

# Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros no Supremo Tribunal Federal

*Jurisdictional immunity of foreign States in the Brazilian Supreme Federal Court*

*Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues\**

*Luiz Felipe Guerreiro Couto\**

## RESUMO:

Este trabalho examina criticamente a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir o Agravo em Recurso Extraordinário n. 954.858/RJ (caso Changri-lá). Argumenta que o afastamento da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro para atos de império no caso de violação a Direitos Humanos (ainda) não reflete a prática contemporânea do Direito Internacional. Ressalta que a aplicação do Direito Internacional Intertemporal não permite o alcance do suposto novo costume a fatos ocorridos sob a vigência de outro Direito Internacional. Reflete sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para adotar decisão política de elevada repercussão na esfera internacional. Ao final, considerando que os Estados se comprometem e cumprem seus deveres por vontade e acordo, conclui que a ruptura unilateral do costume consolidado relativo à imunidade de jurisdição não diz com os fins do Direito Internacional.

**Palavras-chave:** Direito Internacional; Soberania; Imunidade de Jurisdição; Direitos Humanos; *jus cogens*.

## ABSTRACT:

This article critically examines Brazilian Supreme Federal Court ruling on Changri-la case (Interlocutory Appeal 954.858/RJ). It argues that an withdrawal of Immunity to foreign State jurisdictions concerning *acta iure imperii* that violate human rights does not (yet) reflect contemporary practice of the International Law. It emphasises that the correct application of Intertemporal International Law does not permit extending this new interpretation to facts that occurred under the validity of another International Law. It also examines the legitimacy of the Supreme Federal Court, concerning the adoption of political decisions with high repercussion in the international sphere. Its conclusion, considering States undertake and fulfil their duties by will and

\* Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Juiz Federal Titular na Justiça Federal da 2ª Região. E-mail: [paulo.rodrigues@ifrj.jus.br](mailto:paulo.rodrigues@ifrj.jus.br).

\* Pós-Graduando no Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB. Advogado. E-mail: [guerreiroluiz0@gmail.com](mailto:guerreiroluiz0@gmail.com).

agreement, thus considers that a unilateral breach of consolidated custom regarding immunity from jurisdiction is not consistent with the purposes of International Law.

**Keywords:** International Law; State's Sovereignty; Jurisdictional immunity; Human Rights; *jus cogens*.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O caso concreto; 2. O julgamento e as razões de decidir; 3. Leitura crítica da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal; 3.1. A soberania (e sua solidez) não é um capricho dos Estados; 3.2. A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros como fator de harmonia; 3.3. O caso *Ferrini* e suas afirmações desconsideradas; 3.4. As fontes do Direito Internacional; 3.5. O costume mudou?; 3.6. A indevida eficácia retroativa dos tratados de direitos humanos e o suposto novo costume; 3.7. A legitimidade do STF para tomar decisões políticas na esfera internacional; 4. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) superou o costume de Direito Internacional relativo à imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros para atos de império, qual seja, a impossibilidade de determinado Estado julgar outro Estado por conduta decorrente de sua soberania.

A regra costumeira deriva do respeito mútuo que os Estados, reconhecendo-se como iguais e soberanos – *par in parem non habet imperium* –, conservam em nome da convivência pacífica da sociedade internacional.

A discussão se deu nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário n. 954.858/RJ (Tema 944 da Repercussão Geral). Após deliberar sobre o suposto conflito entre a soberania e a necessidade de se combater atos de violação a direitos humanos, o Tribunal fixou a tese de que os “*atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a Direitos Humanos não gozam de imunidade de jurisdição*”<sup>2</sup>.

Posteriormente, o STF acolheu em parte os embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da República (PGR) apenas para acrescentar à tese o requisito territorial – somente a prática de ato ilícito violador de direitos humanos em território nacional atrairá a competência da Justiça brasileira<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão no Agravo em Recurso Extraordinário n. 954858. Julgamento em 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453238/false>. Acesso em: 30 jul. 2022.

<sup>3</sup> Ao tempo em que se escreve o presente trabalho, o acórdão dos embargos de declaração ainda não foi publicado. De qualquer modo, é possível ver o resumo da deliberação da Sessão Virtual de 13/05/2022 a 20/05/2022, ocasião em que se

De todo modo, o afastamento da imunidade de Estado estrangeiro pela prática de ato de império não é comum na prática do Direito Internacional e, de fato, representou novo entendimento do STF sobre o tema.

Assim, este artigo tem por objetivo analisar criticamente os fundamentos que orientaram o Tribunal no julgamento em que fixou a tese mencionada, quando provocado a reexaminar o alcance da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros diante da tragédia ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial: o torpedeamento do barco Changri-lá em julho de 1943 no litoral de Cabo Frio, Rio de Janeiro.

## 1. O CASO CONCRETO

Em julho de 1943, no litoral de Cabo Frio, Rio de Janeiro, ofensiva do submarino alemão U-199 torpedeou o barco brasileiro Changri-lá provocando a morte de dez pescadores brasileiros.

A guerra travada por Inglaterra, Estados Unidos da América, França e União Soviética (Aliados) contra a Alemanha, Itália e Japão (Eixo), alcançou proporções tão sensíveis que o Brasil, embora inicialmente neutro no conflito<sup>4</sup>, foi compelido a adotar um posicionamento claro, e uniu-se aos Aliados.

No dia 22 de agosto de 1942, o Brasil declarou guerra ao Eixo, após ver o torpedeamento de navios mercantes nacionais pelo submarino alemão U-507 – ofensiva que levou a óbito mais de 600 (seiscentos) brasileiros no litoral de Sergipe. O ataque foi apenas um dos diversos ocorridos na Costa brasileira durante aquela guerra<sup>5</sup>.

No caso do Changri-lá, sabe-se que a embarcação suspendera do porto do Rio de Janeiro com destino ao litoral norte de Cabo Frio, no dia 28 de junho de 1943. Após uma parada em Arraial do Cabo, no dia 4 de julho, e a retomada ao mar, o barco e seus tripulantes jamais foram vistos

---

julgou o recurso, pela página de acompanhamento processual do caso no sítio eletrônico do STF. Ver: Supremo Tribunal Federal. Processos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4943985>. Acesso em: 1º ago. 2022.

<sup>4</sup> *Senta a Púa! Conheça a história da Força Aérea Brasileira na Segunda Guerra*. Força Aérea Brasileira. Disponível em:

<https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/33818/AVIA%C3%87%C3%83O%20DE%20CA%C3%87A%20-%20Senta%20a%20P%C3%BAa!%20Conhe%C3%A7a%20a%20hist%C3%B3ria%20da%20For%C3%A7a%20A%C3%A9rea%20Brasileira%20na%20Segunda%20Guerra>. Acesso em: 7 ago. 2022.

<sup>5</sup> *Brasil declara guerra em 22 de agosto de 1942*. Força Aérea Brasileira. Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/musal/index.php/slideshow/819-brasil-declara-guerra-em-22-08-1943>. Acesso em: 30 jul. 2022.

novamente. Dias depois, alguns pedaços da embarcação pesqueira apareceram na praia de Arraial do Cabo, sendo reconhecidos pelos pescadores locais como pertencentes ao barco desaparecido.

O fato foi levado à Capitania dos Portos, que enviou inquérito ao Tribunal Marítimo com o objetivo de apurar o sumiço da embarcação. O Tribunal, porém, arquivou o processo nº 812/43 por ausência de provas – e os familiares dos entes desaparecidos jamais obtiveram sequer uma certidão de óbito dos tripulantes sumidos.

Passadas décadas, Elísio Gomes Filho, então diretor do Museu Histórico Marítimo de Cabo Frio, encaminhou à Procuradoria Especial da Marinha (PEM) novas informações sobre o caso.

Em 2001, após a análise das provas e do recurso interposto pela Procuradoria, o Tribunal Marítimo concluiu que o Changri-lá afundou em decorrência de ato de guerra perpetrado pelo submarino alemão<sup>6</sup>.

A partir de então, familiares dos pescadores falecidos tentaram obter judicialmente compensação financeira da Alemanha. Recorrentemente, os Tribunais extinguiram o processo sem resolver o mérito da demanda, com fundamento na imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação a atos de império.

Nada obstante, uma dessas ações ganhou destaque ao chegar no STF. De início, a ação foi distribuída ao Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que, ao observar a imunidade de jurisdição da Alemanha, julgou o processo extinto, sem resolução do mérito.

Os autores, familiares do morto, interpuseram então recurso ordinário constitucional ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). O Relator naquele Tribunal, Ministro Marco Buzzi, negou seguimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência do Tribunal Superior que considerava inviável a responsabilização de Estado estrangeiro perante o Poder Judiciário brasileiro por ato de guerra.

A questão foi submetida ao STF por meio do citado ARE n. 954.858/RJ, sob Relatoria do Ministro Edson Fachin.

Em maio de 2017, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, qual seja, conhecer o alcance da imunidade de jurisdição de Estado

<sup>6</sup> Tribunal Marítimo (Brasil). *80 anos do Tribunal Marítimo: 1934 – 2014*. Rio de Janeiro: O Tribunal, 2014. Disponível em: [https://www.marinha.mil.br/tm/sites/www.marinha.mil.br.tm/files/file/biblioteca/livros/livro\\_80anos\\_TM\\_web.pdf](https://www.marinha.mil.br/tm/sites/www.marinha.mil.br.tm/files/file/biblioteca/livros/livro_80anos_TM_web.pdf). Acesso em: 30 jul. 2022. A Marinha, em cerimônia realizada no dia 6 de junho de 2004, reconheceu os pescadores como heróis de guerra, no Monumento aos Mortos da Segunda Guerra. Ver: *Marinha reconhece como heróis pescadores que tiveram barco afundado por submarino alemão*. Agência Brasil. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2004-06-06/marinha-reconhece-como-herois-pescadores-que-tiveram-barco-afundado-por-submarino-alemao>. Acesso em: 30 jul. 2022.

estrangeiro em relação a ato de império violador de direitos humanos (Tema 944 da Repercussão Geral)<sup>7</sup>.

Em agosto de 2021, o Tribunal julgou o mérito da questão e, novamente por maioria, afastou a imunidade de jurisdição da República Federal da Alemanha relativamente a ato de império<sup>8</sup>.

## 2. O JULGAMENTO E AS RAZÕES DE DECIDIR

As premissas ou motivos sem os quais o Tribunal não chegaria à específica conclusão a que chegou constituem as *razões de decidir* (ou os *fundamentos determinantes*), e a investigação dessas razões é relevante, considerado que tais fundamentos têm eficácia transcendente e, portanto, vinculam o próprio Tribunal e os demais que lhe são inferiores. Embora demandas posteriores possam ter distintas particularidades, a questão central de direito poderá ser semelhante, de modo a reclamar a adoção das mesmas razões apresentadas pelo Tribunal quando da resolução do primeiro caso<sup>9</sup>.

No julgamento do caso Changri-lá, a questão consistia em conhecer o alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro nas hipóteses de prática de ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana no território brasileiro.

O Tribunal, seguindo o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, assentou a seguinte tese: “*Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição*”.

O Ministro Relator adotou a premissa de que a fonte da imunidade de jurisdição do Estado soberano em razão de ato de império é o direito costumeiro, o que “*nem sempre deve prevalecer*”.

Para o julgador, os atos estatais que violem direitos humanos não podem ser considerados propriamente atos de império, mas enquadram-se na categoria de atos ilegítimos. Portanto, a imunidade de jurisdição deve ceder diante de uma conduta atentatória aos direitos humanos, sobretudo porque o art. 4º, V, da Constituição da República, “*fez a explícita opção normativa por um paradigma novo nas relações internacionais*” – a prevalência dos direitos humanos.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão no Agravo em Recurso Extraordinário n. 954858. Julgamento em 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453238/false>. Acesso em: 30 jul. 2022.

<sup>8</sup> Rememore-se o já citado acolhimento em parte dos embargos de declaração opostos pela PGR apenas para acrescentar na tese a necessidade de que o ato ilícito deve ser praticado em território nacional.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang et al.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 1.371-1.377.

O Ministro pontuou que a imunidade de jurisdição não é regra absoluta, a partir do argumento de que a Alemanha já teria aderido a Tratados em que renunciou a sua imunidade. Registrou, igualmente, que há no cenário mundial a tendência de se relativizar a imunidade de jurisdição nos casos de atos ilícitos violadores de direitos humanos.

Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin assinalou que a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas 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 sobre o tema, constando do seu artigo 12 a expressa prevalência da *lex loci delicti commissi*. O regramento prevê que um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição perante Tribunal de outro Estado quando o ato ou a omissão imputada tenha ocorrido no todo ou em parte no território do último e gere de morte, lesão ou dano à pessoa<sup>10</sup>.

No caso Changri-lá, segundo o Ministro, o assassinato dos pescadores brasileiros pelo submarino alemão constituiu violação aos princípios gerais do direito internacional humanitário – um ato ilícito, em que pese o contexto de guerra, de modo que, décadas depois, deveriam os familiares dos pescadores falecidos poder se valer de um meio doméstico – a jurisdição brasileira –, para responsabilizar o agressor.

Sob outra perspectiva, o Ministro Edson Fachin alertou que negar a jurisdição brasileira e exigir que a vítima buscasse a jurisdição estrangeira equivaleria a “*reservar-lhe a anomia, o não-direito, o ‘estado de exceção’*”, pelo que a imunidade estatal instauraria uma “*zona de indiferença do Direito dentro do próprio Direito*”, violando-se o acesso à justiça em seu sentido substancial.

Além disso, o Ministro destacou a decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Ferrini (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Embora aquela Corte tenha rejeitado por expressiva maioria a nova flexibilização da imunidade de jurisdição, o Relator teve por bem salientar que a decisão não tem eficácia *erga omnes* e que o voto vencido do eminente Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, membro da CIJ, reflete opinião condizente com a Constituição brasileira<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> O Relator também elencou como normas internacionais e estrangeiras a ratificar essa tese a Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição (1972), o *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) dos Estados Unidos da América, o *State Immunity Act* (1978) da Inglaterra, o *Foreign States Immunities Act* (1985) da Austrália e a *Lei de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos* (1995) da Argentina. Para além disso, o Ministro apontou, nesse sentido, um julgado da Grécia (*Distomo*), um julgado dos EUA (*Letelier v. Republic of Chile*) e outro da Corte do Distrito Central de Seul, Coreia do Sul, no caso *Comfort women*.

<sup>11</sup> Especificamente, o Ministro Edson Fachin corroborou o entendimento do Juiz Cançado Trindade, que negou a imunidade de jurisdição para graves violações dos direitos humanos, considerando que a distinção entre atos de império e atos de gestão não serve para casos de “*crimes internacionais*”. Estes, por sua vez, não seriam atos de Estado nem atos privados. Assim, tomando-se os indivíduos como sujeitos do Direito Internacional, titulares de direitos, a imunidade de

A partir desses argumentos, a corrente majoritária do STF seguiu o voto do Ministro Fachin para fixar a tese de que os Estados estrangeiros não gozam de imunidade de jurisdição pela prática de atos ilícitos em violação a direitos humanos.

Em sentido contrário, o Ministro Gilmar Mendes considerou que a submissão coercitiva da jurisdição estatal a outro Estado pode ferir os princípios da igualdade entre os Estados e da defesa da paz, que também regem o Brasil no cenário internacional e estão presentes no texto constitucional (art. 4º, V e VI, CRFB/88).

No entender do Ministro, a tese proposta – e vencedora –, não reflete o pensamento majoritário da comunidade internacional, podendo criar incidentes diplomáticos internacionais – e não caberia ao STF deflagrar ou sequer dirimir referido conflito, tendo em vista que o Tribunal não exerce soberania internacional, ou seja, não pode adotar decisões políticas na esfera internacional.

Ponderou ainda o Ministro que todos os instrumentos jurídicos internacionais que vedariam a conduta da Alemanha são posteriores (Convenção de 1949 e Protocolos de 1977) aos fatos debatidos (datados de julho de 1943), não podendo, portanto, sobre eles incidir retroativamente.

Os Ministros Marco Aurélio Mello e Alexandre de Moraes também divergiram do entendimento vencedor. O primeiro anotou que os argumentos para descartar a imunidade de jurisdição dos Estados nascem de compreensíveis “razões de ordem emocional”, que geralmente não consideram o alcance do regime de responsabilidade do Estado. Então, para o Ministro, “antes de inventar uma nova roda, deve-se examinar cuidadosamente a funcionalidade da roda velha”, eis que substituir o sistema atual por uma “desordem descoordenada de fatos individuais” seria a pior de todas as soluções possíveis. Já o segundo destacou que os julgados internacionais apresentados pela parte recorrente não constituem fundamento jurídico apto a admitir que efetivamente há um novo consenso na ordem jurídica internacional, na medida em que cuidam de casos isolados e que foram, inclusive, posteriormente revistos.

---

jurisdição não poderia servir de escudo para a prática de ilícitos, sob pena de se negligenciar a posição da pessoa humana no direito internacional.

### 3. LEITURA CRÍTICA DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1. A soberania (e sua solidez) não é um capricho dos Estados

A “*funcionalidade da roda velha*” deve ser cuidadosamente examinada, como destacou em seu voto o Ministro Marco Aurélio Mello.

Atualmente, ainda sob a influência das ideias clássicas, a soberania é atributo dos Estados e pode ser conceituada como o monopólio do uso legítimo da força e da violência (plano interno) e a insubmissão a Estado estrangeiro (plano externo).

A construção das noções de soberania, jurisdição e imunidade de jurisdição confunde-se com o processo de desenvolvimento e consolidação do Estado-nação no decorrer da Idade Média, em que os Reis partilhavam sua autoridade com o poder da Igreja e, ainda, deveriam observar a vontade dos senhores feudais e do clero para manter a sustentação política<sup>12</sup>.

Esse quadro foi redesenhado com o enfraquecimento do poder eclesiástico e o fortalecimento do poder real<sup>13</sup>, notadamente pela expansão do comércio e da indústria, somando-se à fragmentação da cristandade<sup>14</sup>.

Nesse contexto, Nicolau Maquiavel e Jean Bodin começaram a pavimentar os contornos de eficácia e justificação de um governo centralizador, sem maiores influências da moralidade cristã<sup>15</sup>. O primeiro escreveu sua conhecida obra *O Príncipe* (1513), cujo objetivo era aconselhar politicamente o então governador de Florença, Lorenzo de’ Medici<sup>16</sup>, sobre como impor sua vontade em meio a entidades políticas distintas. Ainda no século XVI, o segundo buscou conformar a noção de soberania ao Direito, justificando e legitimando o *Estado*, ao menos formalmente. Se qualquer

<sup>12</sup> Assim, a autoridade central do Rei “*era moderada por jurisdições que se sobrepunham e por numerosas vassalagens que competiam entre si*”, pelo que “*as pessoas se viam membros de uma ordem – clero, nobreza ou povo – e não como súditos ou cidadãos de um Estado*”. PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Trad. Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 249. Ver, igualmente: LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1953. p. 27.

<sup>13</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *História do pensamento político ocidental*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 113.

<sup>14</sup> Como observa Marvin Perry, “*os indivíduos demonstraram uma crescente preocupação com a vida terrena, aspirando conscientemente a traçar seus destinos*”. PERRY, Marvin. Op. cit.. p. 216.

<sup>15</sup> Pasquale Mancini, em ensaio lido na Academia de Filosofia Itálica de Turim sobre Maquiavel e sua doutrina política, aduz que, para o florentino, a “*política não é mais um enredado de leis divinas e de influências sacerdotais, mas se reduz a fins e a meios puramente humanos*”. Ver: MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*; trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 245.

<sup>16</sup> Trata-se de um breviário, isto é, um livro de conselhos; um compilado artesanal de sugestões aos governantes - em especial ao citado Lorenzo de’ Medici – sobre como manter o respeito e a obediência dos súditos.



sociedade possui regras de comportamento emanadas por alguma autoridade soberana, estaria essa autoridade acima do direito posto. No entanto, a mesma autoridade se situaria em degrau inferior aos deveres e responsabilidades morais<sup>17</sup>.

A soberania, portanto, era o poder absoluto<sup>18</sup> e perpétuo de uma República, que não seria responsável perante nenhum outro poder<sup>19</sup>. Essa ideia ligou o Estado ao indivíduo, “*ao contrário do que sucedia no regime feudal, em que o nobre e o plebeu não eram tratados igualmente como súditos*”<sup>20</sup>.

Sob tal influência, no decorrer dos séculos XVI e XVII, os monarcas afirmaram-se perante o poder eclesiástico e o poder descentralizado dos feudos, assim como criaram a casta da burocracia<sup>21</sup>.

Por sua vez, a insubmissão a Estado estrangeiro, faceta externa da soberania, foi consolidada com a assinatura dos tratados de Münster e de Osnabrück, em 1648, quando a chamada Paz de Westphalia pôs fim à Guerra dos Trinta Anos e inaugurou o “*Direito Internacional moderno, consagrando princípios como os de obrigatoriedade dos pactos internacionais e igualdade entre os Estados*”<sup>22</sup>.

A atribuição da soberania ao Estado decorreu, então, do consenso sobre a necessidade de mínima organização da vontade geral da sociedade. O Estado se constitui como autoridade que não reconhece sob seus domínios poder superior ou concorrente ao seu<sup>23</sup>. Nesse sentido, soberania se consolida como atributo inalienável do poder do Estado, que traduz sua supremacia definitiva, pelo que, sem a soberania, “*a sociedade cairia logo na mais terrível anarquia*”<sup>24</sup>.

A construção dessa ordem é natural e artificial. Se naturalmente, “*corresponde à necessidade do homem de viver em sociedade*”, artificialmente, constitui mecanismo de adaptação às exigências

<sup>17</sup> Ver: REALE, Miguel. *Obras políticas: 1ª fase – 1931/1937*. Tomo I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. pp. 203-204; e ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Antônio Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2016. p. 118.

<sup>18</sup> Sobre o tema, ver: CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional – v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. pp. 168-169.

<sup>19</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit., p. 161.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 31.

<sup>21</sup> PERRY, op. cit., pp. 249-250.

<sup>22</sup> ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 105; ainda, o professor Gerson Bason aponta o Tratado de Utrecht (1713) como referência para o equilíbrio de forças entre a comunidade de Estados, que se reconhecem como iguais. Ver: BASON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público: o estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 37.

<sup>23</sup> LIMA, Eusebio de Queiroz. Op. cit., pp. 26-29.

<sup>24</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1993. p. 78.

de subsistência das comunidades, “*defendendo-as dos fatores de dissolução*”<sup>25</sup>. Daí porque, como adverte Bobbio, onde não exista o monopólio da força e ordem que mantenha unido o corpo social, ou existe um romântico consenso “*acerca dos valores últimos e das regras do jogo que criam a fidelidade e estabelecem a obrigação política, ou se retorna ao Estado natural, que é o Estado da força, e explode assim a luta pela Soberania*”<sup>26</sup>.

O filósofo italiano ainda pondera, ao tratar do eclipse da soberania, que a “*grandeza histórica deste conceito consiste em haver visado uma síntese entre poder e direito, entre ser e dever ser*” e “*identificar um poder supremo e absoluto, porém legal ao mesmo tempo*”, buscando racionalizá-lo através do Direito, o que, embora consista em tarefa árdua, é sempre possível<sup>27</sup>.

Essa construção teórica se manteve mesmo com a queda do Antigo Regime<sup>28</sup>. A soberania passou do príncipe para o a nação ou para o povo. Nada obstante, as ideias fundantes não cessaram de ecoar<sup>29</sup>, pelo que a soberania dos Estados ainda consiste no monopólio do uso legítimo da força e da violência e na insubmissão a Estado estrangeiro – e “*se há um poder capaz de restringir a soberania, este será o poder soberano*”<sup>30</sup>.

### 3.2. A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros como fator de harmonia

A jurisdição é uma expressão da soberania. Como conceito, é o poder, o ato e a função de o Estado-juiz de dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva<sup>31</sup>. No exercício da jurisdição, o

<sup>25</sup> Ibidem. p. 48. Além disso, em sentido similar, sobre a segurança como fim do Estado: “*Colocamos a Segurança em primeiro lugar ao enumerar os fins da sociedade política porque parece certo ter sido essa a primeira necessidade que levou os homens a instituir um poder político. O primeiro interesse do homem no mundo é viver. Para viver, os homens precisaram de se amparar contra os perigos da Natureza, contra as cobiças dos outros homens, contra a violência dos mais fortes*”. CAETANO, Marcelo. Op cit.. p. 182.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto et al.. *Dicionário de política* – volume II; trad. Carmen C, Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. pp. 1.186-1.187.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 1.187.

<sup>28</sup> No século XVIII, parte da burguesia francesa assume o controle do poder, transformando o que era Reino na entidade política Estado – referido movimento é alcunhado de iluminismo, tendo reverberado tanto na França como nas ilhas britânicas e nos Estados Unidos da América.

<sup>29</sup> Ainda que não se acredite nos mistérios da vida, deve-se reconhecer “*que alguma sabedoria estava ali [na história] acumulada, pois ela perdurou por mais de mil anos. E – cá entre nós – permanece muito atual*”. Ver: GOMES, Fábio Rodrigues. *O retorno ao positivismo jurídico: reflexões críticas de um juiz desencantado*. Niterói: Arthe Comunicação Gráfica, 2020. p. 553.

<sup>30</sup> CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 210.

<sup>31</sup> “*A característica essencial da jurisdição, portanto, não está só em encontrar a solução de direito do conflito, mas em declará-la com força definitiva, em torná-la efetiva*”. Sobre o tema, ver: RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. *Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 47.

Estado se substitui à vontade das partes para declarar quem tem razão como decorrência da solução jurídica de seus conflitos<sup>32</sup>.

Nessa medida, a jurisdição é parte do engenho da soberania construída pelo Estado moderno, na medida em que não seria possível jurisdicionar, coercitiva e definitivamente, sem o monopólio do uso legítimo da força e da violência, ou com a vontade institucional do Estado submetida a outro poder.

Por outro lado, é certo que existe uma coexistência de Estados e, portanto, de soberanias. O Estado naturalmente tem de se relacionar com outras soberanias e, a essa confluência, dá-se o nome de sociedade internacional<sup>33</sup>. Nesse sentido, para que o relacionamento entre os Estados soberanos possa ser minimamente harmonioso, deve-se seguir o princípio da igualdade jurídica entre os Estados<sup>34</sup> e, via de consequência, respeitar a soberania de cada qual.

Por essa razão, o Direito Internacional exorta os Estados ao respeito mútuo e à observância dos direitos de conservação, autonomia, independência e igualdade jurídica<sup>35</sup>. Esse regime marcado pela igualdade jurídica, cooperação e respeito recíproco, demanda o reconhecimento de uma coordenação não coercitiva, feita por meio dos costumes e da liberalidade do próprio Estado soberano em aderir a acordos, mantidos, em última instância, pelo princípio de que os pactos devem ser cumpridos – *pacta sunt servanda*<sup>36</sup>.

Do mesmo modo, considerando que os Estados não se submetem uns aos outros, porque iguais entre si, é defeso ao soberano, em princípio, julgar outro soberano<sup>37</sup>. Os Estados podem, porém, acordar soluções entre si – como a Corte Internacional de Justiça, criada para julgar litígios entre Estados soberanos e para tanto legitimada pelo próprio consenso dos Estados em se submeterem àquela jurisdição.

Como assinala Pedro Calmon, a soberania se manifesta no consenso<sup>38</sup>. Assim é que, a partir do postulado de igualdade das nações, “o direito internacional desconhece autoridade, fiscal do

<sup>32</sup> Princípio da Substitutividade da Jurisdição.

<sup>33</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 14.

<sup>34</sup> LIMA, Eusebio de Queiroz. Op. cit.. p. 35.

<sup>35</sup> ACCIOLI, Wilson. Op. cit.. pp. 377-379.

<sup>36</sup> LIMA, Eusebio de Queiroz. Op. cit.. p. 35.

<sup>37</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit.. pp. 246-249.

<sup>38</sup> CALMON, Pedro. Op. cit.. p. 215.

*cumprimento de suas convenções, e com a capacidade de as executar a despeito do repúdio unilateral*<sup>39</sup>. O Direito Internacional possui a jurisdição do acordo, logo, facultativa.

Portanto, considerado esse arranjo, durante um longo período<sup>40</sup> o costume internacional residiu em conferir imunidade de jurisdição absoluta para o Estado estrangeiro, como modo de possibilitar a convivência pacífica na ordem internacional, eis que sujeitar o Estado estrangeiro à jurisdição de outro é submeter um poder soberano a outro<sup>41</sup> – e sobre isso não há discussão.

Nada obstante, na segunda metade do século XX, o privilégio imunitório absoluto conferido aos Estados começou a perder força nos centros internacionais de negócios, nos quais cada vez mais agentes de soberanias estrangeiras atuavam no mercado<sup>42</sup>. Buscou-se, então, diferenciar as hipóteses em que o Estado exercia atividade inerente ao seu poder soberano daquelas em que o Estado agia como particular<sup>43</sup>. Essa distinção é o núcleo da teoria da imunidade restrita (ou relativa) de jurisdição, que tomou o lugar da teoria absoluta, notadamente após episódicas decisões proferidas nesse sentido em alguns Estados<sup>44</sup> consolidando-se na Convenção Europeia de 1972 sobre Imunidades dos Estados.

Ao soberano remanesceria o direito à imunidade de jurisdição absoluta em relação a atos de império, que traduziam a atuação do Estado enquanto soberano – atos legislativos, atos concernentes à atividade diplomática, atos das forças armadas ou atos de administração interna dos Estados. Por outro lado, o Estado renunciaria tacitamente o direito à imunidade de jurisdição quando praticasse ato de gestão, de forma a “*conciliar a ideia de que só o titular do privilégio poderia a ele renunciar com a já evidente necessidade de limitação da imunidade*”<sup>45</sup>.

No Brasil, a imunidade absoluta foi observada pelos Tribunais até a Constituição da República de 1988<sup>46</sup>. Posteriormente, em 1989, ao julgar a Apelação Cível n. 9.696<sup>47</sup>, o STF alterou

<sup>39</sup> CALMON, Pedro. Op. cit.. p. 216.

<sup>40</sup> Pela longevidade do costume, em seu voto sobre a decisão a ser analisada, o Ministro Marco Aurélio Mello registrou argutamente que “*antes de inventar uma nova roda, deve-se examinar cuidadosamente a funcionalidade da roda velha*”.

<sup>41</sup> TIBURCIO, Carmen. *As novas tendências da imunidade de jurisdição no direito internacional e brasileiro*. In TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 422.

<sup>42</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175.

<sup>43</sup> A distinção entre atos de gestão e de império, porém, não foi fácil, tendo sido objeto de diversas teorias. Ver: DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 19, n. 76, p. 5-64, out./dez. 1982. pp. 12-20.

<sup>44</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 118.

<sup>45</sup> TIBURCIO, Carmen. Op. cit.. pp. 429-430.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Apelação Cível n. 9.705. Julgamento em 9 setembro de 1987. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur108311/false>. Acesso em: 12 ago. 2022.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Apelação Cível n. 9.696. Julgamento em 31 de maio de 1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104375/false>. Acesso em: 12 ago. 2022.

seu entendimento para adotar a teoria da imunidade relativa, ou seja, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro seria flexibilizada desde que o fato gerador da controvérsia judicial fosse necessariamente estranho ao domínio dos atos de império.

De todo modo, ato de império ou ato de gestão, a possibilidade de submissão do Estado estrangeiro ao Poder Judiciário brasileiro necessitaria de mínima apuração em juízo. O magistrado, antes de se declarar incompetente, deveria comunicar o Estado estrangeiro para que este (i) discutisse a natureza do ato questionado e (ii) nos casos de atos de império, renunciasse a própria imunidade de jurisdição ou opusesse resistência a sua submissão à autoridade judiciária brasileira. Assim, a depender da resposta a essa comunicação, que não se tratava de citação ou intimação (pois nenhum ônus decorreria ao ente estrangeiro)<sup>48</sup>, o feito teria prosseguimento ou não<sup>49</sup>.

Este foi o percurso da imunidade de jurisdição no Brasil até a tese fixada pelo STF por meio do ARE n. 954.858/RJ (Tema 944), que possibilita a submissão de Estados estrangeiros à jurisdição brasileira nos casos de atos ilícitos por aqueles praticados no território brasileiro em violação a Direitos Humanos.

### 3.3. O caso *Ferrini* e suas afirmações desconsideradas

No caso examinado, o STF entendeu que, no conflito entre a imunidade de jurisdição e a tutela efetiva dos direitos humanos, deveriam os últimos prevalecer, sendo necessária a consideração de uma nova categoria de atos, para além dos atos de império e de gestão, cuja prática não mais atrairá o privilégio imunitório – atos violadores de direitos humanos.

Ao fundamentar a tese vencedora, o Ministro Edson Fachin destacou a decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Ferrini (Germany v. Italy: Greece intervening)* – em específico, o voto vencido do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Por ocasião daquele julgamento, a questão residia em saber se a Itália seria competente para julgar a Alemanha sobre a violação a direitos humanos ocorrida em seu território durante a Segunda Guerra Mundial<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão no Agravo de Instrumento n. 1118724. Julgamento em 16 de setembro de 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802642726&dt\\_publicacao=02/03/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802642726&dt_publicacao=02/03/2011). Acesso em: 12 ago. 2022.

<sup>49</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: JusPODIVM, 2012. pp. 204-205.

<sup>50</sup> Entre outubro de 1943 e maio de 1945, a Alemanha ocupou parte do território da Itália, sua aliada. Durante esse período, o exército alemão violou diversos direitos de civis italianos, quer por massacres e agressões, quer pela deportação

Após os debates, a CIJ assentou, por maioria relevante de 12 (doze) votos a 3 (três), que a Itália violou a imunidade de jurisdição da Alemanha ao permitir o ajuizamento de ações em Tribunais italianos pleiteando reparações por danos morais decorrentes da Guerra contra a República alemã. Com maioria ainda mais expressiva – 14 (quatorze) votos a 1 (um), vencido apenas o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade –, a Corte entendeu que a Itália não poderia ter adotado medidas constritivas com relação aos bens de propriedade da Alemanha e permitido a execução de decisões semelhantes de Tribunais gregos. Assim, a CIJ assentou que a Itália deveria garantir a ineficácia das decisões de seus Tribunais violadoras do Direito Internacional<sup>51</sup>.

Os Juízes da CIJ fixaram a correta premissa de que a questão que lhe fora submetida consistia em estabelecer o alcance da imunidade de jurisdição, e não a natureza da conduta da Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial – embora a Corte tenha expressamente reprovado tal conduta<sup>52</sup>. Considerado que a imunidade de jurisdição impede o Estado estrangeiro de ser submetido ao processo de conhecimento acerca de atos decorrentes da sua soberania – questão preliminar –, a gravidade desse ato deveria ser exame necessariamente posterior à resolução da existência ou não do privilégio imunitório<sup>53</sup>.

A Corte estabeleceu a inexistência de conflito entre *jus cogens* e o privilégio imunitório<sup>54</sup>, tendo em vista que o primeiro veda, em tese, os atos ilícitos cometidos pela Alemanha, e o segundo, de caráter processual, limita-se a determinar se os Tribunais de um Estado podem ou não exercer

---

de pessoas para trabalhar forçadamente na Alemanha. Um dos italianos presos e deportados para a Alemanha foi Luigi Ferrini, quem trabalhou coercitivamente em uma indústria de munições até o final da guerra. Em 1998, Ferrini ajuizou ação contra a Alemanha no Tribunal de Arezzo, Itália. Após a negativa dos pedidos, o caso chegou à Corte de Cassação, a última instância italiana para aquele feito. Em março de 2004, a Corte reconheceu a jurisdição dos tribunais italianos ao afirmar que a imunidade estatal não se aplicaria quando se tratasse de atos que constituíssem crimes internacionais. Sobre o tema, ver: GOLIN, Eliane Romeiro Fernandes. *Imunidade de Jurisdição dos Estados e Direitos Humanos: uma crítica ao Caso Ferrini*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013. p. 97.

<sup>51</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Sumário, 2012, p. 11. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/16899.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>52</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, p. 45. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>53</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, p. 41. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>54</sup> Vale destacar que a Corte sustentou esse argumento a partir de diversos precedentes semelhantes ao caso, nos quais se negou a existência de um choque entre regras substanciais (*jus cogens*) e regras procedimentais (como a imunidade de jurisdição). Ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, pp. 46-47. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

jurisdição em relação a outro Estado, a despeito da legalidade do ato em si<sup>55</sup>. Em sentido contrário, se a verificação da imunidade de jurisdição dependesse *a priori* da gravidade do ato do Estado estrangeiro, seria necessário que os Tribunais nacionais perscrutassem sensivelmente o mérito da questão antes mesmo de saber se teriam ou não competência para julgar o caso<sup>56</sup>, de modo que, para afastar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, bastaria a mera alegação da parte ofendida de que o Estado cometeu atos ilícitos em violação a direitos humanos. Para a CIJ, ainda que se tratasse da alegação mais plausível possível, o Tribunal local estaria incursionando indevidamente no mérito da questão<sup>57</sup>.

Para além disso, os Juízes da CIJ destacaram decisões de diversos países que não consideram a imunidade de jurisdição como dependente da gravidade do ato impugnado<sup>58</sup>. Assinalaram, no mesmo sentido, que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em decisões conhecidas sobre os casos *Al-Adsani vs. Reino Unido* e *Kalogeropoulou* e outros vs. Grécia e Alemanha, não acolheu a proposição de que os Estados não teriam direito à imunidade de jurisdição em casos relativos a graves violações de direitos humanos, tampouco a Convenção das Nações Unidas faria qualquer delimitação nesse sentido<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> KNUCHEL, Sevrine. *State Immunity And The Promise Of Jus Cogens*. Northwestern Journal of Human Rights. V. 9, 149 (2011). p. 19. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1111&context=njihr>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>56</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, p. 41. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>57</sup> Naturalmente, esse dilema já existe nos casos em que o Estado é submetido a um processo judicial em outra soberania em decorrência de atos de gestão. Nesse sentido, Guido Soares alertava: “*por mais destra que seja a distinção [atos de império vs. atos de gestão], ela esbarra com uma contradição lógica insuperável. Para qualificar os atos de um Estado estrangeiro, deve o juiz poder conhecer o litígio, sendo exatamente a possibilidade de tal conhecimento, a matéria questionada*”. SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit.. p. 118; Apesar da aparente contradição no exame das imunidades jurisdicionais após a distinção entre atos de império e de gestão, é certo que os primeiros guardam margens minimamente seguras para sua configuração. Sobre o escopo amplo e indefinido do *jus cogens*, ver: CAPLAN, Lee M.. *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. American Journal of International Law 97 (2003): 741-781. pp. 32-33. Disponível em: <https://gimmenotes.co.za/wp-content/uploads/2016/12/LCP4801-States-immunity-article.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>58</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, pp. 42-43. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>59</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Al-adsani v. the United kingdom (Application n. 35763/97)*. Julgamento em 21 de novembro de 2001. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2235763/97%22%7D>. Acesso em: 31 jul. 2022. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Case Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany*. Decisão de admissibilidade de 12 de dezembro 2002. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 31 jul. 2022. Ver, igualmente: TIBURCIO, Carmen. Op. cit.. pp. 446-448.

Assim, a CIJ concluiu que, na atualidade, de acordo com o costume internacional, um Estado ainda não poderia ser privado de sua imunidade de jurisdição em se tratando de atos decorrentes de soberania, mesmo considerada a gravidade das violações a direitos humanos<sup>60</sup>.

Não obstante a rejeição por expressiva maioria de uma nova flexibilização da imunidade de jurisdição pela CIJ, o Relator do ARE n. 954.858/RJ, Ministro Edson Fachin, salientou em seu voto a ausência de eficácia *erga omnes* da decisão da Corte Internacional e o acerto do voto vencido do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, cuja opinião refletiria melhor as diretrizes da Constituição de 1988<sup>61</sup>.

A solução dada pelo STF, porém, descuidou de aspectos relevantes que envolvem o tema. De saída, o Ministro Edson Fachin assentou que o caso Changri-lá, submetido à jurisdição brasileira, apresentaria uma distinção relevante em relação ao caso *Ferrini*, julgado pela CIJ, uma vez que a Corte Internacional considerou o fato de a Itália ter recebido indenização no período pós-guerra.

No entanto, a distinção mencionada não foi determinante para a resolução do caso italiano. A CIJ não levou em consideração a compensação financeira recebida pela Itália para afirmar que (i) não há conflito entre imunidade de jurisdição e *jus cogens* e que (ii) a gravidade do ato questionado não relativiza a imunidade de jurisdição<sup>62</sup>.

Dúvida não há quanto a relevância do debate que divide os que defendem a flexibilização da imunidade de jurisdição em casos de violações a direitos humanos e os que a rejeitam. O que causa espécie na decisão brasileira é reconhecer novo costume internacional com fundamento em decisões muito episódicas de alguns poucos países, desconsiderando o entendimento firmado pela Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário das Nações Unidas, no caso *Ferrini*, em tudo semelhante ao caso brasileiro. Conhecedora da decisão da CIJ, a corrente majoritária do STF sequer enfrentou, com a clareza e a profundidade necessárias para a derrogação de um costume duradouro,

<sup>60</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, p. 44. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>61</sup> “*Se Hércules consegue, por que não eu? A crença nos superpoderes do juiz mitológico transformou a jurisdição humana em um ato de fé*”. GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit. p. 197.

<sup>62</sup> Para chegar a essa conclusão, basta a leitura dos capítulos em que a Corte trata da gravidade do ato e da relação entre *jus cogens* e imunidade de jurisdição, entendimentos perfeitamente aplicáveis ao caso Changri-lá. O tema da compensação financeira foi tratado pela CIJ separadamente, pois residia justamente em um dos argumentos da Itália para poder julgar a Alemanha. Ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, pp. 41-47. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.



a distinção feita entre a natureza substantiva do *jus cogens* e o caráter procedimental da imunidade de jurisdição: o ponto central da discussão.

O voto vencedor se limitou a citar trechos da manifestação da Itália no caso *Ferrini*, em que o país assentou que a solução daquela controvérsia somente teria duas vias possíveis: (i) não considerar como atos de império a violação a normas de *jus cogens* ou (ii) afastar o direito à imunidade de jurisdição por se tratar de norma hierarquicamente inferior ao *jus cogens* violado, de modo que, para o Relator, quando houver violação, em tese, de direitos humanos, “ou não há ato de império, ou a imunidade dele decorrente deve ceder diante da preponderância dos direitos humanos [...]”.

No entanto, a discussão necessariamente deveria ter passado por responder se um ato de império deixa de sê-lo quando venha a ferir direitos humanos. E a resposta parece ser negativa<sup>63</sup>, na medida em que a diferenciação entre atos de império e atos de gestão tem como fonte a distinção da atuação do Estado na qualidade de ente soberano. Já o exame da legalidade de cada ato é tarefa distinta, isto é, uma consideração posterior e distinta daquela.

Um ato de Estado é classificado como ato de império por sua origem –decorrente da soberania –, e não por sua licitude. A conduta em exame seria então um *ato de império ilícito*, por ferir direitos humanos<sup>64</sup>. Nessa medida, a eventual ilegitimidade do ato praticado pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial – por mais que se possa efetivamente considerá-lo ilegítimo –, não se relaciona com a verificação da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

### 3.4. As fontes do Direito Internacional

Outro ponto curioso do julgado está na desconsideração da ausência de hierarquia entre as fontes do Direito Internacional, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>65</sup>. Ou seja, costumes e tratados possuem igual nível hierárquico. Logo, a afirmação contida no voto vencedor de que a “*imunidade de jurisdição do Estado soberano em razão de ato de império [...] tem fonte no direito costumeiro*” e este “*nem sempre deve prevalecer*” revela-se não consentânea

<sup>63</sup> CAPLAN, Lee M.. Op. cit.. p. 35.

<sup>64</sup> O Brasil declarou oficialmente guerra ao Eixo em 22 de agosto de 1942, de modo que na data do ataque ao barco pesqueiro Changri-lá, julho de 1943, o país já participava oficialmente da Segunda Guerra Mundial. Portanto, tratou-se de ato bélico praticado no contexto de guerra, como decorrência do exercício da soberania do Estado estrangeiro, correspondendo, assim, a um ato de império.

<sup>65</sup> Ver: BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit.. p. 181; e REZEK, José Francisco. Op. cit.. p. 124.

com a prática do Direito Internacional, eis que a norma a incidir no caso concreto, seja ela pactuada ou costumeira, o será por seu escopo e temporalidade, e não pelo fato de o costume não contemplar a solução ideal tida pelo intérprete, de modo que, para superar um costume, ou se afirma que o próprio costume mudou, ou se destaca a existência de um tratado que trate da específica questão controvertida.

Ocorre que não há costume ou tratado a anunciar especificamente a preponderância dos direitos humanos sobre a imunidade de jurisdição – o que permite inferir que os Estados (ainda) não reconhecem a existência de um conflito entre esses assuntos.

Portanto, a tese referente à hierarquia normativa dos direitos humanos sobre a imunidade de jurisdição, embora esteticamente privilegiada, parte de premissa que os Estados atualmente consideram inexistente.

Além disso, a corrente majoritária do STF considerou que os direitos humanos deveriam prevalecer a partir do comando constitucional contido no art. 4º, II, e por consistirem em normas internacionalmente reconhecidas como pertencentes ao direito cogente (*jus cogens*), sobre o qual nenhuma derrogação é permitida.

No entanto, embora o caráter imperativo do *jus cogens* vede toda derrogação às suas disposições<sup>66</sup>, a questão jurídica não enfrentada com profundidade pelo STF seria: a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro derroga os direitos humanos possivelmente violados, quais sejam, direito à vida, ao acesso à justiça e ao conhecimento, pela família, do destino de seus membros?

Quanto ao direito à vida e ao conhecimento dos destinos dos familiares, acredita-se não haver dúvida de que a imunidade de jurisdição não os derroga de modo algum. Em relação ao direito à tutela jurisdicional, *a priori*, a imunidade de jurisdição não o derroga, vez que o foro competente será o do Estado estrangeiro. É dizer, imunidade de jurisdição não equivale a insindicabilidade judicial.

Nada obstante, é certo que, eventualmente, as partes lesadas podem ter obstáculos significativos – notadamente financeiros – para obter tutela jurisdicional estrangeira. Essas circunstâncias, porém, poderiam ser solucionadas pela instituição de mecanismos de assistência para hipossuficientes ou, ainda, pelas vias diplomáticas<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> RODAS, João Grandino. *Jus cogens em direito internacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 69(2), 125-136, 1974. p. 127.

<sup>67</sup> O Poder Judiciário deveria ser o precursor da mudança de um costume internacional? Trata-se do assunto no item 2.7. Nada obstante, sobre o debate aberto acerca da flexibilização da imunidade de jurisdição relativamente a atos de império,

O argumento da inafastabilidade de jurisdição, segundo o qual a imunidade estatal em atos de império afrontosos aos direitos humanos instauraria uma “*zona de indiferença do Direito dentro do próprio Direito*”, não observa que o direito de acesso aos Tribunais não é absoluto<sup>68</sup>. Sobre o tema, releva destacar o entendimento do Ministro Francisco Rezek, cuja notória intervenção no julgamento da Apelação Cível n. 9.696<sup>69</sup>, em 1989, promoveu a adoção da teoria da imunidade relativa (atos de império vs. Atos de gestão):

Não faltou quem sustentasse, na época, que a prestação jurisdicional é garantida pela Constituição do Brasil a quem quer que sofra lesão de direito, e que desse modo uma norma internacional assecuratória de imunidade afrontaria nossa lei fundamental. Essa idéia é simplista e incorreta. Quando o constituinte brasileiro promete a todos a tutela judiciária, ele o faz na presunção de que a parte demandada, o réu, o causador da lesão que se pretende ver reparada, seja um *jurisdicionado*, vale dizer, alguém sujeito à ação do Judiciário local. O constituinte brasileiro não tem autoridade para fazer promessas à custa de soberanias estrangeiras. Numa palavra: regras sobre a sensível, eminente e igualitária relação entre soberanias só se produzem no plano internacional, e mediante o consentimento das partes. Tais regras não podem ser ditadas unilateralmente por uma constituição nacional.<sup>70</sup>

Quanto a este ponto, pode-se indagar: a existência de obstáculos à jurisdição estrangeira reclamaria a ruptura unilateral, pelo Brasil, dos costumes referentes à imunidade de jurisdição? Pensa-se que não, sobretudo porque a decisão do STF não estabelece a hipossuficiência das partes no caso concreto como condição para a derrotabilidade da imunidade de jurisdição.

A regra de ouro do Direito Internacional é a de que os Estados se comprometem e cumprem seus deveres por vontade e acordo. Sabe-se que o Brasil não assinou nenhum tratado referente à relativização da imunidade de jurisdição para atos de império – o que derogaria a específica norma costumeira de forma idônea por emanar de um consenso. Desse modo, se o Brasil, unilateralmente, decide possível julgar ato de império de Estado estrangeiro soberano, não estaria o País a permitir

---

ver: KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should judges be front-runners? The ICJ, State immunity and the protection of fundamental human rights*. Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, v. 16, n. 1, p. 1-34, 2012.

<sup>68</sup> Esse é o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Ver: *Judgment of 15 December 1995, reproduced in the judgment of the European Court of Human Rights in McElhinney v. Ireland and UK, 22 November 2001, Application 31253/96, § 15*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-59887%22%7D>. Acesso em: 31 jul. 2022. Por outro lado, a Corte de Apelações dos Estados Unidos, Circuito do Distrito de Colúmbia, alertara, em 1984, que a perspectiva de diversas ações ajuizadas por quaisquer cidadãos ao final de uma guerra pode ser obstáculo à negociação da paz e à retomada das relações normais entre as nações. Ver: *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984). Disponível em: <https://casetext.com/case/tel-oren-v-libyan-arab-republic#p810>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Apelação Cível n. 9.696. Julgamento em 31 de maio de 1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104375/false>. Acesso em: 12 ago. 2022.

<sup>70</sup> REZEK, José Francisco. Op. cit.. p. 176.

que Estados estrangeiros julguem-no da mesma forma, relativizando sua própria soberania?<sup>71</sup> Trata-se do princípio da reciprocidade, ainda vigente na ordem internacional.

Da mesma forma, não é prudente<sup>72</sup> desconsiderar que jurisdições estrangeiras podem não gozar de verdadeira independência em relação ao respectivo governo – já que nem todas as nações são democráticas –, podendo proferir decisões politicamente contaminadas contra o Brasil.

Do que visto até aqui, conclui-se que a tese vencedora impõe seu ordenamento, fruto de sua própria soberania, sobre outro Estado igualmente soberano. O Poder Judiciário brasileiro poderá discutir a legalidade do próprio ato de império do Estado estrangeiro, questão eminentemente delicada em relações internacionais – tudo isso sem que o Estado estrangeiro tenha acordado previamente essa possibilidade ou mesmo renunciado tácita (atos de gestão) ou expressamente a imunidade de jurisdição<sup>73</sup>.

Para além da dignidade da pessoa humana, deve-se rememorar, a Constituição de 1988 estabelece como fundamento da República a soberania (art. 1º, I, CRFB/88), e declara que o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, não apenas pela prevalência dos direitos humanos, senão também pela igualdade entre os Estados, da qual decorre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro (art. 4º, V, CRFB/88)<sup>74</sup>.

No fim do dia, o engenho da soberania, sua consideração, é a própria concretização do Estado Democrático de Direito, o que viabiliza o respeito aos direitos humanos, ainda que indiretamente – e a história mostra o que sucede em comunidades que desconsideram a funcionalidade dessa roda velha<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> ZIMMERMANN, Andreas. *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks*. Michigan Journal of International Law. V. 16, 433 (1995). p. 7. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1527&context=mjil>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>72</sup> Quando a prudência é deixada de lado e “o Judiciário se arroga a faculdade de corrigir o Legislativo [ou o Executivo], a confiança nas instituições vai para o fundo do poço”. Ver: GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit.. p. 253.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 121. Julgamento em 20 de março de 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201101684407&dt\\_publicacao=31/03/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101684407&dt_publicacao=31/03/2014). Acesso em: 12 ago. 2022.

<sup>74</sup> Os simpatizantes da modalidade de interpretação constitucional pós-positivista têm o “hábito de sobrepor suas visões prediletas ao que a Constituição realmente pretende fazer, e então varrer do texto todos os aspectos históricos e estruturais que não atendam ao plano desejado”. Ver: GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit.. p. 513.

<sup>75</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit.. p. 212.

### 3.5. O costume mudou?

O desvio da rota estabelecida pelo caso *Ferrini* incluiu a divergência de interpretação dos mesmíssimos textos normativos, produto do Direito Internacional. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin assinala que a Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição, da qual a Alemanha é parte, permitiria a flexibilização do privilégio imunitório em casos de dano à pessoa, de modo a reforçar a existência de um novo costume. Nada obstante, a mesma Convenção enuncia claramente a necessidade de contenção judicial em casos envolvendo atos de império:

Capítulo V – Disposições Gerais

Artigo 27 [...]

2. Os processos podem ser iniciados contra qualquer entidade referida no parágrafo 1 antes dos tribunais de outro Estado Contratante da mesma maneira que contra um particular; No entanto, os tribunais não podem considerar processos relativos a atos praticados pela entidade no exercício de autoridade soberana (*acta jure imperii*).<sup>76</sup>

Curiosamente, no próprio caso *Ferrini*, a CIJ registrou a necessidade de se cotejar o artigo 11 com o artigo 31 da Convenção Europeia<sup>77</sup>, o qual anuncia:

Nada nesta Convenção afetará quaisquer imunidades ou privilégios de que goza um Estado contratante em relação a qualquer coisa feita ou omitida por, ou em relação a, suas forças armadas quando no território de outro Estado contratante.<sup>78</sup>

Percebe-se, portanto, que o ato de império está fora do escopo da Convenção, que até ao ato de forças armadas causador de dano assegura a imunidade de jurisdição.

Sem embargo, o voto condutor do acórdão elenca a seção nº 5 do *State Immunity Act* britânico, para a qual “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”. No entanto,

<sup>76</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “Chapter V – General provisions. Article 27. [...] 2 Proceedings may be instituted against any entity referred to in paragraph 1 before the courts of another Contracting State in the same manner as against a private person; however, the courts may not entertain proceedings in respect of acts performed by the entity in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*)”. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800730b1>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>77</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Julgamento, C.I.J. Relatórios 2012, p. 33. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>78</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State”. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800730b1>. Acesso em: 31 jul. 2022.

conforme dispõe a seção nº 16 do mesmo diploma legislativo<sup>79</sup>, todas as exceções à imunidade nele contidas não se aplicam às atividades relacionadas às forças armadas de Estados estrangeiros que se encontrem em território inglês<sup>80</sup>.

Igualmente, a Convenção Internacional sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e de seus Bens, elaborada pela Comissão de Direito Internacional da ONU, é citada para fundamentar a nova tese fixada pelo STF. Porém, como aponta o Ministro Gilmar Mendes em seu voto dissidente, referida Convenção não entrou em vigor e sequer foi assinada ou ratificada pelo Brasil ou pela Alemanha.

Segundo o Ministro Edson Fachin, o artigo 12 da Convenção Internacional infirmaria a natureza absoluta da imunidade de jurisdição por atos *jure imperii* ao prever que os Estados não podem invocar a imunidade de jurisdição perante um Tribunal de outro Estado competente para julgar a compensação pecuniária por morte, lesão à pessoa, dano ou perda de bens tangíveis, ocorrida em seu território.

No entanto, o voto condutor não leva em consideração (i) o artigo 4º, que prevê a irretroatividade das disposições da Convenção para processos instaurados antes da sua entrada em vigor – que sequer ocorreu –, e (ii) o artigo 7º que destaca a importância do consentimento expresso do Estado estrangeiro para o exercício da jurisdição<sup>81</sup>.

Quanto ao ponto, o Ministro Gilmar Mendes foi além ao observar que, mesmo se estivesse em vigor, a Convenção prevê a necessidade de se resguardar imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em se tratando de ato praticado por navio de guerra, conforme os itens 2 e 4 do artigo 16 daquele diploma<sup>82</sup>.

De todo modo, é certo que a Convenção não prevê expressamente a derrotabilidade da imunidade de jurisdição nos casos de violações a direitos humanos.

O silêncio, todavia, é eloquente. O professor Gerhard Hafner, da Universidade de Viena, nomeado em 1999 pelo Sexto Comitê da ONU para presidir o comitê *ad hoc* destinado à elaboração da Convenção, explicou a omissão no texto sobre a nova flexibilização da imunidade jurisdicional:

<sup>79</sup> REINO UNIDO. *State Immunity Act 1978, Section 16, 2*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33/section/16?timeline=true>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>80</sup> DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados...* p. 23.

<sup>81</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries 1991*, 2005, p. 11 e 14. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4\\_1\\_1991.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf). Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 39.

Algumas críticas foram feitas à Convenção pelo motivo de que ela não remove a imunidade em casos que envolvem pedidos de indenização contra Estados por graves violações de direitos humanos. Este problema foi levantado pela CDI [Comissão de Direito Internacional da ONU] e foi abandonado. Levantou-se novamente o problema na Assembleia Geral da ONU e foi abandonado porque, à luz do caso *Al Adsani* e outras construções, concluiu-se que não havia um padrão claramente estabelecido pelos Estados a esse respeito. Reconheceu-se, portanto, que qualquer tentativa de incluir tal disposição, muito provavelmente, poria em risco a conclusão da Convenção. Em minha opinião, existem outros argumentos que militam contra a inclusão de tal exceção. Diz-se que devemos limitar a impunidade, mas processar um Estado por danos civis não aborda a questão da impunidade. Para remover a imunidade, devemos processar o indivíduo ou as pessoas responsáveis pelas violações graves e isso pode ser feito em outros campos, mas não no contexto desta Convenção. De qualquer forma, o que se entende por ‘graves violações dos direitos humanos’? Qual seria o escopo de tal exceção? A negação da liberdade de expressão é uma violação grave? Haveria problemas significativos de interpretação e esta também foi uma razão pela qual não abordamos o assunto.<sup>83</sup>

Nesse cenário, há incerteza sobre o que se pode considerar *graves violações dos direitos humanos*.

Por outro lado, a lógica da decisão proferida pelo STF foi a de considerar os direitos humanos como normas cogentes (*jus cogens*) para, então, afirmar que nada se lhes poderia *obstar* a incidência – hierarquia normativa.

Ocorre que o próprio conteúdo do *jus cogens* não é claramente definido e não se limita apenas ao domínio dos direitos humanos. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu art. 53, considera *jus cogens* “*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*”<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “*Some criticism has been levelled at the Convention on the ground that it does not remove immunity in cases involving claims for civil damages against States for serious violations of human rights. This issue was raised in the ILC and it was dropped. It was raised again in the UN General Assembly and it was dropped because, in the light of the Al Adsani case and other developments, it was concluded that there was no clearly established pattern by States in this regard. It was recognised, therefore, that any attempt to include such a provision would, almost certainly jeopardise the conclusion of the Convention. In my view, there are other arguments which militate against including such an exception. It is said that we must limit impunity but suing a State for civil damages does not address the issue of impunity. To remove immunity, we must prosecute the individual person or persons responsible for the serious violations and this can be undertaken in other fields but not in the context of this Convention. Anyway, what is meant by “serious violations of human rights”? What would be the scope of any such exception? Is the denial of freedom of speech a serious violation? There would be significant problems of interpretation and this was also a reason why we did not take up the issue*”. Ver: HAFNER, Gerhard. *State Immunity and the New UN Convention*, Chatham House, 5 October 2005. p. 9. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/ilpstateimmunity.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>84</sup> BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

A partir desse conceito – *jus cogens* como normas que representam os valores centrais e não ponderáveis da comunidade de Estados –, tem-se neste corpo de normas imperativas o *pacta sunt servanda*<sup>85</sup> e até mesmo a soberania e a independência dos Estados<sup>86</sup>.

Portanto, diante do caráter indefinido de *jus cogens*, a teoria da hierarquia normativa levaria os Tribunais de cada país a determinar se determinada norma de Direito Internacional alcançou o *status* de *jus cogens*, minando-se, ainda, o princípio da separação de poderes, já que o poder de formulação de política externa seria transferido para o Judiciário.

Mas não é só. Sob a perspectiva jurisprudencial, há diversas decisões de Tribunais de outros países (Inglaterra<sup>87</sup>, Canadá<sup>88</sup>, Eslovênia<sup>89</sup>, Nova Zelândia<sup>90</sup> e Estados Unidos da América<sup>91</sup>) nas quais se adota o entendimento de que, contemporaneamente, o costume internacional não vincula a imunidade de jurisdição dos Estados à gravidade do ato praticado, ou que a violação ao *jus cogens* não é suficiente para afastar a imunidade soberana, tampouco implica em renúncia implícita à imunidade de jurisdição.

Considerando a imunidade de jurisdição, a Suprema Corte da Polônia, no caso *Natoniewski*, assentou que os Tribunais daquele país não têm competência para julgar a conduta da Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial em seu território – execução de poloneses, saqueamento e ateamento de fogo em casas na aldeia Szczecyn<sup>92</sup>.

A Corte polonesa rechaçou a tese de que determinado Estado, ao violar o *jus cogens*, estaria renunciando implicitamente a imunidade de jurisdição, assim como não observou o conflito entre o

<sup>85</sup> CAPLAN, Lee M.. Op. cit.. p. 32.

<sup>86</sup> RODAS, João Grandino. Op. cit.. p. 129.

<sup>87</sup> REINO UNIDO. *Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 Appeal Cases (AC) 270; ILR, Vol. 129.

<sup>88</sup> CANADÁ. *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, [2004] Dominion Law Reports (DLR), 4th Series, Vol. 243, p. 406; ILR, Vol. 128, p. 586; *allegations of torture*. Disponível em: <https://www.ontariocourts.ca/decisions/2004/june/bouzariC38295.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>89</sup> ESLOVÊNIA. *Decision N. Up-13/99, dated 8 March 2001*. In *Constitutional Court of the Republic of Slovenia: selected decisions: 1991-2015* / Ljubljana: *The Constitutional Court of the Republic of Slovenia*, 2016. p. 354. Disponível em: <https://www.us-rs.si/wp-content/uploads/2016/11/Selected-Decisions-of-the-Constitutional-Court-1991-2015.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>90</sup> NOVA ZELÂNDIA. *Fang v. Jiang*, High Court, [2007] New Zealand Administrative Reports (NZAR), p. 420; ILR, Vol. 141, p. 702; *allegations of torture*. Disponível em: <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/2c/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/a22741a3-c65a-4f8d-b418-ebdd246830b6/a22741a3-c65a-4f8d-b418-ebdd246830b6.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>91</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sampson v. Federal Republic of Germany*, 975 F. Supp. 1108 (N.D. Ill. 1997); *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); e *SMITH v. SOC. P. LIBYAN ARAB JAMAHIRIYA*, 886 F. Supp. 306 (E.D.N.Y. 1995).

<sup>92</sup> KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Natoniewski Case (June 1, 2011)*. Polish Yearbook of International Law, Vol. 30 (2010). p. 236. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2173012>. Acesso em: 31 jul. 2022.



*jus cogens* e o costume relativo à imunidade de jurisdição. Além disso, os juízes observaram que os tratados delineadores do *jus cogens* não incluíam normas processuais adicionais flexibilizando a imunidade de jurisdição em caso de violação aos direitos humanos.

Por fim, quanto a este ponto, o STF rememorou a decisão da Corte de Primeira Instância de Livadia, Grécia, acerca do caso *Distomo*, ocasião em que a Alemanha foi declarada responsável por massacre lá ocorrido, também durante a Segunda Guerra Mundial. Referida decisão, no entanto, foi cassada após o julgamento do caso *Margellos* pela Corte Suprema Especial grega, em 2002. Segundo a Corte, remanesceria a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em caso de danos causados na Grécia ainda que a conduta tenha violado normas de *jus cogens*<sup>93</sup>.

### 3.6. A indevida eficácia retroativa dos tratados de direitos humanos e o suposto novo costume

O passado pode ser medido pela régua do presente? Essa é outra questão a ser considerada na decisão brasileira examinada: a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos e até mesmo do suposto novo costume a caso ocorrido em momento anterior ao advento do alegado Direito superveniente.

Como se sabe, a própria concepção teórica contemporânea dos direitos humanos é posterior à Segunda Guerra Mundial<sup>94</sup>, construída, inclusive e especialmente, a partir e por conta das tragédias ali experimentadas.

Por um lado, embora o exame da legalidade do ato da Alemanha escape do objeto do presente ensaio, parece açoitado afirmar peremptoriamente – sem se aprofundar no exame do Direito de outrora – que o ato daquela nação constituiu àquela época crime internacional. Vale observar as considerações do Ministro Francisco Rezek acerca das Convenções da Haia de 1907, que naquele momento regulamentavam o Direito da Guerra:

No contexto das duas grandes guerras do século XX, as Convenções da Haia enfrentaram as consequências de uma cláusula de solidariedade estampada em todas elas (a chamada “cláusula *si omnes*”), segundo a qual aquele conjunto de normas só seria aplicável às guerras onde todos os Estados envolvidos fossem partes nas Convenções. Assim, tanto a entrada da Libéria na primeira grande guerra quanto a da Itália, na segunda, serviram de argumento para

<sup>93</sup> ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. *Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália*. Revista Direito GV. 2016, v. 12, n. 2. pp. 516-541. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/zGwxZqhFXdRg93rv5YRgv4k/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>94</sup> REZEK, José Francisco. Op. cit.. p. 218 e p. 375.

que a Alemanha entendesse que a partir de então não mais operavam as Convenções da Haia, que aqueles dois países não haviam ratificado<sup>95</sup>.

Ou seja, o valor das Convenções da Haia de 1907 já foi considerado relativo<sup>96</sup> e ensejou interpretações distintas dos diversos Estados envolvidos na Segunda Grande Guerra. A cláusula *si omnes* tornou incerta a eficácia das Convenções naquele período, já que os instrumentos jurídicos regulariam a guerra se o conflito fosse entre as partes contratantes ou aderentes – “*e no caso de no conflito não participarem terceiros Estados*”<sup>97</sup>.

É bem verdade que o Tratado Naval de Londres de 1930, corroborado pelo Protocolo de Londres de 1936, deu nova roupagem à parte do conteúdo das Convenções, especialmente à Guerra Marítima, estabelecendo que os submarinos deveriam se submeter às regras dos navios de guerra de superfície e que, em geral, os navios de comércio só poderiam ser afundados após recusa de parar ou resistência.

No entanto, durante a Segunda Guerra Mundial essas normas foram violadas pelos beligerantes de diversas potências:

Os almirantes alemães Raeder e Doenitz não foram condenados em Nurembergue pela violação das normas a respeito do uso de submarinos, vez que os Aliados também tinham se utilizado de uma guerra submarina sem limites (ex.: EUA no Pacífico).<sup>98</sup>

É seguro afirmar, porém, que a legislação superveniente à Segunda Guerra Mundial vedaria a conduta da Alemanha. Sobre o tema, bem anotou o Ministro Gilmar Mendes, vencido no julgamento:

[...] os instrumentos jurídicos que vedariam a conduta da Alemanha são posteriores (Convenção de 1949 e Protocolos de 1977) aos fatos debatidos (datados de julho de 1943),

<sup>95</sup> REZEK, José Francisco. Op. cit.. pp. 371-372. Ver, ainda, as Convenções da Haia de 1907, especialmente: Artigo 3º da Convenção III – Relativa à abertura das hostilidades; Artigo 2º da Convenção IV – Relativa às leis e costumes da guerra terrestre; Artigo 6º da Convenção VI – Relativa ao regime dos navios-mercantes inimigos no princípio das hostilidades; Artigo 8º da Convenção IX – Relativa ao bombardeamento pelas forças navais em tempo de guerra; Artigo 18 da Convenção X – Para adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra; Artigo 9º da Convenção XI – Relativa a certas restrições de exercício do direito de captura na guerra marítima. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-solucao-pacifica-dos-conflitos-internacionais-1907-0>. Acesso em: 7 ago. 2022.

<sup>96</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público* – v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 1.151.

<sup>97</sup> GUEDES, Armando Marques. *A guerra naval e o direito*. In: Revista Nação e Defesa. Ano VI, nº 24 (Out-Dez 1982), pp. 68-119. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/2822>. Acesso em: 9 ago. 2022.

<sup>98</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit.. p. 1.190 e p. 1.203. Ver, igualmente: GUEDES, Armando Marques. Op. cit..

os quais não podem incidência retroativa, razão pela qual não poderiam ter aplicabilidade no caso concreto.

Por outro lado – e aqui o ponto mais problemático –, as teorias dos níveis hierárquicos e da prevalência das normas imperativas de Direito Internacional foram consagradas tão somente pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, onde se declarou ser nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com norma imperativa de Direito Internacional geral – ou pela superveniência desta (artigos 53 e 64).

Não obstante os direitos e responsabilidades dos Estados possam mudar ao longo do tempo, deve-se observar com cautela o período de transição da antiga regra para a nova, incluindo-se os momentos em que há evidência de que o Direito está mudando, mas não evidência suficiente a demonstrar que a mudança foi cristalizada – caso de aplicação do Direito anterior, especialmente se os fatos também ocorreram anteriormente<sup>99</sup>.

Portanto, somente nos casos de cristalização do Direito novo – consenso geral de que a nova regra deve ser aplicada – é que o intérprete decidirá com segurança casos posteriores a partir desse novo Direito vigente<sup>100</sup>.

Assim, a decisão do STF no ARE n. 954.858/RJ, ao viabilizar o julgamento de fatos ocorridos há mais de setenta anos, sob a vigência de outro Direito Internacional, finda por estabelecer diversos Tribunais de Exceção e a permanente possibilidade de revisitação judicial de toda a história<sup>101</sup>, sem observar que, como regra geral, o fato jurídico deve ser apreciado sob as lentes do Direito vigente à época, e não do Direito em vigor no momento em que a controvérsia é estabelecida<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> WHEATLEY, Steven. *Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 41, Issue 2, Summer 2021, pp. 484–509. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa058>. Acesso em: 1º ago. 2022.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> É o que alegou a Procuradoria-Geral da República, em parecer sobre o caso apresentado em 2017. Alertou-se que o afastamento da imunidade de jurisdição, a partir da moldura do caso concreto, permite “a perpetuação de discussões entre estados soberanos em decorrência da Segunda Guerra Mundial, onde, sem dúvida, um mesmo país hora foi vítima e hora foi perpetrador de violações de direitos humanos”. Nesse sentido, alerta o Ministro Celso de Mello que o Brasil também já ignorou princípios elementares do Direito Internacional. Ver: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit. p. 1.158.

<sup>102</sup> Preceito da doutrina intertemporal delineada por Max Huber em 1928 no Caso *Island of Palmas* (Netherlands v USA) (1928) 2 RIAA 829, 845.

### 3.7. A legitimidade do STF para tomar decisões políticas na esfera internacional

A Constituição da República de 1988 não atribui ao STF o protagonismo para adotar decisões políticas na esfera internacional<sup>103</sup>, sendo o Chefe de Estado a figura constitucionalmente capacitada para tanto<sup>104</sup>, por lhe caber “*manter relações com Estados estrangeiros*”, de acordo com o art. 84, VII, da CRFB/88.

Por essa razão, a decisão examinada abala o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB/88), já que a ruptura de costume clássico de Direito Internacional, como no caso, representa precário ato unilateral internacional, cuja competência o texto constitucional confere ao chefe da nação – função de representação externa do país<sup>105</sup>.

Como já se anotou, o Direito Internacional é o Direito dos consensos. Por mais altruístas que sejam as intenções, talvez não caiba ao STF avocar a condição de protagonista na esfera internacional<sup>106</sup>. Eventual iniciativa de excepcionar alguns atos estatais da abrangência da imunidade de jurisdição – notadamente aqueles que violem direitos humanos –, encontra melhor foro em consenso promovido pela Sociedade Internacional<sup>107</sup>.

Mas não é só. Ainda que de modo indireto e implícito, como consequência lógica da decisão, o STF acabou por *denunciar* disposições das Convenções de Viena sobre as Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963), promulgadas, respectivamente, pelos Decretos

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Reclamação n. 11.243. Julgamento em 08 de junho de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199542/false>. Acesso em: 2 ago. 2022.

<sup>104</sup> Sobre o tema: “*Os chefes de Estado são os representantes do Estado na ordem internacional. A política externa do Estado segue a sua orientação. É a mais alta autoridade do Estado em política exterior*”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit.. p. 1.017. Ainda sobre a figura do Chefe de Estado, ver: CAETANO, Marcelo. Op. cit.. pp. 249-252.

<sup>105</sup> Acerca da tendência de se negar a separação de poderes, o Ministro Mário Guimarães já advertiu ser uma aventura “*abandonar tantas verdades proclamadas há muitos séculos*”. Complementando o raciocínio, alertou que as exceções à separação de poderes, “*que estão previstas na lei básica, não podem ser ampliadas sem que se estabeleça o caos e sobrevenha a ditadura ou a anarquia. O Poder Judiciário, sobretudo, num instinto de auto defesa, tem que velar pela separação, de ânimo firme, sem embargo da colaboração que os três poderes mutuamente devam dispensar-se. Poderes independentes e harmônicos – é a fórmula clássica que sustenta a ordem e garante os direitos individuais, no Estado moderno*”. Ver: GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp. 49-51.

<sup>106</sup> Reabrir discussões essencialmente políticas e morais perante o Poder Judiciário e franquear-lhe o acesso ilimitado a esse debate é temerário. Bem ou mal, o debate moral deve ser resolvido pelos representantes eleitos pelo povo. Esse prévio debate serve precisamente para filtrar o viés emocional e desagregador das discussões morais, depurando o que poderá, legitimamente, ser deliberado pelo Poder Judiciário. Paralelamente, normalizar os debates morais nos Tribunais “*não apenas aumenta o risco concreto de diluição do direito positivo (não se sabendo mais o que ele é, nem, tampouco, como ou onde encontrá-lo), mas também acarreta a sua rápida deslegitimação, pois os juízes não detêm a atribuição institucional para tamanha criatividade*”. Ver: GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit.. p. 113.

<sup>107</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit.. p. 134.

56.435/1965 e 61.078/1967. O raciocínio é o mesmo: se para os Estados a imunidade de jurisdição em relação a atos de império deverá ser afastada quando violados direitos humanos, para os agentes diplomáticos e consulares também o será.

No ponto, sabe-se que, em tese, o descumprimento de qualquer tratado ou norma consuetudinária pode ocasionar um conflito internacional entre Estados soberanos<sup>108</sup>, com eventual retorsão, represália<sup>109</sup> ou, até mesmo, a responsabilização do Brasil perante a Corte Internacional de Justiça, como ocorreu com a Itália no caso *Ferrini*<sup>110</sup>.

Nessa ordem de ideias, extrai-se não ser possível interpretar extensivamente dispositivos constitucionais ou convencionais sem atentar para o fato de que as regras de imunidade decorrem da igualdade soberana dos Estados, princípio igualmente fundamental em Direito Internacional. Ignorando-se a regra de consentimento entre os Estados, o que restará senão decisões casuísticas de cada Estado, fundamentadas em suas próprias culturas jurídicas?

A quebra do consenso, revela a não observância de autocontenção necessária à função jurisdicional. O Ministro Francisco Rezek adverte:

O juiz não tem qualidade – nem pretende tê-la – para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete. Tampouco têm vocação legislativa os autores do acervo doutrinário, antes votados ao encargo de fazer entender o direito existente, e acaso projetar e

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Reclamação n. 11.243. Julgamento em 08 de junho de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199542/false>. Acesso em: 2 ago. 2022.

<sup>109</sup> A esse respeito, ver: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit.. pp. 1.105-1.106.

<sup>110</sup> Não é banal pensar que a remoção da imunidade de jurisdição, tal como no caso – unilateral –, por mais nobres que sejam os motivos, põe em risco a coexistência pacífica dos Estados, já que conflitos bélicos passados darão origem a diversas demandas individuais, tornando obsoletas soluções políticas adotadas de longa data. Sobre as soluções políticas adotadas: “Em 1942, criou-se a Comissão de Reparações de Guerra que funcionou até 1960 e era presidida pelo ministro do Exterior. Ainda em 1942 foi criado o Fundo de Indenização, no âmbito do Banco do Brasil, com a finalidade de administrar e posteriormente liquidar os bens confiscados aos países inimigos. Após a 2ª Guerra Mundial o Brasil devolveu sete navios italianos e guardou os alemães. Os latino-americanos, conforme resolvera a Conferência de Potsdam, da qual eles não participaram, deveriam obter as ‘reparações’ dos danos que sofreram com os bens do Eixo que se encontraram em seu território. Assim sendo, o Brasil não participou da Conferência de Reparações, realizada em Paris, em 1945”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit.. p. 1.293; Nesse sentido, em 2017, afirmou a Advocacia-Geral da União, ao requerer o ingresso no feito (ARE 954.858/RJ) na condição de *amicus curiae*, que, do ponto de vista político, a decisão pode repercutir em âmbito externo nas “diversas relações jurídicas estabelecidas entre a República Federativa do Brasil e outros Estados estrangeiros”. A uma, porque a alteração de entendimento poderá implicar em tratamento recíproco ao Brasil, isto é, cidadãos de outros países poderão demandar o Brasil em seus domicílios, sujeitando o país à responsabilização pelos atos de império perante foros estrangeiros, “mitigando sobremaneira a atuação internacional e a soberania brasileira, para condução da política internacional”. A duas, porque a Alemanha também poderá demandar o Brasil na esfera internacional, considerando as decisões anteriores da Corte Internacional de Justiça, podendo esta responsabilizar o Estado brasileiro, como ocorreu com o Estado italiano acionado naquele Tribunal pela Alemanha. Assim é que o professor Guido Soares, rememorando as lições de Eric Suy, alertava estar escondido, por trás da imunidade de jurisdição, o “desejo de manter relações amigáveis entre os Estados”, sobretudo considerando o princípio da reciprocidade, na aplicação dos adágios: “não faças a outrem, o que não queres que te façam” e “trata a outrem como queres que te tratem”. Ver: SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit.. pp. 111-112.

propor, ao legislador futuro, um direito melhor. Essas realidades elementares tanto são válidas no âmbito da ordem jurídica internacional quanto no das ordens internas<sup>111</sup>.

É o que assentou a Câmara dos Lordes (Reino Unido) ao examinar o semelhante caso *Jones*<sup>112</sup>. Aquela Corte aduziu que os juízes não são legitimados para se colocarem na vanguarda dos processos de mudança, sobretudo porque o Direito Internacional se baseia no consentimento comum das nações, não cabendo a um Tribunal *desenvolver* o próprio Direito Internacional ao adotar unilateralmente suposto novo costume que, por mais desejável que seja, simplesmente não está sedimentado.

#### 4. CONCLUSÃO

Como se observou, o ônus argumentativo para fundamentar a alteração de um costume internacional tão enraizado não foi vencido pela corrente majoritária do STF. Optou-se, porém, e implicitamente, pela adoção do brocardo *pereat mundus, fiat justitia*, embora a finalidade da jurisdição mais se aproxime da pacificação do conflito social, ou seja, da *segurança*<sup>113</sup>, do que da idealizada, sobremaneira subjetiva e quiçá inatingível *justiça*<sup>114</sup>.

O professor Marcin Kałduński, ao comentar a decisão da Suprema Corte da Polônia no caso *Natoniewski*, aqui citada, fez bem ao afirmar que a imunidade de jurisdição dos Estados não busca negar reivindicações justas, senão negar jurisdição ao fórum impróprio – discussão descolada do mérito da reclamação da pessoa ofendida e que não implica, necessariamente, na impunidade do Estado infrator –, já que o objetivo do Direito Internacional é o de aplicar a vontade acordada entre os Estados<sup>115</sup>.

Como mencionado, embora exista o debate sobre a necessidade de flexibilização da imunidade de jurisdição em casos de violações a direitos humanos, revela-se no mínimo incoerente,

<sup>111</sup> REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 142.

<sup>112</sup> REINO UNIDO. *House of Lords (Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya – the Kingdom of Saudi Arabia – and others)*, 14 June 2006, 129 ILR 713. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones-1.htm>. Acesso em: 2 ago. 2022.

<sup>113</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 37.

<sup>114</sup> Sobre a utopia de se buscar uma Justiça absoluta: “A Justiça é o ideal a atingir pelo Direito, mas não é o único princípio constitutivo da idéia do Direito”. O poder político tem de ter por fim assegurar a justiça compatível com a segurança e que seja útil ao bem-estar social: os três fins do Estado são interdependentes e complementares. Por isso seria em vão que num Estado qualquer procuráramos encontrar realizada a Justiça absoluta”. CAETANO, Marcelo. Op. cit., p. 184.

<sup>115</sup> Ibidem.

no intuito de investigar se o costume internacional relativo à imunidade de jurisdição foi alterado, a consagração do voto vencido no precedente do caso *Ferrini*, cuja tese vencedora por ampla maioria foi exatamente a oposta: a inexistência de conflito entre o *jus cogens* e o privilégio imunitório – conclusão a que se chegou a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário das Nações Unidas, em caso severamente semelhante àquele brasileiro.

No entanto, além do equívoco referente à existência desse novo costume, viabilizou-se o julgamento de fatos ocorridos há mais de setenta anos, sob a vigência de outro Direito Internacional. Em outras palavras: permitiu-se a revisitação judicial de toda a história, sem a observação de que o fato jurídico deve ser apreciado sob as lentes do Direito vigente à época.

Submeter Estados estrangeiros a qualquer jurisdição sem sua anuência equivale a negar-lhes sua soberania, ainda que sejam alegadas violações aos direitos humanos. Nesse sentido, a ruptura unilateral e casuística tende a corroer o tecido social<sup>116</sup> que o Direito Internacional busca proteger – o relacionamento minimamente harmonioso entre os Estados com o objetivo de proteger os próprios direitos de seus cidadãos.

Mas a essa conclusão não se chega pelo exame embevecido de (legítimas) “razões de ordem emocional”<sup>117</sup> – parafraseando o Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento do ARE n. 954.858/RJ. Ao registrar que “antes de inventar uma nova roda, deve-se examinar cuidadosamente a funcionalidade da roda velha”, nas entrelinhas, o Ministro rememora que as instituições – fornecedoras, bem ou mal, de uma vida minimamente sadia – foram lapidadas dura e longamente. Embora a construção seja difícil, a destruição é sempre fácil.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. *Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália*. Revista Direito GV. v. 12, n. 2, 2016.

<sup>116</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., p. 260.

<sup>117</sup> Trata-se da perene lição positivista: “apesar de o direito ser construído a partir da moral, com ela não se confunde”. Ver: GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., p. 112. Na mesma obra (p. 555), aduz o autor sobre a necessidade de se incutir razão e sobriedade em uma discussão emotiva: “Na verdade, a criação do Estado Democrático de Direito fez por bem reduzir o elemento aleatório. Este foi um desenho institucional muito inteligente esboçado pelos gregos, pois tenta incutir um pouco de razão em uma discussão marcadamente emotiva. Falar sobre o bem e o mal, sobre o certo e o errado, sobre o justo e o injusto: poucos saem ilesos deste debate. Pois então, a democracia nos permitiu escolher quem deve debater e, ao fim e ao cabo, quem deve decidir definitivamente sobre a criação do direito”.

- AMARAL, Diogo Freitas do. *História do pensamento político ocidental*. Coimbra: Almedina, 2012.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1993.
- BOBBIO, Norberto et al.. *Dicionário de política – volume II*; trad. Carmen C, Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público: o estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional – v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- CAPLAN, Lee M.. *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. *American Journal of International Law* 97, pp. 741-781, 2003.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 19, n. 76, p. 5-64, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- GOLIN, Eliane Romeiro Fernandes. *Imunidade de Jurisdição dos Estados e Direitos Humanos: uma crítica ao Caso Ferrini*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013.
- GOMES, Fábio Rodrigues. *O retorno ao positivismo jurídico: reflexões críticas de um juiz desencantado*. Niterói: Arthe Comunicação Gráfica, 2020.
- GUEDES, Armando Marques. *A guerra naval e o direito*. In: *Revista Nação e Defesa*. Ano VI, nº 24, pp. 68-119, 1982.
- GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Natoniewski Case (June 1, 2011)*. *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 30, 2010.
- KNUCHEL, Sevrine. *State Immunity And The Promise Of Jus Cogens*. *Northwestern Journal of Human Rights*. V. 9, 149, 2011.
- KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should judges be front-runners? The ICJ, State immunity and the protection of fundamental human rights*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, v. 16, n. 1, p. 1-34, 2012.



- LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1953.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*; trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público – v. 2*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Trad. Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: JusPODIVM, 2012.
- REALE, Miguel. *Obras políticas: 1ª fase – 1931/1937*. Tomo I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RODAS, João Grandino. *Jus cogens em direito internacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 69 (2), 125-136, 1974.
- RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. *Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TIBURCIO, Carmen. *As novas tendências da imunidade de jurisdição no direito internacional e brasileiro*. In: TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- WHEATLEY, Steven. *Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 41, Issue 2, Summer 2021, pp. 484–509.
- ZIMMERMANN, Andreas. *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks*. Michigan Journal of International Law. V. 16, 433, 1995.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. António Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2016.