysis of the international court of justice decision in Germany v. Italy. *International Community Law Review*, Londres, v. 15, p. 415-436, 2013.
- BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *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*, Frankfurt, v. 5, n. 5, p. 477-491, 2003.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *The History of Universal Jurisdiction. Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Ed). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisadores em Direito do Consumidor sobre o Direito Privado no século XXI*. Porto Alegre: Orquestra, 2017.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 186.
- BIANCHI, Andrea. Gazing at the Crystal ball (again): State immunity and *Jus Cogens* beyond Germany v Italy. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 4, n. 3, p. 157-175, 2013.
- BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008.
- BIANCHI, Andrea. Immunity v. Human Rights: The *Pinochet* Case. *The European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 237-277, 1999, p. 277.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos da teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Tradução: Pedro Bravo Cala. Madrid: Tecnos, 1997.

BRADLEY, Curtis A.; GOLDSMITH, Jack L. Pinochet and International Human Rights litigation. *Michigan Law Review*, n. 97, p. 2129-2184, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 56.435, 8 de junho de 1965. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm Último acesso: 20 de dezembro de 2018.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990.

BURLAMARQUI, Cristiane Dominiqui Vieira. Pós-Modernidade e Fragmentação do Sujeito: globalização, identidade e transmidiação. *Hipertexto*. v. 1, n. 2, jul/dez 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus gentium*. 2. ed. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1., 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, Washington, v. 97, p. 741-781, 2003.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roverbal Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARNEIRO, Elisa Resende Bueno da F. Ximenes. *Direitos Humanos, Violações a Normas de Jus Cogens e Imunidade do Estado: Estudo do caso da Alemanha versus Itália (CIJ)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. *European Convention on State Immunity*. 1972. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074> Último acesso: 26 out. 2018.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Julgamento do Caso Al-Adsani Case (Al-Adsani v. Reino Unido)*. 2001. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUK EwithKW3opLeAhWKIZAKHQ7cDWsQFjABegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-59885%26filename%3D001-59885.pdf&usg=AOvVaw2BXSkDMSezMnGs4zo52oZg> Último acesso em: 17 nov. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado* (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/143> Último acesso: 24 out. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica). 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Último acesso: 05 out. 2018.

D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade: Hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DA SILVA, Nathalia Yasmini Hoffmann. *Imunidade de Jurisdição de Estado: uma questão procedimental*. 2012. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Canoas, 2012

DE SENA, Pasquale. The judgment of the italian constitutional court on state immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law. *Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 74, p. 97-114, 2016.

DICKINSON, Andrew. Status of Forces under the UN Convention on State Immunity. *International Comparative Law Quarterly*, v. 55, p. 427-436, 2006.

DINSTEIN, Yoram. Par in parem non habet imperium. *Israel Law Review*, Cambridge, v. 1, p. 407-420, 1966.

DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ESPÓSITO, Carlos. Jus cogens and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: “a conflict does exist”. *The Italian Yearbook of IL Online*, v. 21(1), p. 161-174, 2011.

FERNANDES, Camila Vicenci. *Imunidade de Jurisdição de Estado Estrangeiro: Novos Desafios em Relação aos Direitos Humanos*. 2010. 136 f. Dissertação de Mestrado (Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

FOX, Hazel. *The law of state immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado*. 2005. 272 f. Tese de doutoramento (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

FROSH, Stephen. Psychoanalysis, Psychosis, and Postmodernism. *Human Relations*, v. 44, n. 1. London: The Tavistock Institute, 1991.

GREEN, L. C. Resenha do Livro “State immunity: an analytical and prognostic view”, de Gamal Moursi Badr. *Ottawa Law Review*, Ottawa, v. 17, p. 190-195, 1985.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. 12 de agosto de 1949. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380?OpenDocument> Último acesso: 25 nov. 2018.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Orgs. e Tradução). *O Novo direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995).

HURTADO, Liliana Regalado de. La historiografía en la “era de la globalización”: una contextualización necesaria. *Historica*, v. 26, n. 2. Lima: PUCP, 2002.

KEITNER, Chimène I. Germany v. Italy and the limits of horizontal enforcement: some reflections from a United States perspective. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 11, p. 167-183, 2013.

KNUCHEL, Sévrine. State Immunity and the promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, n. 2, p. 149-183, 2011.

LAUTERPACHT, H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 28, p. 220-272, 1951.

LEONARD, Erik K. Global Governance and the State: Domestic Enforcement of Universal Jurisdiction. *Human Rights Review*, v. 16, p. 143-159, 2015.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Convenção sobre imunidade do Estado e seus bens e o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 19, jun./dez 2011.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MACHRY, Fernanda Graeff. *Limites da imunidade de oficiais de Estado da jurisdição de cortes domésticas estrangeiras em matéria penal*. 2013. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MAGNOLI, Demétrio. No espelho da Guerra. In: Demétrio Magnoli (Org.). *História das Guerras*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistêmico-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* no direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45/2003, p. 71-99, Revista dos Tribunais Online.
- MARQUES, Claudia Lima. Direito internacional do consumidor – a proteção do consumidor no livre-comércio internacional, de Eduardo Antônio Klausner. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, n. 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 499-509.
- MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima. Relations Between International Law and Consumer Law in the Globalized World: Challenges and Prospects. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Orgs.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. 265 f. Tese de Doutorado (Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- MCGREGOR, Lorna. State immunity and human rights: is there a future after Germany v. Italy? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 11, p. 125-145, 2013.
- MEHMED, Bahtiyar. *State immunity versus human rights: the challenge by emerging human rights norms to state immunity*. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011.
- MESSINEO, Francesco. Italian Constitutional Court Judgment 238/2014 declares customary international law on state immunity inapplicable in the Italian Legal order as far as war crimes and crimes against humanity are concerned. *Questions of International Law – QIL*. 24 out. 2014. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/summary-prepared-by-the-editorial-board-of-qil-qil-will-devote-in-the-following-weeks-a-zoom-out-to-the-legal-issues-arising-from-the-italian-constitutional-court-no-2382014/> Último acesso: 25 nov. 2018.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORIN, Edgar. *Cultura de Massas no século XX: Neurose*. Tradução: Maura Ribeiro Sardinha. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. *Las inmunidades de Estado Extranjero em la Pauta del Judiciário Brasileño: Avances y Desafios. Desafios do Processo Civil Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

O'KEEFE, Roger. *State immunity and human rights: heads and walls, hearts and minds*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 44, p. 999-1045, 2011.

ONGENA, Tom; VAN DAELE, Ignace. *Universal Jurisdiction for International Core Crimes: Recent Developments in Belgium*. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 15, p. 687-701, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission*. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/> Último acesso: 12 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Site legado do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *O Genocídio*. Disponível em: <http://unictr.irmct.org/en/genocide> Último acesso: 06 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o direito internacional*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/> Último acesso: 12 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 2004. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf Último acesso: 12 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Statute of the Tribunal*. 1993. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf Último acesso: 25 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect. Nuremberg Charter*. 1951. Disponível em: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf Último acesso: 25 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. Statute of the International Tribunal for Rwanda*. 1994. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statuteinternationalcriminaltribunalforrwanda.aspx> Último acesso: 25 nov. 2018.

PETRONIO, Francesca; FALCO, Francesco. *Sovereign Immunity. Law Business Research*. Setembro de 2018. Disponível em:

<https://gettingthedealthrough.com/area/113/jurisdiction/15/sovereign-immunity-2018-italy/> Último acesso: 24 nov. 2018.

PLANALTO. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Último acesso: 28 nov. 2018.

REMO, Ceserani. Modernity and Postmodernity: A Cultural Change Seen from the Italian Perspective. *Italica*, vol. 71, n. 3. Columbus: American Association of Teachers of Italian, 1994.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 17, p. 375-389, 2004.

RUBERT, Fernanda Sostisso. *A Corte Europeia de Direitos Humanos e as imunidades de Estados: uma barreira à fruição dos direitos humanos?* 2018. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

S. MILANI, Carlos R. Globalização e contestação política na ordem mundial contemporânea. *Caderno CRH*, Salvador, v. 19, n 48, p. 377-383, 2006.

SANTOS, Felipe Correia dos. Imunidades dos chefes de Estado. 2015. 64 f. Dissertação de Mestrado (Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SCHREUER, Christoph; WITTICH, Stephan. Immunity v. Accountability: the ICJ's Judgment in the *Yerodia Case*. *International Law FORUM du droit international*, v. 4, p. 117-120, 2002.

SHAW, Malcolm N. The *Yerodia Case*: Remedies and Judicial Function. *Revue Belge du Droit International*, Bruxelas, v. 35, p. 554-559, 2002.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p.123-137, 2018.

STEWART, David P. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, jan. 2005.

SUCHARITKUL, Sompong. Jurisdictional immunities in contemporary international law from asian perspectives. *Chinese Journal of International Law*, Oxford, v. 4, n. 1, p. 1-43, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 954858. Parecer do Procurador-Geral da República. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312747048&ext=.pdf> Último acesso. 10 out. 2018.

TALMON, Stefan. *Jus cogens* after Germany v. Italy: substantive and procedural rules distinguished. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 25, p. 979-1002, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 15. Ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

UNITED STATES CONGRESS. *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)*. 1976. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title28/html/USCODE-2011-title28-partIV-chap97.htm> Último acesso: 26 nov. 2018.

WIRTH, Steffen. Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium* Case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 877-893, 2002.

YANG, Xiaodong. *State immunity in international law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ZHU, Lijiang. State immunity from measures of constraints for the property of foreign central banks: the chinese perspective. *Chinese Journal of International Law*, Oxford, v. 6, n. 1, p. 67-81, 2007.