

V O T O

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator):

Como anotei no voto em que reconheci a Repercussão Geral, a controvérsia refere-se ao alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana praticado em espacialidade brasileira.

Em outras palavras, trata-se de definir a possibilidade de submissão de Estado soberano à solução de lide promovida pelo Poder Judiciário de outra estatalidade, à luz da igualdade jurídica entre os Estados na sociedade internacional, nos termos do art. 4º, V, do Texto Constitucional.

a) Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro no Direito Brasileiro

No Brasil, a matéria é regida pelo Direito costumeiro, tendo em vista que o país ainda não se vinculou à Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados ou a tratado congêneres.

De todo modo, a Alemanha tampouco é signatária da Convenção e essa norma, costumeira ou não, deve estar em conformidade com a Constituição.

A esse respeito, o advento da Constituição da República de 1988 representou marco na alteração da jurisprudência do STF de modo a abranger a divisão de feitos do Estado soberano em atos de gestão e de império, sendo os primeiros passíveis de cognoscibilidade pelo Poder Judiciário brasileiro. Cito a ACi 9.696, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990, *leading case* que restou conhecido como Caso Genny de Oliveira, cuja ementa transcreve-se:

ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA. NÃO HÁ IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114). NA HIPÓTESE, POREM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARAGRAFO 10

DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C /C ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO. (ACi 9696, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1989)

Nesse mesmo sentido, veja-se a ementa do RE-AgR 222.368, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 14.02.2003:

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOUTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO. - O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644). - Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da

imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes. (RE 222368 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/04/2002)

Superou-se, assim, a máxima do *par in parem non habet judicium*, que remonta à formação dos Estados Modernos, vedando o julgamento de iguais por iguais, e se passou a relativizar, numa compreensão cosmopolita mais adequada ao presente, a imunidade a partir da distinção entre atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (a *cta jure gestionis ou jure privatorum*), atribuindo-se imunidade apenas àqueles, por derivarem diretamente da soberania.

De todo modo, a imunidade executória remanesceu absoluta em todos os atos do Estado soberano em território estrangeiro, à luz da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas (Dec. 56.435/1965). Confira-se a ementa da ACO-AgR 543, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 24.11.2006:

Imunidade de jurisdição. Execução fiscal movida pela União contra a República da Coréia. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória: orientação mantida por maioria de votos. Precedentes: ACO 524-AgR, Velloso, DJ 9.5.2003; ACO 522-AgR e 634-AgR, Ilmar Galvão, DJ 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR, Jobim, DJ 10.12.99; ACO 645, Gilmar Mendes, DJ 17.3.2003.

b) Distinção do caso: ilicitude do ato e ofensa aos direitos humanos

Eis, porém, a distinção do presente caso, controvérsia inédita no âmbito desta Suprema Corte, por quanto se coloca em questão a derrotabilidade de regra imunizante de jurisdição em relação a atos de império por Estado soberano, por conta de graves delitos praticados em confronto à proteção internacional da pessoa natural em espacialidade brasileira, à luz da igualdade jurídica entre os Estados na sociedade internacional, nos termos do art. 4º, V, do Texto Constitucional e, especificamente, da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, consoante dicção do inciso II, do mesmo artigo 4º da Constituição da República de 1988.

Até agora, os recursos não enfrentavam o mérito dessa questão constitucional, esbarrando nos pressupostos de admissibilidade: ARE 793676 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014; ARE 880298 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015; RE 509857, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/02/2015; ARE 853335, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 05/06/2015; ARE 953656, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 30/08/2016;

Sobre os fatos que fundam o pedido de responsabilidade da República da Alemanha, narra a Inicial que os autores são netos ou viúvas de netos de DEOCLECIANO PEREIRA DA COSTA, morto em decorrência de ataque ao barco pesqueiro Changri-lá pelo submarino nazista U-199, comandado por HANS WERNER KRAUS, no mar territorial brasileiro, nas proximidades da Costa de Cabo Frio, em julho de 1943, durante a II Guerra Mundial.

O Tribunal Marítimo decidira o caso, inicialmente, por meio do processo n.º 812/1944, sem que houvesse conluído pela causa determinante do desaparecimento do navio. Porém, após ofício do Diretor do Museu Histórico Marítimo de Cabo Frio, Elísio Gomes Filho, que trazia novas fontes de informações – especialmente os depoimentos dos tripulantes do submarino U-199 –, reabriu o inquérito, decidindo modificar a decisão, que passou a ter o seguinte teor:

“...a) quanto à natureza e extensão do acidente/fato: naufrágio de barco de pesca, com a perda total da embarcação e a morte de dez tripulantes: José da Costa Marques, Deoclecião Pereira da Costa, Otávio Vicente Martins, Ildefonso Alves da Silva, Manoel Gonçalves Marques, Manoel Francisco dos Santos Júnior, Otávio Alcântara, Zacarias da Costa Marques, Apúlio Vieira de Aguiar e Joaquim Mata de Navarra. Oficiar à Diretoria de Portos e Costas e ao Serviço de Documentação da Marinha com o teor desta decisão, para as medidas competentes; b) quanto à causa determinante: ataque pela artilharia do submarino alemão U-199, durante a 2^a Guerra Mundial; **c) decisão: julgar o acidente da navegação, previsto no art. 14, letra “a”, da Lei nº 2.180/54, como decorrente de ação intencional – ato de guerra – perpetrado pelo submarino alemão U-199, que afundou o pesqueiro “CHANGRI-LÁ”;** d) medidas preventivas e de segurança: xxx; e) proposta de recompensa: propor ao Governo Brasileiro, como prescreve o art. 16, letra “g”, da Lei nº 2.180/54, que sejam concedidas recompensas honoríficas ao historiador Elísio Gomes Filho, pelo reconhecimento ao seu profícuo trabalho e em memória das vítimas,

aos seus familiares diretos: Hércules da Costa Marques, Iva Soares da Costa, Maria de Lourdes Aguiar da Cruz e Etelvina Sobral da Costa. P. C. R. Rio de Janeiro, RJ, em 31 de julho de 2001."(eDOC 2, p. 20-63,g. n.)

Segundo consta nesse acórdão e como se sabe, o Brasil ingressou na Segunda Guerra Mundial em virtude do afundamento, pelo submarino U-507, de cinco navios e um pequeno veleiro, em agosto de 1942 (eDOC 2, p. 47), havendo o estado de guerra sido declarado pelo Decreto n.^o 10.358, de 31 de agosto de 1942.

Assim, em julho de 1943, quando o "Changri-lá" foi afundado, o Brasil participava oficialmente da Segunda Guerra Mundial.

A resposta imediata à possibilidade de submissão da República da Alemanha à jurisdição brasileira seria negativa, por se tratar – aparentemente – de um ato de império.

No entanto, há algumas muitas ponderações a serem feitas em relação a essa conclusão.

A imunidade de jurisdição do Estado soberano em razão de ato de império, como dito, tem fonte no direito costumeiro. Este, ainda que tenha *status* elevado no direito internacional, nem sempre deve prevalecer.

É que esses atos praticados pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial, ainda que num contexto de guerra, são atos ilegítimos. No julgamento do Recurso Ordinário n.^o 60 pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão, embora vencido, proferiu as seguintes considerações para essa afirmação:

"Observa-se que os fatos ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, em 1943. Logo, submetem-se, igualmente, às regras e aos costumes internacionais que regem os conflitos armados, vale dizer, o direito internacional humanitário. Naquele período, já se encontrava vigente o regime instituído pela Convenção da Haia, de 1907, que confere especial importância à proteção dos não combatentes, conforme lição do professor Francisco Rezek:

'Do direito da Haia, contudo, sobrevivem normas limitativas da liberdade de ação dos beligerantes, ainda hoje úteis no quadro dos conflitos armados que desafiam o ideal pacifista das Nações Unidas. Essas normas se poderiam agrupar em torno de três princípios básicos: (a) o dos limites *ratione personae* (os não-combatentes serão

poupados de qualquer ataque ou dano intencional); (b) o dos limites *ratione loci* (os lugares atacáveis são somente aqueles que configuram objetivos militares, cuja destruição total ou parcial representa para o autor do ataque uma clara vantagem militar); e (c) o dos limites *ratione conditionis* (proíbem-se as armas e os métodos de guerra capazes de ocasionar sofrimento excessivo aos combatentes inimigos).’ (REZEK, José Francisco. Op. Cit. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 371)

No mesmo sentido, colhe-se da obra de Hildebrando Accioly que:

‘A existência e a liberdade dos habitantes pacíficos do território inimigo devem ser respeitadas. Assim, os habitantes que não tomam parte na luta e se mostram inofensivos não devem sofrer qualquer arbitrariedade. O artigo 46 dos regulamentos de Haia, de 1899 e 1907, reproduzindo disposição idêntica da Declaração de Bruxelas de 1874, vai além, ao declarar que: ‘A honra e os direitos da família, a vida dos indivíduos e a propriedade privada, bem como as convenções religiosas e o exercício dos cultos, devem ser respeitados. A propriedade privada não pode ser confiscada.’ (ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.457).

Assim, o assassinato de cidadãos brasileiros não-combatentes pelos tripulantes do submarino alemão constituiu, já naquele momento, violação aos princípios gerais do direito internacional humanitário.

Ademais, observa-se, ainda, a violação de normas específicas de direitos humanos que visam à proteção dos barcos de pesca em conflitos marítimos, conforme leciona Celso de Albuquerque Mello:

‘Há navios que não são objeto do direito de presa: navios de pesca, navios postais, navios encarregados de missões científicas, religiosas e filantrópicas, navios-hospitais, navios que façam ‘serviços de pequena navegação’ e ‘navios munidos de salvo-conduto’. A imunidade dos navios de pesca remonta ao século XVI. A Convenção de Haia relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura (1907) só dá esta imunidade aos navios de ‘pesca costeira’, desde que eles não participem das hostilidades. Esta restrição se prende à falta de uniformidade da jurisprudência. (...) Sobre a destruição de presa inimiga tem-se assentado que os navios ‘não podem ser atacados e afundados ou destruídos sem aviso prévio e que as pessoas que estão a bordo devem ser em segurança colocadas’ e ‘os papéis de bordo devem ser resguardados’ (Accioly) (MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. v. II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1574) (...)

Nesses termos, o fato narrado na petição inicial, se confirmado, poderá configurar um ilícito internacional, seja por ofender as normas que regulamentam os conflitos armados, seja por ignorar os princípios

que regem os direitos humanos, não podendo o Estado-réu encontrar abrigo na imunidade de jurisdição para escapar da consequência de seus atos. “ (grifei)

O próprio Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, em seu artigo 6, “b”, reconhece como “crimes de guerra” as violações das leis e costumes de guerra, entre as quais, o assassinato de civis, inclusive aqueles em alto mar.

Trata-se, enfim, de ato que viola o direito humano à vida, incluído no artigo 6 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos nos seguintes termos: “*O direito à vida é inherente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.*”

c) Imunidade de Jurisdição Estatal em virtude de atos ilícitos violadores dos direitos humanos

Estabelecida, pois, a ilicitude do ato, deve-se perquirir sobre a imunidade da jurisdição estatal. Esta não é regra absoluta, tanto que a própria Alemanha já aderiu a Tratados em que renunciou a sua imunidade.

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, como anotado inicialmente, já elaborou projeto de tratado, o *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, de 1991, aberto à assinatura em 2005, a fim de consolidar regras acerca do tema, constando do seu artigo 12 a expressa prevalência da *lex loci delicti commissi*:

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.

Tradução livre:

Salvo acordo em contrário entre os Estados interessados, um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição perante um tribunal de outro Estado que seja competente em um processo que se refira à compensação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou dano ou perda de bens tangíveis, causada por um ato ou omissão alegadamente imputável ao Estado, se o ato ou omissão ocorreu no todo ou em parte no território desse outro Estado e se o autor do ato ou omissão esteve presente naquele território no hora do ato ou omissão.

Eis os comentários lançados pelo grupo responsável pelo projeto acerca do dispositivo supracitado:

(8) The basis for the assumption and exercise of jurisdiction in cases covered by this exception is territoriality. The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperii* or *jure gestionis*. This distinction has been maintained in the case law of some States involving motor accidents in the course of official or military duties. While immunity has been maintained for acts *jure imperii*, it has been rejected for acts *jure gestionis*. **The exception proposed in article 12 makes no such distinction, subject to a qualification in the opening paragraph indicating the reservation”** (UN: Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries 1991, 2005, p. 34. Disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf, acesso em 16 de agosto de 2019, grifei)

Tradução livre:

A base para a assunção e exercício da jurisdição nos casos abrangidos por esta exceção é a territorialidade. O *locus delicti commissi* oferece uma conexão territorial substancial, independentemente da motivação do ato ou omissão, intencional ou mesmo maliciosa, ou acidental, negligente, inadvertida, imprudente ou descuidada, e mesmo, independentemente da natureza das atividades envolvidas, seja *jure gestionis jure*, seja *jure imperii*. Esta distinção foi mantida na jurisprudência de alguns Estados que envolvem acidentes automobilísticos no exercício de funções oficiais ou militares. Enquanto a imunidade foi mantida por atos *jure imperii*,

foi rejeitada por atos *jure gestionis*. A exceção proposta no artigo 12 não faz tal distinção, sujeita a uma qualificação no parágrafo inicial indicando a reserva ”

Embora ainda não adotado e ainda que haja discussão quanto a sua aplicação em casos de guerra, infirma-se, com a proposição, a natureza absoluta da imunidade por atos *jure imperii*.

No caso, em relação ao local dos fatos, conforme consta do acórdão do Tribunal Marítimo, estes teriam ocorrido no mar territorial brasileiro:

“Restou indubitavelmente provado que, no período do sumiço do pesqueiro, havia uma intensa operação de guerra na costa brasileira, como comprovado pela presença de mais de uma dezena de submarinos alemães nas águas sob jurisdição brasileira, submarinos que não hesitavam em afundar tudo o que aparecia a sua frente, mesmo sendo inofensivos barcos de pesca, para que sua localização não fosse conhecida.

Também comprovou-se que o U-199 praticava suas operações de guerra no litoral do Rio de Janeiro durante o mês de julho de 1943, tendo, inclusive, sido localizado, na noite do dia 03, por um avião PBM Mariner do Esquadrão VP-74 da Força Aérea Americana, estando nas proximidades do Rio de Janeiro. No diário de guerra do submarino consta, depois desse episódio que provocou a queda do avião americano, um deslocamento para oeste, o que significa uma aproximação da costa, próximo do litoral norte de Cabo Frio, onde certamente navegava o B/P ‘CHANGRI-LÁ’.

Dessa forma, o primeiro indício de que foi o U-199 que afundou o ‘CHANGRI-LÁ’ retira-se da coincidência entre as suas rotas, tanto no que diz respeito à latitude e longitude, quanto aos dias e horários de suas derrotas.” (eDOC 2, p. 57-58)

Assim, pela proposição, não haveria imunidade.

No mesmo sentido, os países da então Comunidade Econômica Europeia, entre os quais a Alemanha, celebraram, em 1972, a Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição (*European Convention on State Immunity*), prevendo o seu art. 11 que “os contratantes não podem reclamar a imunidade à jurisdição de outro Estado parte quando o processo decorrer de dano à pessoa que ocorreu no território do Estado do foro e se o autor do ferimento ou dano estava presente neste território no momento em que os fatos ocorreram.”

Os Estados Unidos, acompanhando essa tendência, promulgou a lei de imunidade de jurisdição de 1976, denominada *U.S. Foreign Sovereign Immunities Act*, incorporada nas seções 1.602 a 1.611 do Código Norte-Americano, prevendo o item 5 da seção 1.605 que “*não cabe a imunidade para afastar responsabilidade por atos ou omissões ilícitos que causem a morte ou danos pessoais ou avaria ou perda de propriedade nos Estados Unidos.*”

Por sua vez, a Inglaterra estabeleceu, na seção 5 da lei britânica de Imunidade de Jurisdição de 1978 (*State Immunity Act*), que “*o Estado não goza de imunidade nos casos de morte, lesão pessoal, dano ou perda de propriedade tangível causados por ação ou omissão no Reino Unido*”.

Na mesma linha, a Austrália determinou, no art. 13 da lei australiana de imunidade de 1985 (*Foreign States Immunities Act*), que “*um Estado estrangeiro não é imune em processos que tratem de morte ou danos pessoais a pessoa ou danos ou perda de propriedade material causadas por um ato ou omissão praticado na Austrália*”.

E em 1995, a Argentina estabeleceu, no art. 2º, ‘e’ da Lei sobre Imunidade de Jurisdição (*Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*), que “*os Estados estrangeiros não podem invocar imunidade de jurisdição quando demandados por danos e prejuízos derivados de delitos ou quase-delitos cometidos no território*”.

No âmbito jurisdicional, a Justiça italiana considerou que a imunidade não deveria prevalecer diante da violação de uma norma do *jus cogens*. Inicialmente, em março de 2004, no caso que ficou conhecido como caso *Ferrini*, em que um italiano foi deportado e submetido a trabalhos forçados na Alemanha, e em 2008, no caso conhecido como “Massacre de Civitella”, ocasião em que 203 civis foram mortos por soldados alemães.

Como alegou a Itália quando a questão foi levada à Corte Internacional de Justiça, duas teorias podem ser levantadas nesses casos: a primeira advoga que a violação de normas de *jus cogens* não pode ser considerada um ato de *jus imperii*; a segunda sustenta que os Estados não têm direito a imunidade jurisdicional nos casos de violações das normas de *jus cogens*, por causa da supremacia hierárquica dessas normas:

“Two main ideas are at the basis of those theories. The first one is that the violation of peremptory norms of international law cannot be

considered to be a sovereign act. This idea has been expounded since 1989 by Professors Belsky, Roth-Arriaza and Merva: 'the existence of a system of rules that States may not violate [i.e. *jus cogens*] implies that when a State acts in violation of such a rule, the act is not recognised as a sovereign act. When a State act is no longer recognised as sovereign, the State is no longer entitled to invoke the defense of sovereign immunity.'

This idea was first applied by the United States District Court for the District of Columbia in *Princz v. Federal Republic of Germany*. The Court held that 'the Federal Sovereign Immunity Act [i.e. immunity] has no role to play where the claims involve undisputable acts of barbarism committed by a one-time outlaw nation' and 'a nation that does not respect the civil and human rights of an American citizen is barred from invoking United States law to block the citizen in its effort to vindicate his rights'(...)

4.72 The second main idea is that States responsible for violations of *jus cogens* norms would no longer be entitled to sovereign immunity because of the hierarchical supremacy of the former norms. This theory was supported by a minority of eight to nine judges of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom*, and it is significant that this minority included almost all members of the Court who were scholars of international law. In their dissenting opinion, Judges Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vaji stated that 'The acceptance therefore of the *jus cogens* nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions. [...] Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect.'

The acceptance therefore of the *jus cogens* nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions. [...] Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect." (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional of the State (Germany Vs Italy). Counter-Mémorial of Italy, de 22.12.2009, p. 65-67. Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf>, acesso em 15 de agosto de 2019.

Tradução livre:

Duas ideias principais estão na base dessas teorias. A primeira é que a violação das normas peremptórias do direito internacional não pode ser considerada um ato soberano. Esta ideia foi exposta desde 1989 pelos professores Belsky, Roth-Arriaza e Merva: "a existência de um sistema de regras que os Estados não podem violar [ou seja, *jus cogens*] implica que quando um Estado age em violação de tal regra, o ato não é reconhecido como um ato soberano. Quando um ato do Estado não é mais reconhecido como soberano, o Estado não tem mais o direito de invocar a defesa da imunidade soberana".

Esta ideia foi aplicada pela primeira vez pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Colúmbia em *Princz versus República Federal da Alemanha*. O Tribunal considerou que "a Lei Federal de Imunidade Soberana [isto é, imunidade] não tem papel a desempenhar onde as reivindicações envolvem atos indiscutíveis de barbárie cometidos por uma nação fora-da-lei "e" uma nação que não respeita os direitos civis e humanos de um cidadão americano é impedida de invocar a lei dos Estados Unidos para bloquear o cidadão em seu esforço para reivindicar seus direitos (...)".

4.72 A segunda ideia principal é que os Estados responsáveis pelas violações das normas *jus cogens* não teriam mais direito à imunidade soberana por causa da supremacia hierárquica das normas anteriores. Esta teoria foi apoiada por uma minoria de oito a nove juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em *Al-Adsani v. Reino Unido*, e é significativo que esta minoria incluísse quase todos os membros do Tribunal que eram especialistas em direito internacional. Na sua opinião dissidente, os juízes Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vaji afirmaram que "A aceitação da natureza *jus cogens* da proibição da tortura implica que um Estado que alegadamente a viole não possa invocar regras hierarquicamente inferiores (neste caso, aquelas sobre a imunidade do Estado) para evitar as consequências da ilegalidade de suas ações. [...] Devido à interacção da regra *jus cogens* sobre a proibição da tortura e as regras de imunidade do Estado, a barreira processual da imunidade do Estado é automaticamente levantada, porque essas regras, por entrarem em conflito com uma regra hierarquicamente superior, não produzem efeito legal".

A aceitação, portanto, da natureza *jus cogens* da proibição da tortura implica que um Estado que supostamente a viole não possa invocar regras hierarquicamente inferiores (neste caso, aquelas sobre imunidade do Estado) para evitar as consequências da ilegalidade de suas ações. [...] Devido à interacção da regra *jus cogens* sobre a proibição da tortura e as regras de imunidade do Estado, a barreira processual da imunidade do Estado é automaticamente levantada, porque essas regras, por entrarem em conflito com uma regra hierarquicamente superior, não produzem efeito legal.

Assim, ou não há ato de império, ou a imunidade dele decorrente deve ceder diante da preponderância dos direitos humanos, tal como visto, determina a Constituição brasileira.

Além do caso italiano, há outras notícias de Cortes nacionais que afastaram a imunidade em casos de atos militares ilícitos, como na jurisprudência grega do caso *Distomo*, localidade vítima da ocupação alemã, havendo o governo da região, representando as vítimas e seus parentes, proposto e vencido ação indenizatória contra a Alemanha na jurisdição grega.

No entender da Corte Grega, tais atos não poderiam ser considerados como exercício de soberania estatal e, assim, protegidos pela imunidade de jurisdição, porquanto a circunstância de atentarem contra normas *jus cogens* os descharacterizaria como tal.

Por decisão da Corte Europeia (*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*), no entanto, não foi possível executar a decisão condenatória (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado* , 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 600-601;).

Por sua vez, o caso *Letelier v. Republic of Chile* , dos EUA, é um precedente que restringe a concessão de imunidade estatal nos casos de violações cometidas no território do Estado-foro por pessoas presentes neste território, mesmo que tais atos enquadrrem-se na classificação de atos de império. O embaixador do Chile nos EUA foi morto em um ato atribuído ao governo chileno e este foi condenado a pagar às famílias a indenização pleiteada.

Pendem, ainda, na Suprema Corte dos EUA, dois casos: *Republic of Hungary v. Simon* e *Federal Republic of Germany v. Philipp*, concernentes a expropriações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, havendo a Corte de Apelação do Distrito de Columbia afastado a imunidade de jurisdição.

Recentemente, a Corte do Distrito Central de Seul condenou o Japão a indenizar mulheres sul-coreanas vítimas de crimes de exploração sexual (conhecidas como “Comfort women”) durante a ocupação japonesa no país, assim como a Suprema Corte do país já condenara o Japão pela utilização de trabalho escravo sul-coreano. A decisão considerou tratar-se de um crime contra a humanidade – e ofensivo ao *jus cogens* cujas vítimas não foram diretamente ressarcidas nos acordos entre os países, de modo que a

imunidade ofenderia o artigo 8 da Declaração de Direitos Humanos, que prescreve: “*Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.*”

Como se vê, a questão persiste na ordem do dia do direito internacional.

No Brasil, além dos fatos ora relatados, outros casos chegaram ao STJ, determinando-se, ao menos, a citação do Estado estrangeiro. Destaca-se o Recurso Ordinário nº 64/SP, relatado pela Min. Nancy Andrigui, em que um cidadão francês naturalizado brasileiro moveu ação em face da República Federal da Alemanha, visando a receber indenização pelos danos sofridos por ele e por sua família, de etnia judaica, durante a ocupação do território francês na Segunda Guerra Mundial. Colhe-se da ementa:

(...) Há interesse da jurisdição brasileira em atuar na repressão dos ilícitos descritos na petição inicial. Em primeiro lugar, a existência de representações diplomáticas do Estado Estrangeiro no Brasil autoriza a aplicação, à hipótese, da regra do art. 88, I, do CPC. Em segundo lugar, é princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio se espalha por todo o texto constitucional. No plano internacional, especificamente, há expresso compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Disso decorre que a repressão de atos de racismo e de eugenia tão graves como os praticados pela Alemanha durante o regime nazista, nas hipóteses em que dirigidos contra brasileiros, mesmo naturalizados, interessam à República Federativa do Brasil e podem, portanto, ser aqui julgados.

- A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio.

Recurso ordinário conhecido e provido.

(RO . 64/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 23/06/2008) (RO 64/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05 /2008, DJe 23/06/2008)

Do mesmo modo, o STJ determinou a citação dos EUA na ação de indenização movida pela família do ex-presidente João Goulart em virtude da participação norte-americana na sua deposição:

INTERNACIONAL, CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. INTERVENÇÃO DE CARÁTER POLÍTICO E MILITAR EM APOIO À DEPOSIÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEMANDA MOVIDA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ATO DE IMPÉRIO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO, POR VONTADE SOBERANA DO ESTADO ALIENÍGENA. PREMATURA EXTINÇÃO DO PROCESSO AB INITIO. DESCABIMENTO. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA QUE, PREVIAMENTE, SE OPORTUNIZE AO ESTADO SUPЛИCADO A EVENTUAL RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO.

I. Enquadrada a situação na hipótese do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC, é de se ter como possivelmente competente a Justiça brasileira para a ação de indenização em virtude de danos morais e materiais alegadamente causados a cidadãos nacionais por Estado estrangeiro em seu território, decorrentes de ato de império, desde que o réu voluntariamente renuncie à imunidade de jurisdição que lhe é reconhecida.

II. Caso em que se verifica precipitada a extinção do processo de pronto decretada pelo juízo singular, sem que antes se oportunize ao Estado alienígena a manifestação sobre o eventual desejo de abrir mão de tal prerrogativa e ser demandado perante a Justiça Federal brasileira, nos termos do art. 109, II, da Carta Política.

III. Precedentes do STJ.

IV. Recurso ordinário parcialmente provido, determinado o retorno dos autos à Vara de origem, para os fins acima.

(RO 57/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 14/09/2009)

De todo modo, obviamente não se ignora a decisão da Corte Internacional de Justiça sobre o caso italiano acima citado, afirmando a imunidade. Valério Mazzuoli bem sintetiza o estado da arte da questão e a crítica que lhe é dirigida:

“Destaque-se que a CIJ, em 3 de fevereiro de 2012, firmou definitivamente o seu posicionamento sobre as imunidades de um Estado à jurisdição de outro, no julgamento do caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (*Alemanha Vs. Itália; Grécia interveniente*). Naquela ocasião, entendeu a Corte que as imunidades que um Estado tem em território de outro são absolutas quando se trata de atos *jure imperii* por aquele praticados, não cabendo qualquer tipo de exceção à regra (ainda que sob a bandeira da proteção dos direitos humanos). No caso, o tribunal afirmou que não poderia a Itália proceder a medidas de execução forçada (v.g., arresto, sequestro etc.) contra bens alemães em seu território, ainda que fosse para indenizar vítimas italianas de crimes cometidos pelo Reich alemão. Contra apenas um voto contrário, do juiz Cançado Trindade, a CIJ manteve a doutrina clássica das imunidades, que não abre exceções à proteção impermeável que uma potência estrangeira há de ter em território de outra, quando se tratar de atos de *império*. O tribunal afirmou ainda que mesmo supondo que as ações cometidas pelo *Reich* nazista envolveram graves violações de direitos humanos e ao *ius cogens*, a aplicação das normas internacionais costumeiras sobre imunidades haveria de permanecer intacta. Como se percebe, segundo essa decisão da CIJ a teoria tradicional das imunidades permanece inalterada, continuando os Estados dotados de um ‘escudo’ que nem mesmo as questões relativas a direitos humanos seriam capazes de ultrapassar. Daí poder-se dizer ter a CIJ seguido uma concepção conservadora no campo das imunidades do Estado, o que impedirá (doravante) as decisões condenatórias de tribunais internos contra Estados estrangeiros, no tocante aos atos *jure imperii* por eles praticados. A crítica que se faz, no entanto, é que não se poderá (contrariamente ao que decidiu a CIJ) entender propriamente como *jure imperii* os atos estatais que violem direitos humanos, pois não é, em absoluto, função do Estado cometer atentados a direitos dos cidadãos, como genocídio, crimes contra a paz ou crimes contra a humanidade, senão atuar em função de todas as pessoas que assentam o seu território, pelo que atos dessa natureza não poderiam, *de jure*, enquadrar-se na moldura dos atos *jure imperii* para o fim de imunizar qualquer Estado perante a ordem jurídica de outro.

(...) Contudo, se é certo que durante muitos anos esse aforismo do *par in parem* serviu de base à teoria da imunidade de jurisdição estatal, não é menos certo que a tese da imunidade de jurisdição absoluta (*the King can do no wrong*) passou, desde os tempos mais atuais, notadamente a partir da década de 1970, por uma intensa relativização, e porque não dizer desprestígio, momento a partir do qual deixou de ser pacificamente aceita. Tal se deu notadamente devido ao aumento das relações entre Estados e particulares, especialmente na seara comercial, (...) Até mesmo Jean-Flavien Lalive -

que em prestigioso estudo sobre o tema, estampado no *Recueil des Cours*, concluiu inexistir qualquer regra convencional ou costumeira que obrigue em reconhecer imunidade de jurisdição a um Estado estrangeiro, criticando os que sustentam tal imunidade com base no costume, na independência e na igualdade jurídica entre os Estados - reconheceu haver alguns atos estatais verdadeiramente imunes à jurisdição de um Estado estrangeiro, como os atos da administração interna (como a expulsão de um estrangeiro do território nacional ou a recusa de permanência etc.), os atos legislativos (v.g., leis sobre nacionalidade e cidadania etc.), os atos das forças armadas terrestres, navais e aéreas do Estado, os relativos à atividade diplomática e os concernentes a empréstimos públicos contratados no exterior." (MAZZUOLI, Valerio. *Curso de Direito Internacional Público*. 12^aed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 476-480)

A crítica foi pontuada pela Procuradoria-Geral da República (eDOC 15, p.

"A decisão foi duramente criticada pela doutrina internacional [Para uma visão da crítica apresentada, c.f.: BORNKAMM, Christoph. State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State. In *German Law Journal*, v. 13, n. 6, 2012, p. 773-782. CONFORTI, Benedetto. The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a missed opportunity. In *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI (2011), 2012, p. 135-142. ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'a conflict does exist'. In *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI, 2012, p. 161-174. DE SENA, Pasquale; DE VITTORI, Francesca. State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2005, p. 89-112. PAVONI, Ricardo. An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State. In *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI (2011), 2012, p. 143-159. TRAPP, Kimberley Natasha; MILLS Alex. Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy. In *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 1, 2002, p. 153-168].

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 Internacional."

E encontra eco também na doutrina nacional, nas palavras de Carmen Tiburcio:

"O esforço de se tentar vislumbrar nessa categoria – violação de direitos humanos – uma nova exceção ao benefício imunitório, distinta da exceção de ilícitos no foro, até o momento tem sido em vão, o que é de se lamentar. Diante de crimes de enorme gravidade, não há que se falar na caracterização de ato de império." (TIBURCIO, Carmen, Extensão e limites da jurisdição brasileira. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 451)

De todo modo, a decisão da Corte Internacional de Justiça trata-se de decisão que não tem eficácia *erga omnes* e vinculante, conforme dispõe o artigo 59 do seu próprio Estatuto: "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão." Segundo os termos do artigo 38 desse mesmo Estatuto, as decisões são meio auxiliar para a determinação da regras de direito. Novas veredas, portanto, ainda estão abertas.

Além disso, há uma distinção relevante no caso, pois a Corte Internacional de Justiça considerou o fato de a Itália ter recebido indenização a título de solução global:

"... whereas by the second Agreement, concerning 'Compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution' (entered into force on 31 July 1963), Germany undertook to pay compensation to Italian nationals affected by those measures; whereas Article 3 of that Agreement provided that '[w]ithout prejudice to any rights of Italian nationals based on German compensation legislation, the payment provided for in Article 1 shall constitute final settlement between the Federal Republic of Germany

and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty'; (Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20100706-ORD-01-00-EN.pdf>, p. 8, acesso em 22 de agosto de 2019)

Tradução livre:

...considerando que, no segundo acordo, relativo à "indenização dos nacionais italianos sujeitos a medidas nacional-socialistas de perseguição" (que entrou em vigor em 31 de julho de 1963), a Alemanha comprometeu-se a pagar uma indenização aos nacionais italianos afetados por essas medidas; Considerando que o artigo 3º do referido acordo previa que "em caso de prejuízo dos direitos dos cidadãos italianos com base na legislação alemã em matéria de indenizações, o pagamento previsto no artigo 1º constitui uma solução final entre a República Federal da Alemanha e a República Italiana de todas as questões. regido pelo presente Tratado".

Não houve, por aqui, essa indenização pelos atos praticados pela Alemanha no mar territorial brasileiro.

Assim, a relativização da imunidade de jurisdição estatal em caso de atos ilícitos praticado no território do foro em violação a direitos humanos permanece, a meu ver, possível.

d) Exclusão da imunidade estatal por ato ilícito violador dos direitos humanos

Os fatos relatados, como visto, remanesceram durante quase 60 anos sem resposta, sendo que apenas a confrontação de fontes realizada pelo perspicaz historiador Elísio Gomes Filho pôde elucidá-los. Ceifadas as vidas, as famílias das vítimas, além de privadas de seus entes queridos – e da fonte de subsistência que estes proviam -, foram privadas da resposta, do direito à verdade.

Eis mais um direito humano violado. No Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, relativas à proteção das vítimas dos conflitos armados, aqui internalizados pelo Decreto n. 849/1993, encontra-se, no artigo 32, como princípio geral, o "*direito que têm as famílias de conhecer a sorte de seus membros*". Trata-se, pois, de um direito humano, que, como tal, goza de prevalência constitucional (art. 4º, II, da CRFB), não podendo ser negada a jurisdição.

Quando então a verdade vem à tona, revelando que os pescadores – civis trabalhadores alheios à guerra – foram vítimas de um ato aleatório, nada podem fazer para que o agressor seja responsabilizado?

Negar esse direito ou exigir que a vítima busque a jurisdição estrangeira é reservar-lhe a anomia, o não-direito, o “estado de exceção”, nas palavras de Agamben:

“Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito ao patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.” (AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. [trad. Iraci D. Poleti]. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39)

A imunidade estatal, neste caso, instaura essa zona de indiferença do Direito dentro do próprio Direito.

Foi por isso que um dos fundamentos do voto do juiz Cançado Trindade no caso *Germany vs Italy* foi justamente o acesso à justiça, enfrentando o argumento da Alemanha de “*forum shopping*”:

“128. Italy argues that the enforcement of the Distomo Massacre judgment was not a consequence of the alleged “forum shopping” created by the Ferrini decision, and that there is no principle that renders any foreign State immune for recognitions proceedings. Furthermore, it argues that since the Greek courts had not recognized immunity to Germany based on the same justifications and on similar circumstances as those of the Ferrini case, Italy had no duty to accord immunity to Germany.

129. In my understanding, what jeopardizes or destabilizes the international legal order are the international crimes and not individual suits for reparation in the search for justice. In my perception, what troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims’ search for justice. When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose. Grave breaches of human

rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts jure imperii. They are anti-juridical acts, they are breaches of jus cogens, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. This would block the access to justice, and impose impunity. It is, in fact, the opposite that should take place : breaches of jus cogens bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done. ” (Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-BI.pdf> Acesso em 22 de agosto de 2019

Tradução livre:

128. A Itália argumenta que a execução do julgamento do Massacre de Distomo não foi uma consequência do suposto “*forum shopping*” criado pela decisão *Ferrini*, e que não existe um princípio que torne imune qualquer Estado estrangeiro a processos de conhecimento. Além disso, alega que, uma vez que os tribunais gregos não reconheceram imunidade para a Alemanha com base nas mesmas justificativas e em circunstâncias semelhantes às do caso *Ferrini*, a Itália não tinha o dever de conceder imunidade à Alemanha

129. Na minha opinião, o que põe em risco ou desestabiliza a ordem jurídica internacional são os crimes internacionais e não as ações individuais de reparação na busca por justiça. Na minha percepção, o que atrapalha a ordem jurídica internacional é o encobrimento de tais crimes internacionais, acompanhado pela impunidade dos autores, e não a busca das vítimas por justiça. Quando um Estado adota uma política criminal de assassinar segmentos de sua própria população e da população de outros Estados, não pode, posteriormente, se colocar atrás do escudo de imunidades soberanas, pois esses últimos nunca foram concebidos para esse fim. As graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, que equivalem a crimes internacionais, não são de modo algum *jure imperii*. São atos anti-jurídicos, violações de *jus cogens*, que não podem simplesmente ser removidos ou jogados no esquecimento pela persistência da imunidade do Estado. Isso bloquearia o acesso à justiça e imporia impunidade. De fato, é o contrário que deve ocorrer: violações de *jus cogens* provocam a remoção de reivindicações de imunidade do Estado, para que a justiça possa ser feita.”

E, desde a lição de Mauro Capelletti, sabe-se que são várias as restrições que podem inibir o acesso à justiça, direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB e, no âmbito dos direitos humanos, no art. 8º e 10º da Declaração Universal e no artigo 14º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Sobre essas restrições em conflitos contra Estados estrangeiros, eis as pertinentes ponderações de Carmen Tiburcio:

"Por outro lado, os principais obstáculos ao acesso à justiça, como regra geral, sequer decorrem de normas positivadas pelos ordenamentos jurídicos. Na realidade, as maiores restrições ao referido princípio são menos jurídicas do que fáticas, compreendendo barreiras econômicas, culturais, geográficas, temporais, burocráticas etc, sobretudo para os mais pobres. Portanto, ao se obrigar o jurisdicionado a buscar um Poder Judiciário caro e distante, tanto geograficamente quanto culturalmente, será provável que a consequência provocada seja uma violação ao acesso à justiça, no seu significado substancial. Assegurar o mero acesso formal ao Judiciário é apenas o início. O ingresso ao Judiciário, por si só, representa muito pouco ou quase nada. (...)

Em alguns casos, porém, a imunidade significará efetivamente, de um lado, a impossibilidade de responsabilizar o Estado por suas ações e, de outro, a denegação de justiça à outra parte nas hipóteses em que o Judiciário local for o único foro de fato disponível. Isso significa dizer que o reconhecimento da imunidade poderá efetivamente originar uma denegação de justiça nos casos em que houver hipossuficiência da parte autora ou qualquer outra situação que envolva impossibilidade de acesso ao Judiciário estrangeiro." (TIBURCIO, Carmen. Extensão e limites da jurisdição brasileira. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.272)

Devem, pois, prevalecer os direitos humanos – à vida, à verdade e ao acesso à justiça –, tal como determina o art. 4º, V, da Constituição, quando fez a explícita opção normativa por um paradigma novo nas relações internacionais, em que, nas palavras de Cançado Trindade, são preponderantes, não mais a soberania dos Estados, mas os seres humanos:

"Em nosso Voto Arrazoado no Parecer da CIJ (de 22/07/2010) sobre a *Declaração da Independência do Kosovo*, tivemos a ocasião de assinalar, *inter alia*, precisamente a relevância dos princípios do direito internacional no âmbito do Direito das Nações Unidas, e em relação aos *fins humanos* do Estado, levando ademais à superação do tradicional paradigma estritamente interestatal no direito internacional contemporâneo. Não se pode esquecer que os Estados foram historicamente criados para os seres humanos. O novo *jus gentium* de nossos tempos encontra-se centrado não nos Estados, mas sim nos seres humanos, mantendo em mente as necessidades da comunidade internacional como um todo." (TRINDADE, Antonio Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 450.)

É por isso que adiro ao seu entendimento – vencido, admito - quando do julgamento do caso acima mencionado, *Germany v. Italy: Greece intervening*:

...179. No State can, nor was ever allowed, to invoke sovereignty to enslave and/or to exterminate human beings, and then to avoid the legal consequences by standing behind the shield of State immunity. There is no immunity for grave violations of human rights and of international humanitarian law, for war crimes and crimes against humanity. Immunity was never conceived for such iniquity. To insist on pursuing a strictly inter-State approach in the relationships of responsibility leads to manifest injustice. The present case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) gives eloquent testimony of this.

*180. 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 titulaires 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.*

*181. 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*). The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is of no assistance to a case like the present one before the Court International crimes are not acts of State, nor are they “private acts” either; a crime is a crime, irrespective of who committed it....)*

(Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-BI.pdf> Acesso em 22 de agosto de 2019)

Tradução livre:

“Nenhum Estado pode, nem jamais foi permitido, invocar a soberania para escravizar e/ou exterminar seres humanos, e depois evitar as consequências legais, por trás do escudo da imunidade do Estado. Não há imunidade para graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A imunidade nunca foi concebida para tal iniquidade. Insistir em seguir uma abordagem estritamente interestatal nas relações de responsabilidade leva a manifestar injustiça. O presente caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado

(Alemanha v. Itália: Grécia intervindo) dá testemunho eloquente disso.

180. Indivíduos são, de fato, sujeitos do direito internacional (não apenas “atores”), e sempre que a doutrina legal se afastou disso, as consequências 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 testemunho inequívoco disso.

181. A doutrina das imunidades soberanas, que floresceu com a miopia de uma abordagem centrada no Estado - que só podia contemplar relações interestatais - indevidamente subestimada e irresponsavelmente negligenciada a posição da pessoa humana no direito internacional, na lei das nações (*droit des gens*). A distinção entre atos *j ure imperii* e atos *j ure gestionis* não serve para um caso como o presente perante a Corte. Crimes internacionais não são atos de Estado, nem são “atos privados”; **um crime é um crime, independentemente de quem o tenha cometido**.

(grifei)

“Um crime é um crime.” A imunidade, assim, deve ceder diante de um ato atentatório aos direitos humanos. Não se trata, como visto, de uma regra absoluta.

É assim que entendo deve esta Corte, diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (Art. 4º, II), torná-la efetiva, afastando a imunidade de jurisdição no caso.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Extraordinário para, afastando a imunidade de jurisdição da República Federal da Alemanha, anular a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Fixo a seguinte tese: “Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição.”

É como voto.