



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**AS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO E O
PAPEL DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA
NA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA**

LUCAS MOREIRA ALCICI
NÚMERO 29313

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
ESPECIALIDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICO-INTERNACIONAIS (2.º CICLO)
ORIENTADOR: PROF. DOUTOR PEDRO CARIDADE DE FREITAS

LISBOA
2019



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

AS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO E O PAPEL DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito e Ciência Jurídica, especialidade de Ciências Jurídico-Internacionais, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Caridade de Freitas.

LISBOA
2019

RESUMO

Este trabalho tem dois objetivos centrais: o estudo das imunidades jurisdicionais do Estado, em especial os aspectos relevantes à disputa entre a Alemanha e a Itália julgada em 2012 pelo Tribunal Internacional de Justiça, e a análise da proteção diplomática, em especial o seu exercício por meio da apresentação de uma reclamação no Tribunal Internacional de Justiça, como mecanismo adequado para a resolução da questão das reparações decorrentes das violações de direito internacional humanitário perpetradas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. O Tribunal Internacional de Justiça, em *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, concluiu pela inexistência de uma exceção à imunidade de jurisdição do Estado no caso de violações de direito internacional humanitário. Entendendo pela impossibilidade da aplicação da exceção territorial à imunidade do Estado em relação aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas estrangeiras, pela inexistência de uma exceção à imunidade do Estado em caso de violações de normas de *jus cogens* e pela independência entre o reconhecimento da imunidade do Estado e a existência de recursos alternativos para os requerentes apresentarem sua reclamação contra o Estado estrangeiro, o Tribunal Internacional de Justiça concluiu que a imunidade de jurisdição da Alemanha havia sido violada pelos tribunais italianos em casos como *Ferrini*, nos quais os requerentes pleiteavam reparação pelos danos sofridos em decorrência das violações de direito internacional humanitário cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. A sentença do Tribunal Internacional de Justiça tem como consequência impedir esses requerentes de pleitear reparação contra a Alemanha nos tribunais italianos. Por essa razão, e na impossibilidade de se obter reparação por meio dos recursos internos da Alemanha, os requerentes italianos dependem da adoção das suas reclamações pela Itália, que pode exercer a proteção diplomática em seu favor. Tendo em vista a existência de um ato ilícito internacional atribuído à Alemanha, a Itália pode exercer a proteção diplomática em nome dos nacionais italianos, vítimas desse ato ilícito, que tenham esgotado os recursos internos disponíveis na Alemanha. Entendemos que, em razão da natureza das violações perpetradas pela Alemanha contra as vítimas italianas, que constituíram violações de normas de *jus cogens* e, conseqüentemente, de obrigações *erga omnes*, todos os Estados

teriam legitimidade para exercer a proteção diplomática em favor das vítimas italianas – ou para proporem uma ação popular – contra a Alemanha, pleiteando reparação pelos danos sofridos por essas vítimas. A proteção diplomática pode ser exercida por todos os meios pacíficos de solução de controvérsias e, portanto, pode ser exercida por meio da apresentação de uma reclamação no Tribunal Internacional de Justiça. Mesmo em se tratando de uma reclamação visando a reparação por violações de normas de *jus cogens*, o Tribunal Internacional de Justiça deve ter jurisdição para poder julgá-la. Por essa razão, o exercício da jurisdição pelo Tribunal Internacional de Justiça dependerá do consentimento da Alemanha, tendo em vista que a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça é baseada no consentimento das partes.

Palavras-chave: Imunidades jurisdicionais do Estado; imunidade de jurisdição; imunidade de execução; proteção diplomática; Tribunal Internacional de Justiça

ABSTRACT

This paper has two main objectives: the study of the jurisdictional immunities of the State, in particular the relevant aspects to the case between Germany and Italy decided by the International Court of Justice in 2012, and the analysis of diplomatic protection, in particular its exercise through the presentation of a claim to the International Court of Justice, as an adequate mechanism to settle the matter of reparation for damages caused by violations of international humanitarian law committed by Germany during World War II. The International Court of Justice, in *Jurisdictional Immunities of the State*, concluded that State immunity prevails even in the event of violations of international humanitarian law. Acknowledging that the *territorial tort exception* does not apply to acts *jure imperii* committed by foreign armed forces, that there is no *jus cogens* exception to State immunity and that the granting of immunity does not depend on the availability of alternative means for the claimants to seek reparation, the International Court of Justice decided that Germany's immunity from jurisdiction had been violated by Italian courts in cases such as *Ferrini*, in which the claimants sought reparation for damages suffered as a result of violations of international humanitarian law committed by Germany during World War II. The judgment of the International Court of Justice prevents those claimants to seek reparation against Germany in Italian courts. For this reason, and for being unable to obtain redress through Germany's domestic remedies, the Italian claimants depend on the espousal of their claims by Italy, which may exercise diplomatic protection on their behalf. In view of the existence of an internationally wrongful act attributed to Germany, Italy may exercise diplomatic protection on the behalf of its nationals, victims of this wrongful act, provided they had exhausted Germany's domestic remedies. Due to the nature of the violations perpetrated by Germany against the Italian victims, that amounted to violations of *jus cogens* and, therefore, violations of *erga omnes* obligations, all States should have legal standing to exercise diplomatic protection on behalf of the Italian victims – or to file an *actio popularis* – against Germany, seeking reparation for damages suffered by those victims. Diplomatic protection can be exercised by any of the methods for the peaceful settlement of disputes and, therefore, can be exercised by the presentation of a claim to the International Court of Justice. Notwithstanding the fact that the claim

seeks reparation for violations of *jus cogens* norms, the International Court of Justice must have jurisdiction in order to hear the claim. For this reason, the exercise of jurisdiction by the International Court of Justice will depend on the consent of Germany, as the jurisdiction of the International Court of Justice is to be found on the consent of the parties.

Keywords: Jurisdictional immunities of the State; immunity from jurisdiction; immunity from execution; diplomatic protection; International Court of Justice

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AGONU – Assembleia Geral da ONU

art., arts. – artigo, artigos

CDI – Comissão de Direito Internacional da ONU

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Convenção Europeia – Convenção Europeia sobre a Imunidade dos Estados

Convenção da ONU – Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969

DIH – Direito Internacional Humanitário

ed., eds. – edição, edições

ETIJ – Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

FSIA – *Foreign Sovereign Immunities Act*

ICTR – Tribunal Penal Ad Hoc para Ruanda

ICTY – Tribunal Penal Ad Hoc para a Ex-Iugoslávia

ILA – International Law Association

IMI – *Italian Military Internees*

nº – número

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

p., pp. – página, páginas

para., paras. – parágrafo, parágrafos

SIA – *State Immunity Act*

STL – *Special Tribunal for Lebanon*

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TIDH – Tribunal Interamericano de Direitos Humanos

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPJI – Tribunal Permanente de Justiça Internacional

vol., vols. – volume, volumes

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Aspectos gerais da imunidade do Estado	16
1.1. <i>Evolução da norma de imunidade do Estado: da imunidade absoluta à imunidade relativa</i>	16
1.2. <i>Distinção entre atos jure imperii e atos jure gestionis</i>	24
1.3. <i>Identificação da imunidade como norma de direito internacional costumeiro e não mera questão de cortesia.....</i>	27
1.4. <i>Identificação da imunidade do Estado como regra, sujeita a exceções.....</i>	30
1.5. <i>Jurisdição como requisito à análise da imunidade do Estado</i>	35
1.6. <i>Renúncia à imunidade pelo Estado</i>	36
2. Antecedentes da disputa entre a Alemanha e a Itália no TIJ.....	39
2.1. <i>O caso Ferrini e casos correlatos nos tribunais italianos.....</i>	42
2.2. <i>O caso Distomo nos tribunais gregos.....</i>	48
2.3. <i>Execução da sentença do caso Distomo na Itália.....</i>	52
3. O caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado no TIJ.....	54
4. Exceção territorial.....	60
4.1. <i>Existência da exceção territorial no direito internacional costumeiro</i>	60
4.2. <i>Escopo da exceção territorial</i>	65
4.3. <i>Não aplicação da exceção territorial aos atos jure imperii praticados pelas forças armadas estrangeiras</i>	69
5. Exceção jus cogens.....	77
5.1. <i>Hierarquia normativa: suposta existência de conflito entre as normas de jus cogens violadas e a imunidade de jurisdição da Alemanha.....</i>	77
5.2. <i>Inexistência de conflito entre a norma de imunidade do Estado e as normas de jus cogens violadas pela Alemanha.....</i>	79
5.2.1. <i>Inexistência de conflito em razão da natureza processual das normas de imunidade do Estado e da natureza substantiva das normas de jus cogens violadas pela Alemanha</i>	80
5.2.2. <i>Inexistência de conflito entre as normas de jus cogens e outras normas processuais</i>	88
5.2.3. <i>Existência de conflito somente caso as normas de jus cogens tivessem um elemento processual ou se existisse uma norma processual de jus cogens</i>	92
5.2.4. <i>Identificação de conflito entre o direito de acesso à justiça e a imunidade de jurisdição do Estado.....</i>	93
5.3. <i>Identificação da natureza preliminar da norma de imunidade do Estado</i>	98
5.4. <i>Classificação dos atos da Alemanha como atos jure imperii</i>	101
5.5. <i>Distinção entre a imunidade do Estado e a imunidade dos representantes e funcionários do Estado</i>	103
5.6. <i>Inexistência de uma exceção jus cogens no direito internacional costumeiro</i>	109
5.7. <i>A terrorism exception e sua irrelevância à exceção jus cogens.....</i>	114
5.8. <i>Inexistência de conflito entre as normas de imunidade do Estado e o artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados</i>	117

5.9. Inexistência de renúncia implícita à imunidade de jurisdição pelo Estado que violar normas de <i>jus cogens</i>	120
5.10. Inexistência de conflito entre o dever de reparação e a imunidade de jurisdição do Estado.....	122
5.11. Eventuais problemas na aplicação de uma exceção <i>jus cogens</i>	123
6. Os processos nos tribunais italianos como “último recurso” aos requerentes	128
6.1. O reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado não depende da existência de um meio de recurso alternativo	128
6.2. A existência de um meio de recurso alternativo é relevante para o reconhecimento da imunidade das Organizações Internacionais	130
6.3. Os tribunais do Estado responsável pelas violações como o “último recurso”	131
6.4. A proteção diplomática como o “último recurso”	134
7. As decisões dos tribunais italianos concedendo o <i>exequatur</i> às decisões gregas em <i>Distomo</i> e a imunidade de jurisdição da Alemanha	136
8. Imunidade de execução da Alemanha e a hipoteca inscrita contra a <i>Villa Vigoni</i>.....	140
8.1. Distinção entre a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução do Estado	140
8.2. Violação da imunidade de execução da Alemanha pela hipoteca inscrita contra a <i>Villa Vigoni</i> .	142
8.3. Categorias específicas de bens do Estado protegidas pela imunidade de execução.....	145
9. A sentença do TIJ e seu descumprimento pela Itália	147
10. A proteção diplomática como meio para pleitear compensação pelos danos causados aos nacionais italianos pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial	153
10.1. A proteção diplomática como norma de direito internacional costumeiro.....	153
10.2. A proteção diplomática como “último recurso”	160
10.3. O escopo material da proteção diplomática	164
10.4. Requisitos para o exercício da proteção diplomática.....	165
10.4.1. Nacionalidade.....	166
10.4.2. Esgotamento dos recursos internos.....	170
10.5. Proteção diplomática como um direito do Estado e não um dever	173
10.6. A reparação na ação de proteção diplomática	179
10.7. Legitimidade para o exercício da proteção diplomática em casos de violações de normas de <i>jus cogens</i> e obrigações <i>erga omnes</i>	181
11. Jurisdição do TIJ no caso de reclamações relativas a violações de <i>jus cogens</i>	196
Conclusão.....	203
Referências.....	215

INTRODUÇÃO

As normas de imunidade do Estado evoluíram significativamente desde o início da sua aplicação pelos tribunais nacionais no início do século XIX. Assim como as demais normas de direito internacional, sua evolução está intimamente ligada à evolução da comunidade internacional. O alargamento do papel do Estado, o desenvolvimento do comércio internacional, a emergência e colapso dos Estados socialistas, a evolução do conceito de soberania, a multiplicação das relações internacionais, a Segunda Guerra Mundial, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional e outros eventos importantes ocorridos nos últimos dois séculos tiveram um grande impacto nas imunidades jurisdicionais do Estado.

O primeiro capítulo aborda a evolução da norma de imunidade do Estado, fundada inicialmente numa doutrina de imunidade absoluta, que prevaleceu durante a maior parte do século XIX, mas que foi gradualmente substituída por uma doutrina de imunidade relativa. Esse processo de abandono da imunidade absoluta foi iniciado pelos tribunais italianos e belgas no fim do século XIX, por meio da distinção dos atos do Estado entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*, e consolidado na segunda metade do século XX.

O debate acerca da qualificação da imunidade do Estado como norma de direito internacional costumeiro ou como mera questão de cortesia e o conflito entre a imunidade do Estado e a jurisdição territorial, que dá origem à discussão sobre qual das duas normas seria a regra, são abordados no primeiro capítulo.

Além disso, o primeiro capítulo trata de outras duas questões relevantes ao estudo da imunidade do Estado. São elas: a existência de jurisdição sobre a reclamação apresentada contra o Estado estrangeiro como requisito para a análise da imunidade do Estado pelo tribunal doméstico e a possibilidade do Estado de renunciar à sua imunidade.

Esta dissertação tem como objeto as imunidades jurisdicionais do Estado e, mais especificamente, o estudo das imunidades jurisdicionais do Estado no caso das graves violações de direito internacional humanitário cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente aquelas

cometidas contra os nacionais italianos. Por essa razão, a imunidade das Organizações Internacionais e as imunidades *ratione personae* e *ratione materiae* dos altos representantes e funcionários do Estado são abordadas apenas pontualmente, naquilo que for relevante ao estudo da imunidade do Estado, tendo em vista que são distintas e não se confundem. Ainda, não são objetos de estudo as imunidades previstas na Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas e na Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, visto que essas também não se confundem com as imunidades jurisdicionais do Estado.

Após abordar os aspectos gerais da imunidade do Estado, o estudo centra-se na disputa entre a Alemanha e a Itália que deu origem ao caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, julgado pelo Tribunal Internacional de Justiça em 2012. O estudo da sentença do TIJ constitui o núcleo da dissertação.

O segundo capítulo aborda os antecedentes dessa disputa, que teve origem nas decisões dos tribunais italianos no caso *Ferrini* e em outros casos similares, nos quais os requerentes pleiteavam reparação pelos danos sofridos durante a Segunda Guerra Mundial decorrentes da violação de normas de DIH pela Alemanha. Nesses casos, os tribunais italianos afastaram a imunidade de jurisdição da Alemanha e condenaram-na a pagar compensação aos requerentes, vítimas das atrocidades cometidas pelo Terceiro Reich. Além das decisões dos tribunais italianos, as decisões dos tribunais gregos no caso *Distomo* são objeto de estudo neste capítulo, tendo em vista que essas decisões foram posteriormente homologadas pelos tribunais italianos e executadas na Itália por meio da inscrição de uma hipoteca contra a Villa Vigoni, imóvel de propriedade da Alemanha situado na Itália. O segundo capítulo faz uma análise das razões que levaram os tribunais italianos e gregos a afastar a imunidade de jurisdição da Alemanha.

O terceiro capítulo introduz a análise do caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. A Alemanha instituiu o processo no fim de 2008, requerendo ao TIJ que declarasse que a Itália havia violado as suas imunidades jurisdicionais e condenasse a Itália a tomar as medidas necessárias para deixar sem efeito suas decisões em violação a essas imunidades. A Itália, por sua vez, buscou justificar as decisões dos seus tribunais, deixando de contestar apenas

a questão relativa à hipoteca inscrita contra o imóvel de propriedade da Alemanha.

Os argumentos apresentados pela Itália para justificar o não reconhecimento da imunidade de jurisdição da Alemanha pelos seus tribunais domésticos foram divididos em três. O primeiro argumento, relativo à aplicação de uma exceção territorial à imunidade de jurisdição do Estado, é estudado no quarto capítulo. Por meio desse argumento, os atos praticados pela Alemanha no território italiano que causaram mortes, lesões a pessoas ou danos a propriedades não fariam jus à imunidade. Esse argumento serviria para justificar o não reconhecimento da imunidade da Alemanha nos casos relativos aos massacres cometidos na Itália e naqueles relativos à deportação de indivíduos à partir do território italiano para servirem de trabalho forçado na Alemanha e em territórios por ela ocupados. Para tanto, coube ao TIJ identificar se existia uma exceção territorial no direito internacional costumeiro, qual seria o escopo dessa exceção e, especialmente, se essa exceção seria aplicável aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas estrangeiras, no território do Estado do foro, durante um conflito armado. Todas essas questões são abordadas no quarto capítulo.

O segundo argumento da Itália baseou-se na existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado. Por meio desse argumento, os atos praticados pelo Estado em violação às normas de *jus cogens* não fariam jus à imunidade nos tribunais de outro Estado. Esse argumento dependeria, primeiramente, da existência de um conflito entre as normas de *jus cogens* violadas e as normas de imunidade do Estado e, em segundo lugar, da prevalência daquelas sobre estas em razão de uma hierarquia normativa, segundo a qual as normas de *jus cogens* seriam superiores às demais normas de direito internacional.

O quinto capítulo aborda, primeiramente, a questão acerca da existência ou inexistência de um conflito entre essas normas. Essas normas teriam natureza distinta, vez que as normas de *jus cogens* violadas pela Alemanha, nomeadamente aquelas que proíbem a prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, teriam natureza substantiva, e as normas de imunidade do Estado teriam natureza processual. Ademais, o quinto capítulo analisa se há um elemento processual nas normas substantivas de *jus cogens* ou se existe

uma norma de *jus cogens* de natureza processual capaz de afastar a imunidade do Estado quando há a sua violação. É também objeto de estudo o conflito entre o direito de acesso à justiça e a imunidade de jurisdição do Estado.

Da natureza processual e preliminar das normas de imunidade do Estado decorrem ainda outras questões, como a classificação dos atos da Alemanha como *jure imperii*. O capítulo ainda aponta para a distinção entre a imunidade do Estado e a imunidade dos representantes e funcionários do Estado, que são distintas e não se confundem. A conclusão do TIJ sobre a inexistência de uma exceção *jus cogens* no direito internacional, alcançada por meio da análise da prática dos Estados, incluindo o estudo da *terrorism exception*, aplicada nos Estados Unidos e no Canadá, também faz parte do objeto deste capítulo.

Ainda, o capítulo aborda a questão acerca da inexistência de conflito entre a imunidade do Estado e o artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estado e entre a imunidade e o dever de reparação do Estado responsável pela prática de um ato ilícito internacional. Adicionalmente, é objeto de estudo o argumento da renúncia implícita à imunidade de jurisdição do Estado que violar normas de *jus cogens*, que, apesar de não ter sido objeto da decisão do TIJ, visto que nem mesmo os tribunais italianos fizeram uso desse argumento, foi usado pelos tribunais gregos para afastar a imunidade da Alemanha e não raramente é usado por requerentes buscando afastar a imunidade do Estado estrangeiro. Por fim, o quinto capítulo analisa os eventuais problemas da aplicação de uma exceção *jus cogens*.

O sexto capítulo aborda o terceiro argumento apresentado pela Itália, segundo o qual os processos nos tribunais italianos seriam o último recurso aos requerentes para que eles pudessem pleitear reparação pelos danos sofridos em razão das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Para tanto, é analisada a conclusão do TIJ no sentido de que o reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado não depende da existência de um meio de recurso alternativo disponível aos requerentes para apresentar sua reclamação contra o Estado estrangeiro. Ao contrário do que ocorre com a imunidade do Estado, no caso da imunidade das Organizações Internacionais, a existência de um meio de recurso alternativo mostra-se relevante para que a imunidade seja reconhecida à Organização Internacional.

Com o intuito de fazer esse paralelo, esse aspecto específico relativo à imunidade das Organizações Internacionais é analisado no sexto capítulo.

Mesmo que o argumento do último recurso fosse aceito pelo TIJ, os tribunais do Estado responsável pelas violações – no caso os da Alemanha – constituiriam esse último recurso. De todo modo, a proteção diplomática apresenta-se como último recurso. O estudo da proteção diplomática como meio de recurso alternativo é objeto do décimo capítulo.

O sétimo capítulo tem como objeto a análise da violação da imunidade de jurisdição da Alemanha pela Itália em razão das decisões dos tribunais italianos concedendo o *exequatur* às decisões gregas proferidas no caso *Distomo*.

Em decorrência da concessão do *exequatur* pelos tribunais italianos, os requerentes gregos buscaram executar a decisão grega que havia condenado a Alemanha a compensá-los em razão das violações de DIH por ela cometidas. Foi então inscrita uma hipoteca contra a Villa Vigoni, imóvel de propriedade da Alemanha situada na Itália. O oitavo capítulo aborda a conclusão do TIJ acerca da violação da imunidade de execução da Alemanha em razão da inscrição dessa hipoteca contra seu imóvel. Para chegar a essa conclusão, o TIJ fez uma distinção entre a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução do Estado, que não se confundem e possuem normas específicas. Em seguida, o TIJ analisou o propósito de utilização do imóvel, que era sede de um centro cultural, para decidir que esse bem faria jus à imunidade.

O nono capítulo tem como objeto o dispositivo da sentença do TIJ e a obrigação da Itália de cumpri-la. Apesar dos tribunais italianos terem passado a reconhecer a imunidade à Alemanha logo após a decisão do TIJ, e o Parlamento italiano ter aprovado uma lei para garantir o cumprimento da decisão do TIJ, a Corte Constitucional italiana, em decisão de outubro de 2014, declarou a inconstitucionalidade dessa lei, decidindo que a imunidade de jurisdição não poderia ser concedida à Alemanha por atos que constituíram graves violações de DIH.

Em razão da sentença do TIJ, que concluiu pelo direito da Alemanha à imunidade, a segunda parte desta dissertação tem como objetivo apresentar uma solução jurídica por meio da qual os nacionais italianos poderiam obter reparação pelos danos sofridos em decorrência dos atos ilícitos internacionais praticados pela Alemanha. Essa solução, conforme foi indicado pelo próprio TIJ

na sua sentença e pelo juiz Bennouna no seu voto separado, consiste no exercício da proteção diplomática pela Itália em favor dos seus nacionais contra a Alemanha.

O décimo capítulo tem como objeto o estudo da proteção diplomática como meio de recurso alternativo para pleitear reparação pelos danos causados aos nacionais italianos em razão de atos ilícitos internacionais praticados pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. O capítulo aborda a proteção diplomática, norma de direito internacional costumeiro, como o último recurso para que esses indivíduos possam obter reparação pelos danos sofridos. Para tanto, é feita uma análise do escopo material da proteção diplomática e dos seus requisitos, nomeadamente da nacionalidade e do esgotamento dos recursos internos. Tendo em vista que somente é objeto desta dissertação a proteção diplomática a ser exercida em nome de indivíduos, as especificidades relativas às pessoas coletivas não fazem parte do estudo. Além disso, ainda hoje, a proteção diplomática é reconhecida pelo direito internacional como um direito do Estado e não um dever, de modo que seu exercício está sujeito – na ausência de qualquer garantia prevista no direito interno – à decisão discricionária do Estado. Ainda, a questão sobre a reparação na ação de proteção diplomática faz parte do objeto do décimo capítulo.

Tendo em vista que a Itália pode optar por não exercer a proteção diplomática em favor dos seus nacionais, esta dissertação analisa se outro Estado teria legitimidade para exercer a proteção diplomática em casos de violações de normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, como é o caso das violações de DIH cometidas pela Alemanha contra os nacionais italianos durante a Segunda Guerra Mundial.

A proteção diplomática pode ser exercida por todos os meios pacíficos de solução de controvérsias, incluindo um processo no TIJ, que serve de foro e exerce um papel importante em processos iniciados por meio da proteção diplomática. O décimo primeiro capítulo aborda a questão relativa à jurisdição do TIJ em caso de processos iniciados por meio do exercício da proteção diplomática relativos a violações de normas de *jus cogens*.

1. ASPECTOS GERAIS DA IMUNIDADE DO ESTADO

1.1. Evolução da norma de imunidade do Estado: da imunidade absoluta à imunidade relativa

Desde o surgimento do Estado-nação, com a paz de Vestefália de 1648, os princípios fundamentais da igualdade soberana, da soberania territorial e da independência entre os Estados regem as relações internacionais.¹ Os Estados são independentes e iguais entre si, de modo que um não pode exercer sua vontade ou sua autoridade sobre o outro, de onde surge a máxima *par in parem non habet imperium*.²

A imunidade do Estado³ funda-se nos princípios da soberania, independência e igualdade soberana dos Estados,⁴ de modo que, em regra, um Estado não está sujeito à jurisdição de um outro Estado.⁵ Sucharitkul pontua que: “*State immunity is derived from sovereignty. Between two co-equals, one cannot*

¹ Freitas explica que: “Ao deixarem de estar submetidos a um poder superior – o Papa e o império –, os Estados tornam-se soberanos, ou seja, superiores na ordem externa e, por consequência, iguais uns aos outros. Do Tratado de Vestefália resultam como princípios o equilíbrio político, a igualdade jurídica dos Estados e a independência recíproca (...)”. Segundo Freitas: “(...) o sistema jurídico-político saído da Paz de Vestefália, e caracterizado por Estados soberanos, ou seja, que não estão dependentes de um superior, constitui o início das relações internacionais modernas”. FREITAS, Pedro Caridade de. História do Direito Internacional Público: Da Antiguidade à II Guerra Mundial, Cascais, Princípiã, 2015, pp. 25-26.

² COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l’Affaire des Immunités Juridictionnelles de l’État, Revue québécoise de droit international, hors-série, 2015, p. 271; VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, Editorial Tecnos, 12ª edición, 1999, p. 265.

³ O termo “imunidade do Estado” será usado para se referir às imunidades jurisdicionais – imunidade de jurisdição e execução – do Estado em conjunto ou somente à imunidade de jurisdição do Estado, a depender do contexto.

⁴ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, Bruxelles, Editions Bruylant, 1997, pp. 63-64; POIRAT, Florence. Les immunités des sujets du droit international, In: VERHOEVEN, Joe (dir.), Droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Bruxelles, Éditions Larcier, 2004, p. 15.

⁵ TEDH, Case of Jones and Others v. The United Kingdom, Applications nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment, 14 January 2014, para. 188, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005>, acesso em: 28 de maio de 2019; Como pontua Cassese: “*equals have no jurisdiction over one another*”. CASSESE, Antonio. International Law, Oxford, Oxford University Press, Second edition, 2005, p. 98; LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, British Yearbook of International Law, vol. 28, 1951, p. 221.

exercise sovereign will or authority over the other: par in parem imperium non habet".⁶

O princípio da igualdade soberana dos Estados, consagrado no artigo 2 (1) da Carta da ONU e na *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States*,⁷ garante a ausência de hierarquia entre os membros da comunidade internacional, de forma que um Estado não estaria sujeito ao poder jurisdicional de outro Estado.⁸

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, notando que a imunidade do Estado era uma norma de direito internacional, por meio da qual um Estado não está submetido à jurisdição de outro Estado, entendeu que a concessão da imunidade ao Estado estrangeiro "*pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty*".⁹

As imunidades jurisdicionais do Estado compreendem a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução e garantem que o Estado, em regra, não está sujeito à jurisdição de tribunais de outro Estado e que seus bens não estão sujeitos a medidas de execução tomadas por órgãos de outro Estado.¹⁰

⁶ United Nations, Second report on jurisdictional immunities of States and their property, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, 1980, p. 228, para. 120, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_331.pdf&lang=EFS, acesso em: 10 de novembro de 2019.

⁷ NEY, Martin. Sovereign Immunities of States: A German Perspective, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 33; United Nations, Charter of the United Nations, disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>, acesso em: 24 de outubro de 2019; United Nations, Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>, acesso em: 24 de outubro de 2019.

⁸ HAFNER, Gerhard. Accountability and Immunity: The United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property and the Accountability of States, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 99, 2005, pp. 237-238; Como pontua Freitas, a soberania "corresponde à independência do Estado face aos outros Estados". FREITAS, Pedro Caridade de. Portugal e a Comunidade Internacional: na Segunda Metade do Século XIX, Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 201.

⁹ TEDH, Case of McElhinney v. Ireland, Application no. 31253/96, Judgment 21 November 2001, para. 35, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59887>, acesso em: 15 de outubro de 2019; TEDH, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, Application no. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>, acesso em: 30 de outubro de 2019, para. 54; TEDH, Case of Fogarty v. The United Kingdom, Application no. 37112/97, Judgment, 21 November 2001, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59886>, acesso em: 30 de outubro de 2019, para. 34; TEDH, Case of Jones and Others v. The United Kingdom, para. 188.

¹⁰ KEITNER, Chimene I. Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement: Some Reflections from a United States Perspective, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, p. 169; PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 1;

As duas imunidades impõem restrições ao exercício pelo Estado de suas competências jurisdicionais. Enquanto a imunidade de jurisdição impede o exercício do poder jurisdicional sobre o Estado estrangeiro, a imunidade de execução impede o exercício do poder estatal sobre os bens do Estado estrangeiro.¹¹

O principal objetivo das imunidades jurisdicionais do Estado é a garantia da igualdade soberana dos Estados.¹² A imunidade do Estado tem origem em considerações de cortesia entre os Estados e serve para assegurar a coexistência pacífica e a cooperação entre Estados,¹³ servindo ao bom funcionamento das relações internacionais.¹⁴ Mesmo com a evolução do direito internacional e do conceito de soberania, elas continuam sendo essenciais às relações internacionais.¹⁵

Outro objetivo da imunidade do Estado seria a correta alocação e exercício da jurisdição em casos envolvendo Estados estrangeiros. Por meio do reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro, o tribunal nacional evita se pronunciar sobre uma disputa cuja resolução caberia, mais apropriadamente, a outros métodos de resolução pacífica de controvérsias.¹⁶

THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 211.

¹¹ THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des Fonds, pp. 211-212.

¹² WEBB, Philippa. Escalation and Interaction: International Courts and Domestic Politics in the Law of State Immunity, in: WIND, Marlene (ed.), *International Courts and Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 209.

¹³ WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 402; As relações amigáveis entre Estados poderiam ser perturbadas caso um Estado decidisse exercer sua jurisdição sob atos soberanos de outro Estado. NEY, Martin. *Sovereign Immunities*, pp. 33-34; Contrariamente à ideia de que a imunidade do Estado seria importante à convivência pacífica entre os Estados, Lauterpacht defendeu que: "*The normal exercise of jurisdiction of courts in actions against foreign states may in itself remove a frequent source of friction and resentment. From the point of view of securing a friendly atmosphere in international relations judicial remedies against foreign states may be preferable to diplomatic action necessitated by the refusal of those states to submit to jurisdiction*". LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional*, p. 240.

¹⁴ UERPMANN-WITZACK, Robert. Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 241; OETER, Stefan. The Law of Immunities as a Focal Point of the Evolution of International Law, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 365.

¹⁵ PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, p. 17; NEY, Martin. *Sovereign Immunities*, p. 32.

¹⁶ SORNARAJAH, M. Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, 1982, p. 664; KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity in the Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 13, 2014, p. 64.

O artigo 2 (1) da Resolução sobre a Imunidade de Jurisdição do Estado e das Pessoas Atuando em Nome do Estado em caso de Crimes Internacionais, do *Institut de Droit International*, estabelece que: “Immunities are conferred to ensure an orderly allocation and exercise of jurisdiction in accordance with international law in proceedings concerning States, to respect the sovereign equality of States and to permit the effective performance of the functions of persons who act on behalf of States”.¹⁷

Segundo Kaldunski: “State immunity aims to order the proper administration of international justice. It denies jurisdiction to an inappropriate forum and reserves settlement of a dispute to a proper forum and method of adjudication”.¹⁸

A imunidade de jurisdição do Estado foi reconhecida pela primeira vez por um tribunal nacional no caso *Schooner Exchange v. McFaddon*, em 1812, na Suprema Corte dos Estados Unidos. O *Chief Justice* Marshall concluiu que um navio pertencente ao Estado francês não podia ser objeto de um processo perante os tribunais americanos.¹⁹

A doutrina da imunidade absoluta dos Estados, por meio da qual o Estado faria jus à imunidade por todos os seus atos, foi amplamente aceita pelos tribunais nacionais,²⁰ prevalecendo até o fim do século XIX em todos os Estados.²¹ Os tribunais italianos e belgas foram os primeiros a adotar a doutrina

¹⁷ Institut de Droit International, Napoli Session, 2009, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2009_naples_01_en.pdf, acesso em: 4 de setembro de 2019.

¹⁸ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, pp. 92-93.

¹⁹ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 271.

²⁰ 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, vol. 16, 2012, p. 7.

²¹ Parte da doutrina entende que nunca houve uma imunidade absoluta do Estado. BOTHE, Michael. Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanities: Some Critical Remarks on the ICJ's Judgment on the Jurisdictional Immunity of States, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 102; ALEBEEK, Rosanne van. The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights law, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 20-21; Cosnard pontua que disputas envolvendo imóveis situados no território do Estado do foro sempre foram julgadas pelos tribunais do Estado do foro, mesmo em processos contra Estados estrangeiros. COSNARD, Michel. La soumission des États aux tribunaux internes: face à la théorie des immunités des États. Paris, Éditions A. Pedone, 1996, pp. 16, 362.

da imunidade relativa²², no fim do século XIX.²³ No entanto, somente à partir da segunda metade do século XX um grande número de Estados passou a aplicar a doutrina da imunidade relativa.²⁴

Os tribunais italianos, no final do século XIX, passaram a distinguir os atos do Estado entre atos de império – ou atos soberanos – e atos de gestão – ou atos de natureza privada –, negando a imunidade a estes últimos.²⁵ Da mesma forma, os tribunais belgas passaram a distinguir entre os atos públicos e privados do Estado, negando a imunidade a estes últimos.²⁶ Essa limitação à imunidade do Estado foi ganhando apoio de outros Estados durante o século XX.²⁷

No século XX ocorreu um alargamento do papel do Estado.²⁸ O Estado decidiu não apenas regular a economia, mas participar ativamente como ator econômico. O Estado passou a intervir em domínios antes reservados às pessoas privadas, o que pôde ser observado principalmente em Estados socialistas e Estados em desenvolvimento. Isso resultou na multiplicação de contatos entre Estados e pessoas privadas estrangeiras, o que consequentemente aumentou o número de disputas entre eles.²⁹

A mudança em direção à teoria da imunidade relativa foi influenciada por esse maior envolvimento dos Estados nas atividades comerciais e pela consequente necessidade de se proteger as pessoas privadas que participavam das transações comerciais com Estados estrangeiros.³⁰ Nas transações comerciais, os Estados atuam como uma pessoa privada e devem ser tratados

²² Os termos “imunidade relativa”, “imunidade restrita” e “imunidade restritiva” serão usados como sinônimos ao longo da dissertação.

²³ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 153; VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho*, p. 267.

²⁴ COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes*, 1996, p. 23; LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional*, p. 251.

²⁵ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 154.

²⁶ United Nations, Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, 1982, Volume II, Part 1, p. 214, para. 58, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1982_v2_p1.pdf&lang=E FSA, acesso em: 1 de outubro de 2019; LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce intervenant)*, *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, p. 150.

²⁷ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, p. 9.

²⁸ COSTI, Alberto. *L'arrêt de la Cour*, p. 271.

²⁹ COSNARD, Michel. *La soumission des États*, pp. 270-271.

³⁰ EKPO, Sandra. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): The Debate over State Immunity and Jus Cogens Norms*, *Queen Mary Law Journal*, vol. 8, 2017, p. 153; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, pp. 8-9.

como tal.³¹ Restringir a imunidade do Estado foi não só uma maneira de proteger as pessoas privadas que se envolviam em transações comerciais com Estados estrangeiros, mas também de proteger esses mesmos Estados e, em última análise, o comércio internacional. Caso os particulares não tivessem acesso aos tribunais domésticos para demandar compensação por prejuízos sofridos nas transações comerciais realizadas com Estados estrangeiros, é possível vislumbrar que muitos desses particulares evitariam se envolver nessas atividades comerciais.³² Desse modo, a razão para a adoção da teoria restritiva da imunidade é geralmente atribuída à expansão das atividades comerciais dos Estados.³³

A doutrina absoluta da imunidade do Estado foi gradualmente substituída por uma doutrina restritiva, segundo à qual o Estado só faz jus à imunidade de jurisdição em relação aos seus atos soberanos, ou atos *jure imperii*, não fazendo jus à imunidade em relação aos seus atos privados, ou atos *jure gestionis*.³⁴ Os tribunais nacionais passaram a restringir o escopo da imunidade de jurisdição, por meio da distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*. Enquanto aqueles estariam protegidos pela imunidade, estes estariam sujeitos à jurisdição dos tribunais estrangeiros.³⁵

O desenvolvimento de uma exceção à imunidade do Estado em relação aos atos *jure gestionis* constituiu um primeiro passo de adaptação da norma de imunidade do Estado à evolução do papel do Estado na sociedade internacional.³⁶

Hoje é amplamente aceito que os atos privados do Estado, denominados atos *jure gestionis*, não são protegidos pela imunidade do Estado e,

³¹ POIRAT, Florence. Les immunités des sujets, p. 43.

³² PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des États, p. 54.

³³ BARRIE, George N. Sovereign immunity of States: acts iure imperii and acts iure gestionis – what is the distinction?, South African Yearbook of International Law, vol. 26, 2001, p. 159; SORNARAJAH, M. Problems in Applying, p. 662.

³⁴ WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens: International Law, pp. 402-403; CASSESE, Antonio. International Law, p. 100.

³⁵ NEGRI, Stefania. Sovereign Immunity v. Redress for War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), International Community Law Review, vol. 16, 2014, p. 124; ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms in International Law, New York, Oxford University Press, 2006, p. 322; BOUSSAROQUE, Pierre; LEMÉTAYER, David. L'immunité souveraine de l'État: la pratique française, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 26-27.

³⁶ FLAUSS, Jean-François. Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme, Swiss Review of International and European Law, vol. 10, 2000, p. 302.

consequentemente, estão sujeitos à jurisdição dos tribunais estrangeiros.³⁷ Os Estados só têm direito à imunidade pelos atos praticados no exercício do seu poder soberano.³⁸

Os Estados desenvolvidos adotaram a doutrina da imunidade restrita antes dos Estados em desenvolvimento e socialistas.³⁹ Apesar de, no início dos anos 1950, Lauterpacht ter afirmado que a grande maioria dos Estados já tinha passado a negar a imunidade de jurisdição aos Estados por atos *jure gestionis*,⁴⁰ pode-se dizer que somente nos anos 1970 a norma de imunidade relativa foi consolidada no direito internacional.⁴¹ Isso se deu não apenas em razão do grande número de decisões judiciais dos tribunais nacionais negando imunidade aos Estados estrangeiros,⁴² mas também em razão da adoção de legislações nacionais⁴³ e de convenções internacionais⁴⁴ expressamente enumerando exceções à regra geral de imunidade do Estado.⁴⁵

Considerações políticas muitas vezes permeiam a concessão da imunidade ao Estado estrangeiro.⁴⁶ Isso pode ser ilustrado pela prática dos Estados Unidos anterior à *Tate Letter*, de 1952. A Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Republic of Austria v. Altmann*, destacou que: “*Until 1952 the Executive Branch followed a policy of requesting immunity in all actions against friendly sovereigns*”.⁴⁷

³⁷ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 8.

³⁸ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats, p. 359; ALEBEEK, Rosanne van. The immunity of states, p. 49.

³⁹ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats, pp. 56-57.

⁴⁰ LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional, p. 239.

⁴¹ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats, pp. 211, 213, 217.

⁴² Por exemplo, a doutrina absoluta de imunidade foi substituída na Alemanha pela doutrina restritiva à partir da decisão da Corte Constitucional Federal alemã em *Empire of Iran*, de 1963, relacionado a uma disputa relativa à remuneração devida por serviços de reparo no sistema de aquecimento da embaixada do Irã em Bonn. TOMUSCHAT, Christian. The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2011, p. 1118.

⁴³ Os Estados passaram a adotar legislação, em meados dos anos 1970, codificando a imunidade restritiva, que já estava sendo amplamente aplicada. COSNARD, Michel. La soumission des États, pp. 22, 366; Os Estados Unidos adotaram o FSIA em 1976 e o Reino Unido adotou o SIA em 1978, por exemplo. COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 272.

⁴⁴ A Convenção Europeia foi aprovada em 1972 e a Convenção da ONU em 2004.

⁴⁵ SINGER, Michael. Abandoning Restrictive Sovereign Immunity: An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe. *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, Number 1, winter 1985, p. 1.

⁴⁶ PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, p. 4.

⁴⁷ United States of America, Supreme Court of the United States, 541 U.S. (2004), *Republic of Austria et al. v. Altmann*, June 7, 2004, p. 10, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-13.pdf>, acesso em: 2 de outubro de 2019.

Por meio da *Tate letter*, o consultor jurídico do Departamento de Estado declarou que os Estados Unidos abandonariam a doutrina absoluta e passariam a reconhecer a imunidade aos Estados estrangeiros apenas em relação aos seus atos soberanos, excluindo, assim, os atos comerciais. Assim, os Estados Unidos passaram a conceder imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros somente em relação aos atos *jure imperii*.⁴⁸

A adoção da doutrina restritiva nos Estados Unidos foi confirmada pela adoção do *Foreign Sovereign Immunities Act*, em 1976.⁴⁹ Foi somente após a aprovação do FSIA que a decisão acerca da concessão da imunidade aos Estados estrangeiros foi transferida aos tribunais americanos, uma vez que, anteriormente, cabia ao Departamento de Estado determinar se a imunidade devia ou não ser concedida ao Estado estrangeiro.⁵⁰ Essa prática recebia críticas por sua falta de uniformidade, visto que as decisões baseavam-se em fatores políticos.⁵¹

Atualmente, quase todos os Estados adotam a doutrina da imunidade restrita.⁵² A China parece ser o único Estado que ainda garante imunidade absoluta aos Estados estrangeiros.⁵³

A doutrina da imunidade restritiva desenvolveu-se na distinção dos atos do Estado entre atos soberanos, ou públicos, denominados atos *jure imperii*, e atos de gestão, ou privados, denominados atos *jure gestionis*.⁵⁴ No entanto, a classificação dos atos estatais nem sempre é uma tarefa simples, a começar

⁴⁸ GIEGERICH, Thomas. The Holy See, a Former Somalian Prime Minister, and a Confiscated Pissarro Painting: Recent US Case Law on Foreign Sovereign Immunity, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 52.

⁴⁹ TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1118.

⁵⁰ United States of America, Supreme Court of the United States, *Republic of Austria et al. v. Altmann*, p. 10; Na Índia, o controle do Poder Executivo sobre as decisões dos seus tribunais relativas à imunidade dos Estados estrangeiros está previsto no Código de Processo Civil indiano. ALEBEEK, Rosanne van. Domestic Courts as Agents of Development of International Immunity Rules, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 566.

⁵¹ SORNARAJAH, M. Problems in Applying, pp. 661-662; GIEGERICH, Thomas. The Holy See, p. 52.

⁵² CASSESE, Antonio. *International Law*, p. 100; ALEBEEK, Rosanne van. The immunity of states, p. 20.

⁵³ WEBB, Philippa. Escalation and Interaction, p. 210; ORAKHELASHVILI, Alexander. State practice, treaty practice and State immunity in international and English law, in: ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 423.

⁵⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. II, Lisboa, AAFDL Editora, 2015 (reimpressão), p. 174.

pelo critério a ser adotado, podendo ser analisada a natureza ou o propósito do ato.⁵⁵

1.2. Distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*

O TIJ identificou, na prática dos Estados, que uma distinção é feita entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*,⁵⁶ de forma que os Estados têm, em regra, direito à imunidade em respeito àqueles.⁵⁷ A imunidade do Estado está intimamente ligada ao exercício pelo Estado do seu poder soberano, de forma que somente os seus atos soberanos estariam abrangidos pela imunidade.⁵⁸

Apesar da possibilidade de se distinguir entre esses dois tipos de atos, a distinção nem sempre é clara e há casos capazes de gerar controvérsias.⁵⁹ Com a aplicação da imunidade relativa, surge o problema relativo ao critério a ser utilizado para distinguir os atos soberanos dos atos comerciais dos Estados.⁶⁰ Ao decidir disputas que envolvam transações que tenham tanto elementos comerciais quanto governamentais, surge a questão se os tribunais nacionais devem analisar apenas a natureza da transação, ou se o seu propósito deve também ser levado em conta para a classificação dos atos como *jure imperii* ou *jure gestionis*.⁶¹

Assim, dois critérios são usados para distinguir entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*. Um deles é baseado na natureza do ato e o outro no propósito

⁵⁵ VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho*, pp. 268-269.

⁵⁶ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 123, para. 59, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 31 de outubro de 2019.

⁵⁷ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 125, para. 61; Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property, p. 206, para. 24; Singer, Michael. *Abandoning Restrictive*, p. 2; Barker defende que essa distinção sempre esteve presente na concessão da imunidade ao Estado estrangeiro, tendo a teoria da imunidade absoluta apenas se baseado num entendimento mais abrangente do que constituía um ato soberano do Estado. BARKER, J. Craig. *Negotiation the Complex Interface between State Immunity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy*, *International Community Law Review*, vol. 15, 2013, p. 418; BENNOUNA, Mohamed. *Le Droit International Entre la Lettre et l'Esprit: Cours général de droit international public*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 44-45.

⁵⁸ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats*, p. 49-50.

⁵⁹ LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional*, pp. 222-223.

⁶⁰ SORNARAJAH, M. *Problems in Applying*, p. 663.

⁶¹ SORNARAJAH, M. *Problems in Applying*, p. 668.

do ato. A Convenção da ONU determina que, em regra, o critério da natureza do ato deve ser aplicado pelos tribunais. Contudo, o propósito do ato deve ser levado em conta caso as partes assim tiverem acordado ou se na prática do Estado do foro o propósito do ato for relevante para determinar se um ato tem caráter comercial ou não.⁶²

Assim, o artigo 2 (2) da Convenção da ONU estabelece que para a identificação de uma transação comercial deve-se analisar, primeiramente, a natureza do contrato ou transação em questão. Contudo, o propósito da transação também deve ser levado em conta: (i) se as partes do contrato ou transação assim concordarem; ou (ii) se na prática do Estado do foro, o propósito for relevante para determinar o caráter não comercial de um contrato ou transação.⁶³

Dependendo do critério utilizado, pode-se chegar a conclusões opostas. Por exemplo, o ato da compra de bens para as forças armadas pode ser considerado um ato privado, caso o critério da natureza do ato for aplicado, ou um ato soberano, se o critério do propósito do ato for aplicado.⁶⁴

Em regra, a natureza do ato é o critério utilizado para classificar um ato do Estado como *jure imperii* ou *jure gestionis*, de forma a determinar se um Estado faz jus à imunidade de jurisdição.⁶⁵ Por outro lado, o propósito da utilização do bem é o critério utilizado para decidir se um bem do Estado estrangeiro faz jus à imunidade de execução. No entanto, por vezes, a natureza, o propósito e mesmo o contexto no qual o ato foi praticado são juntamente levados em consideração na sua classificação para fins de determinar o direito à imunidade de jurisdição.⁶⁶

⁶² HAFNER, Gerhard. Accountability and Immunity, p. 239.

⁶³ United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, disponível em: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf, acesso em: 2 de outubro de 2019.

⁶⁴ CASSESE, Antonio. International Law, p. 101.

⁶⁵ Isso pode ser observado na prática dos Estados Unidos, à partir da aprovação do FSIA. SORNARAJAH, M. Problems in Applying, pp. 668-669.

⁶⁶ AAKEN, Anne van. Blurring Boundaries between Sovereign Acts and Commercial Activities: A Functional View on Regulatory Immunity and Immunity from Execution, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 133.

A ideia de que o tribunal nacional deve se referir à natureza do ato e não ao seu propósito para distinguir entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* recebe amplo apoio da doutrina.⁶⁷

Weiss, que foi juiz do TPJI, defendeu que se deve levar em conta a sua natureza e não o propósito do ato. O teste consistiria não em analisar se a transação visava alcançar um objetivo diretamente ligado às funções políticas do Estado, mas analisar, independentemente do propósito, a natureza jurídica da transação, de forma a identificar se ela poderia ser praticada por um particular ou não. Não haveria imunidade quando um particular pudesse praticar o ato, como no caso de contratos firmados pelo Estado estrangeiro.⁶⁸

Assim, a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* também pode ser feita à partir do teste que procura identificar se o ato tem caráter governamental ou se o ato poderia ser praticado por um particular.⁶⁹ Neste último caso, o ato seria classificado como *jure gestionis*.⁷⁰

Na prática, a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* nem sempre é clara.⁷¹ Isso pode ser ilustrado pela falta de uniformidade na classificação de alguns atos pelos tribunais. Atos como: o arrendamento de imóveis para serem usados por repartições diplomáticas e consulares; o contrato para a construção ou reparação das instalações de uma embaixada; o contrato de fornecimento de bens para uso das forças armadas; a operação de ferrovias; e a aquisição de bens para serem revendidos aos seus nacionais, por exemplo, foram por vezes classificados como atos *jure imperii*, por outras como atos *jure gestionis*.⁷²

Vallejo pontua que o problema da distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* fica claro quando os tribunais de Estados diferentes não aplicam o mesmo critério. Assim, pode ocorrer que o mesmo ato seja classificado como *jure gestionis* num Estado, uma vez que os seus tribunais aplicam o critério da

⁶⁷ ALEBEEK, Rosanne van. The immunity of states, p. 54; COSNARD, Michel. La soumission des États, 1996, p. 345.

⁶⁸ LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional, p. 225.

⁶⁹ ORAKHELASHVILI, Alexander. State practice, p. 413.

⁷⁰ BARRIE, George N. Sovereign immunity of States, p. 163.

⁷¹ AAKEN, Anne van. Blurring Boundaries, pp. 132-133.

⁷² BARRIE, George N. Sovereign immunity of States, pp. 160-162; Em *Monnover v. État Français*, o tribunal belga classificou como um ato *jure gestionis* a compra de bens por uma agência governamental francesa, cujo objetivo era a reconstrução do país devastado pela guerra. LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional, pp. 222-223.

natureza do ato, e como *jure imperii* em outro, visto que seus tribunais aplicam o critério da finalidade do ato. Isso pode ser ilustrado pelo ato de compra de botas para as forças armadas, que foi classificado como um ato *jure gestionis* pelos tribunais italianos e como *jure imperii* pelos tribunais franceses no fim do século XIX e início do século XX.⁷³

Fox afirma que a classificação de atos comerciais do Estado como atos *jure imperii* por razões políticas, a fim de garantir imunidade ao Estado estrangeiro, não desqualifica a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, mas tão somente coloca em dúvida a independência do tribunal que proferiu tal decisão.⁷⁴

Os atos praticados pelo Estado no exercício das suas atividades comerciais configuram atos *jure gestionis*.⁷⁵ Dessa forma, contratos de compra e venda de mercadorias ou de arrendamento de imóveis são claramente atos privados do Estado e devem ser classificados como atos *jure gestionis*, em relação aos quais o Estado não tem direito à imunidade de jurisdição.⁷⁶

Como pontuou Lauterpacht: “*there would be no room for immunity regardless of whether the contract is for purchase of equipment for the army or whether it is made for the purpose of making a financial profit*”.⁷⁷

Por fim, como exemplos típicos de atos *jure gestionis*, Machado cita: “*a aquisição de computadores para uma embaixada, o arrendamento de imóveis, ou o aluguer de automóveis e as reservas num Hotel para uma comitiva oficial*”.⁷⁸

1.3. Identificação da imunidade como norma de direito internacional costumeiro e não mera questão de cortesia

⁷³ VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho*, p. 269.

⁷⁴ FOX, Hazel. *The Merits and Defects of the 2004 UN Convention on State Immunity: Gerhard Hafner's Contribution to its Adoption by the United Nations*, in: I. Buffard; J. Crawford; A. Pellet; S. Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 418.

⁷⁵ COSNARD, Michel. *La soumission des États*, p. 351.

⁷⁶ COSNARD, Michel. *La soumission des États*, p. 353.

⁷⁷ LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional*, pp. 239-240.

⁷⁸ MACHADO, Jónatas E. M.. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 2013, p. 240.

No caso *Schooner Exchange*, a Suprema Corte americana afirmou que a jurisdição territorial do Estado era absoluta e suscetível apenas às limitações impostas pelo próprio Estado, como seria o caso em que ele consentisse a não exercer sua jurisdição contra um Estado estrangeiro. Isso fez com que muitos defendessem que a imunidade do Estado seria apenas uma questão de cortesia política e não uma obrigação jurídica.⁷⁹

Schooner Exchange envolvia o exercício de jurisdição dos tribunais americanos sobre um navio de guerra francês, que se encontrava ancorado no porto de Filadélfia para reparos. Dois cidadãos americanos, que alegavam ser os legítimos proprietários do navio, demandavam que o navio fosse a eles devolvido. A Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que, em razão da imunidade do Estado, os tribunais americanos não poderiam exercer sua jurisdição sobre o navio pertencente à França.⁸⁰ No entanto, a imunidade foi concedida como um ato de cortesia e não por entender que existia uma obrigação por parte dos Estados Unidos de concedê-la.⁸¹

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Republic of Austria v. Altmann*, de 2004, demonstra que o reconhecimento da imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros ainda é tratado como um ato de cortesia nos Estados Unidos.⁸² A Suprema Corte, citando o entendimento adotado em *Schooner Exchange*, destacou que os Estados estrangeiros não teriam um direito à imunidade nos tribunais americanos, sendo a imunidade de jurisdição a eles concedida por uma questão de cortesia.⁸³

Apesar da prática dos Estados Unidos, o entendimento que prevalece na prática dos Estados e na doutrina é no sentido de que a imunidade do Estado é

⁷⁹ GIEGERICH, Thomas. *The Holy See*, p. 54.

⁸⁰ KEITNER, Chimène I. *Germany v. Italy*, p. 170.

⁸¹ PETERS, Anne. *Immune against Constitutionalisation?*, p. 1.

⁸² PAVONI, Riccardo. *American Anomaly: On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State*, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21, 2011, pp. 144-145.

⁸³ *United States of America, Supreme Court of the United States, Republic of Austria et al. v. Altmann*, pp. 9-10; O mesmo entendimento foi aplicado em *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*. TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1116-1117; Nos Estados Unidos, a imunidade do Estado ainda é vista como uma questão de cortesia e não como um direito do Estado estrangeiro. DEL MAR, Katherine. *The Effects of Framing International Legal Norms as Rules or Exceptions: State Immunity from Civil Jurisdiction*, *International Community Law Review*, vol. 15, 2013, pp. 161-162.

uma norma de direito internacional costumeiro e não uma simples questão de cortesia.⁸⁴

O TIJ destacou que a imunidade do Estado decorre do princípio da igualdade soberana dos Estados e, assim, não se trata simplesmente de uma questão cortesia.⁸⁵ A imunidade do Estado é uma norma de direito internacional costumeiro⁸⁶ que confere um direito ao Estado e uma correspondente obrigação aos demais Estados de respeitar e reconhecer essa imunidade.⁸⁷

Como destaca Tomuschat, a Convenção da ONU demonstra que há um consenso entre os Estados no sentido de que a imunidade do Estado é uma norma jurídica e não apenas uma questão de cortesia.⁸⁸

As normas de imunidade do Estado são amplamente reconhecidas como parte do direito internacional costumeiro.⁸⁹ Em *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, a Itália e a Alemanha concordaram que a imunidade do Estado era uma norma de direito internacional costumeiro e não uma mera questão de cortesia.⁹⁰ Esse entendimento foi confirmado pelo TIJ, que concluiu que a imunidade é um direito dos Estados.⁹¹

O TIJ concluiu, com base na prática dos Estados,⁹² que o Estado tem direito às imunidades jurisdicionais e que existe uma obrigação correspondente

⁸⁴ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 64; TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1117; WEBB, Philippa. *Escalation and Interaction*, p. 209. Em sentido contrário, parte da doutrina defende que a imunidade do Estado se apoia na cortesia, na dignidade e nas boas relações entre os Estados, de forma que a imunidade não seria um direito do Estado estrangeiro, e sim a renúncia, pelo Estado territorial, do exercício da sua jurisdição. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. *L'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie): la Cour Internationale de Justice à contre-sens de l'évolution du droit international*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 11, 2018, p. 44.

⁸⁵ LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour*, p. 153.

⁸⁶ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 13; BENNOUNA, Mohamed. *Le Droit International*, p. 44.

⁸⁷ O'KEEFE, Roger. *Jurisdictional Immunities*, in: Christian J Tams; James Sloan (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 111-112.

⁸⁸ TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1117-1118; No mesmo sentido: FOX, Hazel. *The Merits*, p. 416.

⁸⁹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part 2, p. 147, para. 26, disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1980_v2_p2.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁹⁰ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 122, para. 53; KEITNER, Chimène I. *Germany v. Italy*, p. 169.

⁹¹ GATTINI, Andrea. *Immunité et souveraineté dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire Immunités juridictionnelles de l'État*, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 224.

⁹² A Corte de Apelação de Ontário, no Canadá, reconheceu que a imunidade do Estado é uma norma internacional costumeira. NOVOGRODSKY, Noah Benjamin. *Immunity for Torture:*

recaindo sobre os demais Estados de respeitar essa imunidade, de acordo com o direito internacional.⁹³ O TIJ destacou que: “*whether in claiming immunity for themselves or according it to others, States generally proceed on the basis that there is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity*”.⁹⁴

A Convenção da ONU e a decisão do TIJ demonstram que as normas de imunidades jurisdicionais do Estado fazem parte do direito internacional consuetudinário, ainda que seu exato escopo seja objeto de controvérsia.⁹⁵

Assim, os tribunais nacionais estão obrigados a reconhecer a imunidade do Estado estrangeiro em todos os casos que este Estado tiver direito, de acordo com o direito internacional. A decisão do tribunal doméstico que reconhece a imunidade a um Estado estrangeiro seria, portanto, declaratória, e não constitutiva.⁹⁶

1.4. Identificação da imunidade do Estado como regra, sujeita a exceções

O TIJ destacou a importância da norma de imunidade do Estado no direito internacional e nas relações internacionais. O TIJ reconheceu que o princípio da igualdade soberana dos Estados deveria ser analisado em conjunto com o princípio da soberania territorial, do qual decorre a jurisdição do Estado sobre eventos e pessoas dentro do seu território. Segundo o TIJ, exceções à imunidade do Estado representam um desvio do princípio da igualdade soberana

Lessons from Bouzari v. Iran. *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 5, 2007, p. 944; No mesmo sentido, a Suprema Corte polonesa reconheceu que a imunidade do Estado é uma norma de direito internacional costumeiro. KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Nationiewski Case*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30, 2010, p. 237.

⁹³ PETERS, Anne. *Immune against Constitutionalisation?*, p. 1; WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law*, p. 402; VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho*, p. 265; WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens and Sovereign Immunity: Reconciling Divergence in Contemporary Jurisprudence*, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, p. 1157.

⁹⁴ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 123, para. 56.

⁹⁵ GIEGERICH, Thomas. *The Holy See*, p. 54.

⁹⁶ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 69.

do Estado. O TIJ, contudo, afirmou que a imunidade pode representar um desvio do princípio da soberania territorial e da jurisdição dela decorrente.⁹⁷

Assim, ao mesmo tempo que o TIJ afirmou que a imunidade do Estado constitui a regra, que estaria sujeita a exceções, o TIJ também pontuou que a imunidade do Estado poderia constituir uma derrogação ao princípio da soberania territorial.⁹⁸ Essas afirmações aparentemente conflitantes levam à seguinte questão: seria a imunidade do Estado a regra, que estaria sujeita a exceções? Ou seria a jurisdição territorial sobre o Estado estrangeiro a regra, em relação à qual a imunidade do Estado seria uma exceção?⁹⁹

Durante o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre as imunidades jurisdicionais do Estado, surgiu esse questionamento acerca da posição da imunidade do Estado no direito internacional, se seria a regra geral sujeita a exceções ou se a jurisdição territorial sobre os Estados estrangeiros seria a regra, em relação à qual a imunidade do Estado seria uma exceção.¹⁰⁰ Após os debates, a CDI concluiu pela imunidade do Estado como regra, a qual estaria sujeita a exceções, como se observa pela redação do artigo 5 da Convenção da ONU,¹⁰¹ que estabelece: “*A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention*”.¹⁰²

A Convenção da ONU estabelece as imunidades jurisdicionais do Estado como regra e estipula certas exceções a elas aplicáveis.¹⁰³ Por exemplo, a CDI, ao comentar o artigo 12 da Convenção da ONU, destacou que esse artigo abordava uma exceção à regra geral da imunidade de jurisdição do Estado.¹⁰⁴

⁹⁷ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 123-124, para. 57.

⁹⁸ GATTINI, Andrea. Immunité et souveraineté, p. 224.

⁹⁹ Na visão de Kaldunski, o TIJ não deixou claro qual é o seu entendimento sobre a relação entre a imunidade do Estado e a jurisdição territorial, ou seja, se a imunidade seria a regra, a qual estaria sujeita a exceções que permitiriam o exercício da jurisdição pelos tribunais nacionais, ou se a imunidade seria uma exceção do princípio da jurisdição territorial. KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, pp. 67-68.

¹⁰⁰ Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 142, para. 1.

¹⁰¹ FOX, Hazel. The Merits, p. 415.

¹⁰² United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

¹⁰³ HAFNER, Gerhard. Accountability and Immunity, pp. 238-239; FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, p. 307.

¹⁰⁴ United Nations, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part 2, p. 44, para. 1, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf&lang=E FSRAC, acesso em: 8 de agosto de 2019.

As convenções internacionais e as legislações nacionais foram aprovadas com o intuito de codificar a doutrina da imunidade relativa, confirmando o abandono da doutrina da imunidade absoluta, o que também demonstra que a imunidade do Estado seria a regra, a qual estaria sujeita a exceções.¹⁰⁵

A imunidade do Estado é amplamente reconhecida como regra, sujeita a exceções.¹⁰⁶ Tanto as legislações domésticas quanto as convenções internacionais sobre as imunidades jurisdicionais do Estado reconhecem a imunidade do Estado como regra, a qual estaria sujeita a algumas exceções, elencadas nos próprios instrumentos.¹⁰⁷ Isso ocorre no FSIA dos Estados Unidos da América¹⁰⁸, no *State Immunity Act* do Reino Unido¹⁰⁹, no *State Immunity Act* do Canadá¹¹⁰, no *State Immunity Act* de Cingapura¹¹¹, no *Foreign State Immunity Law de Israel*¹¹², no *Foreign States Immunities Act* da África do Sul¹¹³, no *Foreign*

¹⁰⁵ COSNARD, Michel. La soumission des États, pp. 22, 366.

¹⁰⁶ GAJA, Giorgio. The Protection of General Interests in the International Community: General Course on Public International Law (2011), Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 143; McGregor pontua que essa posição é contestada por aqueles que entendem que a imunidade do Estado constitui uma exceção à soberania territorial, por meio da qual o Estado do foro pode exercer sua jurisdição sobre seu território. MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Jus Cogens, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, April 2006, p. 441.

¹⁰⁷ TOMUSCHAT, Christian. The International Law, p. 1119; BARKER, J. Craig. Negotiation the Complex, p. 419; MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities of the State for Serious Violations of International Human Rights Law or the Law of Armed Conflict, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 50, 2012, p. 272.

¹⁰⁸ O §1604 do FSIA dos Estados Unidos da América, de 1976, estabelece que: “*Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter*”. Estados Unidos da América, Foreign Sovereign Immunities Act, disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2891.pdf>, acesso em: 9 de agosto de 2019.

¹⁰⁹ O artigo 1 (1) do SIA do Reino Unido, de 1978, estabelece que: “*A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act*”.

¹¹⁰ O artigo 3 (1) do State Immunity Act do Canadá, de 1985, estabelece que: “*Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada*”. Canada, State Immunity Act, disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-18/page-1.html>, acesso em: 11 de agosto de 2019.

¹¹¹ O artigo 3 (1) do State Immunity Act de Cingapura, de 1979, estabelece que: “*A State is immune from the jurisdiction of the courts of Singapore except as provided in the following provisions of this Part*”. Singapura, State Immunity Act, disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SIA1979>, acesso em: 29 de outubro de 2019.

¹¹² O artigo 2 do Foreign State Immunity Law de Israel, de 2008, estabelece que: “*A foreign state shall have immunity from the jurisdiction of the courts in Israel, excluding jurisdiction in criminal matters, subject to the provisions of this statute*”. Israel, Foreign State Immunity Law, disponível em:

https://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/Israel%20Immunities%20January%202009.pdf, acesso em: 11 de agosto de 2019.

¹¹³ O artigo 2 (1) do Foreign States Immunities Act da África do Sul, de 1981, estabelece que: “*A foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the Republic except as provided*

States Immunities Act da Austrália¹¹⁴ e no *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State* do Japão¹¹⁵.

Assim, por exemplo, nos Estados Unidos, em que o FSIA estabelece a imunidade do Estado estrangeiro como regra, sujeita às exceções elencadas no próprio FSIA, a não ser que uma das exceções à imunidade do Estado seja aplicável, no caso concreto, os tribunais americanos não poderiam exercer sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro.¹¹⁶ Isso se aplica em todos esses Estados cujas legislações foram citadas no parágrafo anterior.

Apesar da falta de clareza na declaração do TIJ sobre a questão, o TIJ entendeu em *Imunidades Jurisdicionais do Estado* que a imunidade do Estado constitui a regra, a qual só poderia ser afastada por uma das exceções reconhecidas no direito internacional.¹¹⁷

Parte da doutrina critica esse entendimento do TIJ, defendendo que a imunidade do Estado seria a exceção à regra do princípio da jurisdição territorial.¹¹⁸

A imunidade do Estado coloca frente a frente dois princípios fundamentais do direito internacional. Se, de um lado, o princípio da soberania territorial estabelece que o Estado pode exercer sua jurisdição em seu território, de outro lado, o princípio da igualdade soberana dos Estados estabelece que um Estado não pode exercer sua jurisdição sobre outro Estado. Em virtude desse conflito

in this Act or in any proclamation issued thereunder". África do Sul, Foreign States Immunities Act, disponível em: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201503/act-87-1981.pdf, acesso em: 12 de agosto de 2019.

¹¹⁴ O artigo 9 do Foreign States Immunities Act da Austrália, de 1985, estabelece que: "*Except as provided by or under this Act, a foreign State is immune from the jurisdiction of the courts of Australia in a proceeding*". Austrália, Foreign States Immunities Act, disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00947>, acesso em: 12 de agosto de 2019.

¹¹⁵ O artigo 4 do Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State do Japão, de 2009, estabelece que: "*A Foreign State, etc., except as otherwise provided by this Act, shall be immune from jurisdiction*". Japão, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, disponível em: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=2&vm=02&id=1948, acesso em: 12 de agosto de 2019.

¹¹⁶ GIEGERICH, Thomas. The Holy See, p. 53.

¹¹⁷ DEL MAR, Katherine. The Effects of Framing, pp. 143-144;

¹¹⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander. State practice, pp. 425-426; LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 153; SOURESH, Anogika. Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got It Wrong, European Journal of Legal Studies, vol. 9, No. 2, 2017, p. 34; BOTHE, Michael. Remedies of Victims, p. 101; ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz, p. 44.

de princípios, alguns defendem que a imunidade do Estado constitui uma derrogação ao princípio da soberania territorial.¹¹⁹

No caso *Schooner Exchange*, o *Chief Justice* Marshall afirmou que: “*The jurisdiction of courts is a branch of that which is possessed by the nation as an independent sovereign power. The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself*”.¹²⁰

Schooner Exchange estabeleceu como princípio o exercício da jurisdição territorial pelo Estado do foro sobre o seu território e não a imunidade do Estado estrangeiro. Assim, essa decisão reconheceu que a imunidade do Estado constitui uma exceção à regra da jurisdição territorial.¹²¹

A imunidade do Estado, de acordo com Lauterpacht, decorreria da renúncia – expressa ou implícita – do exercício da jurisdição por parte do Estado territorial. Assim, qualquer imunidade concedida ao Estado estrangeiro configuraria uma renúncia à jurisdição pelo Estado do foro.¹²²

Os juízes Higgins, Kooijamns e Buergenthal, em voto dissidente conjunto em *Arrest Warrant*, também consideraram a imunidade – ainda que se tratasse da imunidade dos representantes do Estado – como uma exceção ao princípio da jurisdição territorial.¹²³

Caso a imunidade do Estado fosse entendida como exceção à jurisdição territorial, a presunção seria de que o tribunal nacional poderia exercer sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro, a não ser que a exceção da imunidade do Estado fosse aplicada no caso concreto. Dessa forma, o ônus da prova passaria a recair sobre o Estado estrangeiro. Esse entendimento substituiria o entendimento que prevalece hoje, segundo o qual o tribunal nacional presume a imunidade do Estado estrangeiro, afastando-a somente quando se está diante de uma das exceções à regra da imunidade.¹²⁴

¹¹⁹ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 269; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 6.

¹²⁰ United States, Supreme Court of United States, *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others*, 11 U.S. 116 (1812), disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5767>, acesso em: 24 de outubro de 2019.

¹²¹ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 6.

¹²² LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional*, pp. 228-229.

¹²³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 84, para. 71, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 24 de outubro de 2019.

¹²⁴ DEL MAR, Katherine. *The Effects of Framing*, pp. 160-161.

De toda forma, é claro o entendimento do TIJ no sentido de que para que o tribunal nacional possa exercer sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro, cabe ao tribunal identificar a existência de uma exceção à imunidade de jurisdição do Estado no caso concreto.¹²⁵

1.5. Jurisdição como requisito à análise da imunidade do Estado

A questão da imunidade do Estado depende da existência de um título de jurisdição que permita o tribunal nacional ter competência sobre a reclamação apresentada contra o Estado estrangeiro.¹²⁶

Como pontua Orakhelashvili, a questão da jurisdição do tribunal nacional é distinta e antecede a questão acerca da imunidade do Estado estrangeiro.¹²⁷ No mesmo sentido, Fox e Webb destacam que, por uma questão de lógica, a questão da jurisdição precede a consideração acerca da imunidade de jurisdição do Estado.¹²⁸

A existência de jurisdição é essencial à aplicação das normas de imunidade do Estado. Se um tribunal nacional não tem competência sobre uma determinada reclamação apresentada contra um Estado estrangeiro, não haverá a necessidade de analisar se esse Estado estrangeiro faz jus à imunidade ou não, visto que se estaria diante de um caso de ausência de jurisdição.¹²⁹

A imunidade do Estado não coloca em causa a competência do tribunal nacional sobre uma determinada demanda, mas sim o poder desse tribunal nacional de exercer sua jurisdição sobre um Estado estrangeiro. Como afirma Verhoeven: “(...) *ce qui est en cause en l’occurrence n’est pas la recevabilité de la demande ou la compétence du tribunal saisi, ce qui est en soi relativement*

¹²⁵ GATTINI, Andrea. *Immunité et souveraineté*, p. 224. Esse entendimento fica claro no modo como o TIJ analisou a obrigação da Itália de reconhecer a imunidade de jurisdição da Alemanha nos casos perante os tribunais italianos, o que será abordado no capítulo 4.

¹²⁶ LAVAL, Pierre-François. *L’arrêt de la Cour*, p. 153.

¹²⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah*, *European Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 3, August 2011, p. 852.

¹²⁸ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 84.

¹²⁹ Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property, p. 205, para. 20.

banal, mais bien plus fondamentalement le pouvoir de juger de l'Etat, qui ne peut du fait de l'immunité être exercé".¹³⁰

Em *Arrest Warrant*, o TIJ destacou que existe uma diferença entre as normas que governam a jurisdição dos tribunais nacionais e as normas que governam as imunidades, de modo que a jurisdição sobre uma demanda não implica na ausência de imunidade e, da mesma forma, a ausência de imunidade não implica na existência de jurisdição.¹³¹

Assim, quando um tribunal nacional estiver diante de um processo instituído contra um Estado estrangeiro, esse tribunal deve fazer uma análise em duas fases. Primeiramente, o tribunal deve determinar se tem jurisdição para julgar a demanda, com base nas normas de direito internacional privado ou num outro título de jurisdição. Em seguida, o tribunal nacional deve determinar se está presente alguma das exceções à imunidade do Estado. Somente após responder essas duas questões de maneira afirmativa o tribunal nacional poderá exercer sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro.¹³²

1.6. Renúncia à imunidade pelo Estado

¹³⁰ VERHOEVEN, Joe. Sur les relations entre immunités et jus cogens, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014, p. 536.

¹³¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000*, p. 24, para. 59; Cosnard pontua que a norma de imunidade do Estado estaria ameaçada caso os tribunais nacionais pudessem negar imunidade ao Estado estrangeiro em todos os casos que eles tivessem jurisdição em conformidade com as normas de direito internacional privado

¹³² Como explica Vallejo: "(...) *la inmunidad de los Estados extranjeros presupone la competencia o jurisdicción previa del Estado territorial. Dicho Estado comenzaría por tener competencia o jurisdicción para conocer un determinado asunto y, si se diera un caso en el que una de las partes es un Estado extranjero, entonces y a partir de ese momento, se plantearía la cuestión de la inmunidad del Estado extranjero*". VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho*, p. 265.

Os Estados podem renunciar às suas imunidades jurisdicionais.¹³³ A renúncia à imunidade é prevista no artigo 7 da Convenção da ONU e na seção 1605 (a) (1) do FSIA dos Estados Unidos, por exemplo.¹³⁴

O silêncio, contudo, não significa que o Estado renunciou à sua imunidade. Assim, caso o Estado não pratique nenhum ato no processo movido contra ele num tribunal estrangeiro, isso não pode ser considerado como renúncia à sua imunidade.¹³⁵ Os tribunais domésticos devem reconhecer as imunidades jurisdicionais do Estado estrangeiro, quando for o caso, de ofício.¹³⁶

Também não deve ser entendido como renúncia se o Estado se manifesta no processo com o propósito de requerer que sua imunidade de jurisdição seja reconhecida.¹³⁷

O Estado não tem direito de invocar sua imunidade de jurisdição caso tenha expressamente consentido com o exercício da jurisdição do tribunal estrangeiro, seja por meio de um tratado internacional, contrato escrito, ou por uma declaração perante o tribunal doméstico. A participação do Estado no processo também pode ser considerada, em alguns casos, como sendo uma expressão de consentimento pelo Estado.¹³⁸ Assim, caso o Estado se defenda no mérito, sem requerer que seja reconhecida sua imunidade, presume-se que

¹³³ POIRAT, Florence. *Les immunités des sujets*, p. 37; Pingel-Lenuzza pontua que: “*Tous les droits nationaux ont admis que l’État pouvait renoncer au bénéfice de l’immunité de juridiction*”. PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats*, p. 161; VERHOEVEN, Joe. *Sur les relations*, p. 536; ORAKHELASHVILI, Alexander. *State practice*, p. 411; Dickinson destaca que: “(...) *it has not been doubted that states may waive immunity and submit to the local jurisdiction if they wish*”. DICKINSON, Edwin D. *Waiver of State Immunity*, *The American Journal of International Law*, vol. 19, No. 3, July 1925, p. 555.

¹³⁴ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1122; BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público, Vol. I, Conceitos e Fontes*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018 (reimpressão), pp. 171-172.

¹³⁵ POIRAT, Florence. *Les immunités des sujets*, p. 38.

¹³⁶ POIRAT, Florence. *Les immunités des sujets*, p. 39; De toda forma, antes da decisão do tribunal doméstico reconhecer a imunidade de jurisdição, o Estado estrangeiro deve ser notificado da existência de um processo contra ele, para possibilitar que esse renuncie à sua imunidade, caso seja sua vontade. Esse entendimento pode ser observado nos tribunais brasileiros. Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário nº 99-SP (2009/0195038-1), Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 4 de dezembro de 2012; Peters defende que as normas de imunidade do Estado deveriam passar a ser interpretadas de modo que os Estados estrangeiros deveriam requerer a concessão da sua imunidade perante os tribunais do Estado do foro. Caso assim não o façam, os tribunais do Estado do foro não estariam obrigados a conceder a imunidade a esse Estado estrangeiro, vez que o silêncio deveria ser entendido como uma forma de aceitação do exercício da jurisdição do tribunal estrangeiro. PETERS, Anne. *Immune against Constitutionalisation?*, p. 18.

¹³⁷ DICKINSON, Edwin D. *Waiver of State Immunity*, p. 557.

¹³⁸ DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit international public*, Paris, Lextenso éditions, 8e édition, 2009, pp. 499-500.

o Estado renunciou à ela.¹³⁹ Também considera-se que o Estado renunciou à sua imunidade quando ele for o requerente num processo ou quando ele apresentar um pedido reconvenicional.¹⁴⁰

¹³⁹ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats*, p. 169.

¹⁴⁰ PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats*, p. 170; O Estado estaria implicitamente renunciando à sua imunidade quando ele institui um processo no tribunal estrangeiro. DICKINSON, Edwin D. *Waiver of State Immunity*, p. 555.

2. ANTECEDENTES DA DISPUTA ENTRE A ALEMANHA E A ITÁLIA NO TIJ

De outubro de 1943 até o fim da Segunda Guerra Mundial, o exército alemão praticou inúmeras atrocidades contra a população italiana, incluindo o massacre e a deportação de um grande número de civis que foram submetidos a trabalho forçado em fábricas alemãs.¹⁴¹ Juntamente com esses civis, o exército alemão prendeu e deportou centenas de milhares de militares italianos, os quais tiveram negado o *status* de prisioneiros de guerra, para serem usados como trabalho forçado na Alemanha e nos territórios por ela ocupados.¹⁴²

As atrocidades cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial que deram ensejo aos processos iniciados por indivíduos demandando reparação na Itália e na Grécia podem ser divididas em três categorias. A primeira delas diz respeito ao massacre de civis cometido em Civitella e em vilarejos vizinhos, na Itália, em 29 de junho de 1944, onde mais de 200 civis foram mortos, dando origem ao caso *Max Josef Milde* no Tribunal Militar de La Spezia; e ao massacre perpetrado contra civis no vilarejo de Distomo, na Grécia, em 10 de junho de 1944, onde também mais de 200 civis foram mortos, dando origem ao caso *Distomo* no Tribunal de Livadia. A segunda delas diz respeito a deportações de civis a partir da Itália para serem submetidos a trabalho forçado na Alemanha. Uma das vítimas dessa segunda categoria foi Luigi Ferrini, detido em agosto de 1944 e deportado à Alemanha, onde foi submetido a trabalho forçado numa fábrica de munição até o fim da guerra, dando origem ao caso *Ferrini*. A terceira categoria diz respeito a deportações de membros das forças armadas italianas à Alemanha e aos territórios ocupados, onde tiveram seu

¹⁴¹ TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1108; Após a queda de Mussolini, a Itália rompeu com os Estados do Eixo e se rendeu aos Aliados, declarando guerra à Alemanha em setembro de 1943. À partir dessa data, as forças armadas alemãs cometeram inúmeras atrocidades contra a população dos territórios italianos ocupados, que constituíram graves violações do direito internacional, o que foi admitido pela própria Alemanha. KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, p. 11.

¹⁴² Isso se deu especialmente pelo fato de que o exército alemão já se encontrava presente em grande parte do território italiano quando a Itália declarou guerra à Alemanha em outubro de 1943, após ter se rendido aos Aliados no mês anterior, quando da queda de Mussolini, vez que a Itália havia entrado na guerra em junho de 1940 como aliada do Terceiro Reich. *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 110, para. 21.

status de prisioneiros de guerra negados, para também servir de trabalho forçado.¹⁴³

O TIJ afirmou que esses atos constituíram graves violações de DIH – denominado direito internacional do conflito armado à época – conforme aplicável nos anos de 1943-1945, data da prática desses atos. As atrocidades praticadas pela Alemanha foram classificadas como crimes de guerra e crimes contra a humanidade na Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg.¹⁴⁴

Em fevereiro de 1947, os Aliados e a Itália concluíram um Tratado de Paz,¹⁴⁵ no qual regularam, dentre outros, a restituição dos bens pertencentes ao Estado italiano e aos nacionais italianos que foram removidos à força pelas forças alemãs à partir de setembro de 1943. A Itália, por sua vez, renunciou, em seu nome e de seus nacionais, a todas as reclamações que eventualmente tivesse contra a Alemanha decorrentes da guerra, ainda que nenhuma reparação tivesse sido acertada pelos danos sofridos pelo Estado italiano e por seus nacionais em decorrência de atos praticados pelas forças alemãs.¹⁴⁶

Em 1953, a República Federal da Alemanha adotou legislação com o intuito de compensar algumas categorias de vítimas perseguidas pelos nazistas. Contudo, várias reivindicações feitas por nacionais italianos não tiveram sucesso, seja porque eles não eram considerados vítimas de perseguição nazista ou porque não tinham domicílio ou residência permanente na Alemanha, o que também era exigido. A lei foi alterada em 1965 para incluir reivindicações de indivíduos perseguidos por sua nacionalidade ou por serem membros de um grupo étnico não-alemão, mas que, para tanto, deviam ter *status* de refugiado em 1 de outubro de 1953. Por isso, mesmo após a alteração da lei, diversos

¹⁴³ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, pp. 11-12; Jurisdictional Immunities of the State, p. 121, para. 52.

¹⁴⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 121, para. 52; Enquanto o artigo 6 (b) da Carta de Nuremberg incluiu no rol de crimes de guerra: “*muder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory*” e “*muder or ill-treatment of prisoners of war*”, o artigo 6 (c) incluiu no rol de crimes contra a humanidade: “*muder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war*”. United Nations, Charter of the International Military Tribunal, disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, acesso em: 9 de outubro de 2019.

¹⁴⁵ A Alemanha não foi parte do Tratado de Paz de 1947.

¹⁴⁶ Treaty of Peace with Italy, article 77 (4). Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0311.pdf>. Acesso em: 27 de janeiro de 2019; Jurisdictional Immunities of the State, pp. 110-111, para. 22.

nacionais italianos continuaram não cumprindo os requisitos e, assim, não obtiveram compensação.¹⁴⁷

Apesar da Alemanha ter adotado legislação relativa à indenização de vítimas de perseguição nazista, ela foi adotada de maneira restritiva, tendo em vista que a lei exigia que as vítimas tivessem sido perseguidas em razão da sua raça ou religião, além de outras condições relativas à nacionalidade e residência. Ademais, os meios de provas mostravam-se muito complexos. Isso tudo fez com que um grande número de vítimas estrangeiras – incluindo as vítimas italianas – fossem excluídas do mecanismo de indenização criado pela legislação alemã.¹⁴⁸

Em junho de 1961, a República Federal da Alemanha e a Itália concluíram dois acordos.¹⁴⁹ Por meio do primeiro deles, concernente à resolução de questões financeiras, econômicas e de propriedade, a Alemanha pagou uma compensação à Itália, que por sua vez renunciou, em seu nome e de seus nacionais, a todas eventuais reclamações referentes aos danos decorrentes da Segunda Guerra Mundial.¹⁵⁰

Por meio do segundo acordo, que tinha por objeto compensar os nacionais italianos perseguidos pelo regime nazista, a República Federal da Alemanha concordou em pagar à Itália quarenta milhões de francos alemães em benefício dos italianos vítimas da perseguição nazista que sofreram danos à sua liberdade e saúde e, também, em benefício dos dependentes daqueles que morreram.¹⁵¹

Os acordos bilaterais entre Itália e Alemanha limitaram-se à compensação de vítimas de perseguição nazista, deixando de fora as demais vítimas de crimes de guerra, motivo pelo qual inúmeras vítimas não obtiveram compensação.¹⁵² Ainda, nesses acordos, restritos à indenização de vítimas da perseguição nazista, ora as vítimas de trabalho forçado não faziam jus à indenização, ora a

¹⁴⁷ Jurisdictional Immunities of the State, p. 111, para. 23.

¹⁴⁸ KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne contre Italie ou les dilemmes du droit et de la justice, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 119.

¹⁴⁹ TOMUSCHAT, Christian. The International Law, pp. 1112-1113.

¹⁵⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 111, para. 24.

¹⁵¹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 112, para. 25.

¹⁵² BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. Is There State Immunity in Cases of War Crimes Committed in the Forum State? On the Decision of the International Court of Justice (ICJ) of 3 February 2012 in Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), German Law Journal, vol. 14, No. 9, 2013, p. 1826.

indenização era restrita às vítimas de trabalho forçado realizados em campos de concentração.¹⁵³

Em agosto de 2000, a Alemanha, unificada há mais de uma década, adotou uma lei estabelecendo a Fundação “*Remembrance, Responsibility and Future*”,¹⁵⁴ com o objetivo de compensar indivíduos que foram submetidos a trabalho forçado ou outras injustiças pelo regime nazista. No entanto, a lei excluía do direito à compensação aqueles que tiveram o *status* de prisioneiros de guerra e que, além disso, não tivessem sido mantidos em campos de concentração. Por essa razão, apesar de terem sido privados do *status* de prisioneiros de guerra à época, milhares de militares italianos que foram forçados a trabalhar em empresas alemãs, denominados “*Italian Military Internees*”, tiveram negado seu pedido de compensação com base nessa lei.¹⁵⁵

De acordo com o governo alemão, os IMI não poderiam ter perdido o seu estatuto de prisioneiros de guerra por uma decisão unilateral e ilegal das autoridades alemãs, mesmo que na prática eles tenham sido privados desse estatuto. Por esse motivo, somente os IMI que foram deportados a um campo de concentração, correspondendo a um número bem restrito deles, puderam se beneficiar da compensação prevista pela lei de 2000.¹⁵⁶

2.1. O caso *Ferrini* e casos correlatos nos tribunais italianos

Em setembro de 1998, Luigi Ferrini, nacional italiano que havia sido detido em agosto de 1944 em Arezzo, na Itália, e deportado à Alemanha, onde foi forçado a trabalhar em fábricas de munições até 20 de abril de 1945, iniciou um

¹⁵³ KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne, p. 119.

¹⁵⁴ A versão em inglês da lei encontra-se disponível no sítio na internet da Fundação. Disponível em: <https://www.stiftung-evz.de/eng/the-foundation/law.html>. Acesso em 24 de janeiro de 2019.

¹⁵⁵ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 112-113, para. 26; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, pp. 12-13; O governo alemão mantém um sítio na internet com informações sobre os pagamentos feitos pela Fundação. Nele, consta uma seção sobre as vítimas de trabalho forçado que foram excluídas dos pagamentos por não preencherem os requisitos previstos na lei. Dentre elas estão os denominados “*Italian Military Internees*”. Disponível em:

http://www.bundesarchiv.de/zwangsarbeit/leistungen/direktleistungen/nicht_beruecksichtigt/index.html.en. Acesso em: 24 de janeiro de 2019.

¹⁵⁶ KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne, p. 122.

processo contra a Alemanha no Tribunal de Arezzo, requerendo compensação por danos materiais e morais sofridos.¹⁵⁷

Em novembro de 2000, o Tribunal de Arezzo reconheceu a imunidade de jurisdição à Alemanha, por considerar que os atos praticados deveriam ser classificados como *jure imperii*, em relação aos quais a Alemanha faria jus à imunidade, de acordo com o direito internacional costumeiro.¹⁵⁸ Ferrini apelou desta decisão, mas a Corte de Apelação de Florença confirmou a decisão do Tribunal de Arezzo e manteve a imunidade de jurisdição à Alemanha.¹⁵⁹

O caso *Ferrini* foi, então, levado à Corte de Cassação da Itália. Em sua decisão, a Corte de Cassação reconheceu que a norma de imunidade de jurisdição do Estado era, sem dúvida, um costume internacional, apesar de se encontrar num contínuo processo de erosão.¹⁶⁰ Em seguida, passou a analisar se deveria ser concedida a imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro em casos relativos a violações de DIH.¹⁶¹

A Corte de Cassação considerou que a questão central seria avaliar se o Estado estrangeiro faria jus à imunidade de jurisdição quando sua conduta constituísse um crime internacional,¹⁶² independentemente dos atos praticados terem sido atos soberanos ou não.¹⁶³ Assim, no entendimento da Corte de Cassação, mesmo a imunidade de jurisdição por atos *jure imperii* não seria absoluta, estando sujeita a exceções.¹⁶⁴ A Corte de Cassação, portanto, afastou-

¹⁵⁷ FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, p. 951; IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004, pp. 165-166.

¹⁵⁸ IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, p. 166.

¹⁵⁹ A Corte de Apelação entendeu que os atos da Alemanha foram praticados no exercício da sua soberania, de modo que o Estado alemão faria jus à imunidade jurisdicional. Decidir de outra forma, pontuou a Corte de Apelação, constituiria uma violação de uma norma internacional costumeira. IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, p. 166.

¹⁶⁰ FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, pp. 953; IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, pp. 168-169.

¹⁶¹ BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, *The American Journal of International Law*, vol. 99, No. 1, 2005, p. 242.

¹⁶² BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, p. 243; FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, p. 953.

¹⁶³ A Corte di Cassazione reconheceu que os atos praticados pelas forças armadas alemãs, que constituíram crimes internacionais, foram atos praticados no exercício do poder soberano do Estado, ou seja, foram atos *jure imperii*. IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, pp. 170-171.

¹⁶⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Dissenting Opinion of Judge Cañado Trindade, I.C.J. Reports 2012, p. 233, para. 144, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf>, acesso em: 31 de outubro de 2019.

se da tradicional distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* como único critério para a concessão da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro.¹⁶⁵

A Corte de Cassação concluiu que os crimes internacionais consistiam numa grave violação dos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais seriam protegidos por normas que estão na posição mais elevada na ordem jurídica internacional. Essas normas prevaleceriam sobre as demais, incluindo as relativas à imunidade do Estado.¹⁶⁶ Em outras palavras, a Corte de Cassação concluiu que a violação de normas *jus cogens* e, dentre elas, a proibição da prática de crimes internacionais,¹⁶⁷ ensejaria a negativa da imunidade de jurisdição ao Estado que praticou essa violação, em razão da superioridade hierárquica das normas peremptórias de direito internacional.¹⁶⁸

Haveria um conflito de normas de direito internacional, de modo que esse conflito seria resolvido por meio da prevalência da norma hierarquicamente superior.¹⁶⁹ Assim, a Corte de Cassação da Itália concluiu que em razão da hierarquia entre as normas de *jus cogens* e as normas de imunidade do Estado, aquelas deveriam prevalecer sobre estas.¹⁷⁰

Ademais, os crimes internacionais foram perpetrados pela Alemanha, ainda que parcialmente,¹⁷¹ em território italiano.¹⁷² A Corte de Cassação sublinhou, contudo, ao final da sua decisão, que mesmo que os atos das forças

¹⁶⁵ FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, p. 954; Para fundamentar seu entendimento, a *Corte di Cassazione* também citou a alteração, de 1996, do FSIA dos Estados Unidos, que incluiu uma exceção à imunidade de jurisdição para os casos de Estados estrangeiros, designados como patrocinadores de terrorismo, que pratiquem tortura, homicídio, sabotem aeronaves, ou pratiquem ou forneçam ajuda material para a prática desses e de outros atos de terrorismo, contra vítimas americanas. BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, p. 244; IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, p. 178.

¹⁶⁶ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 54, 2008, p. 49.

¹⁶⁷ Almeida ensina que: "*Il ne fait aucun doute que les crimes commis constituent de graves violations du Droit International Humanitaire ou du Droit International applicable aux conflits armés de l'époque, ceux-ci étant entrés dans le domaine du jus cogens*". ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. L'affaire des immunités, p. 28.

¹⁶⁸ GATTINI, Andrea. The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, p. 178.

¹⁶⁹ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 53.

¹⁷⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms in International Law, p. 352.

¹⁷¹ Ferrini havia sido apreendido pelo exército alemão em território italiano e deportado à Alemanha para ser submetido a trabalho forçado, de forma que a violação ao DIH foi parcialmente cometida na Itália, Estado do foro.

¹⁷² De acordo com Bianchi: "*In sum, the fact that the relevant acts were carried out in the forum state, coupled with their qualification as international crimes triggering the principle of universality, prompted the Court to find jurisdiction against the Federal Republic of Germany and to vacate the Court of Appeal's judgment*". BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, p. 245.

armadas alemãs não tivessem sido praticados na Itália, os tribunais italianos teriam competência em razão do princípio da jurisdição universal.¹⁷³ Essa afirmação parece estar em contradição com o argumento utilizado pela Corte de Cassação de que o que diferenciava *Ferrini* dos demais casos, como *Al-Adsani*, no Reino Unido, e *Bouzari*, no Canadá, por exemplo, nos quais a imunidade havia sido reconhecida ao Estado estrangeiro, seria exatamente o fato de que os atos das forças armadas alemãs tinham sido praticados, ainda que parcialmente, em território italiano.¹⁷⁴

Assim, não fica claro se o fato de que os atos da Alemanha tenham sido praticados, no todo ou em parte, no território italiano, tenha sido essencial para a Corte de Cassação chegar à sua decisão de negar a imunidade à Alemanha.¹⁷⁵ A Corte de Cassação parece ter feito uso da exceção territorial apenas como um fundamento auxiliar ao fundamento central da sua decisão, que seria a existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado, de modo que o Estado estrangeiro não faria jus à imunidade em relação aos seus atos que constituíram crimes internacionais.¹⁷⁶

¹⁷³ FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, p. 955; A Corte de Cassação entendeu que o princípio da jurisdição universal seria aplicável em *Ferrini*, mesmo se tratando de um caso civil e não criminal. BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, p. 244.

¹⁷⁴ FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, p. 956; Iovane explica que a Corte de Cassazione “admits that jurisdictional immunity has recently been upheld in some decisions by domestic and international courts. However, in the Court’s opinion this has happened only because those decisions dealt with damage caused by acts committed outside the forum State”. IOVANE, Massimo. *The Ferrini Judgment*, p. 178.

¹⁷⁵ A Corte de Cassação parece invocar a *territorial tort exception* apenas para reforçar a decisão de negar a imunidade de jurisdição à Alemanha pela prática de crimes internacionais, tendo em vista que parte dos atos foram praticados em território italiano. De toda forma, não fica claro se a decisão da *Corte di Cassazione* baseia-se exclusivamente numa exceção *jus cogens*, de forma que a imunidade deveria ser negada em casos de violações de normas peremptórias de direito internacional, independentemente de onde essas ocorram, ou numa espécie de complementariedade entre uma exceção *jus cogens* e uma exceção territorial, de modo que o fato de que as violações de *jus cogens* tenham sido praticadas – ainda que parcialmente – no território do Estado do foro, tenha sim relevância na decisão. FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, pp. 955-956; Na visão de Bianchi, “(...) the judgment seems to purport that the jurisdiction of Italian courts against the foreign state can be established on both grounds, with the tort exception argument playing an ancillary role in relation to the main consideration that international crimes give rise to universal civil jurisdiction against foreign states”. BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, p. 246.

¹⁷⁶ BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, p. 246; Wuerth entendeu que a decisão da Corte de Cassação italiana, em *Ferrini*, foi baseada tanto na exceção territorial quanto na exceção *jus cogens*. WUERTH, Ingrid. International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, p. 824; A *territorial tort exception* – ou exceção territorial – e a exceção *jus cogens* à imunidade do Estado serão abordadas nos capítulos 4 e 5, respectivamente.

A Corte de Cassação italiana, em *Ferrini*, não fez menção expressa ao *jus cogens*, mas classificou os atos da Alemanha de deportação e trabalho forçado como crimes internacionais, e justificou a não concessão da imunidade à Alemanha na necessidade de proteção de valores superiores da ordem jurídica internacional, protegidos pelas normas que proíbem a prática desses crimes internacionais, as quais prevalecem sobre a imunidade do Estado.¹⁷⁷

A Corte de Cassação, apesar de entender que os atos praticados pelas forças alemãs haviam sido atos *jure imperii*, em relação aos quais geralmente o Estado estrangeiro faz jus à imunidade, concluiu que esses atos, por terem violado uma norma de *jus cogens*, qual seja, a proibição da prática de crimes internacionais, essa norma de *jus cogens* violada afastaria a imunidade do Estado. Isso porque a concessão da imunidade do Estado impediria a proteção de valores essenciais da comunidade internacional.¹⁷⁸

Ademais, a Corte de Cassação entendeu que, no caso da prática de crimes internacionais, a imunidade dos funcionários do Estado não poderia ser invocada e que o mesmo entendimento se aplicaria à imunidade do Estado, tendo em vista que aquela era decorrente desta e, por isso, não haveria razão para garantir a imunidade ao Estado enquanto ela deveria ser negada a seus representantes em respeito aos mesmos atos.¹⁷⁹

Finalmente, em decisão de março de 2004, a Corte de Cassação concluiu que a Alemanha não fazia jus à imunidade de jurisdição e determinou que os tribunais italianos deveriam exercer sua jurisdição sobre a reclamação de Ferrini, concluindo que a imunidade de jurisdição não deveria ser concedida quando o ato do Estado estrangeiro constituísse um crime internacional.¹⁸⁰

¹⁷⁷ MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, pp. 255-256.

¹⁷⁸ MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Jus Cogens, pp. 439-440.

¹⁷⁹ BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, p. 245; FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, p. 955.

¹⁸⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 113, para. 27; ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. L'affaire des immunités, p. 25; A Corte di Cassazione sublinhou que a deportação e o trabalho forçado eram considerados crimes de guerra e, portanto, crimes internacionais, em inúmeras normas internacionais. Dentre elas, a Corte de Cassação referiu-se ao Estatuto do Tribunal de Nuremberg, à decisão de 30 de setembro de 1946 deste mesmo tribunal, à Resolução nº 95 (I), de 11 de dezembro de 1946, da AGONU, e ao Estatutos do Tribunal Penal Internacional, dos Tribunais Criminais *Ad Hoc* para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, dentre outros. BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, p. 243; FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State, p. 953; IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, p. 173.

O processo foi devolvido ao Tribunal de Arezzo que, em decisão de abril de 2007, entendeu pela prescrição do direito de reparação.¹⁸¹ Contudo, a Corte de Apelação de Florença, em 17 fevereiro de 2011, reverteu essa decisão e condenou a Alemanha a pagar compensação a Ferrini pelos danos por ele sofridos, e pelos custos arcados com o processo nos tribunais italianos.¹⁸²

A decisão da Corte de Cassação italiana em *Ferrini* teve consequências para além desse caso individual. Poucos dias após essa decisão, doze vítimas apresentaram sua reclamação no Tribunal de Turim, no caso *Giovanni Mantelli and others*. No dia 28 de abril de 2004, mais um processo foi iniciado contra a Alemanha, no tribunal de Sciacca, por Liberato Maietta. Em ambos os casos, por meio de duas ordens proferidas em 29 de maio de 2008, a Corte de Cassação negou os recursos apresentados pela Alemanha, que requeriam a suspensão dos processos sob o argumento de que os tribunais italianos não poderiam exercer sua jurisdição em razão da sua imunidade de jurisdição, e confirmou o entendimento em *Ferrini*, determinando que os tribunais italianos tinham sim competência para julgá-los visto que a Alemanha não faria jus à imunidade.¹⁸³

A imunidade de jurisdição da Alemanha em relação às violações de DIH perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial foi igualmente negada pelos tribunais italianos num processo penal de responsabilização de um membro das forças armadas alemãs que havia participado do massacre cometido em Civitella, Cornia e San Pancrazio, na Itália.¹⁸⁴

O Tribunal Militar de La Spezia, em decisão de 2 de fevereiro de 2007, condenou Max Josef Milde – militar alemão – à prisão perpétua, e ordenou que ele e o Estado alemão, solidariamente, pagassem indenização aos sucessores das vítimas do massacre. A Alemanha apelou dessa decisão na parte relativa à sua condenação a pagar compensação aos requerentes. Contudo, em 18 de dezembro de 2007, o Tribunal Militar de Apelações de Roma negou o recurso e manteve a condenação. Em 21 de outubro de 2008, a Corte de Cassação também

¹⁸¹ CIAMPI, Annalisa. L'immunità de l'État, p. 50.

¹⁸² Jurisdictional Immunities of the State, pp. 113-114, para. 27; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 14.

¹⁸³ Jurisdictional Immunities of the State, p. 114, para. 28; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 14; Em *Mantelli*, no qual a Corte de Cassação italiana negou imunidade à Alemanha, uma das reclamações, dentre as treze, era relativa a violações cometidas fora do Estado do foro. MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, pp. 243-244, 261.

¹⁸⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 114, para. 29.

manteve a decisão, confirmando seu entendimento de que em casos relacionados à prática de crimes internacionais, a imunidade de jurisdição deveria ser negada ao Estado estrangeiro.¹⁸⁵

A Corte de Cassação fundamentou o seu entendimento, como em *Ferrini*, na prevalência das normas de proteção dos direitos humanos fundamentais sobre as normas de imunidade do Estado, que teria fundamento não só na sua superioridade formal, em razão daquelas serem normas de *jus cogens* e estas não, mas também material, em razão do seu conteúdo, por constituírem os valores superiores da ordem jurídica internacional.¹⁸⁶

2.2. O caso *Distomo* nos tribunais gregos

Na Grécia, o exército alemão também cometeu atrocidades durante a Segunda Guerra Mundial. No dia 10 de junho de 1944, forças armadas alemãs cometeram um massacre no vilarejo de Distomo, onde mataram mais de duzentas pessoas.¹⁸⁷

Em 1995, os familiares das vítimas desse massacre ajuizaram uma ação contra a Alemanha no Tribunal de Livadia, demandando compensação pela morte e destruição de propriedades dessas vítimas. Em outubro de 1997, o Tribunal de Livadia, em *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, negou a imunidade de jurisdição à Alemanha e condenou-a a pagar

¹⁸⁵ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 64; Jurisdictional Immunities of the State, p. 114, para. 29; Esse caso é particular, tendo em vista que a Alemanha foi condenada a pagar compensação num processo criminal movido contra um militar alemão e não num processo civil ajuizado contra o Estado alemão. KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 14.

¹⁸⁶ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 66.

¹⁸⁷ Tomuschat pontua que a decisão de cometer o massacre contra os civis foi tomada por um comandante do exército alemão após as tropas alemãs terem sido atacadas por um grupo de resistência. TOMUSCHAT, Christian. The International Law, p. 1113; SENDER, Omri; WOOD, Michael. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) (2012), in: BJORGE, Eirik; MILES, Cameron (eds.), Landmark Cases in Public International Law, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 563.

compensação no valor aproximado de 30 milhões de euros aos sucessores legais das vítimas do massacre.¹⁸⁸

O Tribunal de Leivadia concluiu que, quando um Estado viola uma norma *de jus cogens*, esse Estado perderia seu direito à imunidade de jurisdição por uma série de razões. Primeiramente, porque o Estado teria renunciado tacitamente à sua imunidade. Ainda, atos contrários ao *jus cogens* seriam nulos e não poderiam constituir fonte de direitos, como seria o caso da imunidade de jurisdição. Ademais, o reconhecimento da imunidade por um tribunal nacional em relação a um ato contrário ao *jus cogens* constituiria uma colaboração a esse ato. Além disso, constituiria um abuso do direito invocar a imunidade em relação a atos praticados em violação a uma norma de *jus cogens*. Por fim, tendo em vista a superioridade da soberania territorial em relação à imunidade do Estado, um Estado que violar aquela por meio da ocupação ilegal do território de outro Estado não poderia invocar a imunidade de jurisdição por atos cometidos durante essa ocupação.¹⁸⁹

O Tribunal de Leivadia, em *Distomo*, concluiu que o Estado que comete violações de *jus cogens* renuncia o seu direito à imunidade de jurisdição em relação a essas violações. Ainda, o Tribunal de Leivadia entendeu que esses atos não poderiam ser classificados como atos soberanos do Estado e, portanto, não fariam jus à imunidade.¹⁹⁰

A Alemanha apelou dessa decisão, argumentando que os tribunais gregos não podiam exercer sua jurisdição em razão da imunidade de jurisdição da Alemanha, mas a Suprema Corte da Grécia, em decisão de 4 de maio de 2000, negou a imunidade à Alemanha e manteve a decisão do Tribunal de Livadia.¹⁹¹

A Suprema Corte grega concluiu que a violação de normas de *jus cogens* ensejaria uma renúncia implícita à imunidade de jurisdição pelo Estado responsável por tais violações.¹⁹²

¹⁸⁸ Jurisdictional Immunities of the State, p. 115, para. 30; BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 137/1997, Court of First Instance of Leivadia, Greece, October 30, 1997, American Journal of International Law, vol. 92, 1998, p. 765.

¹⁸⁹ BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, pp. 766-767.

¹⁹⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms in International Law, p. 351.

¹⁹¹ TOMUSCHAT, Christian. The International Law, pp. 1113-1114; CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, pp. 56-57.

¹⁹² BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, p. 243; ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz, L'affaire des immunités, p. 57; MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights: Is There a Future after Germany v. Italy. Journal of International Criminal Justice, vol. 11, 2013, p. 129; GAVOUNELI, Maria; BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of

A Suprema Corte grega entendeu que o artigo 11 da Convenção Europeia, relativo à exceção territorial, havia codificado um costume internacional¹⁹³ e seria aplicável tanto a atos *jure imperii* quanto a atos *jure gestionis*, desde que eles tenham sido praticados no território do Estado do foro e que a pessoa que cometeu o ato estivesse presente no território do Estado do foro no momento da prática do ato.¹⁹⁴

Além do artigo 11 da Convenção Europeia, a Suprema Corte grega invocou o artigo 12 do então *Draft Articles* da CDI sobre As Imunidades dos Estados e dos seus Bens – que se tornou o artigo 12 da Convenção da ONU – para justificar a natureza de direito internacional costumeiro da *territorial tort exception* e as decisões dos tribunais americanos em *Letelier v. Republic of Chile* e *Liu v. Republic of China*, casos relativos a assassinatos políticos cometidos no território do Estado do foro, para justificar sua conclusão de que a exceção territorial seria aplicável mesmo em relação a atos *jure imperii*.¹⁹⁵

A Suprema Corte grega ainda concluiu que os atos da Alemanha constituíram violações de normas de *jus cogens* e, por essa razão, não poderiam ser classificados como atos soberanos, ou seja, como atos *jure imperii*. Dessa forma, não fariam jus à imunidade.¹⁹⁶

Apesar de terem chegado a mesma conclusão, de modo a negar a imunidade de jurisdição à Alemanha nos casos *Ferrini*, na Itália, e *Distomo*, na Grécia, os argumentos utilizados pela Corte de Cassação italiana e pela Suprema Corte grega diferem em alguns pontos. Por exemplo, enquanto a Suprema Corte grega considerou que a violação de normas peremptórias de direito internacional ensejaria uma renúncia implícita da imunidade de jurisdição pelo Estado estrangeiro, a Corte de Cassação italiana rejeitou esse argumento, considerando que nenhuma renúncia à imunidade poderia ser inferida em abstrato.¹⁹⁷

Germany, Case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 200.

¹⁹³ IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, p. 178.

¹⁹⁴ GAVOUNELI, Maria; BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, p. 199.

¹⁹⁵ GAVOUNELI, Maria; BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, p. 199.

¹⁹⁶ SENDER, Omri; WOOD, Michael. *Jurisdictional Immunities*, p. 564; MCGREGOR, Lorna. *State Immunity and Jus Cogens*, p. 440.

¹⁹⁷ BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, p. 243; IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgment, p. 177.

A Alemanha foi notificada para cumprir a decisão do Tribunal de Livadia, contudo, recusou cumpri-la.¹⁹⁸ Os requerentes, então, buscaram executar a sentença na Grécia. No entanto, a decisão nunca foi executada, tendo em vista a ausência de autorização do Ministro da Justiça, requisito previsto no artigo 923 do Código de Processo Civil grego para a execução de decisões contra Estados estrangeiros.¹⁹⁹

Apesar da ausência de autorização do Ministro da Justiça grego, os requerentes iniciaram um processo de execução perante os tribunais gregos. O Tribunal de Primeira Instância de Atenas concluiu que o artigo 923 do Código de Processo Civil era incompatível com o artigo 6 (1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e com o artigo 2, §3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. A Alemanha apelou dessa decisão, que foi reformada pela Corte de Apelação de Atenas, a qual entendeu que a limitação imposta pelo artigo 923 servia a um interesse público, qual seja, o de evitar problemas nas relações internacionais da Grécia, e era proporcional a esse fim. Essa decisão foi confirmada pela Suprema Corte grega em 28 de junho de 2002, que concluiu que a limitação imposta ao direito dos requerentes de executarem a sentença era compatível com o artigo 6 (1) da CEDH.²⁰⁰

Em face da ausência de cumprimento voluntário da decisão pelo Estado alemão e da ausência de autorização para a sua execução pelo Ministro da Justiça grego, os requerentes iniciaram um processo contra a Alemanha e a Grécia no TEDH. Nele, alegaram que o seu direito ao acesso à justiça havia sido violado.²⁰¹

Ao analisar se a recusa do Ministro da Justiça em autorizar a execução da sentença na Grécia era compatível com a CEDH, o TEDH identificou que essa recusa consistia numa restrição ao acesso à justiça. No entanto, concluiu que essa restrição, prevista em lei, buscava um fim legítimo, tendo em vista que a garantia das imunidades jurisdicionais ao Estado estrangeiro tem como objetivo a observância do direito internacional e a manutenção das boas relações entre os Estados. Além disso, considerou que a restrição era proporcional ao fim que

¹⁹⁸ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 57.

¹⁹⁹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 115, para. 30; CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 57.

²⁰⁰ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 57.

²⁰¹ TOMUSCHAT, Christian. The International Law, p. 1114.

ela pretendia alcançar, tendo em vista que as medidas tomadas pela Grécia refletiam a prática dos Estados e, por isso, não poderiam ser consideradas uma restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça.²⁰²

O TEDH afirmou que o direito ao acesso à justiça não era absoluto. Ele devia ser compatibilizado com as demais normas de direito internacional e, dentre elas, com as imunidades jurisdicionais do Estado.²⁰³ Ademais, o TEDH considerou que ainda não havia, no direito internacional, uma norma consolidada que estabelecesse que os Estados não faziam jus à imunidade de jurisdição em demandas iniciadas contra eles em tribunais estrangeiros relativas à prática de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Por esse motivo, a Grécia não tinha obrigação de negar a imunidade à Alemanha.²⁰⁴ Assim, o TEDH, em 12 de dezembro de 2002, declarou inadmissível a reclamação.²⁰⁵

Sem sucesso, os requerentes também tentaram a execução da sentença do Tribunal de Livadia nos tribunais alemães. No entanto, a Suprema Corte Federal alemã negou o pedido dos requerentes em *Greek Citizens v. Federal Republic of Germany*, sob o argumento de que a decisão grega havia sido tomada em violação à imunidade de jurisdição da Alemanha.²⁰⁶

2.3. Execução da sentença do caso *Distomo* na Itália

Após tentarem, sem sucesso, executar a sentença do caso *Distomo* na Grécia e na Alemanha, os requerentes buscaram executá-la na Itália. A Corte de Apelação de Florença, em 2 de maio de 2005, concedeu o *exequatur*, reconhecendo e declarando exequível na Itália a ordem que condenou a Alemanha a reembolsar as despesas que os requerentes tiveram com o

²⁰² TEDH, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>, acesso em: 26 de maio de 2019, p. 8.

²⁰³ TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1114.

²⁰⁴ TEDH, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, p. 9.

²⁰⁵ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 115, para. 31; TEDH, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, pp. 16-17.

²⁰⁶ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 279; *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 115, para. 32.

processo nos tribunais gregos.²⁰⁷ A Corte de Cassação italiana, em 6 de maio de 2008, confirmou a decisão da Corte de Apelação de Florença.²⁰⁸

O *exequatur* da parte da sentença grega que condenou a Alemanha a pagar compensação aos sucessores das vítimas do massacre foi concedido pela Corte de Apelação de Florença aproximadamente um ano mais tarde, em 13 de junho de 2006. Essa decisão foi confirmada pela Corte de Cassação em 12 de janeiro de 2011.²⁰⁹

Em junho de 2007, os requerentes gregos, em razão da decisão da Corte de Apelação de Florença que declarou exequível na ordem jurídica italiana a decisão que condenou a Alemanha a pagar compensação aos requerentes pelo massacre de *Distomo*, registraram na *Agenzia del Territorio* uma hipoteca contra a Villa Vigoni, imóvel de propriedade da Alemanha situado próximo ao Lago de Como, na Itália.²¹⁰

²⁰⁷ CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État, p. 59.

²⁰⁸ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 115-116, para. 33.

²⁰⁹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 116, para. 34.

²¹⁰ A hipoteca foi suspensa pelos Decreto-Lei nº 63, de 28 de abril de 2010, Lei nº 98 de 23 de junho de 2010 e Decreto-Lei nº 216 de 29 de dezembro de 2011, até que o julgamento do TIJ. Jurisdictional Immunities of the State, p. 116, para. 35.

3. O CASO DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO NO TIJ

Em 23 de dezembro de 2008, a Alemanha instituiu um processo contra a Itália no TIJ alegando que a Itália havia descumprido suas obrigações internacionais ao não conceder a imunidade de jurisdição à Alemanha, em conformidade com o direito internacional, em processos nos tribunais italianos.²¹¹

A Alemanha também alegou que a Itália havia violado a sua imunidade de jurisdição ao conceder o *exequatur* à decisão grega no caso *Distomo* e, ainda, que a Itália havia violado sua imunidade de execução ao autorizar medidas de execução contra a Villa Vigoni, imóvel de sua propriedade situado na Itália, com o objetivo de executar essa decisão.²¹²

A Alemanha requereu ao TIJ que julgasse a demanda e declarasse que a Itália havia violado suas obrigações internacionais: (i) ao permitir que ações intentadas por particulares contra a Alemanha em tribunais italianos, tais como *Ferrini*, relativas a reparações por violações de DIH perpetradas pelo Terceiro Reich durante a Segunda Guerra Mundial, fossem levadas adiante sem que a imunidade de jurisdição da Alemanha fosse respeitada; (ii) ao inscrever uma hipoteca contra a Villa Vigoni, imóvel de propriedade do Estado alemão situado em território italiano, em desrespeito à imunidade de execução da Alemanha; e (iii) ao conceder o *exequatur* às decisões dos tribunais gregos em *Distomo*, que condenaram a Alemanha a pagar compensação por violações de DIH também ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.²¹³

Conseqüentemente, a Alemanha requereu ao TIJ que declarasse a responsabilidade internacional da Itália por essas violações e ordenasse que a Itália tomasse todas as medidas necessárias para deixar sem efeito as decisões que haviam violado as imunidades jurisdicionais da Alemanha.²¹⁴

²¹¹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 105, para. 1. Alemanha alegou, perante o TIJ, que os tribunais italianos permitiram que processos civis iniciados por particulares contra a Alemanha por violações de DIH, como o caso *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, prosseguissem sem que fosse reconhecida a imunidade de jurisdição da Alemanha, e que isso configurava uma violação da obrigação internacional da Itália de conceder tal imunidade. MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, pp. 243-244.

²¹² MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, p. 244.

²¹³ Jurisdictional Immunities of the State, p. 107, para. 15.

²¹⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 107, para. 15; p. 117, para. 37.

A Itália, por sua vez, requereu ao TIJ que rejeitasse todos os pedidos da Alemanha, exceto o referente à hipoteca inscrita contra a Villa Vigoni, em relação ao qual a Itália declarou não se opor, apesar de não ter reconhecido sua responsabilidade por esse ato.²¹⁵

A primeira questão que o TIJ foi chamado a decidir dizia respeito à existência ou não de uma obrigação dos tribunais italianos de concederem a imunidade de jurisdição à Alemanha nos processos relativos aos pedidos de reparação pelas violações de DIH perpetradas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.²¹⁶

O TIJ pontuou que, entre a Alemanha e a Itália, o direito à imunidade derivaria do direito internacional costumeiro, tendo em vista que somente a Alemanha era parte da Convenção Europeia e nenhum dos dois Estados era parte da Convenção da ONU a qual, de toda forma, não estava em vigor.²¹⁷ A Convenção da ONU ainda não se encontra em vigência, tendo em vista que ainda não foi atingido o número de ratificações necessárias.²¹⁸

O artigo 38 (1) (b) do Estatuto do TIJ define o costume internacional como “evidência de uma prática geral aceita como direito”.²¹⁹

Nos casos *North Sea Continental Shelf*, o TIJ concluiu que a existência de um costume internacional dependia da existência de dois elementos: a prática dos Estados – “*a settled practice*” –, nas palavras do TIJ – e a *opinio juris*, ou seja, a crença de que essa prática era obrigatória.²²⁰ O TIJ, fazendo referência ao artigo 38 (1) (b) do ETIJ, confirmou a necessidade de se identificar dois

²¹⁵ Jurisdictional Immunities of the State, p. 117, para. 38.

²¹⁶ O TIJ sublinhou que não havia sido chamado a decidir se os atos da Alemanha eram ilícitos. De toda forma, não havia dúvida quanto à ilicitude dos atos, tendo em vista que o próprio Estado alemão havia reconhecido a ilicitude dos seus atos perpetrados contra os nacionais italianos durante a Segunda Guerra Mundial, tendo inclusive assumido sua responsabilidade por tais atos. Jurisdictional Immunities of the State, p. 122, para. 53.

²¹⁷ Jurisdictional Immunities of the State, p. 122, para. 54.

²¹⁸ De acordo com o artigo 30 da Convenção da ONU, são necessárias 30 ratificações para que a convenção entre em vigência. Em 9 de outubro de 2019, a Convenção da ONU ainda não se encontra em vigência, tendo em vista que apenas 28 Estados a assinaram e, desses, somente 22 Estados a ratificaram. Portugal foi um dos primeiros Estados – juntamente com a Áustria – a ratificar a Convenção da ONU, em 14 de setembro de 2006. United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en, acesso em: 9 de outubro de 2019.

²¹⁹ United Nations, Statute of the International Court of Justice, disponível em: https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, acesso em: 5 de agosto de 2019.

²²⁰ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

elementos, quais sejam, a prática consolidada e a *opinio juris*, para a existência de um costume internacional.²²¹

No segundo relatório sobre a identificação do direito internacional costumeiro da CDI, Michael Wood afirma que a identificação do costume internacional requer a análise de dois elementos. São eles: a prática geral dos Estados e a aceitação dessa prática como direito.²²²

O TIJ, em *Continental Shelf*, reconheceu o importante papel que as convenções multilaterais desempenham na identificação e no desenvolvimento das normas internacionais costumeiras.²²³ O TIJ reafirmou, em *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, que a identificação de um costume internacional deve ser feita a partir da prática dos Estados e da *opinio juris*, e que as convenções multilaterais exercem um importante papel na codificação dessas normas.²²⁴

Em *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, o TIJ reafirmou sua jurisprudência e declarou que dois requisitos são necessários para a existência de uma norma de direito internacional costumeiro: a “*settled practice*” acompanhada da *opinio juris*.²²⁵ O TIJ afirmou que a identificação do costume internacional deve ser feita primeiramente por meio da análise da prática e da *opinio juris* dos Estados, mas ressaltou que convenções multilaterais tinham um papel importante de codificar e definir normas derivadas do costume internacional, ou mesmo de desenvolvê-las.²²⁶ A Convenção da ONU exerceria esse papel de auxílio na identificação das normas de direito internacional costumeiro relativas às imunidades jurisdicionais do Estado.²²⁷

²²¹ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 75.

²²² United Nations, General Assembly, International Law Commission, Sixty-sixth session, Second report on identification of customary international law, A/CN.4/672, pp. 7-8, paras. 21-22, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>, acesso em: 3 de setembro de 2019.

²²³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 29-30, para. 27, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 2 de outubro de 2019.

²²⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 97, para. 183, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

²²⁵ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 122, para. 55.

²²⁶ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 75.

²²⁷ Segundo Peters, a Convenção da ONU não se limitou a simplesmente codificar o direito internacional costumeiro existente à época, tendo em vista que ela contém disposições controversas. PETERS, Anne. *Immune against Constitutionalisation?*, p. 10; Orakhelashvili também afirma que nem todas as disposições da Convenção da ONU refletem o direito internacional costumeiro. ORAKHELASHVILI, Alexander. *State practice*, p. 425.

O TIJ entendeu que, no caso das imunidades jurisdicionais do Estado, a prática dos Estados poderia ser identificada, especialmente, nas decisões dos tribunais nacionais;²²⁸ na legislação dos Estados que adotaram leis sobre o assunto; nas alegações de imunidade como defesa por Estados nos tribunais estrangeiros; e nas declarações dos Estados, tanto durante o trabalho realizado pela CDI, quanto ao tempo da adoção da Convenção da ONU. Já a *opinio juris* seria identificada, particularmente, na afirmação dos Estados, ao reclamar sua imunidade perante tribunais de outros Estados, de que o direito internacional os concede tal direito; no reconhecimento dos Estados, ao conceder a imunidade a outros Estados, de que o direito internacional os impõe tal obrigação; e, igualmente, na afirmação dos Estados, ao não conceder a imunidade a outros Estados, de que eles têm o direito de exercer sua jurisdição sobre Estados estrangeiros.²²⁹

As normas de imunidade do Estado são, por sua natureza, geralmente invocadas em processos perante tribunais domésticos, motivo pelo qual esses tribunais exercem um papel de destaque na sua aplicação e desenvolvimento.²³⁰

As decisões dos tribunais nacionais são particularmente relevantes para o desenvolvimento da norma de imunidade do Estado.²³¹ No entanto, decisões isoladas de tribunais nacionais não seriam capazes de, sozinhas, criar um costume internacional, pois elas dependeriam da atuação no mesmo sentido de outros Estados de modo a criar uma prática geral, que ainda deveria ser acompanhada pela *opinio juris*, para se tornar uma norma de direito internacional costumeiro.²³²

²²⁸ A CDI identificou em 1980 que: “*The general rule of international law regarding State immunity has developed principally from the judicial practice of States. Municipal courts have been primarily responsible for the growth and progressive development of a body of customary rules governing the relations of nations in this particular connection*”. Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 143, para. 7.

²²⁹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 123, para. 55.

²³⁰ ALEBEEK, Rosanne van. Domestic Courts, p. 559.

²³¹ CATALDI, Giuseppe. Immunités juridictionnelles des États étrangers et droit de l’homme: quel équilibre entre les valeurs fondamentales de l’ordre national et le droit international coutumier?, in: CRAWFORD, James et al (eds.), The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 571.

²³² BARKER, J. Craig. Negotiation the Complex, pp. 420-421; Caso um tribunal nacional expressamente aplique seu direito interno em detrimento do direito internacional, quando esses forem conflitantes, essa decisão não terá relevância na identificação do direito internacional costumeiro, devido a ausência de *opinio juris*. ALEBEEK, Rosanne van. Domestic Courts, p. 570.

O TIJ destacou que a prática relevante para a identificação do costume internacional seria encontrada em atos executivos, legislativos e judiciários. Dentre esses atos, as decisões dos tribunais nacionais, reconhecendo ou não a imunidade a Estados estrangeiros, teriam especial relevância.²³³ O TIJ baseou sua sentença no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* em inúmeras decisões de tribunais nacionais e em algumas decisões do TEDH.²³⁴

As decisões relativas à imunidade do Estado foram tradicionalmente proferidas por tribunais nacionais e não por tribunais internacionais. Apenas recentemente que tribunais internacionais como o TEDH e o TIJ passaram a se pronunciar sobre o tema.²³⁵ O papel dos tribunais internacionais na aplicação e interpretação das normas de imunidade do Estado é, assim, relativamente recente.²³⁶

Os tribunais nacionais exercem um papel primordial na interpretação e aplicação das normas de imunidade do Estado, razão pela qual o TIJ baseou a sua análise da prática do Estado especialmente na prática dos tribunais nacionais.²³⁷

Atos de qualquer um dos poderes do Estado servem como prova da prática do Estado,²³⁸ contudo, na identificação da prática dos Estados relativa à imunidade do Estado, por suas características próprias, o TIJ deu maior importância e destaque à análise das decisões dos tribunais nacionais.²³⁹

O TIJ passou a decidir se a Alemanha faria jus à imunidade nos processos perante os tribunais italianos. Enquanto a Alemanha defendeu que o Estado tem direito à imunidade em relação a todos os atos *jure imperii*, a Itália argumentou

²³³ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 77.

²³⁴ PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, p. 6; A decisão do TIJ, ao basear-se extensivamente em decisões de tribunais nacionais como evidência da prática dos Estados, confirmou o papel importante dos tribunais domésticos no desenvolvimento do direito internacional e, em especial, da norma de imunidade do Estado. WUERTH, Ingrid. International Law, p. 820-821.

²³⁵ PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, p. 6.

²³⁶ WEBB, Philippa. Escalation and Interaction, p. 207.

²³⁷ O modo de formação disperso da norma costumeira de imunidade do Estado, por meio de decisões de tribunais domésticos de vários Estados, contribuiu para sua complexidade e para uma certa incerteza em relação ao seus contornos. PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, pp. 7-8.

²³⁸ Isso foi declarado na conclusão nº 5. United Nations, International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries, 2018, p. 132, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf&lang=EF, acesso em: 3 de setembro de 2019.

²³⁹ CATALDI, Giuseppe. Immunités juridictionnelles, p. 571.

que: (i) a imunidade de jurisdição em relação aos atos *jure imperii* não abrange atos que causem mortes, lesões a pessoas ou danos a bens cometidos no território do Estado do foro, em razão da existência de uma exceção territorial à imunidade; (ii) o Estado não faz jus à imunidade por atos que constituam violações de *jus cogens*, independentemente de onde esses atos tenham sido praticados, em razão da existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade; e (iii) os Estados não fazem jus à imunidade pelos atos listados no item anterior quando os requerentes não possuem mais nenhum recurso disponível para pleitear reparação pelos danos sofridos.²⁴⁰

²⁴⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 125, para. 61.

4. EXCEÇÃO TERRITORIAL

4.1. Existência da exceção territorial no direito internacional costumeiro

O TIJ afirmou que os atos das forças armadas da Alemanha que foram objeto de processos nos tribunais italianos claramente constituíram atos *jure imperii*.²⁴¹

Enquanto a Alemanha alegou que a imunidade de jurisdição devia ser reconhecida em respeito a todos os atos *jure imperii*, a Itália alegou que a imunidade do Estado por atos *jure imperii* devia ser negada em casos relativos a atos atribuídos ao Estado estrangeiro que tenham causado mortes, lesões a pessoas ou danos a propriedades, quando esses atos tenham sido cometidos no território do Estado do foro.²⁴²

O argumento da Itália baseou-se na existência, no direito internacional costumeiro, de uma exceção territorial²⁴³ à imunidade de jurisdição do Estado. Esse argumento justificaria o não reconhecimento da imunidade da Alemanha nos tribunais italianos nos casos relativos aos atos alemães praticados – ainda que parcialmente – na Itália, como nos casos do massacre cometido em Civitella e nos casos dos civis italianos e IMI deportados à partir do território italiano à Alemanha para servirem de trabalho forçado.²⁴⁴

A Alemanha, por sua vez, alegou que a exceção territorial, prevista no artigo 11 da Convenção Europeia e no artigo 12 da Convenção da ONU, não refletia o direito internacional costumeiro, por negar imunidade de jurisdição a atos *jure imperii*.²⁴⁵

A exceção territorial foi prevista pela primeira vez na resolução de 1891 do *Institut de Droit International*.²⁴⁶ O artigo 4 (6) do *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats*,

²⁴¹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 125, para. 60; A questão acerca da classificação dos atos da Alemanha será abordada com mais detalhes no capítulo 5.

²⁴² Jurisdictional Immunities of the State, p. 125, para. 61.

²⁴³ Os termos “exceção territorial” e “*territorial tort exception*” serão usados como equivalentes ao longo deste trabalho.

²⁴⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 126, para. 62.

²⁴⁵ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 126-127, paras. 63-64.

²⁴⁶ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 81.

souverains ou chefs d'Etat étrangers estabelecia que: “*Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont: Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire*”.²⁴⁷

Do mesmo modo, o artigo 2 (2) (e) da Resolução sobre os *Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement*, do *Institut de Droit International*, estabelece que: “*The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State*”.²⁴⁸

As convenções internacionais sobre as imunidades jurisdicionais do Estado também estabelecem uma *territorial tort exception* à imunidade do Estado. As Convenções Europeia e da ONU estabelecem, nos seus artigos 11 e 12, respectivamente, a exceção territorial como uma das exceções à regra da imunidade de jurisdição do Estado.²⁴⁹

O artigo 11 da Convenção Europeia estabelece que: “*A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred*”.²⁵⁰

Do mesmo modo, o artigo 12 da Convenção da ONU estabelece que: “*Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission*

²⁴⁷ Institut de Droit International, Session de Hambourg, 1891, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers*, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1891_ham_01_fr.pdf, acesso em: 3 de setembro de 2019.

²⁴⁸ Institut de Droit International, Session of Basel, 1991, *Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement*, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_03_en.pdf, acesso em: 3 de setembro de 2019.

²⁴⁹ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, pp. 245-246.

²⁵⁰ Council of Europe, *European Convention on State Immunity*, disponível em: <https://rm.coe.int/16800730b1>, acesso em: 7 de agosto de 2019.

occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission".²⁵¹

Segundo a CDI, dois requisitos devem ser cumpridos para a aplicação da exceção territorial. Em primeiro lugar, o ato ou omissão que tenha causado a morte ou o dano a pessoa ou propriedade deve ter ocorrido – no todo ou em parte – no território do Estado do foro. Ainda, o autor do ato ou da omissão deve ter estado presente no território do Estado do foro ao tempo da prática do ato ou omissão. Esses dois requisitos são cumulativos.²⁵²

O primeiro requisito serve para situar o *locus delicti commissi* no território do Estado do foro. O segundo requisito, por sua vez, serve para excluir do escopo desse artigo os danos transfronteiriços.²⁵³

A base para o exercício da jurisdição em casos abrangidos pela exceção territorial é, sem dúvida, a territorialidade. O *locus delicti commissi* garante uma conexão territorial substancial com o Estado do foro, independentemente da motivação do ato ou omissão, ou seja, independentemente de que os atos tenham sido cometidos intencionalmente ou acidentalmente.²⁵⁴

A CDI destacou que a exceção territorial estava limitada às lesões e danos cometidos no território do Estado e que, tendo em vista que a lei aplicável nesses casos seria a *lex loci delicti commissi*, o tribunal mais apropriado para exercer jurisdição sobre esses casos seria aquele do local onde se cometeu o delito. Caso o Estado estrangeiro pudesse ver reconhecida sua imunidade de jurisdição nesses casos, os indivíduos afetados pelas violações poderiam se ver impossibilitados de ter acesso a um tribunal para obter reparação.²⁵⁵

A CDI declarou que essa exceção tem como objetivo permitir o acesso à justiça aos indivíduos em caso de morte, danos pessoais ou danos aos seus bens causados por um ato ou omissão, intencional, acidental ou causado por negligência, atribuídos a um Estado estrangeiro. Na visão da CDI, um tribunal

²⁵¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

²⁵² Yearbook of the International Law Commission, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 6.

²⁵³ Ainda, segundo a CDI, "*cases of shooting or firing across a boundary or of spill-over across the border of shelling as a result of an armed conflict are excluded from the areas covered by article 12*". Yearbook of the International Law Commission, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 7.

²⁵⁴ Yearbook of the International Law Commission, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 8.

²⁵⁵ LLORET, Jaume Ferrer. La Inmunidad de Jurisdicción del Estado ante Violaciones Graves de los Derechos Humanos, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LIX, 2007, p. 30.

estrangeiro poderia ser considerado como *forum non conveniens* para julgar uma demanda relacionada a esses delitos. Nesses casos, os indivíduos lesados não teriam acesso à justiça caso o Estado estrangeiro tivesse direito à imunidade de jurisdição.²⁵⁶

A aplicação do artigo 12, portanto, está limitada pelo princípio da territorialidade, de modo que a exceção só se aplica aos atos e omissões ocorridos, no todo ou em parte, no território do Estado do foro.²⁵⁷

Alguns Estados levantaram dúvidas quanto à natureza costumeira da exceção territorial, prevista no artigo 12 da Convenção da ONU, tendo em vista que ela não fazia nenhuma distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, e por isso ela estaria indo além da imunidade relativa consolidada no direito internacional consuetudinário.²⁵⁸

A CDI também questionou se o artigo 12 da Convenção da ONU havia codificado o direito internacional costumeiro.²⁵⁹ Os membros da CDI não estavam em consenso quanto à sua inclusão no texto da futura Convenção da ONU. Alguns defenderam a sua exclusão, sob o argumento de que ele era baseado na legislação de poucos Estados e que esses tipos de casos deveriam ser resolvidos pela via diplomática. Outros, ao contrário, alegaram que disputas dessa natureza não eram incomuns e que, assim, a proteção diplomática não seria uma alternativa viável.²⁶⁰

A exceção territorial é uma forma de conciliar os princípios da igualdade soberana dos Estados e da soberania territorial do Estado, de modo a garantir a prevalência deste sobre aquele quando o Estado estrangeiro tiver sido responsável pela prática de atos delituosos no território do Estado do foro.²⁶¹

A exceção territorial também está prevista nas legislações dos Estados. O TIJ notou que a *territorial tort exception* estava prevista em nove de dez legislações nacionais aprovadas sobre as imunidades jurisdicionais do Estado.

²⁵⁶ Yearbook of the International Law Commission, 1991, Volume II, Part 2, p. 44, para. 3.

²⁵⁷ LLORET, Jaume Ferrer. La Inmunidad, p. 32.

²⁵⁸ GATTINI, Andrea. Immunité et souveraineté, p. 226; KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 79.

²⁵⁹ A mesma questão foi levantada pelo TEDH em *McElhinney v. Ireland*. GIEGERICH, Thomas. The Holy See, p. 60.

²⁶⁰ United Nations, Yearbook of the International Law Commission, 1990, Vol. 2, Part 1, p. 14, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1990_v2_p1.pdf&lang=E FSRAC, acesso em: 20 de maio de 2019.

²⁶¹ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 153.

Essa exceção à imunidade do Estado está prevista no FSIA dos Estados Unidos²⁶², no SIA do Reino Unido²⁶³, no *State Immunity Act* do Canadá²⁶⁴, no *Foreign State Immunity Law* de Israel²⁶⁵, no *Foreign States Immunities Act* da África do Sul²⁶⁶, no *Foreign States Immunities Act* da Austrália²⁶⁷, no *State Immunity Act* de Cingapura²⁶⁸, na Lei nº 24.488 da Argentina²⁶⁹, e no *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State* do Japão²⁷⁰. Somente a legislação do Paquistão sobre imunidades do Estado não contempla a exceção territorial.²⁷¹

Também é possível identificar a aplicação da exceção territorial nas decisões de tribunais nacionais. Em *Ferrini*, a Corte de Cassação italiana referiu-se à *territorial tort exception* prevista na Convenção Europeia, na Convenção da ONU e nas legislações nacionais como um costume internacional, para justificar

²⁶² O §1605 (a) (5) do FSIA dos Estados Unidos prevê que: “(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case (5) (...) in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment”.

²⁶³ O artigo 5 do SIA do Reino Unido prevê que: “A State is not immune as respects proceedings in respect of (a) death or personal injury; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom”.

²⁶⁴ O artigo 6 do State Immunity Act do Canadá prevê que: “A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (a) any death or personal or bodily injury, or (b) any damage to or loss of property that occurs in Canada”.

²⁶⁵ O artigo 5 do Foreign State Immunity Law de Israel prevê que: “A foreign state shall not have immunity from jurisdiction in an action in tort where personal injury or damage to tangible property has occurred, provided the tort was committed in Israel”.

²⁶⁶ O artigo 6 do Foreign States Immunities Act da África do Sul prevê que: “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the Republic in proceedings relating to (a) the death or injury of any person; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the Republic”.

²⁶⁷ O artigo 13 do Foreign States Immunities Act da Austrália prevê que: “A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns: (a) the death of, or personal injury to, a person; or (b) loss of or damage to tangible property; caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia”.

²⁶⁸ O artigo 7 do State Immunity Act de Cingapura prevê que: “A State is not immune as respects proceedings in respect of (a) death or personal injury; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in Singapore”.

²⁶⁹ O artigo 2 (e) da Lei nº 24.488 da Argentina prevê que: “Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: (e) Cuando fueren demandados por danos y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio”.

²⁷⁰ O artigo 10 do *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State* do Japão prevê que: “In cases where the death of or injury to a person or the loss of or damage to a tangible object resulted from an act for which it is claimed a Foreign State, etc., should take responsibility, if all or part of said act took place in Japan and the person who performed said act was in Japan at the time it was committed, said Foreign State, etc. shall not be immune from jurisdiction with respect to Judicial Proceedings in which monetary compensation for the damage or loss resulting from said act is being sought”.

²⁷¹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 130, para. 70.

a não concessão de imunidade à Alemanha, tendo em vista que os atos haviam sido praticados, ao menos parcialmente, no território do Estado do foro, diferentemente do que havia ocorrido em outros casos em que os atos haviam ocorrido fora do Estado do foro.²⁷²

Em *Distomo*, os tribunais gregos também aplicaram a exceção territorial ao negar a imunidade à Alemanha pelas atrocidades cometidas pelas suas forças armadas no território grego.²⁷³

No caso *Letelier v. Chile*, envolvendo o assassinato do ex-Ministro de Defesa do Chile, do governo de Salvador Allende, em Washington, os tribunais americanos negaram a imunidade de jurisdição ao Chile com base na exceção territorial prevista no FSIA, por considerarem que se tratava de um caso de assassinato político, abrangido pela exceção.²⁷⁴

A doutrina de maneira geral entende que existe, no direito internacional consuetudinário, uma *territorial tort exception* à imunidade de jurisdição do Estado.²⁷⁵

4.2. Escopo da exceção territorial

A CDI afirmou que a exceção territorial parecia estar restrita, inicialmente, aos chamados “*insurable risks*”. De acordo com a CDI, os danos contemplados no artigo 12 estariam ligados, essencialmente, a casos de acidentes de trânsito, e a exceção teria como objetivo primordial impedir que as seguradoras se valessem da imunidade do Estado para fugir das suas obrigações.²⁷⁶ No entanto, a CDI pontuou que o escopo do artigo 12 seria amplo o bastante para abranger

²⁷² MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 276.

²⁷³ O'keefe, Roger. *Jurisdictional Immunities*, p. 132.

²⁷⁴ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1124.

²⁷⁵ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 275; LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional*, p. 229.

²⁷⁶ A CDI pontuou que o artigo 12 seria aplicável, principalmente, a casos envolvendo acidentes que acontecem corriqueiramente no território do Estado do foro, vez que, em vários Estados, seria necessária a renúncia à imunidade pelo Estado estrangeiro para que os processos visando a reparação dos danos decorrentes de tais acidentes pudessem prosseguir, mesmo que nesses casos a responsabilidade de pagar a compensação, geralmente, seja de uma seguradora e não do Estado estrangeiro. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 7.

“intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination”.²⁷⁷

A exceção territorial foi originalmente aplicada em casos de acidentes de trânsito e outros *“insurable risks”*, visando impedir que as companhias de seguro se escondessem por trás da imunidade do Estado para não pagar as indenizações devidas.²⁷⁸ No entanto, o escopo da exceção territorial não se restringe às atividades privadas do Estado, como acidentes de trânsito causados por veículos de um Estado estrangeiro. Ela é uma exceção geral e abrangente e, portanto, não se restringe aos *“insurable risks”*.²⁷⁹

A CDI afirmou que o artigo 12, em suma, *“is designed to allow normal proceedings to stand and to provide relief for the individual who has suffered an otherwise actionable physical damage to his own person or his deceased ancestor, or to his property. The cause of action relates to the occurrence or infliction of physical damage occurring in the State of the forum, with the author of the damaging act or omission physically present therein at the time, and for which a State is answerable under the law of the State of the forum, which is also the lex loci delicti commissi”*.²⁸⁰

É essencial que o ato tenha sido praticado, no todo ou em parte, no território do Estado do foro.²⁸¹ Não tem relevância, contudo, o motivo por trás do ato ou omissão, ou seja, ele pode ser intencional, como ocorre no caso de um assassinato político, ou acidental, como ocorre no caso de um acidente de trânsito. Da mesma forma, não tem relevância a natureza do ato, ou seja, se ele é *jure imperii* ou *jure gestionis*.²⁸²

Duas condições devem ser cumpridas para a aplicação da *territorial tort exception* prevista no artigo 12 da Convenção da ONU: a existência de um dano

²⁷⁷ Yearbook of the International Law Commission, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 4; LLORET, Jaime Ferrer. La Inmunidad, pp. 30-31.

²⁷⁸ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 274.

²⁷⁹ BOTHE, Michael. Remedies of Victims, p. 103; KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 82; YANG, Xiaodong. Absolute Immunity of Foreign Armed Forces from Tort Proceedings, The Cambridge Law Journal, 2012, p. 285.

²⁸⁰ Yearbook of the International Law Commission, 1991, Volume II, Part 2, pp. 45-46, para. 9.

²⁸¹ Fox e Webb destacam que: *“The connection of the act causing the personal injury or tangible loss with the territory of the forum State is an essential requirement for the application of this exception to immunity”*. FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, p. 471.

²⁸² KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 82; KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, p. 246.

físico (*physical damage*)²⁸³ e a conexão dos atos do Estado estrangeiro com o território do Estado do foro.²⁸⁴

A exceção territorial aplica-se a atos que tenham causado mortes ou danos a pessoas ou bens e que tenham origem em acidentes de trânsito, ou outros “*insurable risks*”, ou ainda em atos de violência política, caso o ato ilícito tenha ocorrido no território do Estado do foro, mesmo que ele seja classificado como um ato *jure imperii*.²⁸⁵

Isso pode ser ilustrado pelas decisões dos tribunais americanos em *Letelier*, no qual a imunidade de jurisdição do Chile foi negada e o Estado chileno foi condenado a pagar compensação pelo assassinato do ex-embaixador chileno cometido pelos seus agentes de inteligência, e em *Liu*, no qual a imunidade de jurisdição à China foi negada e o Estado chinês foi condenado a pagar compensação pelo assassinato de um jornalista, executado a mando do governo chinês.²⁸⁶

O entendimento dos tribunais dos Estados Unidos, que aplicaram a *territorial tort exception* em casos de assassinatos políticos, cometidos por agentes secretos estrangeiros, em território americano²⁸⁷ foi seguido pela Suprema Corte do Canadá em *Schreiber v. Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada*.²⁸⁸

Assim, os tribunais dos Estados Unidos e do Canadá acabaram por concluir que a exceção territorial não faz distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, aplicando-se a ambos.²⁸⁹ A aplicação da exceção territorial em

²⁸³ Como explicam Fox e Webb: “The description ‘physical’ is to be contrasted with economic loss and more remote types of loss such as spoken or written defamatory matter which do not come within the exception”. FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, 2015, p. 477; A CDI ressaltou que o artigo 12 não se aplica a casos onde não há dano físico. Desse modo, danos à reputação estariam fora do escopo do artigo. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 5.

²⁸⁴ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, 2015, p. 471.

²⁸⁵ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 81; YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, p. 166.

²⁸⁶ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 84.

²⁸⁷ BOTHE, Michael. *Remedies of Victims*, p. 103; DEL MAR, Katherine. *The Effects of Framing*, p. 156; LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, p. 45.

²⁸⁸ ABDOLLAHI, Mohsen. *Alleged Support of Terrorism as a Ground for Denying State Immunity*, in: CRAWFORD, James et al (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 191.

²⁸⁹ O’keefe, Roger. *Jurisdictional Immunities*, p. 132.

casos de assassinatos políticos sugere que ela não estaria restrita a atos *jure gestionis*, aplicando-se também a atos *jure imperii*.²⁹⁰

Há um entendimento geral no sentido de que nenhuma distinção é feita pelos artigos 11 da Convenção Europeia e 12 da Convenção da ONU entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*.²⁹¹ A própria CDI destacou que o artigo 12 não faz distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* e, portanto, seria aplicável a ambos.²⁹²

O TIJ pontuou que apesar de alguns tribunais nacionais terem limitado a aplicação da exceção territorial aos atos *jure gestionis*, como foi feito pela Suprema Corte da Áustria em *Holubek v. Government of the United States of America*, nenhuma legislação interna que prevê a *territorial tort exception* faz distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*. Da mesma forma, nenhuma distinção é feita no artigo 11 da Convenção Europeia e no artigo 12 da Convenção da ONU. Ainda, o TIJ destacou que a Suprema Corte do Canadá, em *Schreiber v. Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada*, expressamente rejeitou qualquer distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* na aplicação da exceção territorial.²⁹³

A doutrina também entende que a exceção territorial se aplica tanto a atos *jure imperii* quanto a atos *jure gestionis*.²⁹⁴

²⁹⁰ No entanto, Kaldunski pontua que a questão ainda seria incerta, em razão da ausência de manifestação do TIJ nesse sentido e na ausência de uma prática dos Estados considerável nesse sentido, em razão do número limitado de casos. KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 84.

²⁹¹ LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, pp. 31; 33; MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 275; BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There Immunity*, p. 1823.

²⁹² A CDI ressaltou, contudo, que alguns Estados fazem essa distinção, sendo possível encontrar decisões de tribunais nacionais, em casos de acidentes ocorridos no exercício de atividades oficiais ou militares, nas quais a imunidade foi concedida para os atos *jure imperii*. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Volume II, Part 2, p. 45, para. 8; O comentário ao artigo 12 dos *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, apresentado em 1991 pela CDI, já destacava que a exceção territorial não fazia distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*, aplicando-se a ambos. DEL MAR, Katherine. *The Effects of Framing*, p. 148.

²⁹³ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 127, para. 64.

²⁹⁴ FOX, Hazel. *The Merits*, p. 417; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, p. 19; FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 468. Em sentido contrário, parte da doutrina defende que a imunidade do Estado continua protegendo todos os atos *jure imperii*. NEY, Martin. *Sovereign Immunities*, p. 37.

4.3. Não aplicação da exceção territorial aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas estrangeiras

O TIJ declarou que não havia sido chamado a decidir acerca da existência de uma exceção territorial à imunidade do Estado aplicável a atos *jure imperii* em geral.²⁹⁵ A questão perante o TIJ era, especificamente, acerca da existência ou não de uma exceção territorial no direito internacional costumeiro aplicável aos atos praticados pelas forças armadas estrangeiras – e de outros órgãos estatais em cooperação com as forças armadas – no território do Estado do foro, durante um conflito armado.²⁹⁶

O TIJ passou a analisar se os artigos 11 da Convenção Europeia e 12 da Convenção da ONU seriam aplicáveis aos atos praticados pela Alemanha no território italiano e, portanto, serviriam como evidência da existência de uma norma de direito internacional costumeiro nesse sentido.²⁹⁷

O TIJ entendeu que o artigo 11 da Convenção Europeia, apesar de ter sido redigido em termos gerais, não se aplicaria aos atos das forças armadas praticados no território de outro Estado durante um conflito armado, por força do artigo 31 da Convenção Europeia,²⁹⁸ que estabelece que: “*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*”.²⁹⁹

Segundo o TIJ: “*Although one of the concerns which Article 31 was intended to address was the relationship between the Convention and the various agreements on the status of visiting forces, the language of Article 31 makes clear that it is not confined to that matter and excludes from the scope of the Convention all proceedings relating to acts of foreign armed forces, irrespective*

²⁹⁵ O TIJ optou por não se pronunciar acerca da existência, no direito internacional costumeiro, de uma *territorial tort exception* aplicável a atos *jure imperii* em geral. De acordo com Fox e Webb, essa opção do TIJ pode ser interpretada como implicitamente admitindo a possibilidade de aplicação da exceção territorial a, pelo menos, alguns atos *jure imperii*. FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 478.

²⁹⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 127-128, para. 65; YANG, Xiaodong. *Absolute Immunity*, p. 284.

²⁹⁷ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 128, para. 66.

²⁹⁸ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, p. 20.

²⁹⁹ Council of Europe, *European Convention on State Immunity*.

of whether those forces are present in the territory of the forum with the consent of the forum State and whether their acts take place in peacetime or in conditions of armed conflict".³⁰⁰

O artigo 31 da Convenção Europeia, assim, determina que os Estados partes continuam fazendo jus à imunidade por atos cometidos por suas forças armadas no território de outro Estado parte.³⁰¹

O TIJ destacou que os tribunais da Bélgica, Irlanda, Eslovênia, Grécia e Polônia haviam entendido que o artigo 11 da Convenção Europeia, por força do artigo 31, não se aplicava a atos das forças armadas estrangeiras.³⁰²

Enquanto o artigo 31 da Convenção Europeia exclui expressamente os atos das forças armadas do seu escopo, a Convenção da ONU não contém tal disposição.³⁰³ No entanto, a CDI destacou que a Convenção da ONU não se aplica a situações envolvendo conflitos armados. Ademais, o *Chairman* do Comitê *Ad hoc* declarou que havia um entendimento geral no sentido de que as atividades das forças armadas estariam excluídas do escopo do artigo 12.³⁰⁴

Apesar de não existir uma cláusula semelhante na Convenção da ONU, o TIJ entendeu que o artigo 12 não se aplicaria aos atos das forças armadas, tendo em vista os comentários da CDI e a declaração do *Chairman* do Comitê *Ad Hoc*, ambos nesse sentido.³⁰⁵ Além disso, não só os Estados não contestaram tal interpretação, como alguns Estados declararam seu entendimento nesse sentido ao ratificar a Convenção da ONU.³⁰⁶

³⁰⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 128, para. 67.

³⁰¹ TOMOUSCHAT, Christian. The International Law, p. 1124; Uma ressalva semelhante foi feita pela CDI nos comentários ao artigo 12 da Convenção da ONU, excluindo da aplicação da *territorial tort exception* as situações envolvendo conflitos armados. MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, p. 276.

³⁰² Jurisdictional Immunities of the State, p. 129, para. 68; Isso pode ser observado em *McElhinney v. Williams*, na Suprema Corte irlandesa. KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 86; Do mesmo modo, em *Margellos*, na Suprema Corte Especial grega. KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 20. Ainda, em *Natoniewski*, na Suprema Corte polonesa. KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, pp. 246-247.

³⁰³ YANG, Xiaodong. Absolute Immunity, p. 285.

³⁰⁴ GATTINI, Andrea. The Dispute, p. 175.

³⁰⁵ FOX, Hazel. The Merits, p. 419.

³⁰⁶ Krajewski e Singer destacam que a prática dos Estados e a *opinio juris* podem ser interpretadas de várias formas. Assim, "*the fact that two states officially declared that the UN Convention on Jurisdictional Immunities does not affect the immunity of armed forces' actions can be interpreted as evidence that this is the view of the majority of the states – as the ICJ did – or as evidence of the contrary because two states felt that it was necessary to state their opposing view*". KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, pp. 20-21.

Tomuschat pontuou que, apesar de não se ter chegado a um acordo, nas deliberações do Sexto Comitê da Assembleia Geral da ONU, muitos Estados defenderam a inclusão de uma cláusula semelhante ao artigo 31 da Convenção Europeia, o que acabou não sendo feito. Contudo, Hafner, *Chairman* do Comitê *Ad Hoc* estabelecido para revisar os pontos de discordância na proposta, foi autorizado a fazer uma declaração ao introduzir o relatório do Comitê *Ad Hoc* à AGONU, em 25 de outubro de 2004. Nessa declaração, Hafner afirmou que o entendimento geral que prevalecia entre os Estados era o de que atividades militares não estariam no escopo da Convenção.³⁰⁷

Assim, Tomuschat defende que, apesar do texto da Convenção da ONU não prever expressamente a exclusão dos atos das forças armadas do seu escopo, o fato da declaração do *Chairman* ter sido objeto de referência no último parágrafo do preâmbulo da Resolução 59/38 da AGONU, na qual foi adotada a Convenção da ONU, faz com que ela sirva como instrumento de interpretação das disposições da convenção, nos termos do artigo 31 (2) (b) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.³⁰⁸

O TIJ, enfim, concluiu que o artigo 11 da Convenção Europeia e o artigo 12 da Convenção da ONU não se aplicam aos atos das forças armadas praticados num conflito armado.³⁰⁹

Há uma prática consolidada nos tribunais nacionais em respeito ao direito à imunidade do Estado em casos relativos a delitos cometidos por forças armadas estrangeiras presentes no território do Estado do foro com o seu consentimento.³¹⁰ Além disso, as legislações do Canadá, Austrália e Israel expressamente excluem da jurisdição dos seus respectivos tribunais os atos das forças armadas visitantes presentes no seu território com seu consentimento. Contudo, esses mesmos estatutos não excluem expressamente da jurisdição

³⁰⁷ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1125.

³⁰⁸ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1125.

³⁰⁹ COSTI, Alberto. *L'arrêt de la Cour*, p. 284; DICKINSON, Andrew. *Germany v. Italy and the Territorial Tort Exception: Walking the Tightrope*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 158-159; LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, p. 34; Como pontua Laval: "*L'exception délictuelle est, en effet, sans lien apparent avec la question des dommages de guerre*". LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour*, pp. 153-154.

³¹⁰ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 85; *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 131-132, para. 72.

dos seus tribunais os atos das forças armadas estrangeiras presentes no seu território sem o seu consentimento.³¹¹

Por sua vez, o artigo 16 (2) do SIA do Reino Unido e o artigo 19 (2) (a) do *State Immunity Act* de Cingapura excluem do seu âmbito de aplicação os processos relativos a atos das forças armadas estrangeiras em geral.³¹²

Em *McElhinney*, nos tribunais irlandeses, o requerente, ao passar pelo posto de controle policial na fronteira entre a Irlanda do Norte e a República da Irlanda se envolveu num incidente com um policial britânico, que atirou em direção ao requerente em território irlandês. Os disparos falharam e o requerente não foi atingido. O requerente iniciou uma demanda contra o Reino Unido nos tribunais irlandeses, visando obter reparação.³¹³ Os tribunais irlandeses reconheceram a imunidade ao Reino Unido, entendendo que os Estados continuam fazendo jus à imunidade de jurisdição por atos soberanos, como seria o caso dos atos praticados pelas suas forças armadas, mesmo quando cometidos no território do Estado do foro. Esse caso foi levado ao TEDH pelo requerente.³¹⁴

Em *McElhinney v. Ireland*, o TEDH fez uma ressalva no sentido de que a prática relativa à aplicação da exceção territorial não seria universal e que essa exceção seria aplicável, primordialmente, aos “riscos seguráveis”, como acidentes de trânsito, e não a situações ligadas à soberania do Estado.³¹⁵

Em *McElhinney*, o TEDH, apesar de reconhecer a existência de uma “tendência” no direito internacional de limitar a imunidade do Estado em respeito a atos que causem danos a pessoas no território do Estado do foro, pontuou que essa “tendência” não se aplicaria a questões envolvendo áreas centrais da soberania do Estado, como seria o caso de atos praticados pelas forças armadas. Essas questões, sublinhou o TEDH, envolvem assuntos sensíveis

³¹¹ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 86.

³¹² *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 130-131, para. 71; MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 277.

³¹³ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les Immunités Juridictionnelles d'États: Observations sous les arrêts McElhinney Fogarty et Al-Adsani contre Royaume-Uni du 21 novembre 2001*, *Revue Belge de Droit International*, vol. 34, 2001, p. 527.

³¹⁴ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, p. 528.

³¹⁵ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 85.

capazes de afetar as relações diplomáticas entre Estados e a segurança nacional.³¹⁶

A exceção territorial aplicar-se-ia mesmo nos casos em que a conduta ilícita tenha apenas se iniciado no Estado do foro e continuado fora deste Estado, como por exemplo, quando o indivíduo ou sua propriedade tiverem sido removidos pela força – ou por outros meios coercitivos – pelos agentes do Estado responsável pelos atos ilícitos. Por essa razão, ela poderia ser aplicada nos casos dos nacionais italianos detidos e deportados à partir do território italiano pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.³¹⁷ Inclusive, a Corte de Cassação italiana fundamentou sua decisão na exceção territorial, ainda que como um argumento adicional ao argumento principal fundado no caráter peremptório das normas violadas.³¹⁸

Segundo o TIJ, somente a prática da Grécia parecia dar apoio ao argumento italiano, em razão da aplicação da exceção territorial pela Suprema Corte grega em *Distomo*.³¹⁹ Ocorre que, dois anos após essa decisão, em *Margellos*, caso semelhante a *Distomo*, a Suprema Corte Especial grega afastou a aplicação da exceção territorial e concluiu que a Alemanha fazia jus à imunidade de jurisdição em respeito aos crimes de guerra cometidos pelas suas forças armadas em território grego.³²⁰

Como a legislação grega prevê que as decisões da Suprema Corte Especial devem ser seguidas em casos posteriores, a prática grega, segundo o TIJ, deve ser lida como favorável à imunidade do Estado estrangeiro por atos

³¹⁶ TEDH, Case of McElhinney v. Ireland, para. 38; VOYIAKIS, Emmanuel. Access to Court v. State Immunity. International and Comparative Law Quarterly, vol. 52, April 2003, pp. 315-316.

³¹⁷ DICKINSON, Andrew. Germany v. Italy, p. 150.

³¹⁸ Segundo Gaja: “It is not entirely clear either in *Ferrini* or in the latter decisions how much weight was given to the fact that the wrongful act was committed in the territory of the forum State in order to maintain that the respondent State did not enjoy jurisdictional immunity. The way in which the argument on the nature of the infringements was developed suggests that the place where the injury occurred was regarded by the Court of Cassation as the basis of an additional argument for asserting the jurisdiction of Italian Courts, rather than as a condition for the exception to State immunity concerning the infringement of fundamental rights to be applicable”. GAJA, Giorgio. The Protection of General Interests in the International Community: General Course on Public International Law (2011), Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 148-149.

³¹⁹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 134, para. 76.

³²⁰ LLORET, Jaume Ferrer. La Inmunidad, p. 38; GAJA, Giorgio. The Protection of, pp. 146-147; O’keefe, Roger. Jurisdictional Immunities, p. 133.

cometidos pelas suas forças armadas, no território do Estado do foro, no curso de um conflito armado.³²¹

Os tribunais da França, Polônia, Eslovênia, Bélgica, Sérvia, Brasil e Alemanha, em casos relativos a violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, concluíram que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro devia ser reconhecida em processos relativos aos atos *jure imperii* praticados pelas suas forças armadas, no território do Estado do foro, durante um conflito armado.³²²

A Suprema Corte polonesa, em *Natoniewski*, apesar de reconhecer a existência da *territorial tort exception*, aplicável a casos envolvendo delitos praticados pelo Estado estrangeiro no território do Estado do foro, e pontuar que, em razão da forte conexão com a ordem jurídica do Estado do foro, os tribunais desse Estado deveriam ter competência para exercer sua jurisdição sobre esses atos,³²³ afirmou que a exceção territorial não se aplicava a atos praticados pelas forças armadas estrangeiras no território do Estado do foro durante um conflito armado.³²⁴

Os tribunais brasileiros também reconheceram a imunidade de jurisdição da Alemanha em processos iniciados por indivíduos buscando reparação por danos causados pelas forças armadas alemãs no território brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial.³²⁵

Os processos perante os tribunais brasileiros dizem respeito a pedidos de compensação pelas mortes e danos causados por um submarino alemão que afundou um barco pesqueiro próximo à costa brasileira em julho de 1943. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro entendeu que os atos praticados pela Alemanha, considerados como “atos de guerra”,³²⁶ deviam ser classificados como atos *jure imperii*, e que a imunidade em relação a esses atos seria

³²¹ MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, p. 279; Jurisdictional Immunities of the State, p. 134, para. 76.

³²² BASTIN, Lucas. International Law and the International Court of Justice's Decision in Jurisdictional Immunities of the State, Melbourne Journal of International Law, vol. 13, 2012, pp. 780-781.

³²³ KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, pp. 237-238.

³²⁴ KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, pp. 238-240.

³²⁵ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário 66 – RJ, relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 15/04/2008.

³²⁶ O Brasil havia declarado guerra à Alemanha em agosto de 1942 e o ataque ao barco pesqueiro havia sido cometido em julho de 1943. Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário No. 60 – RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 09/12/2015.

absoluta, não comportando nenhuma exceção, nem mesmo quando esses atos tiverem sido praticados no território do Estado do foro.³²⁷

O TIJ concluiu que a prática dos Estados, na forma de decisões dos seus tribunais nacionais, demonstra que a exceção territorial não se aplica aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas do Estado estrangeiro, no contexto de um conflito armado, que causem mortes, lesões a pessoas ou danos a propriedades, mesmo quando eles tenham sido praticados no território do Estado do foro.³²⁸

O TIJ optou por não decidir se a exceção territorial seria aplicável a atos *jure imperii* em geral, restringindo sua decisão aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas estrangeiras no território do Estado do foro no curso de um conflito armado.³²⁹

A análise do TIJ foi bem pontual,³³⁰ visto que o TIJ não decidiu se haveria, no direito internacional consuetudinário, uma exceção à imunidade do Estado por delitos praticados no território do Estado do foro em geral, aplicável inclusive aos atos *jure imperii*.³³¹

Bastin destacou que a análise restrita do TIJ era “louvável”, vez que a precisão do TIJ deixou aberta a questão se os demais atos *jure imperii* estariam no escopo da exceção territorial, o que poderá ser decidido pelo próprio TIJ no futuro. Enquanto isso, a prática dos Estados, que já não exclui a possibilidade de alguns atos *jure imperii* estarem no escopo da exceção, continuará a evoluir e a determinar os contornos dessa exceção.³³²

Do mesmo modo, Dickinson reconhece que existiam razões para que o TIJ limitasse sua decisão da forma como foi feito. A decisão acerca da existência ou não de uma *territorial tort exception* aplicável aos atos *jure imperii* em geral poderia ter consequências indesejadas. Isso porque uma decisão negando a existência de uma exceção territorial para além dos atos *jure gestionis* teria como consequência impedir a evolução da prática dos Estados no sentido da aplicação

³²⁷ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Ordinário No. 109 – RJ (2010/0192792-1), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 20/10/2016.

³²⁸ LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, p. 40; *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 134-135, para. 77; A conclusão do TIJ recebeu apoio da doutrina. BASTIN, Lucas. *International Law*, p. 788; DICKINSON, Andrew. *Germany v. Italy*, p. 160.

³²⁹ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 83.

³³⁰ GATTINI, Andrea. *Immunité et souveraineté*, p. 226.

³³¹ DICKINSON, Andrew. *Germany v. Italy*, p. 156.

³³² BASTIN, Lucas. *International*, pp. 787-788.

da exceção territorial a atos *jure imperii*, que já pode ser observada nos Estados Unidos e Canadá.³³³

Assim, no entendimento do TIJ, os atos *jure imperii* das forças armadas praticados num conflito armado no território do Estado do foro não estariam sujeitos à exceção territorial.³³⁴ O TIJ concluiu dessa forma que, de acordo com o direito internacional costumeiro, o Estado estrangeiro continua fazendo jus à imunidade de jurisdição em relação aos atos *jure imperii* praticados pelas suas forças armadas, no território do Estado do foro, no curso de um conflito armado.³³⁵

Por essa razão, o TIJ entendeu que as decisões dos tribunais italianos que negaram a imunidade de jurisdição à Alemanha não poderiam se justificar com base na *territorial tort exception*.³³⁶

³³³ DICKINSON, Andrew. *Germany v. Italy*, p. 161.

³³⁴ BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There Immunity*, p. 1824; Apesar de não se referir expressamente a atos *jure imperii* ao afirmar que fazem jus à imunidade os atos praticados pelas forças armadas e por outros órgãos do Estado estrangeiro no curso de um conflito armado, pelo seu contexto, deve-se entender que a conclusão do TIJ está limitada aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas e por esses outros órgãos. KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 87; Yang critica a conclusão do TIJ. Segundo Yang, ao concluir pela imunidade de jurisdição dos atos *jure imperii* das forças armadas estrangeiras, o TIJ acabou por passar a ideia de que o ator do ato – e não sua natureza – seria decisivo para a decisão acerca da imunidade do Estado. YANG, Xiaodong. *Absolute Immunity*, pp. 285-286.

³³⁵ COSTI, Alberto. *L'arrêt de la Cour*, pp. 284-285; *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 135, para. 78.

³³⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 135, para. 79; FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 481.

5. EXCEÇÃO *JUS COGENS*

5.1. Hierarquia normativa: suposta existência de conflito entre as normas de *jus cogens* violadas e a imunidade de jurisdição da Alemanha

A Itália alegou que havia um conflito entre as normas de *jus cogens* violadas pelos atos praticados pelas forças armadas alemãs e a imunidade de jurisdição da Alemanha. De acordo com esse argumento, em razão da superioridade hierárquica das normas de *jus cogens*, estas prevaleceriam sobre as demais normas de direito internacional. Como a norma de imunidade de jurisdição do Estado não é uma norma de *jus cogens*,³³⁷ ela deveria ser afastada por estar em conflito com as normas de *jus cogens* violadas.³³⁸

O argumento italiano referente à existência de uma exceção *jus cogens*, capaz de afastar a imunidade de jurisdição da Alemanha, fundou-se em três afirmações sucessivas. Em primeiro lugar, a Itália afirmou que as violações de DIH praticadas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial configuraram violações de normas de *jus cogens*. Em segundo lugar, a Itália afirmou que existia um conflito entre essas normas de *jus cogens* violadas e a imunidade de jurisdição da Alemanha. Em terceiro lugar, a Itália afirmou que esse conflito seria resolvido pela prevalência das normas de *jus cogens*, hierarquicamente superiores, que afastariam a imunidade do Estado.³³⁹

O TIJ reconheceu que os atos praticados pelas forças armadas alemãs que deram origem aos processos nos tribunais italianos constituíram graves violações de DIH, visto que foram considerados crimes internacionais.³⁴⁰

O TIJ absteve-se de afirmar expressamente que as normas de DIH que proíbem o massacre de civis em território ocupado e a deportação de civis e prisioneiros de guerra para trabalho forçado constituíam normas de *jus cogens*, mas reconheceu que os atos da Alemanha constituíam crimes internacionais e

³³⁷ BARKER, J. Craig. *Negotiation the Complex*, p. 419.

³³⁸ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 140, para. 92.

³³⁹ LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour*, p. 160.

³⁴⁰ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 136, para. 81; O termo "crimes internacionais" é usado nesta dissertação para se referir aos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, sem fazer distinção entre essas duas categorias.

graves violações de DIH. De toda forma, o TIJ assumiu que esses atos constituíam violações de *jus cogens* com o intuito de analisar o argumento italiano de que a imunidade do Estado estrangeiro não devia ser reconhecida em caso de violações de normas de *jus cogens*.³⁴¹

De todo modo, encontra apoio na doutrina o entendimento de que as normas de DIH relativas à proibição da prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade – incluindo a proibição do massacre de civis e da deportação de civis e prisioneiros de guerra para servir de trabalho forçado – são normas de *jus cogens*.³⁴² Segundo a CDI, constituem exemplos de normas de *jus cogens*: “*the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination*”.³⁴³

A existência de uma hierarquia normativa no direito internacional, em razão da existência das normas de *jus cogens*, é defendida por Brito: “No que se refere à hierarquia das normas, a consagração do *jus cogens* acaba por estabelecer uma verdadeira hierarquia entre as normas imperativas e as outras, na qual aquelas estão num plano superior”.³⁴⁴

As normas de *jus cogens* são hierarquicamente superiores às demais normas de direito internacional em razão da importância do seu conteúdo e da aceitação universal da sua superioridade.³⁴⁵ A superioridade hierárquica das normas de *jus cogens* decorre dos valores fundamentais por elas protegidos.³⁴⁶

Bianchi defende que as normas de *jus cogens*, em razão da sua superioridade hierárquica, devem prevalecer sobre todas as demais normas

³⁴¹ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, pp. 246-247.

³⁴² KAMTO, Maurice. *La Volonté de l'État en Droit International*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 340; BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. I, pp. 171-172; *Jurisdictional Immunities of the State*, Dissenting Opinion of Judge Caçado Trindade, p. 217-219, paras. 97-98, 102.

³⁴³ United Nations, International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.702, 18 July 2006, p. 21, para. 33, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.702>, acesso em: 2 de junho de 2019.

³⁴⁴ BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2014, p. 295.

³⁴⁵ United Nations, International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, p. 20, para. 32.

³⁴⁶ KAMTO, Maurice. *La Volonté de l'État*, p. 351.

internacionais, incluindo as normas de imunidade do Estado, de modo que a imunidade não deve ser reconhecida em casos de violações de *jus cogens*.³⁴⁷

Da mesma forma, em *Al-Adsani v. Reino Unido*, no TEDH, os juízes dissidentes defenderam que uma norma de *jus cogens*, por ser hierarquicamente superior às demais normas, prevaleceria sobre a norma de imunidade do Estado, que seria afastada.³⁴⁸

O argumento da hierarquia normativa também foi usado pelo requerente no caso *Bouzari v. Iran*, no qual os tribunais canadenses foram chamados a decidir se o Irã faria jus à imunidade de jurisdição em relação a supostos atos de tortura praticados contra o requerente, fora do território canadense. O requerente alegou que, sendo a proibição da tortura uma norma de *jus cogens*, em razão da sua superioridade hierárquica, ela prevaleceria sobre a norma de imunidade do Estado e, portanto, o Estado estrangeiro responsável pela sua violação não faria jus à imunidade de jurisdição.³⁴⁹

5.2. Inexistência de conflito entre a norma de imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* violadas pela Alemanha

O TIJ pontuou que esse argumento, segundo o qual a imunidade de jurisdição do Estado seria afastada em razão da superioridade hierárquica das normas de *jus cogens* violadas, dependia da existência de um conflito entre uma norma de *jus cogens* e a norma de imunidade do Estado. Segundo o TIJ, esse conflito não existe, pois as normas de DIH violadas pela Alemanha e as normas de imunidade de jurisdição do Estado são normas de duas categorias distintas. As normas de imunidade têm caráter processual e limitam-se a determinar se os tribunais domésticos de um Estado podem exercer sua jurisdição sobre outro

³⁴⁷ BIANCHI, Andrea. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case, *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, p. 265; Nesse mesmo sentido: ORAKHELASHVILI, Alexander. *State practice*, p. 436.

³⁴⁸ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, pp. 132-133; TEDH, *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom*, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, para. 3, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>, acesso em: 22 de maio de 2019.

³⁴⁹ NOVOGRODSKY, Noah Benjamin. *Immunity for Torture*, p. 943.

Estado. Elas não dizem respeito à questão da licitude ou ilicitude da conduta do Estado estrangeiro.³⁵⁰

Apesar da hierarquia normativa ser reconhecida no direito internacional, o TIJ negou a existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado por entender que não havia um conflito entre as normas de imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* violadas pela Alemanha.³⁵¹

5.2.1. Inexistência de conflito em razão da natureza processual das normas de imunidade do Estado e da natureza substantiva das normas de *jus cogens* violadas pela Alemanha

O TIJ distinguiu as normas de imunidade de jurisdição do Estado, de natureza processual, que apenas determinam se os tribunais de um Estado podem ou não exercer sua jurisdição em relação a outro Estado sobre determinado ato, das normas substantivas, que exigem uma análise do mérito por esses mesmos tribunais, de modo a determinar se o ato em questão violou ou não uma norma jurídica. Tendo em vista que as duas categorias de normas lidam com questões diferentes, o TIJ entendeu que não haveria um conflito entre as normas de imunidade do Estado, de natureza processual, e as normas de *jus cogens*, de natureza substantiva.³⁵²

Não foi a primeira vez que o TIJ fez a distinção entre normas substantivas e processuais. O TIJ havia feito essa distinção em *Arrest Warrant*, ao concluir que a imunidade de jurisdição dos Chefes de Estado, dos Chefes de Governo e dos Ministros das Relações Exteriores teria natureza processual.³⁵³

O TIJ entendeu que a imunidade do Estado tem natureza processual e seria distinta das normas materiais que governam os atos praticados pelas forças armadas alemãs. Em razão da sua natureza processual, a norma da

³⁵⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 140, para. 93.

³⁵¹ UERPMANN-WITZACK, Robert. Serious Human Rights, p. 242.

³⁵² COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 293.

³⁵³ Arrest Warrant of 11 April 2000, para. 60; TALMON, Stefan. Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished. Leiden Journal of International Law, vol. 25, 2012, p. 980.

imunidade do Estado devia ser aplicada na forma como ela existia ao tempo dos processos nos tribunais italianos e não como elas existiam ao tempo da Segunda Guerra Mundial.³⁵⁴

É o caráter processual das normas de imunidade do Estado que permite a aplicação das normas contemporâneas de imunidade do Estado a processos relativos a fatos ocorridos entre 1943 e 1945.³⁵⁵ Essa aplicação não fere o princípio da irretroatividade da lei, tendo em vista que as normas de imunidade do Estado não determinam questões relativas à licitude da conduta ou à responsabilidade do Estado pela prática de atos ilícitos.³⁵⁶

O TIJ pontuou que a aplicação das normas de imunidade do Estado, com o objetivo de determinar se os tribunais italianos poderiam exercer sua jurisdição sobre demandas relacionadas às violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, não envolveria nenhum conflito com as normas de DIH que haviam sido violadas.³⁵⁷

A conclusão do TIJ relativa à ausência de conflito entre as normas de imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* violadas pela Alemanha, com base na distinção entre normas processuais e materiais recebeu o apoio da doutrina e é compatível com a própria jurisprudência do TIJ e de outros tribunais nacionais e internacionais.³⁵⁸

A dicotomia entre normas processuais e materiais de direito internacional havia sido afirmada pelo TIJ tanto em *Armed Activities*, no qual o TIJ afirmou que o caráter de *jus cogens* das normas violadas num determinado caso não seria capaz de conferir, por si só, competência ao TIJ para julgar esse caso, quanto

³⁵⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 140, para. 94; KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should Judges Be, p. 16; LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 161.

³⁵⁵ KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, p. 257.

³⁵⁶ Jurisdictional Immunities of the State, p. 140, para. 93; KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, pp. 70-71; As normas substantivas devem ser aplicadas levando em conta a intertemporalidade, ou seja, a licitude – ou ilicitude – da conduta deve ser analisada com base nas normas substantivas em vigência no momento em que a conduta foi praticada. TALMON, Stefan. Jus Cogens, pp. 985-986.

³⁵⁷ Jurisdictional Immunities of the State, p. 140, para. 94.

³⁵⁸ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, pp. 294-295; CZAPLINSKI, Wladyslaw. Current Polish Practice in the Domain of State Immunity, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 43; KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne, p. 124; As decisões da Corte Suprema da Polônia em *Natoniewski v. Federal Republic of Germany*, e da House of Lords em *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)* reconheceram o caráter processual da imunidade do Estado. KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 71. Em sentido contrário: ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. L'affaire des immunités, p. 61.

em *Arrest Warrant*, no qual o TIJ destacou que a violação de normas de *jus cogens* não teria qualquer efeito sobre a imunidade do Ministro de Relações Exteriores. A mesma distinção havia sido feita pelo TEDH em *Al-Adsani*.³⁵⁹

O TEDH e a *House of Lords* classificaram a imunidade do Estado como uma questão processual que atua com a finalidade de apenas determinar o foro no qual a reclamação não poderá prosseguir e, dessa forma, não seria capaz de remover o direito substantivo do requerente, nem de eximir o Estado estrangeiro da sua responsabilidade pela violação de tal direito.³⁶⁰

A Suprema Corte polonesa também entendeu que não poderia existir um conflito entre a imunidade do Estado e a norma de *jus cogens*, tendo em vista que elas não teriam a mesma natureza. Enquanto aquela teria natureza processual, esta teria natureza substantiva.³⁶¹ Enquanto a proibição de praticar atos como a tortura não implica no dever de negar a imunidade ao Estado que os praticou, o reconhecimento da imunidade do Estado não implica na permissão da prática de atos de tortura.³⁶²

A natureza processual das normas de imunidade do Estado também foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual entendeu que o FSIA se aplica retroativamente às condutas anteriores à sua aprovação, visto que questões de jurisdição são governadas pela lei do momento em que a jurisdição é exercida.³⁶³

Segundo o TIJ, as normas de imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* violadas pertencem a categorias diferentes e governam questões completamente distintas. As normas de imunidade do Estado têm natureza processual e preliminar e, portanto, não afetam as questões substantivas de DIH.³⁶⁴ O TIJ concluiu que, em razão da sua natureza distinta, as normas processuais de imunidade operam num nível diferente das normas substantivas,

³⁵⁹ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 295.

³⁶⁰ MCGREGOR, Lorna. Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 5, 2007, p. 907.

³⁶¹ CZAPLINSKI, Wladyslaw. *Current Polish Practice*, p. 43.

³⁶² KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 240.

³⁶³ GIEGERICH, Thomas. *The Holy See*, p. 53.

³⁶⁴ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, p. 23.

das quais fazem parte as normas de *jus cogens* prevendo a proibição da prática de crimes internacionais, e, assim, não poderia existir um conflito entre elas.³⁶⁵

Kaldunski afirma que só existiria um conflito entre a imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* se a imunidade do Estado permitisse que um Estado cometesse crimes de guerra, tortura ou genocídio, por exemplo, tendo em vista que uma norma de *jus cogens* só pode invalidar normas que estejam em conflito com ela.³⁶⁶

Apesar de não concordar com a classificação da imunidade do Estado como uma norma de natureza processual,³⁶⁷ Kaldunski reconhece que ela serve como “(...) a procedural bar as it denies the right to adjudicate a claim to certain domestic court. It can be waived even impliedly, by conduct, e.g. by pleading to the merits. It has to be taken as a preliminary point in domestic proceedings. A decision granting immunity is not *res iudicata* as to the merits”.³⁶⁸

Kaldunski argumenta, contudo, que caso a imunidade do Estado seja considerada como uma norma de carácter estritamente processual, isso acabaria por deixar a sua aplicação instável e imprevisível. Isso porque os mesmos atos praticados pelo Estado estrangeiro, como aqueles praticados pelas forças armadas alemãs durante a Segunda Guerra Mundial, poderiam ser tratados de forma diferente pelos tribunais nacionais em dois momentos distintos, a depender do conteúdo da norma da imunidade do Estado ao tempo da existência de cada processo relativo a tais atos. Assim, poderia ocorrer que eles estariam protegidos pela imunidade num primeiro momento e, posteriormente, e tendo a norma de imunidade do Estado evoluído de modo que uma nova exceção tenha sido consolidada na prática dos Estados em relação aos atos das forças armadas estrangeiras num conflito armado, num processo posterior eles poderiam ser objeto da jurisdição desse mesmo tribunal, uma vez que a imunidade não mais se aplicaria em relação a tais atos. Para Kaldunski, isso

³⁶⁵ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 161; ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: “A Conflict Does Exist”, Italian Yearbook of International Law, vol. 21, 2011, p. 162.

³⁶⁶ KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, p. 255.

³⁶⁷ De acordo com Kaldunski: “All rules of an international legal system have a uniform international nature”. KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 72.

³⁶⁸ KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, p. 259.

seria uma razão para entender a norma de imunidade como sendo de caráter material e não processual.³⁶⁹

Não há problema algum na situação descrita por Kaldunski. Inclusive, isso vem ocorrendo durante décadas de constante evolução da norma de imunidade de jurisdição do Estado. Assim, por exemplo, atos *jure gestionis* que antes eram protegidos pela imunidade do Estado passaram a estar sujeito ao exercício da jurisdição de tribunais estrangeiros a partir do momento da consolidação da doutrina da imunidade relativa. O mesmo ocorre em relação a atos que hoje se encontram abrangidos pela exceção territorial. Se anteriormente esses atos não estavam sujeitos à jurisdição dos tribunais domésticos, hoje é possível iniciar uma demanda contra um Estado estrangeiro em relação a eles sem que a imunidade de jurisdição deste Estado seja reconhecida. A norma de imunidade do Estado limita-se a determinar se um tribunal nacional pode ou não exercer sua jurisdição sobre um Estado estrangeiro em relação a uma determinada conduta.³⁷⁰

De toda forma, caso a norma de imunidade do Estado fosse entendida como tendo natureza substantiva e não processual, ela deveria ser aplicada conforme existia à época dos eventos que deram causa aos processos nos tribunais domésticos. Assim, no caso das violações de DIH praticadas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, ela deveria ser aplicada conforme ela existia à época da prática desses atos. Segundo Kaldunski, isso também faria com que a Alemanha tivesse direito à imunidade de jurisdição nos tribunais estrangeiros em relação a esses atos.³⁷¹

O entendimento do TIJ acerca da distinção entre normas processuais e substantivas no direito internacional foi considerado “artificial” por parte da

³⁶⁹ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, pp. 73-74.

³⁷⁰ A conclusão do TIJ acerca da natureza processual e do caráter preliminar da imunidade de jurisdição do Estado demonstra que as normas de imunidade do Estado limitam-se à questão acerca do exercício da jurisdição por um tribunal doméstico, “*with no bearing on questions of wrongfulness, remedy, or responsibility on the part of the foreign State*”. FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 617. As questões acerca da licitude – ou ilicitude – da conduta e da responsabilidade do Estado estrangeiro não seriam objeto de aplicação de duas normas distintas. O que ocorre é que num determinado momento o tribunal doméstico estaria impedido de exercer sua jurisdição sobre essa determinada conduta do Estado estrangeiro e, posteriormente, esse impedimento, de natureza processual, não mais existiria, estando o tribunal nacional apto a exercer sua jurisdição sobre ela.

³⁷¹ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 74.

doutrina.³⁷² Além disso, a conclusão do TIJ acerca da distinção entre normas substantivas e processuais foi criticada por parte da doutrina por ter sido excessivamente formalista,³⁷³ e por constituir uma barreira processual à efetiva proteção dos direitos humanos.³⁷⁴

Segundo Espósito, não haveria uma absoluta separação entre normas processuais e substantivas e, conseqüentemente, existiria um conflito normativo entre as normas de *jus cogens* e as normas de imunidade do Estado.³⁷⁵

Cançado Trindade defendeu que, apesar de não existir um conflito formal entre as normas de imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* violadas, haveria um conflito material, tendo em vista que o reconhecimento da imunidade ao Estado teria como consequência privar as normas de *jus cogens* de seus efeitos jurídicos ao impedir a responsabilização do Estado responsável pela violação das normas peremptórias.³⁷⁶

Cançado Trindade defendeu que haveria um conflito normativo sempre que a aplicação de uma norma impedisse a efetividade de outra norma. De acordo com Boudreault, essa seria uma interpretação muito expansiva e faria com que o potencial de conflito de normas fosse infinito. Por meio desse entendimento, todo requisito processual relacionado à jurisdição de um tribunal, por exemplo, poderia ser considerado como estando em conflito com a norma substantiva objeto da reclamação, pois teria o potencial de impedir a efetividade dessa norma substantiva.³⁷⁷

Parte da doutrina também defende que existe um conflito normativo sempre que uma norma impeça a efetividade de outra norma. Por esse argumento, as normas de imunidade do Estado não poderiam ser aplicadas visto que elas impediriam a efetividade das normas de *jus cogens* ao garantir

³⁷² BOSCHIERO, Nerina. Jurisdictional Immunities of the State and Exequatur of Foreign Judgments: A Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in Germany v. Italy, in: BOSCHIERO, Nerina et al (eds.), International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 810-811.

³⁷³ NEGRI, Stefania. Sovereign Immunity, p. 131; BOTHE, Michael. Remedies of Victims, pp. 107-108; TALMON, Stefan. Jus Cogens, p. 980.

³⁷⁴ ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional, p. 170.

³⁷⁵ ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional, pp. 163, 173.

³⁷⁶ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 294; EKPO, Sandra. Jurisdictional Immunities, p. 158.

³⁷⁷ BOUDREAUULT, François. Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Leiden Journal of International Law, vol. 25, 2012, p. 1008.

imunidade ao Estado estrangeiro responsável pela violação dessas normas.³⁷⁸ No entanto, o conteúdo e a efetividade da norma são duas questões distintas. De toda forma, esse entendimento foi descartado pelo TIJ, que concluiu pela distinção entre normas processuais e substantivas e pela impossibilidade de qualquer conflito entre elas.³⁷⁹

Orakhelashvili também se posicionou contrariamente à distinção feita pelo TIJ entre normas substantivas e processuais no direito internacional.³⁸⁰ Segundo Orakhelashvili: “(...) *allowing immunity claims for breaches of jus cogens makes the relevant substantive jus cogens norm inoperative as a norm*”.³⁸¹

Na opinião de Talmon, as críticas à distinção entre normas substantivas e processuais no direito internacional “*has been motivated more by the desired result of holding the violators of jus cogens accountable than by any substantive argument against the distinction itself*”.³⁸² Da mesma forma, Bastin pontua que: “*If the procedural bars of state immunity recognised by customary international law serve to preclude individuals from obtaining reparation for substantive wrongs done to them, the solution is not to pursue sophistic attempts to justify the unprincipled elision of procedure and substance*”.³⁸³

Em *Arrest Warrant*, o TIJ, analisando a questão da imunidade de jurisdição criminal dos Ministros de Relações Exteriores, destacou que o reconhecimento da imunidade a esses Ministros não significava que eles estariam impunes pelos crimes cometidos, tendo em vista que a imunidade à jurisdição criminal e a responsabilidade criminal individual seriam duas questões distintas. O TIJ afirmou que, enquanto a imunidade de jurisdição dos altos representantes do Estado teria natureza processual, a responsabilidade criminal teria natureza substantiva. A imunidade não seria capaz de exonerar o responsável pela prática de crimes da sua responsabilidade criminal.³⁸⁴

³⁷⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms in International Law*, pp. 340-341.

³⁷⁹ BASTIN, Lucas. *International Law*, p. 790.

³⁸⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 5, 2007, p. 968.

³⁸¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Immunities of State Officials*, p. 852.

³⁸² TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 1002.

³⁸³ BASTIN, Lucas. *International Law*, p. 791.

³⁸⁴ O TIJ concluiu que a imunidade de jurisdição à qual o Ministro de Relações Exteriores faz jus não impede que ele seja processado criminalmente: (i) nos tribunais do seu Estado; ou (ii) nos tribunais estrangeiros, caso o Estado que ele representa renuncie à sua imunidade. Ademais, após o fim do seu mandato, o ex-Ministro de Relações Exteriores deixa de fazer jus à imunidade de jurisdição em relação aos atos cometidos anteriormente ou posteriormente ao seu mandato

A imunidade do Estado apenas impede o exercício da jurisdição por um tribunal inapropriado e não diz respeito ao mérito da reclamação, de modo que o reconhecimento da imunidade ao Estado estrangeiro não significa que esse Estado estaria impune pelos atos ilícitos praticados.³⁸⁵

A concessão da imunidade ao Estado estrangeiro não significa uma declaração de que o ato praticado pelo Estado, objeto da reclamação, seja lícito, mas apenas que o tribunal não é o foro apropriado para pronunciar sobre a legalidade ou ilegalidade desse ato.³⁸⁶

As normas substantivas, incluindo as normas substantivas de *jus cogens*, determinam a licitude ou ilicitude da conduta, a responsabilidade do Estado, entre outras. Segundo Talmon: “*These rules prescribe rights, obligations, and standards of conduct; determine legal status, title and conditions; provide legal definitions; and establish international criminal and state responsibility*”.³⁸⁷ Por outro lado, as normas processuais: “*(...) are made up of rules on the jurisdiction of courts and tribunals, including rules on the immunity from jurisdiction, rules on the admissibility of a claim or application, rules of procedure, and rules on the implementation of the international responsibility of states and international organizations*”.³⁸⁸

Normas processuais e substantivas tratam de questões diferentes e, portanto, não impõem obrigações incompatíveis. Dessa forma, não haveria um conflito entre elas, mesmo no caso em que as normas substantivas tivessem caráter de *jus cogens*. Normas de *jus cogens* não podem ser derogadas, contudo, a aplicação de uma norma processual poderia até prejudicar a efetividade da norma de *jus cogens*, ao impedir que o Estado que a violou seja julgado por um determinado tribunal, mas não seria capaz de derogá-la.³⁸⁹

Segundo Mora: “*State immunity is a procedural rule that is concerned with the judicial competence of a state and bars domestic courts from exercising*

e, ainda, em respeito aos atos privados praticados durante seu tempo como Ministro. Ainda, os Ministros de Relações Exteriores, mesmo durante o exercício do seu mandato, não gozam de imunidade perante os tribunais internacionais, tais como o ICTY, ICTR ou o TPI. Arrest Warrant of 11 April 2000, paras. 61-60.

³⁸⁵ KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, p. 255.

³⁸⁶ AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili, The European Journal of International Law, vol. 22, nº 3, 2011, p. 860.

³⁸⁷ TALMON, Stefan. Jus Cogens, p. 981.

³⁸⁸ TALMON, Stefan. Jus Cogens, p. 982.

³⁸⁹ TALMON, Stefan. Jus Cogens, p. 986; VOYIAKIS, Emmanuel. Access to Court, p. 321.

adjudicative jurisdiction over disputes involving foreign sovereigns. A plea of immunity before a domestic court does not provide a substantive defence exonerating a foreign state from liability. The rules of state immunity are not concerned with the substantive issue of whether a state is responsible for its conduct, but with the procedural issue of which domestic court may adjudicate the dispute".³⁹⁰

As normas processuais podem afetar a efetividade das normas substantivas, mas não o seu conteúdo. A aplicação das normas de imunidade do Estado não implica decidir se houve uma violação da norma substantiva objeto da reclamação no tribunal nacional. Isso porque os dois grupos de normas – processuais e materiais – tratam de questões diferentes do direito.³⁹¹

5.2.2. Inexistência de conflito entre as normas de *jus cogens* e outras normas processuais

O TIJ concluiu que as normas de *jus cogens* não são capazes de afastar a aplicação de normas processuais que determinam o escopo e a extensão da jurisdição – como as normas de competência dos tribunais – e quando a jurisdição pode ser exercida – como as normas de imunidade de jurisdição do Estado –, visto que tais normas não derogam as normas substantivas de *jus cogens*. Ainda, o TIJ entendeu que não havia nada inerente ao conceito de *jus cogens* que impedisse a aplicação de tais normas ou as modificasse.³⁹²

Segundo o TIJ, o caráter *erga omnes* de uma obrigação ou o *status* de *jus cogens* de uma norma não seriam capazes de, por si só, conferir competência ao TIJ, afastando a norma que estabelece o consentimento das partes como requisito para o exercício da jurisdição pelo TIJ. Em *Armed Activities*, o TIJ afirmou que: "(...) *the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute. The same applies to the relationship between preemptory norms of general*

³⁹⁰ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 253.

³⁹¹ BASTIN, Lucas. *International Law*, p. 789.

³⁹² *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 141, para. 95.

international law (jus cogens) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties".³⁹³

Do mesmo modo, em *East Timor*, o TIJ declarou que: "(...) *the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right erga omnes*".³⁹⁴

Para o TIJ, não poderia existir um conflito entre duas normas que regulassem questões diferentes, especialmente quando uma delas tivesse natureza processual e a outra tivesse natureza material. O simples fato de que uma norma impeça a efetividade de outra norma não configura um conflito entre elas.³⁹⁵

Caso as normas de *jus cogens* fossem capazes de afastar a imunidade de jurisdição do Estado, elas também deveriam ser capazes de afastar qualquer requisito à jurisdição dos tribunais internacionais, tais como o requisito do consentimento das partes, necessário para que o TIJ possa exercer sua jurisdição. Contudo, o TIJ já afirmou que: "(...) *the mere fact that rights and obligations erga omnes or peremptory norms of general international law (jus cogens) are at issue in a dispute cannot in itself constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties*".³⁹⁶

O TIJ, portanto, concluiu que o exercício da sua jurisdição tem como requisito o consentimento das partes, ainda que se esteja diante de um caso de

³⁹³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 32, para. 64, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.*

³⁹⁴ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.*

³⁹⁵ BOUDREAULT, François. *Identifying Conflicts*, p. 1007.

³⁹⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 51, para. 125.

violação de normas de *jus cogens*.³⁹⁷ Isso porque a violação de uma norma de *jus cogens* não faz com que todos os tribunais estejam obrigados a garantir um recurso às vítimas para que elas possam obter reparação. Nem mesmo os tribunais internacionais estariam obrigados a disponibilizar um recurso ou exercer sua jurisdição sempre que estivessem diante de uma alegação de violação de uma norma de *jus cogens*.³⁹⁸

As normas relativas à jurisdição do tribunal, ou seja, normas que determinam o escopo e a extensão da jurisdição e quando essa jurisdição pode ser exercida, não seriam afetadas pelas normas substantivas de *jus cogens*. O TIJ decidiu, em *Legality of the Use of Force*, que não poderia exercer sua jurisdição num caso iniciado por um Estado que não fosse parte do ETIJ, mesmo que o caso envolvesse a violação de normas substantivas de *jus cogens* como é o caso da proibição do genocídio.³⁹⁹

Segundo Talmon, o mesmo ocorre no caso dos tribunais internacionais criminais, como é o caso do TPI, cujo Estatuto de Roma prevê que o tribunal não tem jurisdição sobre pessoas menores de 18 anos de idade.⁴⁰⁰ Assim, o fato de que um indivíduo de 17 anos tenha cometido o crime de genocídio não seria capaz de estabelecer a jurisdição do TPI contra ele, em razão da norma processual citada.⁴⁰¹

Da mesma forma, o *status* de *jus cogens* de uma norma substantiva não invalida automaticamente uma reserva feita por um Estado à jurisdição de um tribunal. Em *Armed Activities*, o TIJ analisou a alegação do Congo de que o *status* de *jus cogens* da proibição do genocídio acarretaria a invalidade da reserva feita por Ruanda à jurisdição do TIJ, prevista no artigo IX da Convenção sobre a Prevenção e Punição pelo Crime de Genocídio. O TIJ concluiu que a

³⁹⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 32, para. 65.

³⁹⁸ AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. *Immunities of State Officials*, p. 860.

³⁹⁹ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 754, para. 89, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/108/108-20041215-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 3 de outubro de 2019.

⁴⁰⁰ O artigo 26 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estabelece que: “*The Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 18 at the time of the alleged commission of a crime*”. International Criminal Court, Rome Statute, disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, acesso em: 2 de setembro de 2019.

⁴⁰¹ Segundo Talmon, essa norma poderia ser considerada como uma espécie de “imunidade pessoal” dos menores de 18 anos, o que reforça a ideia de que as normas de *jus cogens* não afastam as normas de imunidade. TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 989.

reserva feita por Ruanda em relação à jurisdição do TIJ não afetaria suas obrigações relativas à proibição da prática de genocídio. Na visão do TIJ, a reserva à sua jurisdição seria válida mesmo que isso signifique um obstáculo à efetividade da norma substantiva de *jus cogens*.⁴⁰²

O mesmo ocorre com o artigo 66 da CVDT, que confere jurisdição ao TIJ sobre disputas relativas à validade de tratados conflitantes com normas de *jus cogens*. Inúmeros Estados fizeram reservas a essa disposição ao ratificar a CVDT, de modo que essas reservas são válidas e não são afetadas pelas normas substantivas de *jus cogens*.⁴⁰³

Também são exemplos de normas processuais: as regras de admissibilidade da reclamação, como, por exemplo, aquelas que regem a capacidade para estar em juízo, o requisito do esgotamento dos recursos internos, os prazos para a propositura da ação, e, ainda, no caso em que a reclamação seja feita por meio da proteção diplomática, que a vítima tenha a nacionalidade do Estado que a tiver exercendo.⁴⁰⁴

Normas processuais são geralmente aquelas relacionadas à jurisdição de um tribunal e à admissibilidade da reclamação. Questões relacionadas à jurisdição do tribunal e admissibilidade da reclamação são decididas antes de se adentrar no mérito. Enquanto a jurisdição diz respeito à questão da competência do tribunal para julgar uma reclamação, a admissibilidade se refere à questão da possibilidade do exercício da jurisdição pelo tribunal sobre essa reclamação.⁴⁰⁵

Ainda, outras normas relativas a exceções preliminares, tais como a norma que impede o TIJ de decidir sobre a licitude ou ilicitude da conduta de um terceiro Estado que não seja parte no processo, restariam inalteradas mesmo quando se tratar de uma violação de uma norma de *jus cogens*. Isso foi afirmado pelo TIJ em *East Timor*, no qual a obrigação invocada era o respeito pelo direito de autodeterminação dos povos do Timor Leste.⁴⁰⁶

Caso fosse aceita a possibilidade de conflito entre a imunidade do Estado e as normas de *jus cogens*, isso significaria que toda norma que impedisse o

⁴⁰² TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, pp. 989-990.

⁴⁰³ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 990.

⁴⁰⁴ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, pp. 991-992.

⁴⁰⁵ SOURESH, Anogika. *Jurisdictional Immunities*, pp. 26-27.

⁴⁰⁶ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 992.

exercício da jurisdição sobre uma reclamação relativa a uma suposta violação de *jus cogens* seria nula e sem efeito.⁴⁰⁷

Em *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, o TIJ ressaltou que: “As it has in other cases, the Court recalls the fundamental distinction between the existence and binding force of obligations arising under international law and the existence of a court or tribunal with jurisdiction to resolve disputes about compliance with those obligations. The fact that there is not such a court or tribunal does not mean that the obligations do not exist. They retain their validity and legal force. States are required to fulfil their obligations under international law, including international humanitarian law, and they remain responsible for acts contrary to international law which are attributable to them”.⁴⁰⁸

5.2.3. Existência de conflito somente caso as normas de *jus cogens* tivessem um elemento processual ou se existisse uma norma processual de *jus cogens*

Yang pontua que uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado só existiria se as normas de *jus cogens* tivessem um elemento processual capaz de afastar a imunidade do Estado ou se existisse uma norma de direito internacional específica determinando o não reconhecimento da imunidade em casos envolvendo normas de *jus cogens*.⁴⁰⁹ Segundo Talmon, poderia existir um eventual conflito entre uma norma processual de *jus cogens* e uma outra norma processual.⁴¹⁰

Yang afirma que as normas de *jus cogens* não contêm um elemento processual, de forma que não se pode deduzir que a imunidade do Estado

⁴⁰⁷ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 93.

⁴⁰⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.104, para. 148, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em 16 de outubro de 2019.

⁴⁰⁹ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3, 2006, p. 137.

⁴¹⁰ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 987.

deveria ser negada ao Estado apenas em razão do caráter *jus cogens* da norma violada.⁴¹¹ De acordo com Yang, seria necessária a existência de duas normas: a norma de *jus cogens*, proibindo a prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, por exemplo, e uma norma prevendo que o Estado que violar uma norma de *jus cogens* não teria sua imunidade reconhecida nos tribunais de outro Estado em relação a essa violação.⁴¹²

A *House of Lords* pontuou, em *Jones v. Saudi Arabia*, que as normas de *jus cogens* não seriam capazes de afetar a imunidade de jurisdição do Estado tendo em vista que elas não teriam um efeito processual.⁴¹³ Do mesmo modo, a Suprema Corte polonesa, em *Natoniewski*, entendeu que a violação de uma norma de *jus cogens* não seria capaz de remover a imunidade do Estado estrangeiro. A imunidade do Estado somente seria inconsistente com a norma de *jus cogens* violada se houvesse uma norma processual específica nesse sentido, permitindo aos tribunais nacionais afastar a imunidade do Estado e exercer sua jurisdição sobre o Estado que a tenha violado. A Suprema Corte polonesa entendeu que tal norma não existia no direito internacional.⁴¹⁴

Assim, apesar de parte da doutrina defender que as normas de *jus cogens* teriam um desdobramento processual, de modo que elas não poderiam sofrer nenhuma limitação na sua aplicação,⁴¹⁵ as normas de *jus cogens* não são capazes de conferir jurisdição aos tribunais que estejam impedidos de exercê-la em razão de alguma norma processual e, portanto, as vítimas de violações de normas de *jus cogens* estariam restritas aos meios de recursos disponíveis, em observância às regras processuais, para reclamar seu direito.⁴¹⁶

5.2.4. Identificação de conflito entre o direito de acesso à justiça e a imunidade de jurisdição do Estado

⁴¹¹ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, pp. 152-153.

⁴¹² YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, p. 154.

⁴¹³ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms*, p. 956.

⁴¹⁴ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 240.

⁴¹⁵ Souresh, apoiando-se na ideia de que toda norma de *jus cogens* teria um elemento processual para garantir o seu cumprimento, defende que existiria um conflito entre essa norma de natureza processual e a norma de imunidade do Estado, devendo aquela prevalecer sobre esta. SOURESH, Anogika. *Jurisdictional Immunities*, p. 30.

⁴¹⁶ COSTI, Alberto. *L'arrêt de la Cour*, pp. 295-296.

Um conflito poderia existir entre a imunidade do Estado e o direito de acesso à justiça. No entanto, o entendimento que prevalece é que o direito de acesso à justiça não seria uma norma de *jus cogens*.⁴¹⁷ Da mesma forma, da norma de *jus cogens* violada não decorreria um direito de acesso à justiça com caráter de *jus cogens* para que as vítimas pudessem, diretamente, pleitear reparação por tal violação contra o Estado estrangeiro.⁴¹⁸

Para Gattini, para que houvesse um conflito entre as normas de imunidade e as normas de *jus cogens*, deveria estar demonstrado que o direito de acesso à justiça – e mais especificamente o direito de acesso aos tribunais domésticos – seria uma norma de *jus cogens* ou que a violação de uma norma de *jus cogens* implicaria em tal direito. Segundo Gattini, nenhuma das duas hipóteses seria verdadeira.⁴¹⁹

Como destaca Gattini, o direito de acesso à justiça não é absoluto e, com exceção das decisões do TIDH em *Goiburú et al. Paraguay*⁴²⁰ e *La Cantuta v. Peru*⁴²¹, ambas de 2006, não há qualquer outra decisão internacional reconhecendo o caráter *jus cogens* do direito de acesso à justiça.⁴²² Além dessas duas decisões do TIDH, o primeiro Presidente do Special Tribunal for Lebanon, Antonio Cassese, em ordem de 2010 no caso *El Sayed*, citando as decisões do

⁴¹⁷ BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There State Immunity*, pp. 1829-1830; CATALDI, Giuseppe. *Immunités juridictionnelles*, p. 574.

⁴¹⁸ BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There State Immunity*, pp. 1832-1833; Em sentido contrário, Mazzeschi defende que: “*if the prohibition of international crimes is established as a ius cogens norm, it logically follows that the norms on access to justice and reparation for breaches of that prohibition are also ius cogens norms because they are functionally and necessarily linked to the first*”. MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. *Access to Justice in Constitutional and International Law: The Recent Judgment of the Italian Constitutional Court*, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, p. 21.

⁴¹⁹ GATTINI, Andrea. *The Dispute*, p. 179.

⁴²⁰ O TIDH concluiu que: “*El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, em su caso, sancionar los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo*”. TIDH, *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 131, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, acesso em: 8 de maio de 2019.

⁴²¹ TIDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 160, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf, acesso em: 8 de maio de 2019.

⁴²² GATTINI, Andrea. *The Dispute*, p. 179.

TIDH e os votos do juiz Cançado Trindade no TIDH, declarou que o direito de acesso à justiça havia alcançado o *status de jus cogens*.⁴²³

Apesar dessas duas decisões do TIDH e da ordem do presidente do STL, não há apoio suficiente ao argumento de que o direito de acesso à justiça teria caráter de *jus cogens*.⁴²⁴

Boschiero pontua que é difícil classificar o direito de acesso à justiça como uma norma de *jus cogens*, tendo em vista que se trata de um direito não absoluto, como afirmou o TEDH em inúmeras oportunidades, podendo ser restringido, ainda que mediante o cumprimento de certos requisitos.⁴²⁵

O TEDH reconheceu que limitações são inerentes à proteção jurisdicional, ou seja, que o direito de acesso à justiça pode sofrer limitações, tendo em vista que, por sua natureza, esse direito requer regulamentação do Estado.⁴²⁶

O eventual conflito entre o direito de acesso à justiça e a imunidade de jurisdição do Estado foi analisado exaustivamente pelo TEDH, uma vez que inúmeros casos foram iniciados no TEDH contra o Estado do foro em razão da concessão da imunidade de jurisdição a um Estado estrangeiro, sob o argumento de que esse ato configuraria uma violação do artigo 6 (1) da CEDH, que garante o direito de acesso à justiça.⁴²⁷

⁴²³ United Nations. International Law Commission, Second report on jus cogens by Dire Tladi, p. 43, para. 85, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>, acesso em: 9 de setembro de 2019; Special Tribunal for Lebanon, Case No. CH/PRES/2010/01, Order Assigning Matter to Pre-Trial Judge, 15 April 2010, p. 12, para. 29, disponível em: https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20100415_CH-PRES-2010-01_Order_Assigning_Matter_to_Pre-Trial_Judge_EN.pdf?, acesso em: 9 de setembro de 2019.

⁴²⁴ SOURESH, Anogika. Jurisdictional Immunities, p. 32; FLAUSS, Jean-François. Droit des immunités, p. 310.

⁴²⁵ BOSCHIERO, Nerina. Jurisdictional Immunities, p. 816; Por outro lado, Baptista defende que o *jus cogens* não estaria restrito aos direitos humanos absolutos. Segundo Baptista: “Não tem, pois, apoio no Direito Internacional a restrição do *ius Cogens* aos direitos humanos absolutos (...)”. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens no Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997, p. 399.

⁴²⁶ TIGROUDJA, Hélène. La Cour Européenne, p. 532; TEDH, Case of McElhinney v. Ireland, para. 34.

⁴²⁷ Por outro lado, demandas apresentadas contra os Estados que invocaram sua imunidade de jurisdição perante tribunais de outro Estado – como foi o caso da Alemanha perante os tribunais gregos – não seriam recebidas pelo TEDH, tendo em vista que o requerimento de um Estado para ver reconhecida sua imunidade num processo perante um tribunal estrangeiro não poderia ser considerado um exercício de jurisdição sobre os requerentes e, portanto, não ensejaria a proteção da CEDH aos indivíduos contra os quais o Estado invocou sua imunidade de jurisdição. Por essa razão, o TEDH decidiu não ser admissível a demanda contra a Alemanha no caso *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*. SCHILLING, Theodor. The Case-Law of the European Court of Human Rights on the Immunity of States, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 267-268.

O TEDH entendeu que o direito de acesso à justiça, não sendo absoluto, estaria sujeito a restrições. A concessão da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro configura uma dessas restrições e, por isso, o TEDH passou a analisar se essa restrição buscava um fim legítimo e se ela seria proporcional ao fim a ser alcançado. Ainda, a restrição não poderia comprometer a essência do direito protegido.⁴²⁸

Em *Al-Adsani*, relativo ao reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Kuwait pelos tribunais do Reino Unido num processo referente a atos de tortura praticados no território do Kuwait contra o requerente, o TEDH, por uma maioria de 9 a 8, entendeu que a concessão da imunidade de jurisdição tinha como fim legítimo o respeito pelo direito internacional e que, tendo em vista que ela refletia as normas de direito internacional, ela não podia ser considerada como uma restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça.⁴²⁹ O TEDH afirmou que a CEDH devia ser interpretada em harmonia com as demais regras de direito internacional, incluindo as normas de imunidade do Estado.⁴³⁰

Essa interpretação sofreu críticas por parte da doutrina. Segundo Orakhelashvili, a CEDH, em geral, e o artigo 6, em particular, devem ser aplicados mesmo quando estiverem em contradição com outras normas de direito internacional, como é o caso da imunidade do Estado. Ademais, o artigo 6 da CEDH não prevê nenhuma exceção ao direito de acesso à justiça relativa à imunidade do Estado.⁴³¹

Em *Jones v. Reino Unido*, o TEDH mais uma vez teve que identificar se, de acordo com o direito internacional, os Estados teriam imunidade perante tribunais estrangeiros em casos relativos à violação de normas de *jus cogens*, em especial aquela que proíbe a tortura. Os requerentes alegaram que o reconhecimento da imunidade de jurisdição à Arábia Saudita pelo Reino Unido constituiu uma violação ao seu direito de acesso à justiça. O TEDH decidiu, por 6 votos a 1, que a decisão da *House of Lords* em *Jones v. Saudi Arabia* havia

⁴²⁸ SCHILLING, Theodor. *The Case-Law*, p. 268.

⁴²⁹ SCHILLING, Theodor. *The Case-Law*, p. 276.

⁴³⁰ Orakhelashvili pontua que o artigo 31 (3) (c) da CVDT sugere que as normas relevantes de direito internacional devem ser levadas em conta ao se interpretar um tratado, mas não requer que o tratado seja interpretado de forma que seja compatível com essas normas de direito internacional, restringindo assim o significado das suas disposições. ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms*, p. 958.

⁴³¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms*, pp. 958-959; ORAKHELASHVILI, Alexander. *State practice*, pp. 427-428.

sido proferida em conformidade com o direito internacional ao reconhecer a imunidade ao Estado estrangeiro e que, portanto, a decisão não havia violado o artigo 6 (1) da CEDH.⁴³²

O TEDH decidiu que os Estados podem limitar o direito de acesso à justiça desde que as limitações impostas não comprometam a essência desse direito, busquem um fim legítimo e sejam proporcionais para alcançar esse fim.⁴³³

Ademais, o TEDH entendeu que o respeito por normas de direito internacional constitui um fim legítimo capaz de justificar a restrição de direitos protegidos pela CEDH.⁴³⁴

A concessão da imunidade a um Estado estrangeiro busca o fim legítimo de respeitar as normas de direito internacional. Caso a imunidade tiver sido concedida em conformidade com as referidas normas de direito internacional, ela não poderia, segundo o TEDH, ser considerada como impondo uma restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça do requerente.⁴³⁵ A questão decisiva a ser respondida pelo TEDH, então, seria se a concessão da imunidade no caso concreto refletiu as normas de direito internacional costumeiro.⁴³⁶

Em *McElhinney*, o TEDH entendeu que apesar de existir uma tendência em limitar a imunidade do Estado em respeito a lesões e danos a pessoas ou propriedades causados por atos – ou omissões – praticados no território do Estado do foro, essa prática não seria universal, de modo que a concessão da

⁴³² RANGANATHAN, Surabhi. The Torture Exception to Immunity from Civil Suit, The Cambridge Law Journal, 2015, pp. 16-17.

⁴³³ TEDH, Case of Jones and Others v. The United Kingdom, para. 186; VOYIAKIS, Emmanuel. Access to Court, p. 299; TEDH, Waite and Kennedy v. Germany, Application no. 26083/94, Judgment, 18 February 1999, para. 59, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>, acesso em: 11 de junho de 2019.

⁴³⁴ SCHILLING, Theodor. The Case-Law, pp. 268-269; TEDH, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, para. 54.

⁴³⁵ De acordo com o TEDH: “As to the proportionality of the restriction, the need to interpret the Convention so far as possible in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity, has led to the Court to conclude that measures taken by a State which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1. The Court explained that just as the right of access to a court is an inherent part of the fair-trial guarantee in Article 6 § 1, so some restrictions must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity (...)”. TEDH, Case of Jones and Others v. The United Kingdom, para. 189; TEDH, Case of McElhinney v. Ireland, para. 37; TEDH, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, para. 56; TEDH, Case of Fogarty v. The United Kingdom, para. 36.

⁴³⁶ SCHILLING, Theodor. The Case-Law, p. 269; Em *Al-Adsani*, o TEDH afirmou que bastaria identificar se estavam presentes os requisitos para a concessão da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro. VOYIAKIS, Emmanuel. Access to Court, p. 322.

imunidade de jurisdição pelos tribunais irlandeses ao Reino Unido não estava em conflito com as normas de direito internacional.⁴³⁷ O TEDH concluiu, portanto, que a Irlanda não havia violado o direito de acesso à justiça do requerente ao conceder a imunidade ao Reino Unido.⁴³⁸

Em *Grosz v. France*, o TEDH concluiu que a concessão de imunidade pela Corte de Cassação francesa à Alemanha por atos cometidos pelas suas forças armadas durante a Segunda Guerra Mundial, na França, não configurou uma restrição desproporcional do direito de acesso à justiça protegido no artigo 6 (1) da CEDH.⁴³⁹

Da mesma forma, a Suprema Corte polonesa, em *Natoniewski*, fazendo referência às decisões do TEDH em *Al-Adsani* e *McElhinney*, afirmou que, não sendo o direito de acesso à justiça absoluto, o reconhecimento da imunidade ao Estado estrangeiro, em conformidade com as normas de direito internacional, não pode ser considerado uma limitação desproporcional ao direito de acesso à justiça.⁴⁴⁰

O reconhecimento da imunidade de jurisdição a um Estado não pode ser considerado, em si, contrário ao direito de acesso à justiça. Isso porque a imunidade não impede o requerente de exercer o seu direito de ação, mas apenas o impede de exercê-lo num foro inapropriado.⁴⁴¹

5.3. Identificação da natureza preliminar da norma de imunidade do Estado

A imunidade de jurisdição do Estado é considerada pelo TIJ como uma questão processual, que deve ser analisada pelos tribunais domésticos preliminarmente.⁴⁴² Segundo o TIJ: “*Immunity from jurisdiction is an immunity not merely from being subjected to an adverse judgment but from being subjected to the trial process. It is, therefore, necessarily preliminary in nature. Consequently,*

⁴³⁷ SCHILLING, Theodor. *The Case-Law*, pp. 271-272.

⁴³⁸ TEDH, *Case of McElhinney v. Ireland*, para. 40.

⁴³⁹ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 281.

⁴⁴⁰ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 241.

⁴⁴¹ LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour*, p. 168.

⁴⁴² BENNOUNA, Mohamed. *Le Droit International*, p. 44; LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour*, p. 161.

a national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established".⁴⁴³

O TIJ entendeu que não existia uma exceção à imunidade do Estado baseada na gravidade das violações cometidas pelo Estado, tendo em vista que isso demandaria uma análise do mérito pelo tribunal nacional. Ocorre que, tendo a imunidade do Estado natureza preliminar, o tribunal nacional deve decidir sobre o reconhecimento ou não da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro antes de analisar o mérito do processo.⁴⁴⁴

Como destaca Talmon, a classificação de uma norma como substantiva ou processual serve para determinar se a norma deve ser tratada como uma exceção preliminar, no caso de normas processuais, ou como parte do mérito, no caso de normas substantivas. As normas processuais geralmente são invocadas para impedir um tribunal de fazer o exame das normas substantivas que supostamente foram violadas.⁴⁴⁵

Kaldunski pontua que aceitar o argumento acerca da existência de uma exceção à imunidade do Estado em casos de graves violações de DIH significaria aceitar que o tribunal doméstico deveria adentrar no mérito do processo para decidir acerca da imunidade de jurisdição do Estado. No entanto, a imunidade do Estado tem natureza processual e deve ser analisada preliminarmente, a fim de determinar se o tribunal doméstico poderia ou não exercer sua jurisdição sobre o mérito da demanda.⁴⁴⁶

Esse entendimento do TIJ recebeu algumas críticas. Laval questionou se o exame preliminar que deve ser feito pelo tribunal nacional a fim de classificar os atos do Estado estrangeiro como *jure imperii* ou *jure gestionis* não poderia se estender à questão da gravidade dos atos praticados pelo Estado, principalmente em casos nos quais sua gravidade fosse evidente.⁴⁴⁷

Conforti defendeu que, para decidir acerca do reconhecimento ou não da imunidade de jurisdição ao Estado, realmente não seria necessário adentrar no mérito da disputa com a finalidade de determinar a licitude ou não da conduta

⁴⁴³ Jurisdictional Immunities of the State, p. 136, para. 82.

⁴⁴⁴ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, pp. 89-90.

⁴⁴⁵ TALMON, Stefan. Jus Cogens, p. 985.

⁴⁴⁶ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, pp. 90-91.

⁴⁴⁷ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 157.

desse Estado, mas seria indispensável analisar o mérito a fim de identificar o objeto da disputa. Somente após identificar o objeto da disputa, seria possível determinar se ela se refere a atos *jure imperii*, a atos *jure gestionis*, ou, ainda, a graves violações de direitos humanos ou DIH.⁴⁴⁸

Da mesma forma, para Espósito, a ideia de que as normas de imunidade do Estado teriam natureza preliminar não significa que os tribunais nacionais não poderiam fazer uma análise *prima facie* dos elementos do caso, a qual poderia indicar perfeitamente a gravidade das violações de direito internacional objeto da reclamação.⁴⁴⁹

O TIJ entendeu que o argumento segundo o qual a imunidade de jurisdição do Estado dependeria da gravidade ou da ilicitude do ato apresentava um problema de lógica.⁴⁵⁰ A imunidade de jurisdição garante que um Estado não esteja sujeito ao exercício da jurisdição do tribunal de outro Estado e não apenas que ele não esteja sujeito a uma decisão contrária aos seus interesses. Por esse motivo, a imunidade de jurisdição do Estado tem natureza preliminar e, conseqüentemente, o tribunal nacional deve reconhecer a imunidade ao Estado estrangeiro antes de analisar o mérito do caso.⁴⁵¹

Por essa razão, a imunidade do Estado e a doutrina do “Ato do Estado” não se confundem. A doutrina do *Act of State* é uma defesa de mérito – que visa impedir um pronunciamento pelo tribunal sobre a legalidade dos atos do Estado estrangeiro – a ser analisada num momento posterior, quando o tribunal nacional já houver afastado a defesa da imunidade de jurisdição do Estado e estiver exercendo sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro.⁴⁵²

⁴⁴⁸ CONFORTI, Benedetto. Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity, Italian Yearbook of International Law, vol. 21, 2011, p. 138.

⁴⁴⁹ ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional, p. 165.

⁴⁵⁰ COSTI, Alberto. L’arrêt de la Cour, pp. 285-286.

⁴⁵¹ Ademais, segundo o TIJ: “If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim”. Jurisdictional Immunities of the State, p. 136, para. 82; LAVAL, Pierre-François. L’arrêt de la Cour, p. 157.

⁴⁵² DEL MAR, Katherine. The Effects of Framing, pp. 163-164; Sobre a diferença entre a imunidade do Estado e a doutrina do “Ato do Estado”, Bianchi explica que: “Contrary to foreign sovereign immunity, act of state is a domestic law doctrine of judicial self-restraint whereby domestic courts will abstain from passing judgment over the acts of a foreign sovereign done in its own territory. This doctrine generally applies to the merits of the case and can be pleaded by anyone regardless of the status of the defendant in the instant case”. BIANCHI, Andrea. Immunity

Como destacou a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Republic of Austria v. Altmann*: “Unlike a claim of sovereign immunity, which merely raises a jurisdictional defense, the act of state doctrine provides foreign states with a substantive defense on the merits”.⁴⁵³

5.4. Classificação dos atos da Alemanha como atos *jure imperii*

O TIJ entendeu que os atos praticados pelas forças armadas da Alemanha que foram objeto dos processos nos tribunais italianos claramente constituíram atos *jure imperii*.⁴⁵⁴ No entendimento do TIJ, a ilicitude ou gravidade dos atos praticados pelo Estado não teriam qualquer efeito sobre a sua classificação como atos *jure imperii*.⁴⁵⁵

A Itália também reconheceu que os atos da Alemanha deviam ser classificados como *jure imperii*, não obstante serem atos ilícitos. O TIJ afirmou que a classificação dos atos do Estado como *jure imperii* e *jure gestionis* não significa que os atos sejam lícitos, mas apenas que os atos em questão são atos praticados no exercício do poder soberano, no caso dos atos *jure imperii*, ou atos não soberanos, no caso dos atos *jure gestionis*.⁴⁵⁶

Os tribunais nacionais também seguiram esse entendimento. Por exemplo, a Suprema Corte polonesa, em *Natoniewski*, caso relativo ao massacre perpetrado pela Alemanha no vilarejo de Szczecy, na Polônia, classificou os atos da Alemanha como atos *jure imperii*.⁴⁵⁷

versus Human Rights, p. 266. A doutrina do *Act of State* é notadamente diferente da imunidade do Estado, motivo pelo qual ela não faz parte do escopo desta dissertação. Sobre a doutrina do *Act of State*, ver: QUADROS, Fausto de; STONE, John Henry Dingfelder. *Act of State Doctrine*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1374?rskey=hOMino&result=1&prd=MPIL>, acesso em: 25 de setembro de 2019.

⁴⁵³ United States of America, Supreme Court of the United States, *Republic of Austria et al. v. Altmann*, p. 22.

⁴⁵⁴ BOTHE, Michael. *Remedies of Victims*, p. 103; Por essa razão, o TIJ entendeu que não havia a necessidade de abordar a questão da imunidade do Estado em relação aos atos *jure gestionis*. *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 125, para. 60.

⁴⁵⁵ COSTI, Alberto. *L'arrêt de la Cour*, p. 292; KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, p. 88.

⁴⁵⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 125, para. 60.

⁴⁵⁷ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 237; CZAPLINSKI, Wladyslaw. *Current Polish Practice*, p. 43.

Yang pontua que os atos militares praticados no curso de uma ocupação militar teriam que ser, em razão da sua natureza, necessariamente classificados como atos *jure imperii*.⁴⁵⁸ Da mesma forma, como sublinha Keitner, quando se tem apenas duas categorias para classificar os atos do Estado, quais sejam, atos *jure imperii*, que compreende os atos públicos do Estado, e atos *jure gestionis*, que compreende os atos privados e comerciais do Estado, torna-se difícil não definir os crimes de guerra como atos *jure imperii*.⁴⁵⁹

Parte da doutrina aponta para a inadequação da distinção dos atos do Estado apenas entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, especialmente no caso das atrocidades praticadas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Caso esses atos fossem classificados como atos de soberania, isso significa que eles se qualificariam como uma atividade tipicamente estatal. No entanto, a prática de crimes internacionais não seria uma função tipicamente estatal, mesmo que esses atos tenham sido praticados pelo Estado, de modo que não poderiam, na opinião de parte da doutrina, ser classificados como atos *jure imperii*. Da mesma forma, por não serem atos de gestão, também não poderiam ser classificados como atos *jure gestionis*. Esses atos deveriam ser classificados como *delicta imperii*, em relação aos quais o Estado não faria jus à imunidade de jurisdição.⁴⁶⁰

Orakhelashvili defendeu que crimes de guerra não poderiam ser classificados como atos *jure imperii*, tendo em vista que eles constituem violações de normas de *jus cogens*.⁴⁶¹

Para Cançado Trindade, a distinção tradicional entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* mostra-se insuficiente e inadequada,⁴⁶² uma vez que crimes de

⁴⁵⁸ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, p. 167.

⁴⁵⁹ KEITNER, Chimène I. *Germany v. Italy*, p. 171.

⁴⁶⁰ ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz, *L'affaire des immunités*, pp. 49-50; WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law*, p. 404.

⁴⁶¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms*, p. 969; Orakhelashvili defendeu que: "*In relation to acts of armed forces, the authorship of those acts by armed forces is not sufficient; their nature and relationship must be further assessed. There is a clear distinction between activities within the foreign military base, directly serving the need to maintain the base and, say, their use as a contract workforce or a tool for atrocities*". Segundo Orakhelashvili, graves violações de direitos humanos não poderiam ser classificadas como atos soberanos, vez que nada ligaria elas à essência do exercício do poder soberano. Qualquer pessoa poderia cometer violações de direitos humanos, não sendo requerido o uso do poder soberano do Estado para isso. ORAKHELASHVILI, Alexander. *State practice*, pp. 414-415.

⁴⁶² *Jurisdictional Immunities of the State, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, p. 242, para. 171.

guerra e crimes contra a humanidade não poderiam ser classificados nem como atos *jure gestionis*, nem como atos *jure imperii*.⁴⁶³ Esses crimes perpetrados pela Alemanha, dentre os quais se incluem os massacres de civis em Distomo, na Grécia, e Civitella, na Itália, e a deportação de indivíduos para serem usados como trabalho forçado, deveriam ser classificados como *delicta imperii*, em relação aos quais o Estado não faria jus à imunidade.⁴⁶⁴

Cançado Trindade afirmou que: “*In cases of international crimes, of delicta imperii, what cannot be waived, in my understanding, is the individual’s right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being*”.⁴⁶⁵ Assim, o juiz Cançado Trindade concluiu que o Estado não faria jus à imunidade de jurisdição em casos envolvendo a prática de *delicta imperii*.⁴⁶⁶

De todo modo, não obstante o entendimento de parte da doutrina e do juiz Cançado Trindade, o TIJ classificou os atos da Alemanha como *jure imperii*.⁴⁶⁷

5.5. Distinção entre a imunidade do Estado e a imunidade dos representantes e funcionários do Estado

O TIJ entendeu que a decisão da *House of Lords* em *Pinochet*, que foi a primeira proferida por um tribunal nacional negando imunidade a um ex-Chefe de Estado estrangeiro por atos de tortura cometidos durante seu mandato, não teria relevância na identificação de uma suposta exceção *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado. Isso porque *Pinochet* dizia respeito à imunidade de um ex-Chefe de Estado em relação à jurisdição criminal de um tribunal estrangeiro e não à imunidade de jurisdição do Estado em relação à jurisdição civil de um tribunal estrangeiro. Inclusive, essa distinção havia sido

⁴⁶³ Jurisdictional Immunities of the State, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 244, para. 178.

⁴⁶⁴ Jurisdictional Immunities of the State, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 246, para. 184.

⁴⁶⁵ Jurisdictional Immunities of the State, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 252, para. 199.

⁴⁶⁶ Jurisdictional Immunities of the State, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 256, para. 213.

⁴⁶⁷ LAVAL, Pierre-François. L’arrêt de la Cour, p. 165.

feita por alguns membros da *House of Lords* em *Pinochet* e esclarecida em *Jones*.⁴⁶⁸

Do mesmo modo, o TEDH pontuou, em *Al-Adsani*, que *Pinochet* era específico em relação à imunidade de jurisdição criminal num processo contra um ex-Chefe de Estado, de modo que não servia como precedente para processos civis contra o Estado estrangeiro.⁴⁶⁹

Em *Pinochet*, a *House of Lords* negou imunidade ao ex-presidente do Chile e autorizou sua extradição à Espanha onde seria processado por crimes – que constituíram violações *jus cogens* – cometidos durante o exercício do seu mandato presidencial. No entanto, a *House of Lords* ressaltou que, caso *Pinochet* ainda fosse presidente do Chile ao tempo do processo, a imunidade *ratione personae* impediria os tribunais britânicos de exercer sua jurisdição sobre ele.⁴⁷⁰

O TIJ concluiu, em *Arrest Warrant*, que a imunidade *ratione personae* dos Ministros de Relações Exteriores – e, conseqüentemente, dos Chefes de Estado e Chefes de Governo – perante os tribunais estrangeiros prevalece mesmo no caso que eles estejam sendo acusados da prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, ou seja, mesmo no caso de violações de *jus cogens*.⁴⁷¹ Os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores fazem jus à imunidade *ratione personae* durante o período em que estiverem exercendo os respectivos cargos.⁴⁷²

O TIJ, após ter analisado a prática dos Estados, incluindo as decisões da *House of Lords* e da Corte de Cassação francesa, afirmou que: “*It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary*

⁴⁶⁸ Em *Jones*, Lord Bingham ressaltou que a distinção entre processos criminais e civis havia sido fundamental para a decisão de se negar a imunidade ao ex-Chefe de Estado do Chile, no caso *Pinochet*. *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 137-138, para. 87; COSTI, Alberto. *L'arrêt de la Cour*, p. 282.

⁴⁶⁹ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, p. 538.

⁴⁷⁰ WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens and Sovereign Immunity*, p. 1169.

⁴⁷¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000*, pp. 22, 24, paras. 54, 58; GATTINI, Andrea. *The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law*, p. 184; O TIJ concluiu, em *Arrest Warrant*, por uma imunidade penal absoluta, durante o exercício de suas funções, dos altos funcionários do Estado, nomeadamente do Ministro das Relações Exteriores, do Chefe de Estado e Chefe de Governo. SALMON, Jean. *Resolution de Naples de l'Institut de Droit International sur les Immunités de Jurisdiction de l'État et de Ses Agents en Cas de Crimes Internationaux* (10 Septembre 2009), *Revue Belge de Droit International*, vol. 42, 2009, p. 318.

⁴⁷² WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens and Sovereign Immunity*, p. 1169.

international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity".⁴⁷³

A imunidade *ratione personae* dos Chefes de Estado, dos Chefes de Governo e dos Ministros das Relações Exteriores, em exercício, é absoluta.⁴⁷⁴

Esse entendimento foi aplicado pela Corte de Cassação francesa em *Gaddafi*, no qual a Corte de Cassação reverteu a decisão da Corte de Apelação de Paris – que havia declarado que a imunidade do Chefe de Estado não se aplicava em casos relativos a violações de *jus cogens* – e concedeu imunidade ao Chefe de Estado da Líbia, pontuando que a gravidade dos crimes eventualmente cometidos não constitui uma exceção à imunidade dos Chefes de Estado.⁴⁷⁵

O próprio trabalho da CDI sobre a imunidade dos funcionários dos Estados à jurisdição criminal demonstra que a imunidade *ratione personae* dos Chefes de Estado continua sendo absoluta, compreendendo todos os atos por eles praticados. No entanto, os Chefes de Estado gozam da imunidade *ratione personae* somente durante o seu mandato.⁴⁷⁶ Assim, enquanto estiverem exercendo o seu mandato, os Chefes de Estado gozam de imunidade de jurisdição por qualquer de seus atos, mesmo que constituam violações de *jus cogens*.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Arrest Warrant of 11 April 2000, p. 24, para. 58.

⁴⁷⁴ D'ARGENT, Pierre. Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 245.

⁴⁷⁵ WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens and Sovereign Immunity, pp. 1170-1171.

⁴⁷⁶ Os artigos 3 e 4 dos *draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, aprovados provisoriamente pela CDI estabelecem as normas relativas à imunidade *ratione personae*. O artigo 3 prevê que: "*Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity ratione personae from the exercise of foreign criminal jurisdiction*". Por sua vez, o artigo 4 estabelece que: "*1. Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity ratione personae only during their term in office. 2. Such immunity ratione personae covers all acts performed, whether in a private or official capacity, by Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs during or prior to their term of office. 3. The cessation of immunity ratione personae is without prejudice to the application of the rules of international law concerning immunity ratione materiae*". United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, p. 175, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>, acesso em: 2 de setembro de 2019.

⁴⁷⁷ O TIJ concluiu, em *Arrest Warrant*, por uma imunidade penal absoluta, durante os exercícios de suas funções, dos altos funcionários do Estado, nomeadamente do Ministro das Relações Exteriores, do Chefe de Estado e Chefe de Governo. SALMON, Jean. Resolution de Naples, p. 318.

O artigo 2 da resolução sobre as Imunidades de Jurisdição e Execução de Chefes de Estado e de Governo no Direito Internacional, do *Institut de Droit International*, estabelece que o Chefe de Estado, em exercício, tem direito à imunidade de jurisdição perante os tribunais de outro Estado por qualquer crime que ele tiver cometido, independentemente da sua gravidade.⁴⁷⁸

Após o fim do mandato, a imunidade *ratione personae* cessa e os ex-Chefes de Estado ficam sujeitos às normas de imunidade *ratione materiae*, aplicáveis aos demais funcionários do Estado. A imunidade *ratione materiae* protege apenas os atos praticados “*in an official capacity*”.⁴⁷⁹ A proposta da CDI apresenta uma exceção à imunidade *ratione materiae* quando os atos constituírem crimes internacionais, tais como os crimes contra a humanidade e crimes de guerra.⁴⁸⁰

De toda forma, a CDI explica que o artigo 7, que exclui os crimes internacionais do escopo da imunidade *ratione materiae*, não se aplica a imunidade *ratione personae*.⁴⁸¹ Desse modo, os Chefes de Estado somente poderiam ser julgados por tribunais estrangeiros, ainda que por crimes internacionais, após o fim do seu mandato.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Institut de Droit International, Session of Vancouver, 2001, Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, disponível em: http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf, acesso em: 4 de setembro de 2019.

⁴⁷⁹ Os artigos 5 e 6 dos *draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, aprovados provisoriamente pela CDI estabelecem as normas relativas à imunidade *ratione materiae*. O artigo 5 prevê que: “*State officials acting as such enjoy immunity ratione materiae from the exercise of foreign criminal jurisdiction*”. O artigo 6 estabelece que: “*1. State officials enjoy immunity ratione materiae only with respect to acts performed in an official capacity. 2. Immunity ratione materiae with respect to acts performed in an official capacity continues to subsist after the individuals concerned ceased to be State officials. 3. Individuals who enjoyed immunity ratione personae in accordance with draft article 4, whose term of office has come to an end, continue to enjoy immunity with respect to acts performed in an official capacity during such term of office*”. United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, p. 176.

⁴⁸⁰ O artigo 7 dos *draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, aprovados provisoriamente pela CDI exclui do escopo da imunidade *ratione materiae* os crimes internacionais. O artigo 7 estabelece que: “*1. Immunity ratione materiae from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law: (a) crime of genocide; (b) crimes against humanity; (c) war crimes; (d) crime of apartheid; (e) torture; (f) enforced disappearance*”. United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, p. 176.

⁴⁸¹ United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, p. 178, para. 2.

⁴⁸² United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, p. 176, para. 3.

Ainda que essa exceção – relativa aos crimes internacionais – à imunidade *ratione materiae*, aplicável aos funcionários do Estado, fosse considerada como uma norma de direito internacional costumeiro, o que foi negado por alguns membros da CDI,⁴⁸³ ela não se aplicaria à imunidade *ratione personae*, conforme demonstrado acima. Se ela não se aplica sequer à imunidade *ratione personae*, de modo que os Chefes de Estado continuam fazendo jus à imunidade de jurisdição durante seu mandato mesmo pela prática de crimes internacionais, ela conseqüentemente não deve se aplicar à imunidade de jurisdição do Estado. A imunidade do Estado é completamente distinta da imunidade de jurisdição dos funcionários do Estado, tanto que a própria CDI estudou as duas imunidades em momentos distintos, optando por não tratar das imunidades *ratione personae* e *ratione materiae* dos funcionários do Estado durante a elaboração do projeto de artigos que levou à Convenção da ONU,⁴⁸⁴ o qual aborda unicamente as imunidades jurisdicionais do Estado, em matéria civil, não abordando questões envolvendo a imunidade de funcionários do Estado em matéria criminal.⁴⁸⁵

De toda forma, ainda há dúvida se a decisão no caso *Pinochet* e a proposta da CDI correspondem ao direito internacional costumeiro. Segundo Peters: “*There still is no customary human rights exception in the law of immunities which would allow or even mandate domestic courts to entertain criminal proceedings against state officials, former state officials, or civil proceedings for damages against states, on account of serious international crimes which constitute massive violations of human rights*”.⁴⁸⁶

Em *Arrest Warrant*, o TIJ decidiu que não existe uma exceção à imunidade *ratione personae* dos Chefes de Estado, dos Chefes de Governo e dos Ministros das Relações Exteriores em exercício em casos da prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, ou seja, no caso de violações de normas de *jus*

⁴⁸³ United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, pp. 181-183, para. 8.

⁴⁸⁴ Enquanto o trabalho da CDI sobre as imunidades jurisdicionais do Estado e dos seus bens teve início no final da década de 1970, tendo sido concluído com a aprovação da Convenção da ONU em 2004, o trabalho da CDI sobre as imunidades dos funcionários e representantes do Estado à jurisdição criminal teve início somente em 2008.

⁴⁸⁵ BOUSSAROQUE, Pierre; LEMÉTAYER, David. L'immunité souveraine, p. 24; Como explica Hafner, isso foi declarado explicitamente na resolução da AGONU que adotou a convenção. HAFNER, Gerhard. Accountability and Immunity, p. 241; FOX, Hazel. The Merits, p. 419.

⁴⁸⁶ PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, p. 12.

cogens.⁴⁸⁷ O TIJ reforçou o seu entendimento no sentido de que o Chefe de Estado em exercício faz jus à uma imunidade de jurisdição completa perante os tribunais estrangeiros em *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*.⁴⁸⁸

A aplicação do precedente em *Pinochet* à imunidade do Estado foi, contudo, defendida pelos juízes dissidentes do TEDH em *Al-Adsani* e por parte da doutrina. Em *Al-Adsani* alguns juízes defenderam que não seria a natureza dos processos – se civis ou criminais – que determinaria o efeito das normas de *jus cogens* na imunidade do Estado.⁴⁸⁹

Espósito entende que a questão seria idêntica em ambos os casos, visto que haveria uma contradição entre normas *jus cogens* e normas *jus dispositivum*, de modo que a imunidade deveria ser afastada em ambos os casos.⁴⁹⁰ Do mesmo modo, na opinião de Souresh, em razão da sua superioridade hierárquica, as normas de *jus cogens* prevaleceriam sobre as normas de imunidade tanto nos processos criminais quanto nos civis.⁴⁹¹

Acontece que a imunidade do Estado não se confunde com a imunidade dos altos representantes e demais funcionários do Estado. Mesmo em *Pinochet*, a *House of Lords* expressamente distinguiu a imunidade de jurisdição de um ex-Chefe de Estado da imunidade de jurisdição do Estado.⁴⁹² A doutrina também reconhece a clara distinção que existe entre as imunidades do Estado e as imunidades dos representantes do Estado.⁴⁹³

A questão, portanto, não se restringe apenas à diferença entre a imunidade à jurisdição civil e a imunidade à jurisdição criminal, mas sim à diferença entre a imunidade de jurisdição do Estado e a imunidade de jurisdição dos representantes e funcionários do Estado, especialmente a imunidade *ratione*

⁴⁸⁷ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 990; Em sentido contrário, Orakhelashvili defende que "(...) the 'procedural' character of the immunities cannot prevent criminal prosecution for *jus cogens* crimes". ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms*, p. 969.

⁴⁸⁸ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 237, para. 170, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 4 de setembro de 2019.

⁴⁸⁹ TEDH, *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom*, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Cafilisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, para. 4, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>, acesso em: 21 de maio de 2019.

⁴⁹⁰ ESPÓSITO, Carlos. *Jus Cogens and Jurisdictional*, p. 172.

⁴⁹¹ SOURESH, Anogika. *Jurisdictional Immunities*, pp. 23-24.

⁴⁹² KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, p. 22.

⁴⁹³ LAVAL, Pierre-François. *L'arrêt de la Cour*, p. 159; TOMUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1119-1120.

materiae, à qual se refere a decisão da *House of Lords* em *Pinochet*, fazendo com que faz com que ela não seja relevante à análise da imunidade de jurisdição da Alemanha. A imunidade do Estado não se confunde com a imunidade dos representantes do Estado.⁴⁹⁴

O TIJ concluiu que a imunidade do Estado e a imunidade dos representantes e funcionários do Estado não se confundem.⁴⁹⁵

5.6. Inexistência de uma exceção *jus cogens* no direito internacional costumeiro

O TIJ entendeu que não havia no direito internacional costumeiro uma exceção à imunidade do Estado em casos de graves violações de DIH. Isso porque, além das decisões dos tribunais italianos, somente as decisões dos tribunais gregos em *Distomo* constituíam prática dos Estados nesse sentido. No entanto, como ressaltou o TIJ, em razão da decisão da Suprema Corte Especial grega em *Margellos*, a prática da Grécia como um todo não corroboraria a prática italiana acerca da existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado no direito internacional costumeiro.⁴⁹⁶

Na prática grega, o entendimento em *Margellos* prevalece sobre o entendimento anterior em *Distomo*, tendo em vista que, de acordo com o artigo 100 da Constituição grega, a Suprema Corte Especial tem como função decidir sobre a existência e o escopo de normas de direito internacional geral, criando precedentes obrigatórios aos tribunais gregos.⁴⁹⁷

O TIJ destacou que, em que pese as decisões dos tribunais italianos e dos tribunais gregos em *Distomo*, as decisões de tribunais nacionais de outros Estados continuaram a conceder imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros mesmo em casos de graves violações de direitos humanos e DIH. Isso demonstra que a suposta tendência em favor da existência de uma exceção

⁴⁹⁴ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 270.

⁴⁹⁵ KEITNER, Chimène I. *Germany v. Italy*, p. 176.

⁴⁹⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 136, para. 83.

⁴⁹⁷ TOMUSCHAT, Christian. *The Case of Germany v. Italy before the ICJ*, in: PETERS, Anne et al (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 89.

jus cogens à imunidade do Estado, iniciada pela Corte de Cassação italiana, em *Ferrini*, e pelo Tribunal de Livadia, em *Distomo*, não foi acompanhada na prática dos Estados.⁴⁹⁸

O TIJ identificou que existem inúmeras decisões de tribunais nacionais negando a existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado. Dentre elas, o TIJ mencionou decisões de tribunais do Canadá, França, Eslovênia, Nova Zelândia, Polônia e Reino Unido.⁴⁹⁹ Assim, em casos como *Al-Adsani* e *Jones*, nos tribunais do Reino Unido, e *Bouzari*, nos tribunais do Canadá, relativos a atos de tortura praticados fora do Estado do foro, a imunidade foi reconhecida ao Estado estrangeiro.⁵⁰⁰

A imunidade de jurisdição do Estado foi reconhecida mesmo em caso de violações de *jus cogens* pelos tribunais dos Estados Unidos, em *Princz*; do Reino Unido, em *Jones*; do Canadá, em *Bouzari*; da Grécia, em *Margellos*; da Eslovênia, em *A.A*; da Polônia, em *Natoniewski*; e da França, em *Bucheron*.⁵⁰¹

Em *Al-Adsani*, apesar de reconhecer que a proibição da tortura era uma norma de *jus cogens*, o TEDH concluiu que não existia uma norma no direito internacional estabelecendo que o Estado não faria jus à imunidade em casos envolvendo alegações de tortura.⁵⁰² Do mesmo modo, em *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, o TEDH entendeu que não havia, no direito internacional, uma norma que estabelecesse que os Estados estrangeiros não fariam jus à imunidade de jurisdição por crimes contra a humanidade, ainda que cometidos no Estado do foro.⁵⁰³

A Corte de Apelação de Ontário, em *Bouzari v. Iran*, concluiu que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não é afastada em processos relativos a violações de normas de *jus cogens* cometidas fora do território do Estado do foro.⁵⁰⁴ Reafirmando esse entendimento, os tribunais canadenses

⁴⁹⁸ WUERTH, Ingrid. *International Law*, p. 829.

⁴⁹⁹ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 136, para. 84.

⁵⁰⁰ CATALDI, Giuseppe. *Immunités juridictionnelles*, p. 576; TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1137-1139.

⁵⁰¹ WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law*, pp. 405-406.

⁵⁰² TEDH, *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom*, paras. 60-61.

⁵⁰³ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 259.

⁵⁰⁴ MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, pp. 260, 272.

continuam concluindo pela inexistência de uma exceção à imunidade do Estado em caso de atos de tortura praticados fora do Estado do foro.⁵⁰⁵

Tomuschat destaca que as decisões dos tribunais nacionais em casos envolvendo violações de DIH durante a Segunda Guerra Mundial pela Alemanha seriam as que melhor servem de precedentes para a análise da norma internacional costumeira. Os tribunais franceses, poloneses, israelenses e brasileiros reconheceram a imunidade de jurisdição à Alemanha em casos envolvendo violações de DIH durante a Segunda Guerra Mundial.⁵⁰⁶

Assim, a Suprema Corte polonesa decidiu, em *Natoniewski*, que os tribunais poloneses não poderiam exercer sua jurisdição contra a Alemanha, em razão da imunidade de jurisdição da Alemanha.⁵⁰⁷ A Suprema Corte polonesa entendeu que, não obstante as decisões italianas e decisões gregas, em *Distomo*, não havia no direito internacional uma exceção à imunidade do Estado em relação a atos que constituam graves violações de direitos humanos e DIH.⁵⁰⁸

Esse caso dizia respeito ao massacre cometido pela Alemanha na Polônia. No dia 2 de fevereiro de 1944, o exército alemão executou centenas de pessoas, queimou edifícios e saqueou propriedades no vilarejo de Szczecyn. Natoniewski, que tinha seis anos à época, sofreu inúmeras queimaduras em seu corpo ao escapar de um edifício em chamas.⁵⁰⁹ Em outubro de 2007, Natoniewski apresentou uma demanda contra a Alemanha nos tribunais poloneses. Em decisões de 8 de novembro de 2007, 13 de maio de 2008 e 29 de outubro de 2010, respectivamente, o tribunal de Gdansk, a Corte de Apelação e a Suprema Corte da Polônia concluíram que a Alemanha faria jus à imunidade de jurisdição.⁵¹⁰

Em *Princz v. Federal Republic of Germany*, relativo à demanda apresentada por uma vítima de perseguição nazista, o Tribunal de Apelação para

⁵⁰⁵ De acordo com Mora, isso ocorreu na *Ontario Superior Court of Justice* em *Arar v. Syrian Arab Republic*, na *Court of Appeal of Québec* em *Islamic Republic of Iran v. Hashemi* e na *Court of Appeal for Ontario* em *Steen v. Islamic Republic of Iran*. MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 269.

⁵⁰⁶ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1134-1136.

⁵⁰⁷ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, pp. 235-236.

⁵⁰⁸ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 241.

⁵⁰⁹ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 236.

⁵¹⁰ NOWOSIELSKI, Roman. *State Immunity and the Right of Access to Court – The Natoniewski Case before the Polish Courts*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30, 2010, pp. 264-265.

o Circuito do Distrito de Columbia também reconheceu a imunidade de jurisdição da Alemanha.⁵¹¹

No caso *X c. État allemand*, relativo à reclamação de reparação pela detenção, deportação e submissão a trabalho forçado de um nacional francês durante a ocupação da França pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial, a Corte de Apelação de Paris reconheceu a imunidade de jurisdição à Alemanha.⁵¹²

Da mesma forma, no caso do *Massacre de Distomo*, em 2003, a Suprema Corte Federal alemã entendeu que o direito internacional não previa uma exceção à imunidade do Estado em caso de violações de normas de *jus cogens*.⁵¹³

Nem a Convenção da ONU nem a Convenção Europeia estabelecem uma exceção à imunidade de jurisdição do Estado no caso de violação de normas de *jus cogens*.⁵¹⁴

Em 1999, a CDI identificou que havia um argumento sendo utilizado pelos requerentes em demandas perante tribunais nacionais defendendo que a imunidade do Estado não deveria ser reconhecida em caso de violação de normas de *jus cogens*.⁵¹⁵ O Grupo de Trabalho liderado por Hafner, contudo, entendeu que a questão acerca da existência ou não de uma exceção à imunidade de jurisdição do Estado em caso de violação de normas de *jus cogens* “*did not seem to be ripe enough for the Working Group to engage in a codification exercise over it*”.⁵¹⁶

O grupo de trabalho concluiu que, não havendo certeza quanto à questão acerca dos efeitos das graves violações de DIH na norma de imunidade do

⁵¹¹ KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne, p. 120; Em *Princz v. Federal Republic of Germany*, o *District Court* não havia reconhecido a imunidade à Alemanha, contudo, o Tribunal de Apelação reformou essa decisão e reconheceu a imunidade à Alemanha. CASSESE, Antonio. *International Law*, p. 105.

⁵¹² LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, p. 54.

⁵¹³ NEY, Martin. *Sovereign Immunities*, p. 36.

⁵¹⁴ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 138, para. 89; LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, p. 41; O'keefe, Roger. *Jurisdictional Immunities*, p. 138;

⁵¹⁵ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II, Part 2, p. 172, disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1999_v2_p2.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁵¹⁶ United Nations, *General Assembly, Fifty-fourth session, Sixth Committee, Convention on jurisdictional immunities of States and their property*, Report of the Chairman of the Working Group, 12 November 1999, A/C.6/54/L.12, p. 7, paras. 46-47, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N99/342/04/PDF/N9934204.pdf?OpenElement>, acesso em: 14 de agosto de 2019.

Estado, essa questão não estaria pronta para codificação.⁵¹⁷ A questão não foi considerada “suficientemente madura” para ser codificada na Convenção da ONU.⁵¹⁸

O TIJ notou, ainda, que nenhum Estado havia sugerido a inclusão de uma exceção *jus cogens* na Convenção da ONU.⁵¹⁹ Tudo isso fez o TIJ concluir que os Estados não consideravam que o direito internacional costumeiro limitava a imunidade do Estado em caso de violações de *jus cogens*.⁵²⁰

A CDI discutiu a possibilidade de se restringir a imunidade do Estado em casos de graves violações de direitos humanos. No entanto, a CDI não foi capaz de identificar uma posição favorável nesse sentido. De acordo com Hafner, não havia alternativa, visto que, ou o texto da Convenção da ONU era aprovado sem conter tal exceção à imunidade, ou a Convenção da ONU não seria aprovada.⁵²¹

O TIJ, portanto, rejeitou o argumento acerca da existência de uma exceção *jus cogens*, ou, em outras palavras, de uma exceção à imunidade do Estado em razão da violação de uma norma de *jus cogens* pelo Estado estrangeiro, devido à ausência de uma prática geral dos Estados nesse sentido.⁵²²

O TIJ, enfim, concluiu que: “*under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law*”.⁵²³ Assim, o TIJ concluiu pela inexistência de uma exceção *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado no direito internacional consuetudinário.⁵²⁴

Com a decisão do TIJ, é improvável que, num futuro próximo, ocorra a cristalização de uma nova norma de direito internacional costumeiro limitando a

⁵¹⁷ COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour, p. 286.

⁵¹⁸ MGGREGOR, Lorna. Torture and State Immunity, p. 904.

⁵¹⁹ LLORET, Jaume Ferrer. La Inmunidad, p. 41.

⁵²⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 139, para. 89.

⁵²¹ HAFNER, Gerhard. Accountability and Immunity, p. 242.

⁵²² LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 157; A doutrina também reconhece que o direito internacional costumeiro não prevê uma exceção à imunidade do Estado em casos de violações de normas de *jus cogens*. BAPTISTA, Eduardo Correia. Direito Internacional Público, Vol. II, pp. 179-180; MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, p. 274.

⁵²³ Jurisdictional Immunities of the State, p. 139, para. 91.

⁵²⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 142, para. 97.

imunidade do Estado em caso de violações de *jus cogens*.⁵²⁵ McGregor entende que dificilmente algum tribunal deixe de seguir o entendimento do TIJ.⁵²⁶

A decisão do TIJ vem sendo seguida por tribunais internacionais, como pode ser ilustrado pela decisão do TEDH em *Jones*, caso relativo à concessão da imunidade de jurisdição à Arábia Saudita pelos tribunais britânicos por supostos atos de tortura cometidos na Arábia Saudita contra o requerente.⁵²⁷ O TEDH manteve, em *Jones*, o mesmo entendimento de *Al-Adsani*, cuja decisão havia sido proferida em 2001. Ademais, o TEDH afirmou que a decisão do TIJ servia de autoridade sobre a questão e que, portanto, nenhuma exceção *jus cogens* havia cristalizado no direito internacional costumeiro.⁵²⁸ O mesmo vem ocorrendo nos tribunais nacionais.⁵²⁹

5.7. A *terrorism exception* e sua irrelevância à exceção *jus cogens*

À época da decisão do TIJ, somente na legislação dos Estados Unidos havia previsão de uma exceção à imunidade em razão da gravidade dos atos cometidos pelo Estado estrangeiro. Em 1996, os Estados Unidos aprovaram o *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, que prevê a *terrorism exception*, ou seja, que Estados estrangeiros, oficialmente designados como “patrocinadores do terrorismo”, não fariam jus à imunidade de jurisdição quando fossem acusados da prática de atos de tortura, de execução extrajudicial, de sabotagem de aeronaves, de tomada de reféns, ou, ainda, de prover apoio material para a prática de quaisquer desses atos.⁵³⁰

⁵²⁵ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, *The American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, p. 544; FACCHINETTI, Anna. *Domestic Courts and the Defense of Shared Fundamental Values*, *European Society of International Law Conference Papers Series*, vol. 11, nº 4, 2018, p. 14.

⁵²⁶ MCGREGOR, Lorna. *State Immunity and Human Rights*, p. 129.

⁵²⁷ WEBB, Philippa. *Escalation and Interaction*, p. 213.

⁵²⁸ WEBB, Philippa. *Escalation and Interaction*, pp. 213-214; TEDH, *Case of Jones and Others v. The United Kingdom*, para. 198.

⁵²⁹ O'keefe, Roger. *Jurisdictional Immunities*, p. 144.

⁵³⁰ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1126; WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 541.

Após a decisão do TIJ, à semelhança do *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, dos Estados Unidos, o Canadá aprovou, em 2012, o *Justice for Victims of Terrorism Act*, a fim de permitir que vítimas de terrorismo pudessem demandar Estados estrangeiros listados como patrocinadores do terrorismo nos tribunais canadenses.⁵³¹

Machado apontou para uma tendência de se afastar a imunidade de jurisdição aos Estados que pratiquem ou auxiliem na prática de atos terroristas, mesmo quando esses atos fossem praticados fora do Estado do foro.⁵³² Contudo, essa exceção somente é prevista nos Estados Unidos e Canadá.⁵³³

O TIJ entendeu que a exceção do terrorismo não servia como fundamento para o argumento da Itália relativo à restrição da imunidade de jurisdição em razão da gravidade dos atos praticados pela Alemanha.⁵³⁴ Além de ser aplicada somente nos Estados Unidos e no Canadá, essa exceção tem natureza política, tendo em vista que somente Estados designados como patrocinadores do terrorismo pelo Poder Executivo teriam sua imunidade negada e, portanto, sua aplicação estaria restrita a um número limitado de Estados.⁵³⁵

A *terrorism exception* vai além das exceções à imunidade do Estado reconhecidas pelo direito internacional costumeiro.⁵³⁶

Essa exceção, em razão da discricionariedade concedida ao Poder Executivo para classificar um Estado como “patrocinador do terrorismo”, não teria aplicação automática nos tribunais americanos. Por essa razão, aliada ao fato de que uma exceção semelhante só pode ser encontrada na legislação

⁵³¹ O *State Immunity Act* do Canadá prevê a *terrorism exception* em seu artigo 6.1. O artigo 6.1 (1) estabelece que: “A foreign state that is set out on the list referred to in subsection (2) is not immune from the jurisdiction of a court in proceedings against it for its support of terrorism on or after January 1, 1985”; MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 270.

⁵³² MACHADO, Jónatas E. M.. *Direito internacional*, p. 244.

⁵³³ ABDOLLAHI, Mohsen. *Alleged Support of Terrorism*, p. 193.

⁵³⁴ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 138, para. 88.

⁵³⁵ ABDOLLAHI, Mohsen. *Alleged Support of Terrorism*, pp. 194-195; GATTINI, Andrea. *The Dispute*, p. 174; Fox pontua que essa exceção contém um elemento político discricionário, vez que ela só é aplicada em reclamações apresentadas por nacionais dos Estados Unidos contra Estados estrangeiros designados como um Estado “patrocinador do terrorismo”, designação esta que é feita pelo Departamento de Estado. FOX, Hazel. *The Merits*, pp. 414-415; COSTI, Alberto. *L’arrêt de la Cour*, pp. 297-298.

⁵³⁶ GIEGERICH, Thomas. *The Holy See*, p. 54; ABDOLLAHI, Mohsen. *Alleged Support of Terrorism*, p. 198.

canadense, ela teria pouca relevância na identificação do direito internacional consuetudinário.⁵³⁷

Em *Al-Adsani*, o TEDH também entendeu que a exceção à imunidade de jurisdição em casos da prática de atos de terrorismo não teria valor ao direito internacional costumeiro, tendo em vista que ela somente seria aplicável a um número limitado de Estados, elencados numa lista feita pelo Poder Executivo.⁵³⁸

Por outro lado, em 28 de setembro de 2016, o Congresso americano, anulando o veto do Presidente Barack Obama, aprovou o *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*, que altera o FSIA e confere aos tribunais federais jurisdição em casos relacionados a atos de terrorismo internacional e, diferentemente do que previa o *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, estabelece uma exceção geral à imunidade do Estado estrangeiro. Por meio dessa nova exceção à imunidade, qualquer Estado – tendo em vista que ela não é restrita aos Estados designados pelo Departamento de Estado como “*sponsors of terrorism*” – teria sua imunidade negada no caso de morte, lesões físicas a pessoas ou danos a propriedades que ocorrerem no território americano como resultado de um ato de terrorismo internacional.⁵³⁹

De todo modo, o *Justice Against Sponsors of Terrorism Act* exige que o ato de terrorismo tenha sido praticado nos Estados Unidos. O *Justice Against Sponsors of Terrorism Act* estabelece que: “*A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the United States in any case in which money damages are sought against a foreign state for physical injury to person or property or death occurring in the United States and caused by (1) an act of international terrorism in the United States*”.⁵⁴⁰

⁵³⁷ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1126-1127; Por outro lado, para Espósito, a prática dos Estados Unidos, em especial a legislação prevendo uma exceção à imunidade do Estado no caso de atos terroristas, seria relevante e merecia uma maior atenção do TIJ. ESPÓSITO, Carlos. *Jus Cogens and Jurisdicitional*, p. 167.

⁵³⁸ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, p. 538. TEDH, *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom*, para. 64.

⁵³⁹ ABDOLLAHI, Mohsen. *Alleged Support of Terrorism*, p. 195.

⁵⁴⁰ Estados Unidos da América, *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*, 28 de setembro de 2016, §1605B, (b) (1), disponível em: <https://www.congress.gov/114/plaws/publ222/PLAW-114publ222.pdf>, acesso em: 6 de setembro de 2019.

5.8. Inexistência de conflito entre as normas de imunidade do Estado e o artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados

O artigo 41 (2) dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados estabelece que nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação criada por uma grave violação de *jus cogens*. Além disso, nenhum Estado deve ajudar ou auxiliar na manutenção dessa situação.⁵⁴¹

Orakhelashvili defende que os tribunais italianos e gregos corretamente negaram a imunidade de jurisdição à Alemanha por violações de *jus cogens* cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, visto que esses tribunais teriam atuado em consonância com o artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados.⁵⁴²

Parte da doutrina defende que as normas de *jus cogens* teriam uma dimensão processual que seria aplicada, por exemplo, ao dever dos Estados de cooperar para colocar um fim às graves violações de *jus cogens* previsto no artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados. Na visão de Espósito, as normas de *jus cogens* imporiam obrigações processuais aos Estados, a fim de garantir sua primazia e efetividade, de modo que barreiras como a imunidade do Estado não poderiam prevalecer em casos de violações de normas de *jus cogens*, tendo em vista a obrigação dos Estados de colocar fim a essas violações.⁵⁴³

Segundo Orakhelashvili: “(...) *immunities cannot stand in the face of the duty of states not to recognize situations created through violations of jus cogens. The grant of immunity before foreign courts validates precisely the situation*

⁵⁴¹ United Nations, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, p. 114, disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acesso em: 1 de outubro de 2019.

⁵⁴² ORAKHELASHVILI, Alexander. State Immunity and Hierarchy of Norms, p. 967; Segundo Orakhelashvili: “*The principal effect of jus cogens is to consequently deny the rights, privileges and qualifications the relevant State action would command but for the peremptory status of the rule that the conduct in question violates. Indeed, Article 41 of the Articles on State Responsibility refers to a ‘situation created by the breach’ of jus cogens, which is impunity and lack of remedies as an immediate consequence of the denial of immunities in comparable situations. The whole approach in Jones, as well as Germany v. Italy, recognises precisely that situation as lawful, and is essentially aimed at perpetuating that situation.*” ORAKHELASHVILI, Alexander. State practice, p. 439.

⁵⁴³ ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional, p. 171.

created through such violation, by attaching to it a sovereign privilege available to states in relation to jure imperii acts proper".⁵⁴⁴

No entanto, de acordo com o TIJ: "*recognizing the immunity of a foreign State in accordance with customary international law does not amount to recognizing as lawful a situation created by the breach of a jus cogens rule, or rendering aid and assistance in maintaining that situation, and so cannot contravene the principle in Article 41 of the International Law Commission's Articles on the State Responsibility*".⁵⁴⁵

Assim, o reconhecimento da imunidade ao Estado não seria contrário ao dever dos Estados de não reconhecer como lícitas situações criadas por violações de normas de *jus cogens*, tendo em vista que a concessão da imunidade não constitui uma declaração de que o ato é lícito, mas tão somente uma declaração de que o tribunal não é o foro apropriado para pronunciar sobre a licitude ou ilicitude do ato.⁵⁴⁶

O TIJ entendeu que o reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado não equivaleria ao reconhecimento da licitude das violações de *jus cogens* praticadas pelo Estado estrangeiro ao qual foi concedida a imunidade de jurisdição.⁵⁴⁷

A existência de uma violação de uma norma de *jus cogens* não significa que todos os tribunais estariam obrigados a disponibilizar um recurso a fim de prover reparação por essa violação. Mesmo os tribunais internacionais não estão obrigados a exercer sua jurisdição em todos os casos relativos à suposta violação de uma norma de *jus cogens*.⁵⁴⁸

A aplicação de normas processuais, em geral, não equivale a reconhecer como lícita uma situação criada por uma violação de uma norma substantiva de *jus cogens*. Da mesma forma, não equivale a dar apoio nem assistência para manter essa situação, de modo que o reconhecimento da imunidade de

⁵⁴⁴ ORAKHELASHVILI, Alexander. Immunities of State Officials, p. 852.

⁵⁴⁵ Jurisdictional Immunities of the State, p. 140, para. 93.

⁵⁴⁶ Akande e Shah afirmam que: "(...) *the granting of immunity is not a statement that an act is lawful. Rather, it is a declaration by the judicial authority concerned that it is not the appropriate forum for pronouncing on the legality or illegality of the act*". AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of State Officials, p. 860.

⁵⁴⁷ Ekpo critica esse entendimento do TIJ, alegando que se o Estado pudesse se valer da imunidade de jurisdição no caso em que tiver cometido crimes internacionais, a imunidade acabaria por validar a conduta ilícita e enfraquecer o *status* fundamental das normas de *jus cogens* violadas. EKPO, Sandra. Jurisdictional Immunities, pp. 157-158.

⁵⁴⁸ AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of State Officials, p. 860.

jurisdição ao Estado não configuraria uma violação ao artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados.⁵⁴⁹

Apesar do artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados não se restringir a violações com caráter contínuo, ele seria aplicável a situações como: a ocupação de um território estrangeiro por meio do uso ilícito da força; ou a tentativa de aquisição de soberania sobre um território estrangeiro em desrespeito ao direito à autodeterminação dos povos.⁵⁵⁰

Um exemplo seria a situação objeto do Parecer Consultivo do TIJ em *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. O TIJ concluiu que Israel havia violado suas obrigações internacionais ao construir um muro no território palestino ocupado, em e ao redor de Jerusalém oriental, o que ensejava a sua responsabilidade internacional.⁵⁵¹ Por essa razão, o TIJ declarou que Israel estava obrigada a respeitar o direito de autodeterminação do povo palestino, e cumprir suas obrigações decorrentes das normas de DIH e direitos humanos. Ainda, Israel deveria garantir a liberdade de acesso aos locais sagrados que estavam sob seu controle desde a guerra de 1967.⁵⁵²

O TIJ destacou que Israel tinha obrigação de colocar um fim às violações de direito internacional decorrentes da construção do muro no território palestino ocupado.⁵⁵³ Relativamente à obrigação dos demais Estados da comunidade internacional face às violações das obrigações *erga omnes* por Israel, o TIJ concluiu que todos os Estados tinham o dever de não reconhecer a situação ilícita resultante da construção do muro no território palestino ocupado e, igualmente, não dar ajuda ou assistência à manutenção dessa situação. Ademais, todos os Estados deveriam agir, em conformidade com o direito

⁵⁴⁹ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, pp. 986-987; BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There State Immunity*, p. 1833.

⁵⁵⁰ GATTINI, Andrea. *The Dispute*, p. 183.

⁵⁵¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 197, para. 147, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

⁵⁵² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, p. 197, para. 149.

⁵⁵³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, p. 197, para. 150.

internacional, visando possibilitar o exercício do direito de autodeterminação do povo palestino e garantir o cumprimento por parte de Israel do DIH.⁵⁵⁴

Finalmente, a decisão do tribunal nacional reconhecendo a imunidade ao Estado estrangeiro “(...) *cannot be viewed as rendering aid and assistance in maintaining such a situation, and so cannot be viewed as contravening the principle in Article 41 of the Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*”.⁵⁵⁵

5.9. Inexistência de renúncia implícita à imunidade de jurisdição pelo Estado que violar normas de *jus cogens*

O Tribunal de Levia e a Suprema Corte grega, em *Distomo*, entenderam que o Estado que cometer uma violação de *jus cogens* estaria renunciando à sua imunidade de jurisdição em relação a essas violações.⁵⁵⁶

Do mesmo modo, em *Bouzari*, o requerente alegou que quando um Estado viola uma norma de *jus cogens*, esse Estado não faria jus ao reconhecimento da sua imunidade de jurisdição, pois ele a teria renunciado implicitamente, argumento este que foi rejeitado pelos tribunais canadenses.⁵⁵⁷

A renúncia requer um ato de expressão de vontade. Como explica Orakhelashvili: “*Waiver is an act of will; even if implied, it refers to the will and position of the state. When murdering, torturing, or imprisoning arbitrarily, the state does not express any will and legal qualification as to the legal nature of these acts, let alone waive any privilege; it just commits them*”.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, p. 200, para. 159; O artigo 41 (1) dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados determina que as medidas tomadas para pôr um fim à violação da norma de *jus cogens* devem ser lícitas. United Nations, International Law Commission, Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tadi, Special Rapporteur, p. 36, para. 93, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/714>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁵⁵⁵ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 91.

⁵⁵⁶ ORAKHELASHVILI, Alexander. State Immunity and Hierarchy of Norms, p. 966; Esse argumento foi criticado pela doutrina. GAVOUNELI, Maria; BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, p. 204.

⁵⁵⁷ NOVOGRODSKY, Noah Benjamin. Immunity for Torture, p. 944.

⁵⁵⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander. Immunities of State Officials, p. 851.

Segundo Tomuschat, o argumento da renúncia implícita não teria base jurídica, não só em razão da própria definição de renúncia – que exige uma expressão de vontade – mas também devido à Convenção da ONU – que determina que o consentimento do Estado à jurisdição do tribunal estrangeiro não poderia ser implícito –, fazendo com que a renúncia à sua imunidade tenha que ser, conseqüentemente, expressa.⁵⁵⁹

Yang sublinha que uma renúncia à imunidade de jurisdição pressupõe uma ação consciente ou, ao menos, uma manifestação ou intenção por parte do Estado, indicando a sua vontade de se submeter à jurisdição do tribunal estrangeiro. O ato isolado de violar uma norma substantiva, com caráter de *jus cogens*, não pode ser considerado uma renúncia implícita à sua imunidade jurisdicional por parte do Estado.⁵⁶⁰

O argumento acerca da renúncia implícita à imunidade de jurisdição pelo Estado que tiver violado normas de *jus cogens* também não encontra apoio na prática dos Estados. Isso pode ser ilustrado inclusive pelo entendimento da Corte de Cassação italiana que, mesmo afastando a imunidade da Alemanha, rejeitou o argumento relativo à renúncia implícita no caso de violação de normas de *jus cogens*.⁵⁶¹

Em *Princz*, o Tribunal de Apelação para o Distrito de Columbia também rejeitou o argumento de que a violação de uma norma de *jus cogens* configuraria uma renúncia implícita à imunidade pelo Estado.⁵⁶² A Suprema Corte polonesa, em *Natoniewski*, entendeu da mesma forma.⁵⁶³

⁵⁵⁹ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1123.

⁵⁶⁰ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, p. 155.

⁵⁶¹ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, pp. 168-169.

⁵⁶² MORA, Paul David. *Jurisdictional Immunities*, p. 267; O argumento de que os Estados ao cometerem violações de *jus cogens* estariam implicitamente renunciando à sua imunidade de jurisdição foi defendido pelo juiz Wald, em *Princz v. Federal Republic of Germany*. TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, pp. 1122-1123.

⁵⁶³ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 254; Nowosielski, advogado que representou Natoniewski no processo perante os tribunais poloneses contra a Alemanha, defendeu que a Alemanha teria renunciado implicitamente à sua imunidade de jurisdição ao praticar atos em violação às normas de *jus cogens*. NOWOSIELSKI, Roman. *State Immunity*, pp. 265-267.

5.10. Inexistência de conflito entre o dever de reparação e a imunidade de jurisdição do Estado

O TIJ entendeu que não seria necessário analisar a questão relativa ao dever de reparação da Alemanha por violações de DIH e decidir acerca da existência ou não de um direito individual dos nacionais italianos de demandar compensação diretamente por essas violações, visto que essas questões seriam distintas e não afetariam a questão da imunidade da Alemanha.⁵⁶⁴

Segundo o TIJ, o dever de reparação existe independentemente dos meios pelos quais essa obrigação seja efetivada. A imunidade de jurisdição do Estado relaciona-se somente aos meios pelos quais a reparação pode ser pleiteada. Por esse motivo, a decisão reconhecendo a imunidade do Estado não estaria em conflito com o dever de reparação.⁵⁶⁵

De toda forma, o TIJ concluiu que, em razão da prática centenária de tratados de paz e acordos pós-guerra, nos quais a reparação dos danos foi feita por meio dos chamados “*lump-sum settlements*”, não se pode dizer que, de acordo com o direito internacional, existe um direito individual da vítima à compensação total dos danos sofridos durante um conflito armado, com *status de jus cogens*.⁵⁶⁶

O artigo 3 da Convenção da Haia de 1907 garantia, mesmo à época da Segunda Guerra Mundial, o direito do Estado de invocar, em benefício dos seus nacionais, por meio da proteção diplomática, a responsabilidade do Estado responsável pelas violações de DIH e demandar reparação.⁵⁶⁷ No entanto, o artigo 3 da Convenção da Haia de 1907 e o artigo 91 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 não conferem um direito aos indivíduos de pleitearem compensação diretamente ao Estado responsável pelas violações.

⁵⁶⁴ Da mesma forma, o TIJ destacou que a questão acerca das renúncias contidas no Tratado de Paz de 1947 e nos Acordos de 1961 estaria fora do escopo da disputa relativa às imunidades jurisdicionais entre a Alemanha e a Itália. KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, pp. 94, 97; *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 145, para. 108.

⁵⁶⁵ *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 140-141, para. 94.

⁵⁶⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 141, para. 94.

⁵⁶⁷ SCHLICKWEI, Stephanie. Denial of Individual Right to Compensation to Victims of World War II Massacre in Light of the ECHR: *Sfontouris and Others v. Germany*, *German Yearbook of International Law*, vol 54, 2011, pp. 749-750.

Os tribunais domésticos também não reconhecem a existência de tal direito individual.⁵⁶⁸

Assim, no entendimento do TIJ, não há conflito entre a imunidade do Estado e a obrigação do Estado de garantir reparação às vítimas de violações de DIH. A imunidade teria como consequência restringir os meios pelos quais a reparação poderia ser pleiteada, mas não afetaria o dever de reparação em si.⁵⁶⁹

5.11. Eventuais problemas na aplicação de uma exceção *jus cogens*

A existência de uma exceção *jus cogens* pressupõe a existência da jurisdição civil universal⁵⁷⁰ e dela decorre a questão do *forum shopping*. Como afirma Yang: “*If courts of one State can exercise jurisdiction over other States pursuant to jus cogens, then any court of any State can do that*”.⁵⁷¹

Caso todo e qualquer tribunal nacional passasse a exercer sua jurisdição em casos de violações de *jus cogens* cometidas por um Estado estrangeiro, com base na existência de uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado, surgiria o problema do *forum shopping*,⁵⁷² por meio do qual as vítimas de violações de direitos humanos escolheriam os tribunais nacionais mais receptivos à sua demanda.⁵⁷³

Por essa razão, Peters pontua que a existência de uma exceção *jus cogens* estaria condicionada à efetiva garantia do devido processo legal nos tribunais nacionais dos Estados da comunidade internacional.⁵⁷⁴

Machado pontua que há um receio de que falte independência e imparcialidade nos tribunais domésticos de um Estado para julgar Estados

⁵⁶⁸ KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity*, pp. 97-98.

⁵⁶⁹ BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There State Immunity*, p. 1828.

⁵⁷⁰ Não seria possível concluir à partir da existência de uma jurisdição penal universal em relação aos crimes internacionais que existiria igualmente uma jurisdição civil universal para casos de compensação pelos danos causados pela prática de tais crimes. BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. *Is There State Immunity*, p. 1835.

⁵⁷¹ YANG, Xiaodong. *Jus Cogens and State Immunity*, p. 177.

⁵⁷² LLORET, Jaume Ferrer. *La Inmunidad*, p. 59.

⁵⁷³ Flauss pontua que uma forma de relativizar o risco do *forum shopping* seria adotar medidas como reservar o direito de ação aos nacionais do Estado do foro contra os Estados estrangeiros, como faz os Estados Unidos. FLAUSS, Jean-François. *Droit des immunités*, p. 304.

⁵⁷⁴ PETERS, Anne. *Immune against Constitutionalisation?*, p. 4.

estrangeiros, especialmente em casos de violações de direitos humanos contra nacionais do Estado do foro.⁵⁷⁵

As decisões dos tribunais americanos contra o Irão com base na *terrorism exception* ilustram esse receio. Até junho de 2016, data da petição do Irão instituindo o processo contra os Estados Unidos no TIJ, no caso *Certain Iranian Assets*, os Estados Unidos haviam condenado o Irão com base na *terrorism exception* em mais de \$56.000.000.000,00 (cinquenta e seis bilhões de dólares) por seu suposto envolvimento em inúmeros ataques terroristas, ocorridos tanto nos Estados Unidos quanto fora dele. Assim, por exemplo, em março de 2016, o *US District Court for the Southern District of New York* havia condenado o Irão a pagar mais de \$10.500.000.000,00 (dez bilhões e meio de dólares) a famílias de vítimas mortas nos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.⁵⁷⁶ Em julho de 2012, o *US District Court of Columbia* havia condenado o Irão em mais de \$8.800.000.000,00 (oito bilhões e oitocentos milhões de dólares) em processos relacionados ao suposto envolvimento do Irão na morte dos militares americanos em Beirute, Líbano, em 1983. Somente num desses processos, o tribunal americano condenou o Irão, à revelia, em mais de \$2.600.000.000,00 (dois bilhões e seiscentos milhões de dólares).⁵⁷⁷

Weatherall defende que a jurisdição universal criminal, que permitiria aos tribunais nacionais exercer sua jurisdição sobre indivíduos em caso de violações de normas de *jus cogens*, não poderia ser analogamente aplicada sobre Estados em processos civis relativos a violações de *jus cogens*.⁵⁷⁸

A Corte de Cassação italiana, em outubro de 2015, parece ter concluído pela inexistência de uma jurisdição civil universal, ao recusar a homologação da sentença prolatada nos Estados Unidos em *Flatow v. Iran*. Esse caso era relativo à demanda de reparação apresentada pelos herdeiros de Flatow, estudante americana que residia em Israel, morta num ataque terrorista em abril de 1995.

⁵⁷⁵ MACHADO, Jónatas E. M.. Direito internacional, p. 239.

⁵⁷⁶ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Application Instituting Proceedings, I.C.J., p. 6, para. 7, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/164/164-20160614-APP-01-00-EN.pdf>, acesso em: 9 de setembro de 2019.

⁵⁷⁷ *Certain Iranian Assets*, Application Instituting Proceedings, I.C.J., pp. 6-8, para. 8; O Irão apresentou uma lista completa das decisões proferidas contra o Estado iraniano por tribunais americanos até a data de 12 de junho de 2016. Essa lista pode ser acessada no apêndice 2 da *application instituting proceedings*, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/164/164-20160614-APP-01-01-EN.pdf>, acesso em: 9 de setembro de 2019.

⁵⁷⁸ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 545.

A autoria do ataque terrorista havia sido reivindicada, à época, pelo Hamas, grupo financiado pelo Irão.⁵⁷⁹

Em *Flatow v. Iran*, iniciado em 1997, o tribunal americano, exercendo sua jurisdição extraterritorial, afastou a imunidade de jurisdição do Irão com base na *terrorism exception* do FSIA e condenou o Irã em mais de \$247.000.000,00 (duzentos e quarenta e sete milhões de dólares), sob o argumento de que o Irão havia dado apoio material e recursos ao grupo terrorista Hamas, responsável pelo ato terrorista que matou Flatow.⁵⁸⁰

O espólio, então, buscando executar a decisão do tribunal americano contra bens do Irão na Itália, requereu o seu reconhecimento e execução perante a Corte de Apelação de Roma. Em decisão de julho de 2013, a Corte de Apelação de Roma rejeitou o pedido, com base na imunidade de jurisdição do Irão.⁵⁸¹

Os requerentes apresentaram recurso à Corte de Cassação italiana que, citando a decisão nº 238/2014 da Corte Constitucional, concluiu que o Irão não faria jus à imunidade em razão de se tratar de um processo relativo a violações de *jus cogens*, como seria o caso de atos terroristas. A Corte de Cassação ainda afirmou que a imunidade não pode ser concedida ao Estado em caso de *delicta imperii*, ou seja, em caso da prática de crimes internacionais.⁵⁸² No entanto, apesar de concluir que a decisão do tribunal americano havia sido correta no sentido de não conceder imunidade ao Irão, a Corte de Cassação entendeu que a decisão não poderia ser reconhecida e executada na Itália, tendo em vista que nenhuma das bases de jurisdição estabelecidas na legislação italiana seriam capazes de conferir ao tribunal americano jurisdição para julgar a referida demanda. A jurisdição territorial só poderia ser exercida se os atos ou omissões tivessem ocorrido, no todo ou em parte, no território do Estado do foro e o autor estivesse presente nesse mesmo território no tempo do ato ou da omissão. Como em *Flatow* o tribunal americano havia exercido sua jurisdição extraterritorial, o que não seria permitido no ordenamento jurídico italiano, a

⁵⁷⁹ Por essa razão, o Irão havia sido incluído, pelo Departamento de Estado americano, na lista de Estados patrocinadores do terrorismo, em relação aos quais aplicar-se-ia a “exceção do terrorismo”. WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 540.

⁵⁸⁰ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 541.

⁵⁸¹ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 541.

⁵⁸² WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 542.

Corte de Cassação entendeu que o pedido de reconhecimento e execução da sentença estrangeira havia sido corretamente negado pela Corte de Apelação de Roma.⁵⁸³ Segundo a Corte de Cassação, somente uma decisão proferida por um tribunal com jurisdição sobre a Faixa de Gaza – onde ocorreu o ataque terrorista – seria passível de reconhecimento e execução na Itália.⁵⁸⁴

Em *Flatow*, a Corte de Cassação italiana concluiu que a Corte Constitucional não baseou a decisão nº 238/2014 no princípio da jurisdição universal civil para violações de *jus cogens*, limitando-se a declarar que a imunidade do Estado não seria reconhecida em casos relativos à prática, no território do Estado do foro, de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade. Assim, apenas em casos nos quais os tribunais italianos teriam competência, com base na legislação italiana, para julgar a reclamação, a imunidade deveria ser afastada quando se tratar de atos do Estado estrangeiro que configurem violações de *jus cogens*.⁵⁸⁵

Parece contraditório que a Corte de Cassação italiana entenda que a imunidade de jurisdição não deve ser reconhecida ao Estado estrangeiro em casos de violações de *jus cogens* – em razão dos valores superiores protegidos por essas normas – e não reconheça uma decisão que aplicou esse mesmo entendimento, negando-a o *exequatur*, em razão de normas processuais de competência internacional. Essas normas processuais não deveriam igualmente ser afastadas pelos valores superiores protegidos pelas normas de *jus cogens*, que proíbem a prática do terrorismo?⁵⁸⁶

De toda forma, o problema relacionado à necessidade da existência de uma jurisdição universal civil não existiria no caso de uma aplicação de uma exceção *jus cogens* limitada a atos praticados no território do Estado do foro. Assim, Gaja defende que a aplicação conjunta da exceção territorial e da exceção *jus cogens* seria capaz de afastar a imunidade de jurisdição do Estado

⁵⁸³ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, pp. 542-543.

⁵⁸⁴ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 546.

⁵⁸⁵ A Corte de Cassação diferenciou a questão da existência de jurisdição e da concessão da imunidade ao Estado estrangeiro em sua decisão. WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 543.

⁵⁸⁶ WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, p. 546.

por atos praticados pelas forças armadas estrangeiras no território do Estado do foro, quando esses atos constituírem graves violações de *jus cogens*.⁵⁸⁷

De toda forma, as decisões que negaram a imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros com base na exceção *jus cogens* foram relativas a violações de *jus cogens* cometidas no território do Estado do foro, ainda que parcialmente, como em *Distomo*, nos tribunais gregos, e em *Ferrini, Mantelli e Milde*, dentre outros, nos tribunais italianos. Todos esses processos foram relacionados a violações de DIH cometidas pela Alemanha, durante a Segunda Guerra Mundial, ainda que parcialmente, no território do Estado do foro.⁵⁸⁸ Por outro lado, em casos relativos a violações de *jus cogens* ocorridas fora do Estado do foro, como *Nelson*, nos tribunais americanos, *Bouzari*, nos tribunais canadenses, ou *Jones*, nos tribunais britânicos, todos relativos a atos de tortura praticados fora do Estado do foro, os tribunais reconheceram a imunidade aos Estados estrangeiros responsáveis por tais atos.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Segundo Gaja: “One possible solution is that in certain borderline cases, the application of the tort exception would depend on the nature of the infringement. Immunity could thus generally cover claims regarding damages caused by military activities of a foreign State in the territory of the forum State, but not when there is a serious breach concerning an obligation under a peremptory norm. For instance, State immunity would not apply when the military forces of a foreign State engage in acts of torture”. GAJA, Giorgio. *The Protection of General*, p. 151.

⁵⁸⁸ DEL MAR, Katherine. *The Effects of Framing*, pp. 154-156.

⁵⁸⁹ DEL MAR, Katherine. *The Effects of Framing*, pp. 153-154.

6. OS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS ITALIANOS COMO “ÚLTIMO RECURSO” AOS REQUERENTES

A Itália também alegou que a não concessão da imunidade de jurisdição à Alemanha seria justificada tendo em vista que os processos nos tribunais italianos seriam o último recurso⁵⁹⁰ disponível para os requerentes pleitearem reparação contra a Alemanha pelos danos sofridos.⁵⁹¹

Segundo Laval, o argumento italiano identificando os processos iniciados pelas vítimas de violações de DIH nos tribunais italianos como o único modo de evitar uma negação de justiça a essas vítimas, com o objetivo de justificar o não reconhecimento da imunidade à Alemanha nesses casos, seria fundado no exercício de uma espécie de *forum necessitatis* por esses tribunais.⁵⁹²

McGregor destaca que, na maioria dos casos, os indivíduos apresentam reclamações relacionadas a violações de direitos humanos e DIH nos tribunais do seu Estado de nacionalidade ou residência, após identificar que não seria possível apresentar sua reclamação nos tribunais do Estado responsável e que seu Estado de nacionalidade não iria exercer a proteção diplomática em seu favor, de forma que não restaria nenhuma alternativa a essas vítimas para reclamar reparação pelos danos sofridos.⁵⁹³

6.1. O reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado não depende da existência de um meio de recurso alternativo

O fato de a imunidade de jurisdição do Estado impedir o exercício da jurisdição por um determinado tribunal – ou mesmo por todos os tribunais estrangeiros – em relação a uma determinada reclamação, não impede a aplicação das normas substantivas de direito internacional. Isso porque,

⁵⁹⁰ A expressão “último recurso” será usada neste dissertação como equivalente à expressão “*last resort*” usada pelo TIJ na sua sentença.

⁵⁹¹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 142, para. 98.

⁵⁹² LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, pp. 166-167.

⁵⁹³ MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, p. 132.

segundo o TIJ: “*whether a State is entitled to immunity before the courts of another State is a question entirely separate from whether the international responsibility of that State is engaged and whether it has an obligation to make reparation*”.⁵⁹⁴

O TIJ concluiu que a questão relativa à imunidade do Estado era completamente diversa da questão acerca da responsabilidade do Estado e do dever de reparação.⁵⁹⁵ Por essa razão, o reconhecimento da imunidade do Estado não dependeria da existência de um meio alternativo efetivo para que os indivíduos pudessem pleitear reparação.⁵⁹⁶

O TIJ também entendeu que não havia, no direito internacional costumeiro, uma norma que determinasse que o reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro dependesse da existência de recursos alternativos disponíveis aos requerentes para que eles pudessem apresentar sua reclamação.⁵⁹⁷

Ademais, o TIJ pontuou que, na prática, a identificação de qual seria o último recurso pelo tribunal nacional seria extremamente difícil e incerta.⁵⁹⁸ O tribunal nacional não teria competência para determinar a existência ou inexistência de recursos jurídicos fora da sua jurisdição. Ainda, o tribunal nacional não seria capaz de excluir a possibilidade do exercício da proteção diplomática em favor dos requerentes pelo seu Estado de nacionalidade.

⁵⁹⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 143, para. 100.

⁵⁹⁵ Laval destaca que, apesar da imunidade do Estado não pôr em causa o direito material de reparação das vítimas, ela impõe um obstáculo à sua efetivação. LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 165.

⁵⁹⁶ KALDUNSKI, Marcin. The Law of State Immunity, p. 94.

⁵⁹⁷ O TIJ observou que não havia nada na prática dos Estados, seja nas decisões dos tribunais nacionais, na legislação dos Estados, e nem mesmo nas Convenções Europeia e da ONU, que condicionasse a imunidade do Estado à existência de meios de recursos alternativos. Jurisdictional Immunities of the State, p. 143, para. 101.

⁵⁹⁸ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 143-144, para. 102; A aplicação do argumento do “último recurso” mostra-se extremamente complexa. Mesmo entre os seus defensores surgem questões como: quem seria responsável por estabelecer a existência de uma via alternativa para a solução do conflito? A disponibilidade de meios extrajudiciais de resolução de conflitos seria levada em conta na decisão? A possibilidade de exercício da proteção diplomática seria relevante ao analisar qual seria o último recurso? Em *Al-Adsani*, por exemplo, o Reino Unido argumentou que ainda haveria a possibilidade de uma reclamação interestatal e que por isso, o requerente não havia sido deixado sem nenhum meio de reparação. MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, p. 137.

Assim, o TIJ concluiu que o reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro não depende da existência de um outro meio efetivo disponível aos requerentes.⁵⁹⁹

6.2. A existência de um meio de recurso alternativo é relevante para o reconhecimento da imunidade das Organizações Internacionais

O TEDH entendeu, em *Beer and Regan v. Germany* e *Waite and Kennedy v. Germany*, casos relativos à imunidade da Agência Espacial Europeia, uma Organização Internacional,⁶⁰⁰ que a imunidade de jurisdição não poderia ser reconhecida quando impedisse completamente o acesso à justiça, ou seja, quando não houvesse um meio alternativo disponível para os requerentes reclamarem o seu direito.⁶⁰¹

O TEDH afirmou que: “*a material factor in determining whether granting ESA immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention*”.⁶⁰²

No caso das Organizações Internacionais a questão é distinta, visto que, em alguns casos, elas não dispõem de organismos internos – judiciais ou não – para que os requerentes possam apresentar sua reclamação. A existência de tais organismos – e o respeito pelo devido processo legal – foi considerada pelo

⁵⁹⁹ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 167; BENNOUNA, Mohamed. Le Droit International, p. 46; Segundo Ekpo, o entendimento do TIJ acerca da inexistência de uma exceção à imunidade do Estado no caso da ausência de um meio alternativo para garantir a reparação das vítimas de crimes internacionais faria com que a imunidade se traduzisse em impunidade. EKPO, Sandra. Jurisdictional Immunities, p. 158.

⁶⁰⁰ SCHILLING, Theodor. The Case-Law, p. 275.

⁶⁰¹ MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, p. 134; Peters pontua que: “(...) *the ECtHR in its seminal and widely received 1999 decision on the immunity of an international organisation in an employment dispute (Waite and Kennedy) balanced the granting of jurisdictional immunity against the availability of reasonable alternative dispute settlement mechanisms*”. PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, p. 14.

⁶⁰² TEDH, Case of Waite and Kennedy v. Germany, Application no. 26083/94, Judgment, 18 February 1999, para. 68, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>, acesso em: 4 de setembro de 2019.

TEDH, em ambos os casos, como essencial para a decisão acerca do reconhecimento da imunidade à Organização Internacional.⁶⁰³

A jurisprudência do TEDH estabelece que as limitações ao direito de acesso à justiça não podem contrariar a sua essência nem impedir completamente o seu exercício. Essas limitações podem, no entanto, ser aplicadas quando ao indivíduo é garantido um meio alternativo de proteção. Em *Waite and Kennedy* e *Beer and Regan*, o TEDH concluiu que a concessão de imunidade de jurisdição à Agência Espacial Europeia não contrariou o direito de acesso à justiça, vez que os requerentes dispunham de um meio alternativo para apresentar suas reclamações, qual seja, a Comissão de Recursos da própria Organização Internacional.⁶⁰⁴ O TEDH reconheceu que a Agência Espacial Europeia faria jus à imunidade perante os tribunais alemães, tendo em vista que os requerentes poderiam pleitear perante o *ESA Appeals Board*.⁶⁰⁵

6.3. Os tribunais do Estado responsável pelas violações como o “último recurso”

Nos casos relativos à imunidade do Estado, diferentemente do que ocorre com as Organizações Internacionais, o TEDH não condicionou o reconhecimento da imunidade à existência de recursos alternativos para os requerentes apresentarem sua reclamação. Em *McElhinney*, contudo, o TEDH pontuou que o requerente ainda poderia iniciar uma demanda nos tribunais do Reino Unido,⁶⁰⁶ ou seja, que o requerente tinha um meio alternativo de recurso à sua disposição perante os tribunais do Estado responsável pelas violações.⁶⁰⁷

Em *Fogarty*, diferentemente de *McElhinney*, o TEDH não se preocupou em analisar se havia um meio de recurso alternativo à disposição da

⁶⁰³ VERHOEVEN, Joe. *Sur les relations*, p. 533.

⁶⁰⁴ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, p. 526.

⁶⁰⁵ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and Hierarchy of Norms*, p. 959; Aleebek defende que o entendimento do TEDH relativo à imunidade das Organizações Internacionais, no qual a existência de recursos alternativos disponíveis aos requerentes é considerada como uma condição para a concessão da imunidade, devia igualmente ser aplicado à imunidade dos Estados. ALEBEEK, Rosanne van. *Domestic Courts*, p. 576.

⁶⁰⁶ TEDH, *Case of McElhinney v. Ireland*, para. 39.

⁶⁰⁷ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, pp. 532-533.

requerente.⁶⁰⁸ Da mesma forma, em *Al-Adsani*, o TEDH em nenhum momento examinou a existência de meios alternativos para que o requerente pudesse apresentar sua reclamação contra o Estado estrangeiro.⁶⁰⁹

Alguns tribunais nacionais analisaram a existência de meios de recurso alternativos ao reconhecer a imunidade de jurisdição à Alemanha, em processos relativos a violações de DIH. Por exemplo, a Corte Constitucional eslovena declarou que a imunidade de jurisdição da Alemanha podia ser reconhecida pelos tribunais eslovenos, em razão da existência de um meio de recurso alternativo, visto que o requerente poderia demandar a Alemanha perante os tribunais alemães.⁶¹⁰

Do mesmo modo, a Suprema Corte polonesa entendeu que a concessão da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro não consistia numa restrição inadmissível ao direito de acesso à justiça dos requerentes, desde que eles tivessem meios alternativos disponíveis para efetivamente pleitear os seus direitos, como seria o caso em que eles pudessem apresentar sua reclamação nos tribunais do Estado estrangeiro responsável pelas violações.⁶¹¹ A Suprema Corte polonesa concluiu que o requerente tinha um meio alternativo para pleitear os seus direitos, nos tribunais da Alemanha.⁶¹² Ademais, a Suprema Corte pontuou que o reconhecimento da imunidade ao Estado não impede que os Estados resolvam a disputa pelos meios pacíficos de solução de controvérsias previstos no direito internacional.⁶¹³

Gattini questiona se esse argumento prevaleceria mesmo quando os recursos domésticos nos tribunais do Estado responsável já tivessem sido esauridos, sem sucesso, pelos requerentes, ou esse argumento seria reservado aos casos em que realmente não houvesse recursos disponíveis aos requerentes nos tribunais do Estado responsável.⁶¹⁴

⁶⁰⁸ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, p. 536.

⁶⁰⁹ TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Européenne*, p. 539.

⁶¹⁰ CONFORTI, Benedetto. *The Judgment*, p. 139.

⁶¹¹ CONFORTI, Benedetto. *The Judgment*, p. 139.

⁶¹² KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, p. 242; Conforti ressaltou, contudo, que vítimas de atrocidades cometidas pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial não haviam obtido êxito nas demandas de reparação iniciadas nos tribunais alemães e que, assim, o argumento de que o último recurso seria demandar nos tribunais do Estado responsável pelas violações não seria muito convincente, tendo em vista a dificuldade de se obter reparação nessas circunstâncias. CONFORTI, Benedetto. *The Judgment*, p. 140.

⁶¹³ KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes*, pp. 240-241.

⁶¹⁴ GATTINI, Andrea. *The Dispute*, p. 188.

Mesmo que o reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado estivesse condicionado à existência de recursos disponíveis no Estado estrangeiro requerido, alguns nacionais italianos tiveram acesso aos tribunais alemães.⁶¹⁵ De toda forma, os requerentes italianos – que ainda não o fizeram – ainda poderiam apresentar suas reclamações nos tribunais alemães. Esses tribunais não precisam garantir que seus pedidos sejam julgados procedentes, mas tão somente que o seu direito de acesso à justiça e o princípio do devido processo legal sejam respeitados. Segundo Verhoeven: “(...) *l’important est fondamentalement que le demandeur ait un accès (raisonnable) à la justice, et que le procès soit équitable. Ce n’est pas qu’il puisse saisir tout juge de son choix, au mépris des règles du droit judiciaire national ou du droit international qui le lui interdirait*”.⁶¹⁶

Acontece que os processos iniciados por nacionais italianos nos tribunais alemães não tiveram êxito.⁶¹⁷ Os IMI, vítimas de deportação e trabalho forçado durante a Segunda Guerra Mundial, apresentaram reclamações no Tribunal Administrativo de Berlim requerendo que eles fossem reconhecidos como beneficiários com base na Lei de 2000, para que pudessem, assim, receber compensação. Em 2003, o Tribunal Administrativo de Berlim e o Tribunal Administrativo Superior de Berlim julgaram improcedentes as reclamações dos militares italianos.⁶¹⁸

Em 28 junho de 2004, uma Câmara da Corte Constitucional alemã, num processo iniciado pelos IMI, entendeu que o dispositivo da Lei de 2000 que excluía os prisioneiros de guerra dos benefícios desta lei não violava o direito à isonomia garantido pela Constituição alemã.⁶¹⁹

⁶¹⁵ ALEBEEK, Rosanne van. *Domestic Courts*, pp. 576-577.

⁶¹⁶ VERHOEVEN, Joe. *Sur les relations*, p. 532.

⁶¹⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Counter-memorial of Italy, p. 19, para. 2.21, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁶¹⁸ O Tribunal Administrativo Superior de Berlim entendeu que os militares italianos deportados à Alemanha para servir de mão de obra forçada não haviam perdido o seu status de prisioneiros de guerra, tendo em vista que a Alemanha não conseguiria, unilateralmente, alterar o seu status de prisioneiros de guerra, conforme definido pelo direito internacional. Por esse motivo, o tribunal alemão entendeu que os IMI não faziam jus à compensação prevista na Lei de 2000, que estabeleceu a Fundação. *Jurisdictional Immunities of the State*, Counter-memorial of Italy, pp. 23-24, para. 2.31.

⁶¹⁹ *Jurisdictional Immunities of the State*, Counter-memorial of Italy, p. 24, para. 2.32.

Um processo também havia sido iniciado no Tribunal Regional de Bonn, na Alemanha, em setembro de 1995, por quatro requerentes gregos que sobreviveram ao massacre cometido pela Alemanha no vilarejo de Distomo, na Grécia, em junho de 1944. Os requerentes pleitearam reparação pelos danos sofridos por eles mesmos e por seus pais, que morreram no massacre. O Tribunal Regional de Bonn julgou improcedente os pedidos dos requerentes, decisão que foi mantida tanto pelo Tribunal Regional Superior de Colônia quanto pelo Tribunal Federal de Justiça.⁶²⁰ O recurso dos requerentes à Corte Constitucional Federal alemã também não obteve êxito.⁶²¹

De todo modo, a Alemanha alegou que o direito de acesso à justiça havia sido respeitado tanto em relação aos requerentes italianos quanto aos gregos, que tiveram acesso aos tribunais alemães. As decisões desses tribunais, de acordo com a Alemanha, não poderiam ser consideradas como negação à justiça, vez que apenas consideraram que os requerentes não tinham os direitos aos quais pleiteavam.⁶²²

6.4. A proteção diplomática como o “último recurso”

O juiz Bennouna, em seu voto separado no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, afirmou que: “*We should, moreover, not lose sight of the fact that Italy may still espouse the cause of its nationals by exercising diplomatic protection on their behalf; this institution represents the last resort or ultima ration for the protection of internationally guaranteed human rights, as the Court recognized in the case concerning Ahmadou Sadio Diallo*”.⁶²³

⁶²⁰ Os pedidos foram julgados improcedentes sob o argumento de que o direito internacional não garantia um direito individual à reparação aos requerentes, mas tão somente ao seu Estado de nacionalidade, no caso, a Grécia, e de que o direito alemão também não garantia o direito à reparação aos requerentes. SCHLICKWEI, Stephanie. Denial of Individual, pp. 742-743.

⁶²¹ Os requerentes ainda apresentaram uma reclamação ao TEDH, em 9 de junho de 2006. O TEDH, no entanto, em *Sfountouris and Others v. Germany*, decidiu que a reclamação dos requerentes gregos era inadmissível. SCHLICKWEI, Stephanie. Denial of Individual, pp. 746-747.

⁶²² BOSCHIERO, Nerina. Jurisdictional Immunities, p. 814.

⁶²³ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Separate Opinion of Judge Bennouna, I.C.J. Reports 2012, p. 177, para. 30, disponível em: <https://www.icj->

Bennouna, dessa forma, defendeu que a proteção diplomática constituiria um meio alternativo para se buscar a reparação pelas violações de DIH.⁶²⁴ Assim, caso o tribunal nacional reconheça a imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro, a vítima ainda poderá requerer ao seu Estado de nacionalidade que exerça a proteção diplomática em seu favor.⁶²⁵

Por outro lado, McGregor defende que, tendo em vista que a proteção diplomática não é um direito dos indivíduos e sim um direito do Estado, que pode exercê-lo de forma discricionária, haveria a necessidade de garantir que a proteção diplomática seria exercida para que ela pudesse ser considerada como o último recurso.⁶²⁶

O TIJ, ao reconhecer que um grupo de nacionais italianos, formado principalmente pelos IMI, não obtiveram a reparação devida pelos danos sofridos em razão das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial,⁶²⁷ pontuou que os Estados poderiam negociar com o objeto de resolver essa questão. O TIJ, portanto, considera que a proteção diplomática constitui um meio alternativo para solucionar a questão das reparações aos nacionais italianos.⁶²⁸

cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-03-EN.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁶²⁴ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 167; MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, pp. 137-138.

⁶²⁵ LLORET, Jaume Ferrer. La Inmunidad, p. 56.

⁶²⁶ MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights, p. 138; Segundo Orakhelashvili: *"The reality is, moreover, that no diversion of the issue to another mode of settlement ever takes place in practice in cases where immunity is upheld. The outcome of the upholding of immunity in the cases of Al-Adsani v. UK, Bouzari, Jones and Germany v. Italy is that the victims were left without any available remedy"*. ORAKHELASHVILI, Alexander. State practice, p. 438.

⁶²⁷ O TIJ considerou *"that it is a matter of surprise – and regret – that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them"*. Jurisdictional Immunities of the State, p. 142, para. 99; NESI, Giuseppe. The Quest for a Full Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy, Journal of International Criminal Justice, vol. 11, 2013, p. 190.

⁶²⁸ Jurisdictional Immunities of the State, p. 142, para. 104; Kaldunski destaca que: *"(...) the only possible way of settling individual's claims would appear to be diplomatic protection of the victim State against the wrongdoer State engaged in an armed conflict"*. KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes, pp. 247-248; De todo modo, Bennouna defende que: *"au cas où l'Etat national des victimes, celles-ci pourraient faire valoir l'argument du dernier recours devant d'autres tribunaux internes compétents et obtenir la levée de l'immunité"*. BENNOUNA, Mohamed. Le Droit International, p. 46.

7. AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ITALIANOS CONCEDENDO O EXEQUATUR ÀS DECISÕES GREGAS EM *DISTOMO* E A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DA ALEMANHA

A Alemanha alegou que as decisões da Corte de Apelação de Florença – confirmadas pela Corte de Cassação da Itália – que concederam o *exequatur* às decisões do Tribunal de Livadia e da Suprema Corte grega no caso *Distomo* constituíram violações à sua imunidade de jurisdição, tendo em vista que essas decisões haviam sido proferidas em violação à sua imunidade.⁶²⁹

O *exequatur* é necessário para que uma decisão de um Estado possa gerar efeitos jurídicos num outro Estado. A decisão estrangeira somente poderá ser executada após a concessão do *exequatur*. Como destaca Boschiero: “*The enforcement of a foreign judgment nevertheless requires a preliminary step: there can be no enforcement without recognition; recognition has the fundamental function of rendering the foreign judgment res judicata in the forum, conferring on it the authority and effectiveness accorded in the State in which it was given. Only after recognition, is the judgment a valid title for execution*”.⁶³⁰

A questão, destacou o TIJ, era distinta da questão acerca da violação da imunidade de execução da Alemanha por conta da inscrição da hipoteca contra a Villa Vigoni, apesar da forte ligação entre elas. O que deveria ser decidido era se as decisões dos tribunais italianos que concederam o *exequatur* constituíram, por si só, independentemente de qualquer medida coercitiva que tenha sido eventualmente tomada contra bens da Alemanha, uma violação da imunidade de jurisdição da Alemanha.⁶³¹

As decisões da Corte de Apelação de Florença concedendo o *exequatur* às decisões gregas não se confundem com a execução propriamente dita, ou seja, com as medidas coercitivas tomadas contra a Villa Vigoni. De toda forma, a decisão concedendo o *exequatur* foi proferida contra a Alemanha.⁶³²

⁶²⁹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 149, para. 122.

⁶³⁰ BOSCHIERO, Nerina. Jurisdictional Immunities, p. 785.

⁶³¹ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 149-150, para. 124.

⁶³² BOSCHIERO, Nerina. Jurisdictional Immunities, p. 792.

Fazendo a distinção entre os atos coercitivos praticados contra a Villa Vigoni e a decisão dos tribunais italianos de conceder o *exequatur* às decisões gregas, o TIJ entendeu que a Itália havia violado a imunidade de execução da Alemanha no primeiro caso e a imunidade de jurisdição da Alemanha no segundo.⁶³³

A Corte de Cassação francesa, em *Société SOABI v. État du Sénégal*, também entendeu existir uma distinção entre o *exequatur* e a execução propriamente dita, que é levada a cabo por meio de medidas coercitivas tomadas contra bens do Estado requerido.⁶³⁴

A Itália e a Alemanha entendiam que a questão relativa à violação ou não da imunidade de jurisdição da Alemanha pela Corte de Apelação de Florença, ao declarar exequíveis as decisões do Tribunal de Livadia e da Suprema Corte grega na Itália, dependeria simplesmente de verificar se a imunidade da Alemanha havia sido violada nas decisões proferidas pelos tribunais gregos.⁶³⁵

Segundo o TIJ, contudo, para decidir se o tribunal italiano havia violado a imunidade de jurisdição da Alemanha ao conceder o *exequatur*, não havia a necessidade de decidir se os tribunais gregos haviam violado essa imunidade ao proferirem as decisões objeto do *exequatur*.⁶³⁶ Caberia ao TIJ apenas analisar se os tribunais italianos haviam violado a imunidade da Alemanha ao conceder o *exequatur*, tendo em vista que, ao receberem um pedido de homologação de uma sentença estrangeira contra um terceiro Estado, os tribunais estariam, em última análise, sendo chamados para exercer sua jurisdição em relação a esse terceiro Estado. Isso porque, ao conceder o *exequatur*, os tribunais italianos exerceram sua jurisdição de modo a atribuir efeitos às decisões gregas correspondentes aos efeitos de uma decisão de mérito proferida por um tribunal italiano.⁶³⁷

⁶³³ BOSCHIERO, Nerina. *Jurisdictional Immunities*, pp. 786-787.

⁶³⁴ BOSCHIERO, Nerina. *Jurisdictional Immunities*, p. 786.

⁶³⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v., p. 150, para. 126.*

⁶³⁶ O TIJ ressaltou que nem mesmo teria competência para decidir acerca da violação da imunidade jurisdicional alemã pelos tribunais gregos, vez que a Grécia não tinha o status de parte no processo, tendo em vista que havia sido admitida apenas a sua intervenção. Esse entendimento estava em consonância com a jurisprudência do TIJ nos casos *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* e *East Timor*. *Jurisdictional Immunities of the State*, pp. 150-151, para. 127.

⁶³⁷ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 151, para. 128.

Assim, a questão, segundo o TIJ, não seria analisar se os tribunais gregos respeitaram a imunidade de jurisdição da Alemanha ao proferir as decisões no caso *Distomo*, mas sim determinar se os tribunais italianos teriam, eles mesmos, respeitado a imunidade da Alemanha ao julgar o pedido de *exequatur*.⁶³⁸

O TIJ pontuou que, quando um pedido de *exequatur* de uma sentença estrangeira contra um terceiro Estado estiver sendo analisado, cabe ao tribunal verificar se esse terceiro Estado faria jus à imunidade de jurisdição perante a si mesmo. Segundo o TIJ, o tribunal deve decidir se ele teria a obrigação, de acordo com o direito internacional, de conceder a imunidade de jurisdição a esse terceiro Estado, caso tivesse que julgar o mérito de um caso idêntico ao qual foi objeto da sentença estrangeira.⁶³⁹

O TIJ entendeu que os tribunais italianos estariam, ao analisar o pedido de *exequatur*, em última análise, exercendo sua jurisdição contra a Alemanha.⁶⁴⁰ Por isso, os tribunais italianos teriam que se perguntar se eles teriam a obrigação de reconhecer a imunidade da Alemanha caso tivessem que julgar um caso idêntico ao caso *Distomo*.⁶⁴¹

O caso *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, julgado pela Suprema Corte do Canadá, e o caso *NML Capital Limited v. Republic of Argentina*, julgado pela Suprema Corte do Reino Unido, dão apoio ao entendimento do TIJ no sentido de que um tribunal que estiver julgando um pedido de *exequatur* de uma decisão estrangeira proferida contra um terceiro Estado deve analisar se esse Estado estrangeiro teria direito à imunidade de jurisdição perante si mesmo num

⁶³⁸ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 173; De toda forma, o TIJ não teria competência para examinar se as decisões gregas respeitaram a imunidade da Alemanha, tendo em vista que para isso o TIJ teria que se pronunciar sobre a responsabilidade internacional de um terceiro Estado, que não era parte no processo perante o TIJ. Isso seria contrário à sua própria jurisprudência, estabelecida em *Monetary Gold Removed from Rome*. Segundo o TIJ, quando a questão vital a ser resolvida "*concerns the international responsibility of a third State, the Court cannot, without the consent of that third State, give a decision on that issue binding upon any State, either the third State, or any of the parties before it*". Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954, p. 33, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/19/019-19540615-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁶³⁹ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 151-152, para. 130.

⁶⁴⁰ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 170.

⁶⁴¹ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 173; FOX, Hazel. When Can Property of a State be Attached to Enforce a Foreign Judgment Given against It in Another Country? Some Guidance in the ICJ Judgment in the *Jurisdictional Immunities* Case, in: WOLFRUM, Rüdiger et al (eds.), Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, p. 52.

processo idêntico ao processo julgado pelo tribunal estrangeiro, cuja decisão é objeto do processo de *exequatur*.⁶⁴²

O TIJ destacou que a questão da violação da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é distinta na sentença de mérito que pretende ser homologada e na decisão que concedeu o *exequatur* à essa sentença estrangeira. O TIJ ressaltou que, em certas circunstâncias, pode mesmo acontecer que, de um lado, a sentença de mérito prolatada pelo tribunal de um Estado, objeto do processo de homologação perante os tribunais de outro, não tenha violado a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro – em razão, por exemplo, de uma renúncia à imunidade feita por este Estado em relação aos tribunais que prolataram tal sentença – e de outro, a decisão do *exequatur* dessa mesma sentença tenha violado a imunidade do Estado estrangeiro, tendo em vista a ausência de renúncia à imunidade por este Estado em relação aos tribunais responsáveis pela homologação da sentença estrangeira.⁶⁴³

O TIJ concluiu que os tribunais italianos estariam obrigados a reconhecer a imunidade de jurisdição à Alemanha caso tivessem que julgar o mérito de um caso idêntico ao caso *Distomo* e que, por isso, haviam violado a imunidade da Alemanha ao conceder o *exequatur* às decisões dos tribunais gregos.⁶⁴⁴ Por essa razão, o TIJ concluiu que as decisões da Corte de Apelação de Florença constituíram uma violação à imunidade de jurisdição da Alemanha.⁶⁴⁵

⁶⁴² BOSCHIERO, Nerina. *Jurisdictional Immunities*, p. 794.

⁶⁴³ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 152, para. 132.

⁶⁴⁴ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 152, para. 131.

⁶⁴⁵ *Jurisdictional Immunities of the State*, p. 152, para. 133; BOSCHIERO, Nerina. *Jurisdictional Immunities*, p. 794.

8. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO DA ALEMANHA E A HIPOTECA INSCRITA CONTRA A VILLA VIGONI

Em 7 de junho de 2007, os requerentes gregos, com base na decisão da Corte de Apelação de Florença de 13 de junho de 2006 que concedeu o *exequatur* à decisão do Tribunal de Livadia, em *Distomo*, a qual condenara a Alemanha a pagar compensação pelas violações de DIH cometidas pelas forças alemãs durante a Segunda Guerra Mundial, inscreveram no Registro de Imóveis da província de Como, uma hipoteca contra a Villa Vigoni, imóvel de propriedade da Alemanha situado próximo ao lago de Como, na Itália.⁶⁴⁶

A Alemanha alegou que essa medida coercitiva violou sua imunidade de execução. A Itália, por sua vez, afirmou não se opor a qualquer decisão do TIJ que decida pela obrigação da Itália em proceder o cancelamento da hipoteca.⁶⁴⁷ Inclusive, a Itália já havia suspenso – mas não cancelado – a hipoteca inscrita contra a Villa Vigoni, em razão da existência do processo no TIJ.⁶⁴⁸

8.1. Distinção entre a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução do Estado

O TIJ procurou distinguir a imunidade de jurisdição da imunidade de execução do Estado. De acordo com o TIJ, a imunidade de execução garantida ao Estado em relação aos seus bens situados no território de outros Estados vai além da imunidade de jurisdição garantida ao Estado perante os tribunais estrangeiros. Mesmo que um Estado não faça jus à imunidade de jurisdição num processo e uma sentença seja prolatada contra ele, isso não significa que medidas coercitivas possam ser tomadas contra seus bens – situados no Estado do foro ou num terceiro Estado – como forma de executar essa sentença, sem

⁶⁴⁶ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 145-146, para. 109.

⁶⁴⁷ Jurisdictional Immunities of the State, p. 146, para. 110.

⁶⁴⁸ Jurisdictional Immunities of the State, p. 146, para. 111.

que as normas específicas referentes à imunidade de execução do Estado sejam aplicadas.⁶⁴⁹

As imunidades jurisdicionais do Estado compreendem a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução, que não se confundem.⁶⁵⁰ Como pontua Thouvenin: “(...) *la doctrine des immunités des États est généralement présentée d’une part comme empêchant les juridictions d’un État d’en juger un autre – c’est l’immunité de juridiction, et d’autre part, comme protégeant l’État étranger de la mise en œuvre des voies d’exécution prévues par le droit interne – c’est l’immunité d’exécution. Et il est également vrai que, selon cette approche tout à fait classique, l’immunité d’exécution est distincte de l’immunité de juridiction*”.⁶⁵¹

A imunidade de execução constitui um obstáculo à execução de uma decisão judicial favorável proferida contra um Estado estrangeiro.⁶⁵²

Segundo Thouvenin: “*Ce que l’immunité d’exécution établi, c’est le droit pour un État de ne pas être soumis à une mesure de contrainte mise en œuvre par un autre État*”.⁶⁵³

A doutrina da imunidade de execução absoluta perdurou mais tempo que a doutrina da imunidade de jurisdição absoluta. Contudo, a partir dos anos 1990, a doutrina da imunidade de execução absoluta foi abandonada em favor de uma doutrina restritiva que permite, em alguns casos, que medidas coercitivas sejam tomadas contra bens do Estado estrangeiro que são usados com uma finalidade comercial.⁶⁵⁴

Em razão da distinção entre as duas categorias de imunidade do Estado, o TIJ declarou que a renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado não implica a renúncia à imunidade de execução. Dessa forma, se um Estado renuncia à sua imunidade de jurisdição em relação a um tribunal de outro Estado – o que

⁶⁴⁹ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 146-147, para. 113.

⁶⁵⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms in International Law, pp. 537-538; VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. Instituciones de Derecho, p. 263.

⁶⁵¹ THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des Fonds, p. 211.

⁶⁵² DEL MAR, Katherine. The Effects of Framing, p. 166.

⁶⁵³ THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des Fonds, pp. 214-215.

⁶⁵⁴ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, p. 487; A imunidade de execução absoluta foi aplicada pela Suprema Corte de Hong Kong, em decisão de junho de 2011, no caso *Democratic Republic of the Congo c. FG Hemisphere Associates LLC*. A Suprema Corte de Hong Kong considerou a imunidade de execução dos Estados estrangeiros como absoluta, sendo a única exceção os casos em que o Estado estrangeiro expressamente renunciar à sua imunidade. AUDIT, Mathias. La Renonciation par un État à son Immunité d’Exécution, in: PETERS, Anne et al (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 71-72.

pode ser feito por qualquer um dos meios elencados no artigo 7 da Convenção da ONU –,⁶⁵⁵ mas não renuncia expressamente à sua imunidade de execução, nenhuma medida coercitiva pode ser tomada contra os bens desse Estado, apenas com base no seu consentimento à jurisdição do tribunal estrangeiro.⁶⁵⁶

O TIJ concluiu que as normas de direito internacional relativas à imunidade de jurisdição e à imunidade de execução eram distintas e deveriam ser aplicadas separadamente.⁶⁵⁷

Diferentemente do que ocorre com a imunidade de jurisdição do Estado, em relação à qual a natureza do ato é geralmente levada em conta pelo tribunal nacional ao conceder ou não a imunidade ao Estado estrangeiro, no caso da imunidade de execução, o propósito do uso do bem pertencente ao Estado é levado em conta.⁶⁵⁸

Thouvenin afirma que a violação da imunidade de execução de um Estado estrangeiro seria uma violação mais grave que a violação da sua imunidade de jurisdição, tendo em vista que a execução de uma sentença pressupõe o recurso a medidas coercitivas contra bens do Estado estrangeiro.⁶⁵⁹

8.2. Violação da imunidade de execução da Alemanha pela hipoteca inscrita contra a Villa Vigoni

Como a hipoteca registrada contra a Villa Vigoni pela Itália havia sido uma medida “pós-julgamento”, tendo em vista que foi tomada visando a satisfação da sentença prolatada em *Distomo*, a Alemanha alegou que o artigo 19 da

⁶⁵⁵ O artigo 7 da Convenção da ONU prevê que: “1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case: (a) by international agreement; (b) in a written contract; or (c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding”.

⁶⁵⁶ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 146-147, para. 113; FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, p. 516; Segundo o artigo 20 da Convenção da ONU: “Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint”.

⁶⁵⁷ Jurisdictional Immunities of the State, p. 147, para. 113.

⁶⁵⁸ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, p. 512.

⁶⁵⁹ THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des Fonds, p. 211.

Convenção da ONU devia ser aplicado pelo TIJ, uma vez que ele havia codificado o direito internacional costumeiro.⁶⁶⁰

Apesar de ainda não se encontrar em vigência, a Convenção da ONU aborda a questão da imunidade de execução relacionada a processos judiciais e estabelece regras para a tomada de medidas coercitivas contra bens do Estado anteriores ao julgamento (*pre-judgment*) e posteriores ao julgamento (*post-judgment*).⁶⁶¹ Enquanto aquelas só podem ser tomadas com o consentimento expresso do Estado, estas podem ser tomadas sem o seu consentimento, desde que o bem do Estado não esteja sendo usado com um propósito governamental não comercial.⁶⁶²

Isso porque, de acordo com o artigo 18 da Convenção da ONU: “*No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated: (i) by international agreement; (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding*”.⁶⁶³

De acordo com o artigo 19 da Convenção da ONU: “*No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated: (i) by international agreement; (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the*

⁶⁶⁰ Jurisdictional Immunities of the State, p. 147, para. 115.

⁶⁶¹ FOX, Hazel. The Merits, p. 419.

⁶⁶² AUST, Anthony. Handbook of International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 173.

⁶⁶³ United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed".⁶⁶⁴

O TIJ, sem decidir se todos os aspectos do artigo 19 refletiam o direito internacional costumeiro,⁶⁶⁵ concluiu que pelo menos uma das seguintes condições teria que ser satisfeita para que uma medida coercitiva fosse tomada contra um bem de um Estado estrangeiro para a satisfação de uma decisão judicial: (i) que o bem esteja sendo usado para uma atividade que não seja uma atividade governamental não comercial; ou (ii) que o Estado tenha expressamente consentido com a medida coercitiva a ser tomada contra o seu bem; ou (iii) que o Estado tenha destinado o bem em questão para a satisfação de uma decisão judicial.⁶⁶⁶

Cassese afirma que: "*That measures of constraint may be taken against property or assets of foreign States destined for a private function, that is, intended for use for commercial purposes, has been considered by courts as the logical and inescapable consequence of the fact that otherwise courts could pronounce on the substantive rights in dispute but would lack the power to order measures designed to put those rights into effect*".⁶⁶⁷

Especificamente em relação à Villa Vigoni, o TIJ entendeu que esse imóvel de propriedade da Alemanha estava sendo usado para atividades governamentais não comerciais, posto que servia de sede para um centro cultural, cujo objetivo era o de promover o intercâmbio cultural entre a Alemanha e a Itália e, portanto, estaria protegido pela imunidade de execução.⁶⁶⁸ Além disso, a Alemanha não havia consentido com a hipoteca inscrita contra a Villa Vigoni, nem havia alocado a Villa Vigoni para a satisfação da decisão judicial.⁶⁶⁹

Assim, tendo em vista que nenhuma das condições elencadas pelo TIJ para a existência de uma exceção à imunidade de execução estava presente, nenhuma medida coercitiva poderia ter sido tomada contra a Villa Vigoni.⁶⁷⁰ Por

⁶⁶⁴ United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

⁶⁶⁵ Jurisdictional Immunities of the State, p. 148, para. 117.

⁶⁶⁶ O TIJ pontuou que existia uma prática bem estabelecida nesse sentido, que podia ser observada nas decisões dos tribunais da Alemanha, Suíça, Reino Unido e Espanha. Jurisdictional Immunities of the State, p. 148, para. 118.

⁶⁶⁷ CASSESE, Antonio. International Law, p. 109.

⁶⁶⁸ FOX, Hazel. When Can Property, p. 50.

⁶⁶⁹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 148, para. 119.

⁶⁷⁰ NEGRI, Stefania. Sovereign Immunity, p. 135.

essa razão, o TIJ concluiu que a inscrição da hipoteca contra a Villa Vigoni constituiu uma violação à imunidade de execução da Alemanha.⁶⁷¹

O TIJ, dessa forma, baseou sua decisão, no que diz respeito à imunidade de execução da Alemanha, nas três exceções apresentadas no artigo 19 da Convenção da ONU.⁶⁷²

8.3. Categorias específicas de bens do Estado protegidas pela imunidade de execução

A Convenção da ONU enumera uma série de bens que não estariam sujeitos a medidas coercitivas de execução.⁶⁷³ O artigo 21 da Convenção da ONU tem como objetivo excluir os bens elencados da exceção prevista no artigo 19 (c).⁶⁷⁴

O artigo 21 da Convenção da ONU estabelece que: “1. *The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c): (a) property including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; (b) property of military character or used or intended for use in the performance of military functions; (c) property of the central bank or other monetary authority of the State; (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not*

⁶⁷¹ Jurisdictional Immunities of the State, p. 148, para. 120.

⁶⁷² HAZEL, Fox. When Can Property, pp. 49-50; A exceção à imunidade de execução do Estado em relação aos seus bens usados para uma atividade comercial encontra apoio na prática dos Estados. Por exemplo, o SIA do Reino Unido prevê uma exceção à imunidade de execução relativa aos bens do Estado estrangeiro utilizados para uma atividade comercial. No direito francês, existe uma exceção à imunidade de execução referente aos bens do Estado estrangeiro afetados a uma atividade econômica ou comercial que tenham relação ao processo cuja decisão pretende ser executada contra o Estado estrangeiro. AUDIT, Mathias. La Renonciation par un État à son Immunité d'Exécution, p. 71.

⁶⁷³ HAFNER, Gerhard. Accountability and Immunity, p. 240.

⁶⁷⁴ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, 2015, p. 521.

placed or intended to be placed on sale; (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale”.⁶⁷⁵

Dentre os bens do Estado listados no artigo 21 da Convenção da ONU, as contas bancárias das embaixadas constituem um alvo comum dos credores que buscam a execução de decisões judiciais contra um Estado estrangeiro.⁶⁷⁶ As tentativas de bloquear fundos dessas contas bancárias geralmente são negadas pelos tribunais domésticos, tendo em vista que, na prática dos Estados, existe uma presunção de que essas contas bancárias, por serem, em regra, usadas com uma finalidade governamental não comercial, seriam imunes a qualquer medida coercitiva.⁶⁷⁷

No caso *The Philippine Embassy*, a Corte Constitucional Federal alemã declarou que a conta bancária geral da embaixada de um Estado estrangeiro existente no Estado do foro, cujo propósito seja o de cobrir os custos e as despesas da embaixada, faz jus à imunidade de execução.⁶⁷⁸ Esse entendimento foi seguido pelos tribunais da Áustria, do Reino Unido e da Bélgica, por exemplo.⁶⁷⁹ Da mesma forma, a Corte de Cassação francesa, em 2011, em *NML Capital c. Argentine*, decidiu que, de acordo com o direito internacional costumeiro, as contas bancárias das embaixadas e missões diplomáticas estão protegidas pela imunidade de execução.⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ United Nations, United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

⁶⁷⁶ RYNGAERT, Cedric. Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 73.

⁶⁷⁷ Essa presunção pode ser afastada pelos credores, que devem provar que a conta bancária da embaixada está sendo usada com propósitos comerciais. No entanto, a maioria dos tribunais nacionais determinam que os credores devem demonstrar o uso comercial exclusivo da conta bancária da embaixada para que os fundos dessa conta sejam bloqueados. RYNGAERT, Cedric. Embassy Bank Accounts, pp. 74-75; O entendimento que prevalece é no sentido de que essas contas bancárias gozam de imunidade de execução. FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, p. 524.

⁶⁷⁸ NEY, Martin. *Sovereign Immunities*, p. 37.

⁶⁷⁹ FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, pp. 524-525.

⁶⁸⁰ BOUSSAROQUE, Pierre; LEMÉTAYER, David. *L'immunité souveraine*, p. 30.

9. A SENTENÇA DO TIJ E SEU DESCUMPRIMENTO PELA ITÁLIA

O TIJ concluiu que a Itália havia violado a imunidade de jurisdição da Alemanha ao permitir que processos iniciados por nacionais italianos contra a Alemanha por violações de DIH cometidas durante a Segunda Guerra Mundial prosseguissem, sem que a imunidade de jurisdição da Alemanha fosse reconhecida.⁶⁸¹ Além disso, o TIJ concluiu que a Itália havia violado a imunidade de jurisdição da Alemanha ao conceder o *exequatur* às decisões dos tribunais gregos.⁶⁸² Ademais, o TIJ concluiu que a Itália havia violado a imunidade de execução da Alemanha ao autorizar a inscrição da hipoteca contra a Villa Vigoni.⁶⁸³

O TIJ, então, decidiu que a Itália estava obrigada a assegurar, por meio da aprovação de legislação, ou por outro meio à sua escolha, que as decisões dos seus tribunais e demais autoridades que tiverem violado as imunidades jurisdicionais da Alemanha deixassem de produzir efeitos.⁶⁸⁴

O TIJ, assim, concluindo que a Itália havia violado suas obrigações internacionais ao não reconhecer as imunidades jurisdicionais da Alemanha, ordenou que a Itália promulgasse uma lei ou praticasse outro ato visando anular todos os efeitos das decisões proferidas pelos seus tribunais que não respeitaram as imunidades jurisdicionais da Alemanha.⁶⁸⁵

Segundo o direito internacional, o cumprimento de uma decisão do TIJ por parte do Estado contra o qual ela foi proferida é obrigatório. Isso está previsto no artigo 94 (1) da Carta da ONU.⁶⁸⁶ O Estado não pode, como estabelece o artigo 27 da CVDT, valer-se do seu direito interno para evitar o cumprimento do direito internacional.⁶⁸⁷

⁶⁸¹ Jurisdictional Immunities of the State, pp. 154-155, para. 139 (1).

⁶⁸² Jurisdictional Immunities of the State, p. 155, para. 139 (3).

⁶⁸³ Jurisdictional Immunities of the State, p. 155, para. 139 (2).

⁶⁸⁴ Jurisdictional Immunities of the State, p. 155, para. 139 (4).

⁶⁸⁵ LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour, p. 149.

⁶⁸⁶ CATALDI, Giuseppe. Immunités juridictionnelles, p. 587.

⁶⁸⁷ CATALDI, Giuseppe. Immunités juridictionnelles, pp. 587-588.

O artigo 94 (1) da Carta da ONU estabelece que: “*Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party*”.⁶⁸⁸

O artigo 59 do ETIJ também prevê a força obrigatória das decisões do TIJ para as partes do processo. A Itália, portanto, tem uma obrigação jurídica de cumpri-la.⁶⁸⁹

Mesquita destaca que as sentenças dos tribunais internacionais “revestem sempre carácter obrigatório enquanto traço inerente à natureza judicial do meio de resolução pacífica de diferendos”.⁶⁹⁰ Esse carácter obrigatório das sentenças, segundo Mesquita: “significa que a obrigação de cumprimento das sentenças se afigura uma obrigação jurídica para os sujeitos em relação aos quais é proferida – e que implica, na generalidade dos casos, um comportamento positivo da sua parte, no sentido de cumprir com o conteúdo da decisão jurisdicional”.⁶⁹¹

Os tribunais italianos começaram a aplicar a sentença do TIJ e passaram a reconhecer a imunidade de jurisdição à Alemanha em casos relativos à reparação por violações de DIH.⁶⁹²

Os tribunais italianos, incluindo a Corte de Cassação, passaram a reconhecer a imunidade da Alemanha em casos semelhantes a *Ferrini*, em cumprimento à decisão do TIJ. Ainda, o Parlamento italiano aprovou a Lei nº 5, de 14 de janeiro de 2013, com o objetivo de cumprir a decisão do TIJ, impondo aos tribunais a obrigação de reconhecer a imunidade da Alemanha nos casos em curso e futuros, e de invalidar as decisões proferidas em conflito com a decisão do TIJ.⁶⁹³

A Lei nº 5 foi promulgada pela Itália com a finalidade de aderir à Convenção da ONU e garantir o cumprimento da sentença do TIJ. O artigo 3 estabeleceu o dever dos tribunais italianos de reconhecer a imunidade de jurisdição da Alemanha em casos pendentes, nos quais ainda não havia uma

⁶⁸⁸ Charter of the United Nations.

⁶⁸⁹ MESQUITA, Maria José Rangel de. *Justiça Internacional: Lições, Parte I, Introdução*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 154.

⁶⁹⁰ MESQUITA, Maria José Rangel de. *Justiça Internacional*, p. 152.

⁶⁹¹ MESQUITA, Maria José Rangel de. *Justiça Internacional*, p. 152.

⁶⁹² Os tribunais de Florença, de Turim e a Corte de Cassação proferiram decisões aplicando a decisão do TIJ. NESI, Giuseppe. *The Quest*, pp. 188-192.

⁶⁹³ SENDER, Omri; WOOD, Michael. *Jurisdictional Immunities*, pp. 574-575.

decisão ou que havia uma decisão não definitiva, e o dever de revogar as decisões com força de coisa julgada nas quais a imunidade da Alemanha havia sido negada.⁶⁹⁴

Os tribunais italianos passaram a conceder a imunidade de jurisdição à Alemanha em casos relativos a violações de DIH, com base nessa lei,⁶⁹⁵ quando o Tribunal de Florença decidiu referir uma questão acerca da constitucionalidade da Lei nº 5 à Corte Constitucional italiana.⁶⁹⁶

A Corte Constitucional da Itália, então, proferiu a decisão nº 238, de 23 de outubro de 2014, na qual decidiu que a norma de direito internacional costumeiro relativa à imunidade do Estado, conforme ela foi interpretada pelo TIJ em *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, aplicável na ordem jurídica italiana por força do artigo 10 da Constituição italiana, teria que ser interpretada à luz do direito de acesso à justiça, previsto no artigo 24 da Constituição. Tendo em vista que o artigo 3 da Lei nº 5 impedia o acesso à justiça de nacionais italianos em razão da obrigação de se reconhecer a imunidade de jurisdição da Alemanha, mesmo em casos de violações de DIH, ele foi considerado inconstitucional pela Corte Constitucional italiana.⁶⁹⁷

Segundo a Corte Constitucional italiana, reconhecer a imunidade à Alemanha por atos que constituíram crimes de guerra ou crimes contra a humanidade configuraria uma restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça.⁶⁹⁸

A Corte Constitucional italiana entendeu que o direito de acesso à justiça era um dos princípios fundamentais da ordem jurídica italiana e que esse caráter fundamental ainda seria reforçado quando o acesso à justiça estivesse ligado a outros direitos fundamentais. Segundo a Corte Constitucional, o reconhecimento

⁶⁹⁴ Itália, Legge 14 gennaio 2013, n. 5, disponível em: https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2013/Documents/2_2013/02_LEGG E_GAZZETTA.pdf, acesso em: 9 de setembro de 2019; BOTHE, Michael. The Decision of the Italian Constitutional Court concerning the Jurisdictional Immunities of Germany, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, p. 26.

⁶⁹⁵ WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens and Sovereign Immunity*, p. 1207; Mesmo antes da aprovação da Lei No. 5/2013, a Corte de Cassação italiana já havia concedido, invocando o artigo 94 da Carta da ONU, a imunidade de jurisdição à Alemanha num caso iniciado por vítimas de crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, em cumprimento à decisão do TIJ. WEBB, Philippa. *Escalation and Interaction*, p. 219.

⁶⁹⁶ BOTHE, Michael. *The Decision*, p. 26.

⁶⁹⁷ BOTHE, Michael. *The Decision*, p. 27.

⁶⁹⁸ SENDER, Omri; WOOD, Michael. *Jurisdictional Immunities*, p. 576.

de direitos estaria intrinsicamente ligado ao reconhecimento do poder de invocá-los perante um tribunal e, por isso, haveria um conflito entre a norma de imunidade do Estado e a proteção jurídica desses direitos fundamentais. Assim, a Corte Constitucional italiana concluiu que a norma de imunidade de jurisdição do Estado, conforme interpretada pelo TIJ, não poderia ser aplicada na ordem jurídica italiana, em razão do conflito com o direito de acesso à justiça em casos de violações de direitos fundamentais.⁶⁹⁹

Ademais, a Corte Constitucional entendeu que graves violações de DIH, como a imposição de trabalho forçado e o massacre da população civil, não poderiam ser considerados atos legítimos de soberania e, por isso, não fariam jus à imunidade. Ainda, a Corte Constitucional afirmou que a concessão da imunidade de jurisdição à Alemanha em processos relativos a graves violações de normas de *jus cogens* acabaria por impor uma limitação desproporcional ao direito de acesso à justiça das vítimas, especialmente no caso em que não houvesse um meio alternativo de recurso disponível.⁷⁰⁰

A Corte Constitucional italiana acabou por declarar que o cumprimento da decisão do TIJ na ordem jurídica italiana seria inconstitucional, pois violava o direito fundamental de acesso à justiça em casos de violações de *jus cogens*.⁷⁰¹ A prática dos tribunais italianos de conceder imunidade à Alemanha em casos relativos a violações de DIH cometidas na Segunda Guerra Mundial foi, assim, interrompida pela decisão nº 238, de 2014, que declarou o artigo 3 da lei nº 5 inconstitucional.⁷⁰²

Até a decisão nº 238, a Itália cumpriu suas obrigações decorrentes da decisão do TIJ. A Corte Constitucional italiana afirmou, contudo, que o cumprimento da decisão do TIJ ensejaria uma restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça, visto que a imunidade do Estado não poderia impedir o acesso à justiça em casos envolvendo a suposta prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade pelo Estado estrangeiro.⁷⁰³

⁶⁹⁹ MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. Access to Justice, pp. 12-13.

⁷⁰⁰ FACCHINETTI, Anna. Domestic Courts, p. 11.

⁷⁰¹ FRANCIANI, Francesco. From Deference to Disobedience: The Uncertain Fate of Constitutional Court Decision No. 238/2014, Italian Yearbook of International Law, vol. 24, 2014, p. 2.

⁷⁰² WEATHERALL, Thomas. Flatow v. Iran, p. 544.

⁷⁰³ WEBB, Philippa. Escalation and Interaction, pp. 219-220.

Na decisão nº 238, a Corte Constitucional italiana entendeu por garantir o direito de acesso à justiça, conforme garantido na Constituição italiana, ao cumprimento do direito internacional.⁷⁰⁴

A decisão da Corte Constitucional italiana não questionou expressamente a decisão do TIJ, mas impediu que essa decisão gerasse efeitos na ordem jurídica italiana.⁷⁰⁵ Apesar de declarar que sua decisão não tinha como objetivo questionar a competência do TIJ para decidir acerca da existência e do conteúdo das normas de imunidades jurisdicionais do Estado, ao decidir pela inconstitucionalidade da norma que tinha como objetivo garantir o cumprimento da decisão do TIJ no ordenamento jurídico italiano, a Corte Constitucional acabou por descumprir a decisão do TIJ.⁷⁰⁶

A decisão da Corte Constitucional italiana de afastar o cumprimento da decisão do TIJ foi defendida por Cataldi.⁷⁰⁷ Por outro lado, Palchetti criticou a decisão da Corte Constitucional por não ter analisado os meios alternativos de recurso disponíveis aos requerentes.⁷⁰⁸

Palchetti defende que o acesso à justiça só seria capaz de garantir uma efetiva proteção ao direito dos requerentes se houver o exercício da jurisdição com a posterior execução das decisões. Acontece que, de acordo com o direito internacional, medidas coercitivas contra bens dos Estados estrangeiros estão sujeitas a inúmeras limitações, sendo permitidas somente quando os bens estiverem sendo usados para atividades comerciais. A Corte Constitucional italiana não se pronunciou sobre a imunidade de execução, de modo que caso a imunidade de execução da Alemanha continue a ser reconhecida, os requerentes poderiam continuar obtendo decisões condenando a Alemanha ao pagamento de compensação, mas haveria pouca chance de conseguirem

⁷⁰⁴ PALCHETTI, Paolo. Can State Action on Behalf of Victims Be an Alternative to Individual Access to Justice in Case of Grave Breaches of Human Rights, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, p. 54; Apesar da decisão nº 238/2014 da Corte Constitucional italiana, o Poder Executivo da Itália demonstra apoio à concessão da imunidade de jurisdição à Alemanha, em cumprimento da decisão do TIJ, em processos relativos a violações de DIH cometidas na Segunda Guerra Mundial. FACCHINETTI, Anna. *Domestic Courts*, p. 14; Como pontuam Sender e Wood: “*The Italian Executive agreed with Germany that it was entitled to state immunity under international law, no doubt aware that, given its past, Italy too could be exposed to massive claims if the view of its courts on state immunity were to prevail*”. SENDER, Omri; WOOD, Michael. *Jurisdictional Immunities*, p. 565.

⁷⁰⁵ WEBB, Philippa. *Escalation and Interaction*, p. 220; BOTHE, Michael. *The Decision*, p. 27.

⁷⁰⁶ MAZZESCHI, Riccardo. *Access to Justice*, p. 10.

⁷⁰⁷ CATALDI, Giuseppe. *Immunités juridictionnelles*, p. 590.

⁷⁰⁸ PALCHETTI, Paolo. *Can State Action*, p. 55.

executar essas decisões. Isso impediria uma efetiva proteção dos direitos das vítimas de violações de *jus cogens*.⁷⁰⁹

Assim, deve-se ter em mente que mesmo que a imunidade de jurisdição da Alemanha seja negada, a imunidade de execução consiste numa outra barreira à indenização das vítimas de violações de DIH.⁷¹⁰

Lauterpacht pontuou que, de toda forma, a sentença proferida contra o Estado estrangeiro por um tribunal doméstico, mesmo que não seja executada em razão da imunidade de execução do Estado, “(...) *may become the starting-point for diplomatic action or, in suitable cases, for international judicial proceedings*”.⁷¹¹

Apesar da decisão da Corte Constitucional italiana, a obrigação internacional da Itália de cumprir e implementar a decisão do TIJ permanece inalterada.⁷¹² Isso porque o Estado não pode se valer do seu direito interno para justificar o descumprimento de uma obrigação internacional, como é o caso da obrigação de cumprimento das decisões do TIJ.⁷¹³ O Estado que descumprir a sua obrigação internacional, ainda que assim o fizer com base na sua Constituição, estará praticando um ato ilícito, que enseja a responsabilidade internacional do Estado.⁷¹⁴

Assim, a não concessão da imunidade de jurisdição à Alemanha pelos tribunais italianos com base na decisão nº 238, de 2014, da Corte Constitucional italiana, em descumprimento à decisão do TIJ, constitui um ato ilícito, ensejando a responsabilidade internacional da Itália.⁷¹⁵

⁷⁰⁹ PALCHETTI, Paolo. Can State Action, pp. 55-56.

⁷¹⁰ KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne, p. 125.

⁷¹¹ LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional, p. 222.

⁷¹² SENDER, Omri; WOOD, Michael. Jurisdictional Immunities, p. 577.

⁷¹³ O TPJI, no caso *Polish Nationals*, afirmou que: “(...) *a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force*”. Permanent Court of International Justice, Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion of February 4th, 1932, P.C.I.J. Series A/B, No. 44, p. 24, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf, acesso em: 10 de setembro de 2019.

⁷¹⁴ BOTHE, Michael. The Decision, pp. 30-31; United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, acesso em: 9 de setembro de 2019.

⁷¹⁵ BOTHE, Michael. The Decision, p. 31; Como sublinha Weatherall, as decisões dos tribunais italianos considerando a sentença do TIJ incompatível com a ordem jurídica italiana, em violação do artigo 94 (1) da Carta da ONU, que determina a obrigação dos Estados membros de cumprir as decisões do TIJ em todos os casos em que eles forem partes, “*is not a desirable state*

10. A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA COMO MEIO PARA PLEITEAR COMPENSAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AOS NACIONAIS ITALIANOS PELA ALEMANHA DURANTE A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

O TIJ entendeu que as reclamações relativas à reparação dos danos causados aos nacionais italianos pelas violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial ainda poderiam ser objeto de negociação entre a Itália e a Alemanha. Assim, o TIJ indicou a proteção diplomática como meio de solução adequado para a questão.⁷¹⁶

Como destaca Bennouna, a Itália ainda poderia, por meio do exercício da proteção diplomática, adotar a reclamação dos seus nacionais e demandar a reparação pelas violações de DIH cometidas pela Alemanha. O exercício da proteção diplomática seria o último recurso para a proteção dos direitos humanos internacionalmente garantidos.⁷¹⁷

10.1. A proteção diplomática como norma de direito internacional costumeiro

A base da proteção diplomática remonta à ideia de Vattel que, em 1758, afirmou: “*Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen. The sovereign of the injured citizen must avenge the deed and, if possible, force the aggressor to give full satisfaction or punish him, since otherwise the citizen will not obtain the chief end of civil society, which is protection*”.⁷¹⁸

of affairs for international law however laudable the motivations”. WEATHERALL, Thomas. Flatow v. Iran, p. 544.

⁷¹⁶ Jurisdictional Immunities of the State, p. 144, para. 104.

⁷¹⁷ Jurisdictional Immunities of the State, Separate Opinion of Judge Bennouna, p. 177, para. 30.

⁷¹⁸ Amerasinghe afirma que a tese proposta por Vattel tornou-se a base para o exercício da proteção diplomática. AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, New York, Oxford University Press, 2008, p. 10; PELLET, Alain. Le Projet d'Articles de la C.D.I sur la Protection Diplomatique: Une Codification pour (Presque) Rien, in: KOHEN, Marcelo G., Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius

A proteção diplomática, reconhecida como parte do direito internacional costumeiro,⁷¹⁹ é o direito de um Estado de invocar a responsabilidade de outro Estado por danos causados a seus nacionais por um ato ilícito internacional praticado por este outro Estado.⁷²⁰

Amerasinghe afirma que a proteção diplomática “*is the procedure employed by the State of nationality of the injured person to secure protection of that person and to obtain reparation for the internationally wrongful act*”.⁷²¹

Como define Mora: “*Diplomatic protection consists of the invocation of responsibility between states, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, for an injury caused by an internationally wrongful act to a natural or legal person*”.⁷²²

A proteção diplomática também pode ser definida como: “*l’endossement’ par un État de la réclamation d’un particulier lésé par un fait internationalement illicite d’un autre État ou d’une organisation internationale*”.⁷²³

O TPJI, em *Panevezys-Saldutiskis Railway*, reconheceu o direito do Estado de intervir em nome de seus nacionais por meio do exercício da proteção diplomática a fim de garantir o respeito pelas normas de direito internacional.⁷²⁴

A proteção diplomática é uma norma de direito internacional costumeiro e foi qualificada como um princípio elementar do direito internacional pelo TPJI em *Mavrommatis Palestine Concessions*.⁷²⁵

Caflich, Leiden, Brill Nijhoff, 2007, p. 1133; PARLETT, Kate. Diplomatic Protection and the International Court of Justice, in: TAMS, Christian J; SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 88.

⁷¹⁹ BETTAUER, Ronald J. Settlement of the Claims of Individuals by Their Countries, *Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 2015, p. 5; ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice’s Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case, *North Carolina Journal of International Law*, vol. 33, 2008, p. 438.

⁷²⁰ CANNIZZARO, Enzo. Is There an Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in the Jurisdictional Immunities Case, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 498.

⁷²¹ AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, pp. 25-26.

⁷²² MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, p. 283.

⁷²³ DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit international public*, p. 903.

⁷²⁴ BETTAUER, Ronald. Settlement of the Claims, p. 6.

⁷²⁵ HAFNER, Gerhard. The Emancipation of the Individual from the State under International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 358, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, p. 373.

Em *Mavrommatis*, o TIJ reconheceu a existência da proteção diplomática como uma norma de direito internacional ao afirmar que: “*C’est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l’État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n’ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l’un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l’action diplomatique ou l’action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu’il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international*”.⁷²⁶

Dessa declaração do TPJI, pode-se concluir que o exercício da proteção diplomática é um direito do Estado de nacionalidade da vítima que sofreu danos pelo ato ilícito internacional praticado por outro Estado. A segunda é que, quando exercida, o Estado estaria fazendo valer seu próprio direito.⁷²⁷ Na visão clássica da proteção diplomática, o Estado exerce o seu próprio direito e não o direito do seu nacional. Essa ficção jurídica é chamada pela doutrina de “ficção Vatteliana”.⁷²⁸

Essa interpretação clássica, no sentido de que o Estado, ao exercer a proteção diplomática, estaria exercendo o seu próprio direito, é criticada pela doutrina. Segundo Frouville, a regra da nacionalidade contínua, pela qual o indivíduo tem que ter a nacionalidade do Estado no momento do dano e do exercício da proteção diplomática, e o fato de que a reparação devida ao Estado

⁷²⁶ Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A, nº 2, p. 12, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf, acesso em: 12 de setembro de 2019; Parlett sublinha que: “*The classical formulation of the doctrine of diplomatic protection is to be found in the decision of the Permanent Court in 1924 in the Mavrommatis case. The Court recognized Greece as a proper claimant against Great Britain in respect of a claim that Mavrommatis, a Greek subject, had been treated by the British authorities in Palestine in a manner incompatible with certain international obligations they were bound to observe*”. PARLETT, Kate. *Diplomatic Protection*, p. 89; A decisão do TPJI em *Mavrommatis* foi extremamente importante para delimitar os contornos da proteção diplomática. MILANO, Enrico. *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?* Netherlands Yearbook of International Law, vol. XXXV, 2004, p. 110.

⁷²⁷ PELLET, Alain. *The Second Death of Euripide Mavrommatis – Notes on the International Law Commission’s Draft Articles on Diplomatic Protection, The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, 2008, p. 35.

⁷²⁸ PETERS, Anne. *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 390.

é calculada com base no dano sofrido pelo seu nacional servem para demonstrar o equívoco dessa interpretação.⁷²⁹

Como explica Pellet, a ideia de que o Estado ao exercer a proteção diplomática estaria exercendo o “seu próprio direito” trata-se de uma ficção, posto que: (i) o fato gerador da proteção diplomática é a violação de um direito da pessoa protegida e não de um direito do Estado que exerce a proteção; (ii) o Estado não pode exercer a proteção diplomática a não ser que a pessoa protegida esgote os recursos internos, de modo que ela seria capaz de privar o Estado de exercer “seu próprio direito”, se esse fosse o caso; (iii) caso a pessoa protegida perca a nacionalidade que ela havia ao tempo da violação, o Estado não pode exercer a proteção diplomática; e, por último, (iv) a reparação devida ao Estado, à título de proteção diplomática, é calculada com base no dano sofrido pela pessoa protegida.⁷³⁰

Peters também afirma existir algumas inconsistências na presunção de que o Estado exerce o seu próprio direito na proteção diplomática. Primeiramente, o requisito do esgotamento dos recursos internos seria contraditório à essa ideia, tendo em vista que se o seu nacional não esgotasse os recursos internos disponíveis no Estado estrangeiro o seu Estado de nacionalidade perderia o seu próprio direito. O requisito da nacionalidade contínua também seria incompatível com a ideia de que o direito pertence unicamente ao Estado. Isso porque, caso o indivíduo decida mudar sua nacionalidade, nenhum Estado teria o direito de exercer a proteção diplomática.⁷³¹

Segundo Dugard: “*The exhaustion of local remedies rule, the requirement of continuous nationality and the practice of fixing damages suffered in diplomatic protection cases to accord with the loss suffered by the individual all suggest that*

⁷²⁹ FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions Préliminaires: Le Roman Inachevé de la Protection Diplomatique*, *Annuaire Français de Droit International*, vol. LIII, 2007, p. 300.

⁷³⁰ PELLET, Alain. *La Second Mort d'Euripide Mavrommatis? Notes sur le Projet de la C.D.I. sur la Protection Diplomatique*, in: *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1362; Pellet defende que o requisito do esgotamento dos recursos internos não seria conciliável com a ideia de que o Estado faz valer o seu próprio direito ao exercer a proteção diplomática, tendo em vista que a inércia do indivíduo seria capaz de impedir o exercício desse direito pertencente ao Estado. PELLET, Alain. *The Second Death*, p. 54.

⁷³¹ PETERS, Anne. *Beyond Human Rights*, p. 393.

the state's claim in diplomatic protection proceedings is at least in part that of the individual".⁷³²

Bennouna afirma que: "(...) *il n'est plus concevable aujourd'hui de maintenir intacte la nature juridique de la protection diplomatique, telle que formulée par la jurisprudence Mavrommatis. On doit, au contraire, l'adapter à l'évolution du droit international contemporain qui fait de l'individu le destinataire de normes internationales et rend l'Etat responsable, à son égard, de leur violation. En effet, en prenant fait et cause pour son ressortissant, la personne privée reprend ainsi la place qui doit être la sienne, dans la procédure de mise en oeuvre de la responsabilité, puisqu'elle a subi un préjudice immédiat en conséquence d'une acte en violation du droit international. Quant à l'Etat, il intervient sur la base du lien de nationalité, d'une relation privilégiée qui l'autorise à agir en faveur de son ressortissant afin que justice lui soit rendue*".⁷³³

Pellet propôs que a ficção estabelecida em *Mavrommatis* fosse abandonada e que a proteção diplomática fosse definida da seguinte forma: "*Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or to other means of peaceful settlement by a State which maintains that the rights of its national have been violated by the internationally wrongful act of another State*".⁷³⁴

O artigo 1 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* estabelece que a proteção diplomática "*consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility*".⁷³⁵

A CDI considera a proteção diplomática como sendo um mecanismo que visa assegurar a responsabilidade do Estado por dano cometido ao nacional de outro Estado, decorrente de um ato ilícito internacional. A proteção diplomática

⁷³² DUGARD, John. Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, Australian Year Book of International Law, vol. 24, 2005, p. 78.

⁷³³ BENNOUNA, Mohamed. La Protection Diplomatique, un Droit de L'État?, in: Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie, Bruxelles, Bruylant, vol. I, 1998, p. 249.

⁷³⁴ PELLET, Alain. The Second Death, p. 51.

⁷³⁵ United Nations, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, p. 26, disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

pode ser exercida pelo Estado de nacionalidade do indivíduo lesado pelos meios pacíficos de solução de controvérsias.⁷³⁶

Em *Diallo*, o TIJ reconheceu que o artigo 1 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* codificou o direito internacional costumeiro.⁷³⁷

Condorelli pontua que, na definição de proteção diplomática do artigo 1 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection*, “le ‘droit propre’ de l’Etat protecteur, qui était le protagoniste absolu de la célèbre ‘définition Mavrommatis’ de 1924 (mais aussi, et même encore plus, de la définition ‘Barcelona Traction’ de 1970) n’apparaît plus sur scène”.⁷³⁸

O artigo 1 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* deixou aberta a questão se o Estado, ao exercer a proteção diplomática, estaria exercendo seu próprio direito, o direito do seu nacional ou ambos.⁷³⁹

Segundo Pellet, a definição de proteção diplomática adotada pela CDI parece indicar que, no exercício da proteção diplomática, os Estados estariam atuando, ao mesmo tempo, em seu próprio nome e em nome de seus nacionais.⁷⁴⁰

O TIJ, em *Interhandel*, pontuou que em casos de proteção diplomática o Estado adota a causa do seu nacional, cujo direito tenha sido violado por outro Estado, em razão de um ato ilícito internacional praticado por este último.⁷⁴¹

Baptista defende que: “Na realidade, sempre foi relativamente claro que o Estado exercia a proteção diplomática em nome do particular, mesmo que no

⁷³⁶ KNIGHT, Stephen J; O'BRIEN, Angus J. Case Note: Ahmadou Sadio Diallo, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9, 2008, p. 160.

⁷³⁷ FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou*, p. 304.

⁷³⁸ CONDORELLI, Luigi. *Protection diplomatique réussie et réparation due: Une glose*, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 483.

⁷³⁹ HAFNER, Gerhard. *The Emancipation*, p. 392.

⁷⁴⁰ PELLET, Alain. *The Second Death*, p. 52; Forlati questiona se, em razão da evolução do direito internacional, com a atribuição de direitos aos indivíduos na ordem jurídica internacional, o Estado ao exercer a proteção diplomática não estaria agindo na qualidade de representante do particular lesado. FORLATI, Serena. *Protection Diplomatique, Droits de l'Homme et Reclamations “Directes” Devant la Cour Internationale de Justice: Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda*, *Revue Generale de Droit International Public*, Tome CXI, 2007, p. 99.

⁷⁴¹ United Nations, International Law Commission, *First report on diplomatic protection*, by Mr. John R. Dugard, *Special Rapporteur*, p. 221, para. 64, disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf, acesso em: 20 de outubro de 2019; *Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: I.C.J. Reports 1959*, p. 27, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/34/034-19590321-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 20 de outubro de 2019.

passado se entendesse que o Estado tinha igualmente um direito subjectivo no respeito dos direitos deste”.⁷⁴²

Assim, a visão clássica de que o Estado estaria exercendo seu próprio direito é amplamente contestada. Não há dúvida de que é o Estado quem tem um direito processual de exercer a proteção diplomática, direito esse que é exercido quando ele adota a reclamação do seu nacional, que foi quem teve seu direito material violado pelo ato ilícito internacional praticado pelo Estado estrangeiro.⁷⁴³ Isso foi reconhecido pelo TIJ, em *LaGrand*, ao concluir que o artigo 36 (1) da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares criava direitos individuais que poderiam ser invocados no TIJ pelo Estado de nacionalidade da pessoa detida.⁷⁴⁴

A interpretação moderna da proteção diplomática considera que existem dois direitos: um direito do indivíduo, que é o direito de reparação decorrente do ato ilícito praticado pelo Estado estrangeiro; e um direito do Estado de nacionalidade do indivíduo, que é o direito do Estado de garantir o respeito pelo direito internacional na pessoa dos seus nacionais, no qual se funda seu interesse de agir.⁷⁴⁵

A proteção diplomática confirma que o indivíduo é titular de direitos conferidos pelo direito internacional, visto que o Estado de nacionalidade invoca justamente a responsabilidade internacional do Estado que violou, por um ato ilícito internacional, os direitos do seu nacional.⁷⁴⁶ Assim, o Estado exerce o seu direito processual de proteção diplomática ao adotar a reclamação do seu nacional, de modo que, em última análise, seria o direito material violado do seu nacional que está sendo reclamado contra o Estado responsável.⁷⁴⁷

⁷⁴² BAPTISTA, Eduardo Correia. Direito Internacional Público, Vol. II, p. 245.

⁷⁴³ MERON, Theodor. International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 301, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p. 311.

⁷⁴⁴ *LaGrand* (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 494, para. 77, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁷⁴⁵ FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou*, p. 301.

⁷⁴⁶ CONDORELLI, Luigi. Protection Diplomatique, p. 485; O indivíduo é beneficiário da proteção diplomática. NAVARRO, Elena Crespo. El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Protección Diplomática: La Protección de las Personas Físicas, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, No.1 (Enero-Junio 2005), p. 229.

⁷⁴⁷ PETERS, Anne. *Beyond Human Rights*, p. 389.

10.2. A proteção diplomática como “último recurso”

Os indivíduos têm duas possibilidades de conseguir, diretamente, responsabilizar um Estado estrangeiro e garantir reparação por danos decorrentes de violações de direito internacional cometidas por esse Estado. A primeira seria por meio de tribunais ou organismos internacionais, como o TEDH. A segunda, por meio dos tribunais nacionais, em casos em que o Estado estrangeiro não faça jus à imunidade de jurisdição.⁷⁴⁸

Ocorre que o reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro pelo tribunal nacional faz com que o requerente dependa da proteção diplomática, cujo exercício está sujeito à discricionariedade do seu Estado de nacionalidade, na ausência de qualquer outro mecanismo internacional, para pleitear reparação ao Estado estrangeiro.⁷⁴⁹

A proteção diplomática, ainda que objeto de críticas por reduzir o direito internacional a um direito interestatal, consiste num mecanismo que permite colocar em prática a responsabilidade internacional do Estado e permitir que os particulares, vítimas de violações de direito internacional, obtenham reparação pelos danos resultantes dessas violações.⁷⁵⁰

A proteção diplomática mostra-se como um mecanismo útil caso não exista um mecanismo de proteção de direitos humanos à disposição para que o indivíduo lesado por uma violação de direito internacional possa pleitear reparação contra o Estado responsável pelo ato ilícito, permitindo ao Estado de nacionalidade da vítima agir em seu nome.⁷⁵¹

Como afirma Amerasinghe, a proteção diplomática não pode ser considerada ultrapassada simplesmente porque, atualmente, existem mecanismos específicos de proteção dos direitos humanos que garantem acesso aos indivíduos, como o TEDH. Isso porque existem situações nas quais

⁷⁴⁸ HAFNER, Gerhard. *Accountability and Immunity*, p. 237.

⁷⁴⁹ KEITNER, Chimène I. *Germany v. Italy*, p. 172; Como destaca Hafner: “*States are widely protected by their state immunity against proceedings instituted by individuals before foreign courts. In such cases, individuals depend on the willingness of their own states to exercise diplomatic protection*”. HAFNER, Gerhard. *Accountability and Immunity*, p. 237.

⁷⁵⁰ PELLET, Alain. *Le Projet d'Articles*, pp. 1134-1135.

⁷⁵¹ PELLET, Alain. *Le Projet d'Articles*, p. 1136.

os indivíduos não possuem um meio para pleitear reparação a não ser pelo direito do seu Estado de nacionalidade de protegê-los por meio do exercício da proteção diplomática.⁷⁵²

No caso de inexistência de mecanismos internacionais à disposição para que indivíduos possam demandar seus direitos humanos violados contra um Estado estrangeiro, o exercício pelo seu Estado de nacionalidade da proteção diplomática passa a representar um mecanismo não só útil, como insubstituível, para garantir o respeito dos direitos humanos.⁷⁵³

No estado atual do direito internacional, é possível afirmar que os indivíduos têm direitos, garantidos pelo direito internacional, oponíveis aos Estados estrangeiros que, caso violados, dão ensejo ao dever de reparação, decorrente da responsabilidade internacional do Estado. Ocorre que, como os indivíduos geralmente não têm legitimidade para reivindicar os seus direitos no plano internacional contra o Estado estrangeiro responsável pelas violações de direito internacional, os indivíduos dependem do exercício da proteção diplomática pelo seu Estado de nacionalidade para obterem reparação pelos danos sofridos.⁷⁵⁴

O direito internacional permite que, em casos nos quais indivíduos fiquem impossibilitados de obter reparação perante tribunais nacionais, seu Estado de nacionalidade exerça a proteção diplomática em seu favor para que o conflito seja resolvido no plano internacional.⁷⁵⁵

Dugard, Relator Especial da CDI para a proteção diplomática, defendeu que a proteção diplomática continua sendo um instrumento efetivo para a proteção dos direitos humanos.⁷⁵⁶

Como ressalta Crawford, a proteção diplomática ainda hoje continua a ser exercida, inclusive com um número considerável de casos iniciados no TIJ por meio do exercício da proteção diplomática.⁷⁵⁷

⁷⁵² AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 6.

⁷⁵³ CONDORELLI, Luigi. Protection Diplomatique, p. 486; PALCHETTI, Paolo. Can State Action, p. 58; PETERS, Anne. Beyond Human Rights, p. 393.

⁷⁵⁴ PETERS, Anne. Beyond Human Rights, p. 388.

⁷⁵⁵ MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, p. 283.

⁷⁵⁶ First report on diplomatic protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur, p. 215, para. 32.

⁷⁵⁷ CRAWFORD, James. The ILC's Articles on Diplomatic Protection, South African Yearbook of International Law, vol 31, 2006, p. 22.

A proteção diplomática continua sendo útil quando a disputa entre um Estado e um estrangeiro não pôde ser resolvida nos tribunais desse Estado e o estrangeiro não consegue internacionalizar a disputa por si próprio, de forma que seu Estado de nacionalidade adota sua reclamação e a disputa transforma-se numa disputa entre Estados no plano internacional.⁷⁵⁸

Inclusive, um dos argumentos em defesa da imunidade do Estado no caso da prática de crimes internacionais é que esses casos deveriam ser solucionados no nível interestatal e não nos tribunais nacionais.⁷⁵⁹ Segundo Tomuschat: *“The judgment of the ICJ is justified not only from the isolated viewpoint of the classic rule of immunity, but also when viewed within a larger framework of systemic considerations underlying the immunity regime which, far from bestowing an illegitimate privilege on wrong doing states, guarantees that the reparation of damage unlawfully caused proceeds in an orderly fashion, protecting the interests of all victims by ensuring equality and non-discrimination”*.⁷⁶⁰

Mesmo com a criação de mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, nos quais os indivíduos podem apresentar sua reclamação contra o Estado responsável pelas violações de seus direitos sem que sua reclamação tenha que ser adotada por seu Estado de nacionalidade, como o TEDH, o Comitê de Direitos Humanos da ONU e o TIDH (ainda que por intermédio da CIDH), a proteção diplomática continua a exercer um importante papel na proteção dos direitos humanos.⁷⁶¹ Segundo Amerasinghe: *“As long as the State remains the dominant actor in international relations, the espousal of*

⁷⁵⁸ KOOIJMANS, Pieter H. Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?, in: Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Tomo III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 1976.

⁷⁵⁹ DEL MAR, Katherine. The Effects of Framing, p. 150.

⁷⁶⁰ TOMUSCHAT, Christian. The Case of Germany, p. 88; Tomuschat defende que os tribunais nacionais não seriam o meio adequado para lidar com a questão das reparações de guerra: *“The national judges of a victim country are generally ill-suited to administer justice in an impartial and objective way”* e *“(…) the courts would have great difficulty trying to cope with hundreds, thousands, or perhaps even millions of private claims”*. TOMOUSCHAT, Christian. The International Law, p. 1131; Na visão de Gattini, a questão das reparações de guerra seria resolvida de maneira mais justa e eficiente por meio de acordos interestatais, vez que, no caso de violações generalizadas, às quais envolvam um grande número de reclamações, ações judiciais individuais não constituiriam um meio eficiente nem satisfatório para a reparação das vítimas. GATTINI, Andrea. The Dispute, pp. 194-195.

⁷⁶¹ KOOIJMANS, Pieter H. Is the Right, p. 1976.

*claims by States for the violation of the rights of their nationals remains a most effective remedy for the protection of human rights”.*⁷⁶²

Dugard pontua que ao mesmo tempo que o direito internacional confere direitos aos indivíduos, os recursos disponíveis para fazer valer esses direitos são limitados.⁷⁶³ A proteção diplomática é um mecanismo extremamente útil para casos em que os indivíduos não possuam mecanismos para pleitear os seus direitos violados.⁷⁶⁴

Por outro lado, o entendimento no sentido de que a proteção diplomática seria o último recurso para buscar reparação às vítimas também recebeu críticas por parte da doutrina. Na opinião de McGregor, a proteção diplomática não pode ser considerada como um meio de recurso alternativo efetivo para que a vítima possa obter uma reparação, posto que, de acordo com o direito internacional, o exercício da proteção diplomática é um poder discricionário do Estado e, assim, o indivíduo teria que, primeiramente, convencer seu Estado de nacionalidade a apresentar uma reclamação em seu nome.⁷⁶⁵

Apesar da proteção diplomática configurar um meio de recurso alternativo, em razão da discricionariedade concedida ao Estado, às vítimas raramente é garantido um meio alternativo efetivo para que elas possam pleitear compensação pelos danos sofridos em razão de atos ilícitos praticados pelo Estado estrangeiro.⁷⁶⁶

Krajewski e Singer ressaltam que: *“At the end of the day, the ICJ referred these victims to the traditional means of diplomatic protection which requires the victims of a violation of human rights to pursue their claims through their home state. Yet, this avenue can be inadequate as shown in the present case: first, diplomatic protection does not provide for a proper alternative to judicial proceedings because diplomatic protection is exercised at the discretion of the state. Victims will have to resort to political pressure which may or may not be successful. Secondly, the home state may not be the best guardian of the interests*

⁷⁶² AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, pp. 73, 77-78.

⁷⁶³ DUGARD, John. Diplomatic Protection, p. 77.

⁷⁶⁴ CONDORELLI, Luigi. Protection Diplomatique.

⁷⁶⁵ MCGREGOR, Lorna. Torture and State Immunity, pp. 906, 908.

⁷⁶⁶ MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities, pp. 283-284.

of its citizens if it fears repercussions regarding its own potential violations of human rights and fundamental norms of international law".⁷⁶⁷

De todo modo, os nacionais italianos, em razão da sentença do TIJ, em *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, dependem do exercício da proteção diplomática pela Itália em seu nome para conseguirem obter reparação pelos danos decorrentes das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.⁷⁶⁸

Quando um Estado viola suas obrigações internacionais e causa danos a um indivíduo estrangeiro, o Estado de nacionalidade desse indivíduo pode, desde que certas condições estejam presentes, exercer a proteção diplomática e demandar reparação ao Estado responsável pela violação de direito internacional. Os dois Estados podem iniciar negociações ou levar a questão para decisão de um tribunal arbitral ou do próprio TIJ, por exemplo.⁷⁶⁹

10.3. O escopo material da proteção diplomática

O TIJ concluiu pela extensão do campo de aplicação da proteção diplomática aos direitos humanos garantidos internacionalmente ao afirmar que: *"Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope ratione materiae of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, inter alia, internationally guaranteed human rights"*.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. *Should Judges Be*, pp. 31-32.

⁷⁶⁸ Palchetti afirma que: *"The only reasonable alternative to individual access to justice appears to lie in the initiatives that the Italian Government can take (...)"*. PALCHETTI, Paolo. *Can State Action*, p. 57.

⁷⁶⁹ BETTAUER, Ronald. *Settlement of the Claims*, p. 4.

⁷⁷⁰ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 599, para. 39, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019; Em *LaGrand e Avena*, o TIJ já havia afirmado que "direitos individuais" podiam ser objeto do exercício da proteção diplomática, mas em *Diallo* o TIJ foi além. KNIGHT, Stephen J; O'BRIEN, Angus J. *Case Note: Ahmadou Sadio Diallo*, p. 161.

Assim, em *Diallo*, o TIJ concluiu que, em razão da evolução material do direito internacional no domínio dos direitos humanos, o escopo *ratione materiae* da proteção diplomática – originalmente limitado às violações do padrão mínimo de tratamento dos estrangeiros – havia sido alargado para abranger casos de violações dos direitos humanos internacionalmente garantidos.⁷⁷¹

Em *Diallo*, o TIJ adotou a definição de proteção diplomática do artigo 1 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* e afirmou que sua aplicação *ratione materiae* se estende à proteção dos direitos humanos internacionalmente garantidos.⁷⁷²

Em razão da decisão do TIJ, não há dúvidas que a proteção diplomática pode ser exercida a fim de pleitear reparação por danos decorrentes da violação de direitos humanos protegidos pelo direito internacional e, conseqüentemente, da violação do DIH.⁷⁷³

A proteção diplomática serve como um importante mecanismo na proteção dos direitos humanos. Como pontua Meron: “*Were diplomatic protection not available for aliens suffering injuries constituting human rights violations (unfair imprisonment or inhumane treatment, for example), there might be no remedy for those aliens with no access to a human rights body*”.⁷⁷⁴

10.4. Requisitos para o exercício da proteção diplomática

⁷⁷¹ CONDORELLI, Luigi. *Protection Diplomatique*, p. 484; *Diallo* havia sido objeto de uma detenção arbitrária no Congo, onde foi privado do seu direito de proteção consular e posteriormente expulso do país, tendo sido privado de seus direitos de propriedade, enquanto sócio de duas sociedades constituídas nesse país. FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou*, p. 296; CANNIZZARO, Enzo. *Is There an Individual*, p. 499; KNIGHT, Stephen J; O'BRIEN, Angus J. *Case Note: Ahmadou Sadio Diallo*, p. 161; BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. II, p. 243; MATEU, Helena Torroja. *La “Protección Diplomática” de los “Derechos Humanos” de los Nacionales en el Extranjero: Situaciones Jurídicas Subjetivas en Tensión?*, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, p. 211; LE BRIS, Catherine. *Vers la “Protection Diplomatique” des Non-Nationaux Victimes de Violation des Droits de l'Homme?*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, N° 89, 1er Janvier 2012, p. 330.

⁷⁷² GAJA, Giorgio. *Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique?*, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 491; FORLATI, Serena. *Protection Diplomatique*, p. 94.

⁷⁷³ FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou*, p. 326.

⁷⁷⁴ MERON, Theodor. *International Law*, p. 310.

Os requisitos para o exercício da proteção diplomática são: a existência de um ato ilícito internacional em decorrência do qual um dano foi causado à vítima, a contínua nacionalidade da vítima e o esgotamento dos recursos internos.⁷⁷⁵

O dano causado à vítima deve ter tido origem num ato ilícito internacional, ou seja, numa violação do direito internacional, atribuído a um Estado estrangeiro.⁷⁷⁶

Não há dúvidas acerca da ilicitude das atrocidades cometidas pela Alemanha contra os nacionais italianos, que constituíram graves violações de DIH, nem sobre a responsabilidade da Alemanha por esses atos, vez que o próprio Estado alemão reconheceu sua responsabilidade por esses atos ilícitos.⁷⁷⁷

Além da existência de um ato ilícito internacional atribuído a um Estado estrangeiro, duas condições devem ser satisfeitas para que o Estado possa exercer a proteção diplomática: a pessoa, em benefício da qual a proteção diplomática será exercida, (i) deve ter a nacionalidade do Estado que vai adotar a sua reclamação e (ii) deve ter esgotado os recursos internos disponíveis no ordenamento jurídico do Estado responsável pelo ato ilícito internacional.⁷⁷⁸

10.4.1. Nacionalidade

⁷⁷⁵ BETTAUER, Ronald. Settlement of the Claims, p. 13.

⁷⁷⁶ BETTAUER, Ronald. Settlement of the Claims, p. 6; Como Weatherall ensina: “*The international responsibility of the State arises from an act that is attributable to the State under international law which constitutes a breach of an international obligation of the State*”. WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens and Sovereign Immunity, p. 1202; AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 225.

⁷⁷⁷ YANG, Xiaodong. Absolute Immunity, p. 283; SENDER, Omri; WOOD, Michael. Jurisdictional Immunities, p. 566; O TPJI, em *Chorzów Factory*, estabeleceu o dever de reparação do Estado responsável por uma violação do direito internacional. Permanent Court of International Justice, Case Concerning the Factory at Chorzów (Jurisdiction), Series A, nº 9, p. 21, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf, acesso em: 18 de setembro de 2019.

⁷⁷⁷ FROUVILLE, Olivier de. Affaire Ahmadou, p. 306.

⁷⁷⁸ DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. Droit international public, p. 903.

Apenas o Estado da nacionalidade da vítima estaria apto a exercer a proteção diplomática. A vítima deve ser um nacional do Estado de forma contínua desde o momento do dano sofrido.⁷⁷⁹

Segundo Parlett: “*Consistent with the Vattelian fiction that an injury to a national of a state constitutes an injury to the state itself, the basic requirement is that a state can only assert a right of diplomatic protection in respect of its own nationals*”.⁷⁸⁰

O TPJI, em *Panevezys-Saldutiskis Railway*, afirmou que: “*(...) it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged*”.⁷⁸¹

Le Bris destaca que o vínculo gerado pela nacionalidade do indivíduo lesado é um requisito essencial para que o Estado possa exercer a proteção diplomática em seu benefício.⁷⁸²

O requisito da nacionalidade decorre do “princípio Mavrommatis”, formulado pelo TPJI, de forma que um Estado só pode exercer a proteção diplomática em favor de um nacional. O indivíduo deve ter a nacionalidade do Estado tanto no momento do dano causado pela conduta atribuída ao Estado estrangeiro, quanto ao tempo do exercício da proteção diplomática.⁷⁸³

O requisito da nacionalidade contínua está previsto no artigo 5 (1) dos *Draft Articles on Diplomatic Protection*, que estabelece que: “*A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that*

⁷⁷⁹ BETTAUER, Ronald. Settlement of the Claims, p. 6; Não trataremos sobre as questões específicas da proteção diplomática de pessoas coletivas, tendo em vista que somente a proteção diplomática das pessoas naturais interessa ao presente estudo, que se restringe à possibilidade de exercício da proteção diplomática em favor dos nacionais italianos vítimas das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Para uma análise sobre as peculiaridades da proteção diplomática das pessoas coletivas, ver: ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. Foreign Investors, p. 450 e seguintes; Sobre o requisito da nacionalidade em relação a pessoas coletivas, ver: DENZA, Eileen. Nationality and Diplomatic Protection, Netherlands International Law Review, Vol. 65, 2018, pp. 465-466; PELLET, Alain. Le Projet d’Articles, p. 1142 e seguintes.

⁷⁸⁰ PARLETT, Kate. Diplomatic Protection, p. 96.

⁷⁸¹ Permanent Court of International Justice, The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Series A/B nº 76, p. 16, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf, acesso em: 20 de outubro de 2019.

⁷⁸² LE BRIS, Catherine. Vers la “Protection Diplomatique”, p. 332.

⁷⁸³ PARLETT, Kate. Diplomatic Protection, pp. 89-91; DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. Droit international public, p. 904.

State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates".⁷⁸⁴

Os *Draft Articles on Diplomatic Protection* estabelecem uma exceção a esse requisito em caso de refugiados e apátridas.⁷⁸⁵ Essa disposição, contudo, não visa codificar o direito internacional costumeiro e sim buscar o desenvolvimento progressivo do direito internacional. Trata-se, portanto, de *lege ferenda*, como declararam os tribunais britânicos.⁷⁸⁶

O direito do Estado de exercer a proteção diplomática depende da nacionalidade do indivíduo lesado, de modo que, em regra, o Estado só pode exercer a proteção diplomática em benefício dos seus nacionais.⁷⁸⁷

Quando o indivíduo tem dupla nacionalidade, nenhum dos Estados de nacionalidade pode exercer a proteção diplomática contra o outro.⁷⁸⁸ Essa regra está estabelecida no artigo 4 da Convenção da Haia de 1930, que estabelece: "*A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against another State whose nationality such person also possesses*".⁷⁸⁹

Apesar dessa proibição, prevista no artigo 4 da Convenção da Haia de 1930, o artigo 7 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* permite o exercício da proteção diplomática contra um outro Estado de nacionalidade, desde que a nacionalidade do Estado exercendo a proteção diplomática seja predominante.⁷⁹⁰

De toda forma, segundo Amerasinghe, a proibição de exercício da proteção diplomática contra um outro Estado de nacionalidade do indivíduo ainda prevalece no direito internacional.⁷⁹¹

⁷⁸⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p. 31.

⁷⁸⁵ LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique", p. 332.

⁷⁸⁶ LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique", pp. 332-333.

⁷⁸⁷ AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 91.

⁷⁸⁸ DENZA, Eileen. Nationality and Diplomatic Protection, p. 468.

⁷⁸⁹ Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, disponível em: <http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf>, acesso em: 20 de outubro de 2019.

⁷⁹⁰ DUGARD, John. Diplomatic Protection, p. 87; DENZA, Eileen. Nationality and Diplomatic Protection, p. 478.

⁷⁹¹ AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 106; Nesse mesmo sentido: DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. Droit international public, p. 905.

Em regra, cabe ao Estado determinar os critérios para obtenção da nacionalidade, vez que esse assunto estaria no domínio reservado dos Estados.⁷⁹² No entanto, o direito internacional parece limitar um pouco o direito do Estado ao não reconhecer naturalizações em todas as circunstâncias, como no caso de aquisição fraudulenta da naturalização, por exemplo.⁷⁹³

Em *Nottebohm*, caso de proteção diplomática iniciado por Liechtenstein em benefício de Nottebohm – que havia adquirido a nacionalidade de Liechtenstein por naturalização sem nunca ter residido habitualmente neste país – contra a Guatemala, o TIJ entendeu que, de um lado, não havia uma ligação efetiva entre Nottebohm e Liechtenstein e, de outro, havia uma forte ligação entre esse indivíduo e a Guatemala, tendo em vista que ele havia residido neste último Estado por 34 anos.⁷⁹⁴ Segundo o TIJ, a aquisição da nacionalidade de Liechtenstein por Nottebohm tinha como único objetivo a sua proteção por este Estado e, por isso, a Guatemala não estaria obrigada a reconhecer a nacionalidade concedida nessas circunstâncias. Por essa razão, o TIJ concluiu que Liechtenstein não tinha o direito de exercer a proteção diplomática em benefício de Nottebohm contra a Guatemala.⁷⁹⁵

A decisão do TIJ em *Nottebohm* não deve ser interpretada como estabelecendo uma norma geral requerendo uma ligação efetiva entre o Estado e o indivíduo para a concessão da nacionalidade. O TIJ não se pronunciou de maneira geral sobre o *status* da nacionalidade de Liechtenstein de Nottebohm, mas limitou-se a se pronunciar sobre o *status* da sua nacionalidade em relação à Guatemala.⁷⁹⁶ Em razão das peculiaridades do caso, Amerasinghe afirma que: “(...) *it is difficult to conclude that the case is authority for the proposition that the nationality of a person who has the claimant State’s nationality must always be an effective one based on a ‘genuine link’, as described by the court*”.⁷⁹⁷

⁷⁹² AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 92.

⁷⁹³ AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 93.

⁷⁹⁴ AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 114.

⁷⁹⁵ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 25, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 18 de setembro de 2019.

⁷⁹⁶ AMERASINGHE, Chittharanjan F. Diplomatic Protection, p. 94; Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, pp. 29-30, para. 5.

⁷⁹⁷ De acordo com Amerasinghe: “*The ‘effective or genuine link’ principle as enunciated in the Nottebohm Case is at least limited to situations where, firstly, the person concerned has no genuine or effective connection with the claimant State and, secondly, where his connection with the respondent State is clearly genuine and more effective even though he may not have the*

10.4.2. Esgotamento dos recursos internos

O TIJ afirmou, em *Interhandel*, que o esgotamento dos recursos internos constitui um requisito essencial para o exercício da proteção diplomática. O TIJ pontuou que: “*The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system*”.⁷⁹⁸

O artigo 14 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* codificou a norma de direito internacional costumeiro segundo à qual o exercício da proteção diplomática requer o esgotamento dos recursos internos disponíveis no Estado responsável pelo ato ilícito internacional pelo indivíduo lesado.⁷⁹⁹

A proteção diplomática só pode ser exercida caso a vítima tenha esgotado todos os recursos internos, ou seja, após o indivíduo ter utilizado todos os recursos judiciais ou administrativos à sua disposição no Estado responsável pelo ato ilícito. Essa regra teria algumas exceções. De acordo com os *Draft Articles on Diplomatic Protection* ela seria considerada como satisfeita caso: (i) não haja nenhuma recurso interno disponível para apresentar uma reclamação; (ii) haja uma demora excessiva e injustificada no julgamento da reclamação e que essa demora seja atribuída ao Estado responsável; (iii) não haja uma conexão relevante entre a vítima e o Estado responsável; (iv) a vítima tenha sido

nationality of that State. Not only is the second requirement a necessary feature of the rule but it is clear that relevance of a genuine link becomes one based on a comparison between the person's relationship with the respondent State and the claimant State”. AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, pp. 115-116.

⁷⁹⁸ *Interhandel Case*, p. 27.

⁷⁹⁹ NAVARRO, Elena Crespo. *El Proyecto*, p. 233.

impedida de fazer uso dos recursos internos para apresentar sua reclamação; ou (v) o Estado responsável tenha renunciado, explícita ou implicitamente, a esse requisito.⁸⁰⁰

O requisito do esgotamento dos recursos internos tem como objetivo possibilitar que o Estado responsável pela violação cumpra suas obrigações internacionais em relação ao particular por meio do seu direito interno, antes que o Estado da nacionalidade da vítima pudesse exercer a proteção diplomática.⁸⁰¹

Segundo Frouville: *“La raison en est que la condition d’épuisement est essentiellement comprise comme une règle procédurale qui, traduisant le principe de subsidiarité, a pour objectif de laisser à l’État une chance de réparer le préjudice dans son ordre interne, avant d’en recourir aux instances internationales”*.⁸⁰²

O propósito do requisito do esgotamento dos recursos internos, segundo o TIJ, seria garantir que o Estado que violou os direitos do estrangeiro tenha a oportunidade de reparar os danos causados por seus próprios meios, dentro da estrutura do seu próprio sistema jurídico.⁸⁰³

Da mesma forma, Amerasinghe destaca que: *“In the modern law of diplomatic protection the raison d’être of the rule is the recognition given by members of the international community to the interest of the host State, flowing from its sovereignty, in settling international disputes of a certain kind by its own means before international mechanisms are invoked”*.⁸⁰⁴

O esgotamento dos recursos internos pela pessoa que foi vítima de um ato ilícito praticado pelo Estado estrangeiro é, portanto, um requisito para o exercício da proteção diplomática.⁸⁰⁵ Por “recursos internos” entende-se os recursos jurídicos – judiciais ou administrativos – disponíveis à pessoa lesada no Estado responsável pela prática do ato ilícito.⁸⁰⁶

⁸⁰⁰ BETTAUER, Ronald. Settlement of the Claims, p. 7; Em relação à exceção ao esgotamento dos recursos internos em razão da inexistência de conexão relevante entre a vítima e o Estado responsável, Pellet pontua que não se sabe ao certo se essa disposição se trata de codificação do direito internacional costumeiro ou de desenvolvimento progressivo. PELLET, Alain. Le Projet d’Articles, p. 1141.

⁸⁰¹ PELLET, Alain. Le Projet d’Articles, pp. 1140-1141.

⁸⁰² FROUVILLE, Olivier de. Affaire Ahmadou, p. 308.

⁸⁰³ ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. Foreign Investors, p. 445; Interhandel Case, p. 27.

⁸⁰⁴ AMERASINGHE, Chitharanjan F. Diplomatic Protection, p. 142.

⁸⁰⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. Direito Internacional Público, Vol. II, p. 244.

⁸⁰⁶ ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. Foreign Investors, p. 444.

Os recursos internos incluem tanto os recursos judiciais e administrativos, mas compreendem somente aqueles que produzam uma decisão vinculante, excluindo, dessa forma, reclamações de natureza puramente política, como ocorre com os pedidos de indulto, por exemplo.⁸⁰⁷

O artigo 14 (2) dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* definiu “recursos internos” como sendo: “*legal remedies which are open to the injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury*”.⁸⁰⁸

O requisito do esgotamento dos recursos internos prevê que os recursos devem ser efetivos ou adequados ao objeto da demanda, de modo que recursos ineficazes não precisam ser esgotados.⁸⁰⁹ Assim, o requisito do esgotamento dos recursos internos não se aplica quando não existem recursos internos disponíveis ao estrangeiro ou quando esses são ineficazes.⁸¹⁰

A demora injustificada na administração da justiça pelos tribunais pode, por exemplo, configurar uma exceção à regra do esgotamento dos recursos internos.⁸¹¹

De acordo com o TIJ, primeiramente, cabe ao requerente demonstrar que os recursos internos foram esgotados ou, alternativamente, demonstrar que, em razão de circunstâncias excepcionais, seu nacional, em relação ao qual a proteção diplomática está sendo exercida, estaria isento da obrigação de esgotar os recursos internos no Estado requerido. Por sua vez, caberia ao requerido convencer o TIJ que havia recursos internos efetivos disponíveis ao nacional do Estado requerente no seu sistema jurídico doméstico, que não foram esgotados.⁸¹²

Em *Elettronica Sicula*, o TIJ afirmou que para que o requisito do esgotamento dos recursos internos seja cumprido, bastaria que uma reclamação – contendo a essência da reclamação objeto da proteção diplomática – tenha

⁸⁰⁷ NAVARRO, Elena Crespo. El Proyecto, pp. 233-234; Amerasinghe ressalta que: “(...) *remedies which would result in a non-binding recommendation given by the deciding body to an executive organ of the host or respondent State seem to be excluded from those which must be exhausted*”. AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, p. 146.

⁸⁰⁸ *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, p. 44.

⁸⁰⁹ AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, p. 151.

⁸¹⁰ DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit international public*, p. 908.

⁸¹¹ AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, p. 157.

⁸¹² Ahmadou Sadio Diallo, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 600, para. 44.

sido apresentada perante os tribunais domésticos competentes e que todos os recursos permitidos pela lei local tenham sido exauridos, sem êxito.⁸¹³

A proteção diplomática, portanto, tem caráter subsidiário, posto que um Estado não pode exercer a proteção diplomática antes que o particular, vítima de um ato ilícito internacional, esgote os recursos internos disponíveis no Estado responsável por esse ato.⁸¹⁴

10.5. Proteção diplomática como um direito do Estado e não um dever

O TIJ afirmou que o Estado tem discricionariedade para exercer ou não a proteção diplomática e, portanto, não está obrigado a exercê-la.⁸¹⁵ Esse poder discricionário do Estado foi reconhecido pelo TIJ em *Barcelona Traction*. Segundo o TIJ: “*The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case*”.⁸¹⁶

O entendimento que ainda hoje prevalece é no sentido de que o Estado tem o direito de exercer a proteção diplomática em benefício do seu nacional, mas não tem a obrigação de exercê-la.⁸¹⁷

A CDI também destacou que o Estado tem o direito de exercer a proteção diplomática, mas não a obrigação de exercê-la.⁸¹⁸ A proteção diplomática é um

⁸¹³ Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 46, para. 59, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 13 de setembro de 2019.

⁸¹⁴ DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit international public*, pp. 906-907.

⁸¹⁵ PARLETT, Kate. *Diplomatic Protection*, pp. 94-95.

⁸¹⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 44, para. 79, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019; ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. *Foreign Investors*, p. 438; CRAWFORD, James. *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, p. 25.

⁸¹⁷ Segundo Amerasinghe: “*While diplomatic protection may be seen as a means for the furtherance of the international protection of human rights, it is not possible to describe diplomatic protection as an individual human right*”. AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, pp. 80-81.

⁸¹⁸ BETTAUER, Ronald. *Settlement of the Claims*, p. 6; PARLETT, Kate. *Diplomatic Protection*, p. 95; *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, p. 28.

direito do Estado, o que significa que seu exercício decorre do seu poder discricionário.⁸¹⁹

Assim, de acordo com o direito internacional costumeiro, o Estado tem o direito discricionário de exercer ou não a proteção diplomática. No entanto, os Estados podem, no seu direito interno, garantir um direito à proteção diplomática aos seus nacionais.⁸²⁰

A prática dos Estados Unidos ilustra esse poder discricionário do Estado. Bettauer pontua que: *“Espousal decisions are made in the U.S. government by the Department of State. Normally, in an individual case, the claimant makes a request to the Department that his claim against a foreign government be espoused. The decision on whether to espouse involves both legal and policy considerations and is entirely discretionary. The U.S. government cannot be forced to espouse a claim”*.⁸²¹

A Corte Constitucional Federal da Alemanha decidiu que existe uma obrigação constitucional da Alemanha de exercer a proteção diplomática caso certos requisitos sejam cumpridos. Contudo, mesmo que todos os requisitos sejam cumpridos, a proteção diplomática só seria exercida se ela não for contrária aos interesses superiores da Alemanha, o que acaba por garantir a discricionariedade do Estado no exercício da proteção diplomática.⁸²²

Assim, na prática dos Estados não é possível identificar a existência de uma obrigação do Estado de exercer a proteção diplomática nem de um direito do nacional à proteção diplomática. Na França, por exemplo, a decisão do Poder Executivo de exercer ou não a proteção diplomática não estaria sujeita à revisão por órgãos administrativos ou tribunais. Na Suíça, os tribunais negaram a existência de um dever do Estado de exercer a proteção diplomática em benefício dos seus nacionais. Nos tribunais da Holanda, Espanha, Áustria e Bélgica, os requerentes também tentaram invocar um direito à proteção diplomática, sem sucesso.⁸²³

⁸¹⁹ FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou*, p. 299.

⁸²⁰ A discricionariedade do Estado em exercer ou não a proteção diplomática em favor de seu nacional foi reconhecida nos casos *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Office*, nos tribunais do Reino Unido, e *Kaunda and others v. Presidente of the Republic of South Africa and others*, nos tribunais da África do Sul. DENZA, Eileen. *Nationality and Diplomatic Protection*, p. 467.

⁸²¹ BETTAUER, Ronald. *Settlement of the Claims*, p. 13.

⁸²² AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, p. 83.

⁸²³ AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, pp. 83-84.

Apesar de reconhecer que o exercício da proteção diplomática é um ato discricionário do Estado,⁸²⁴ Pellet questiona se, atualmente, esse poder discricionário deveria continuar a ser ilimitado. Para tanto, destaca que no primeiro relatório de Dugard na CDI sobre o tema, o relator especial havia apresentado uma proposta na qual o Estado teria uma obrigação de exercer a proteção diplomática se o dano ao seu nacional fosse causado em decorrência de uma violação de uma norma de *jus cogens* atribuída a um outro Estado.⁸²⁵

A proposta apresentada por Dugard estabelecia a obrigação dos Estados de exercerem a proteção diplomática se o dano causado aos indivíduos fosse decorrente de uma grave violação de uma norma de *jus cogens* atribuída a um outro Estado. Uma exceção a esse dever aplicar-se-ia caso o exercício da proteção diplomática colocasse em risco os interesses superiores do Estado, caso em que o Estado não estaria obrigado a exercê-la.⁸²⁶

A sua proposta de artigo 4 (1) previa que: “1. *Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a jus cogens norm attributable to another State*”.⁸²⁷

No entanto, essa proposta foi rejeitada pela CDI e, portanto, não há nenhuma menção a um dever do Estado em exercer a proteção diplomática nos *Draft Articles on Diplomatic Protection*.⁸²⁸ Ainda não existe, no direito internacional, um direito individual à proteção diplomática.⁸²⁹

Dugard reconhece que sua proposta de artigo 4 não codificava o direito internacional costumeiro, em razão da escassa prática dos Estados em seu favor, e, portanto, constituía uma proposta de desenvolvimento progressivo do

⁸²⁴ PELLET, Alain. *La Second Mort*, p. 1361.

⁸²⁵ PELLET, Alain. *Le Projet d'Articles*, p. 1149.

⁸²⁶ GATTINI, Andrea. *The Dispute*, p. 189.

⁸²⁷ A proposta de artigo apresentava três exceções a essa regra. Segundo o artigo 4 (2): “*The State of nationality is relieved of this obligation if: (a) The exercise of diplomatic protection would seriously endanger the overrigns interests of the State and/or its people; (b) Another State exercises diplomatic protection on behalf of the injured person; (c) The injured person does not have the effective and dominant nationality of the State*”. Além disso, a proposta ainda previa no artigo 4 (3) que: “*States are obliged to provide in their municipal law for the enforcement of this right before a competent domestic court or other independent national authority*”. *First report on diplomatic protection*, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur, p. 223.

⁸²⁸ CRAWFORD, James. *The ILC's Articles*, p. 26.

⁸²⁹ KOOIJMANS, Pieter H. *Is the Right*, p. 1983.

direito internacional. Dugard acabou retirando sua proposta – a contragosto – com base na visão geral de que o assunto ainda não estava maduro o suficiente para consideração pela CDI, tendo em vista a ausência de prática do Estado e de *opinio juris* suficiente para consideração.⁸³⁰

Dugard reconhece que a grande fraqueza da proteção diplomática está na sua natureza discricionária, visto que cabe ao Estado decidir se exerce ou não a proteção diplomática em benefício do seu nacional. Dugard defende que: “*The right of a state to protect a national when it pleases and whether it pleases has no place in contemporary international law. If a state party to a human rights convention is required to ensure to everyone within its jurisdiction effective protection against violation of the rights contained in the convention and to provide adequate means of redress, there is no reason why a state of nationality should not be obliged to protect its own national when his or her most basic human rights are seriously violated abroad*”. Para Dugard, isso aplicaria-se particularmente em casos de graves violações de normas de *jus cogens*.⁸³¹

Dugard pontuou que tentativas foram feitas na Holanda, na Espanha, na Áustria, na Bélgica, na França e no Reino Unido visando compelir o Estado a exercer a proteção diplomática. Apesar de nenhuma delas ter obtido êxito, no Reino Unido, em *R (on the application of Abbasi and Another) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, o tribunal britânico decidiu que a decisão do Poder Executivo de exercer ou não a proteção diplomática estaria, em princípio, sujeita à revisão pelo Poder Judiciário.⁸³²

A Corte Constitucional da África do Sul, em *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa*, apesar de ter negado o pedido dos requerentes que buscava compelir o Estado a exercer a proteção diplomática em seu benefício, também reconheceu que a decisão do Poder Executivo estaria sujeita à revisão pelo Poder Judiciário, que poderia ordenar o Poder Executivo a agir, em casos extremos de graves violações às normas internacionais de direitos humanos.⁸³³

⁸³⁰ DUGARD, John. *Diplomatic Protection*, p. 80.

⁸³¹ DUGARD, John. *Diplomatic Protection*, pp. 80-81.

⁸³² DUGARD, John. *Diplomatic Protection*, p. 82.

⁸³³ DUGARD, John. *Diplomatic Protection*, pp. 82-83.

A Itália, nos comentários à proposta de artigo 2 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection*, relativo ao direito ao exercício da proteção diplomática, apesar de reconhecer que, em regra, o exercício da proteção diplomática seria um direito do Estado e não haveria, no direito internacional, um dever do Estado de exercer a proteção diplomática em benefício do seu nacional, pontuou que uma exceção à essa regra seria apropriada em certas circunstâncias, visando o desenvolvimento progressivo do direito internacional. A Itália defendeu que uma exceção a esse direito discricionário do Estado deveria ser aplicada quando presentes duas condições cumulativas. Segundo a Itália, o Estado teria um dever jurídico de exercer a proteção diplomática em benefício do seu nacional: “(a) *in the case of grave violations of fundamental human rights and, more precisely, with respect to the right to life, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, the prohibition of slavery and the prohibition of racial discrimination; and (b) if, in addition, following those violations it is impossible for the individual victim to resort to international judicial or quasi-judicial organs able to afford reparation*”.⁸³⁴

Segundo a Itália, presentes essas duas condições, o Estado teria o dever de exercer a proteção diplomática em favor do seu nacional lesado e, ainda, o dever de garantir, em favor desse indivíduo, um recurso no seu direito interno contra eventual recusa ao exercício da proteção diplomática pelo Estado.⁸³⁵

Desse modo, a Itália havia defendido que em casos excepcionais de graves violações de direitos humanos o Estado teria um dever de exercer a proteção diplomática em benefício dos seus nacionais.⁸³⁶

As propostas de Dugard e da Itália foram rejeitadas pela CDI e os *Draft Articles on Diplomatic Protection* foram aprovados de forma a garantir um direito aos Estados de exercer a proteção diplomática, mas não um dever.⁸³⁷

De todo modo, apesar da inexistência, no direito internacional, de um direito individual à proteção diplomática, existe uma tendência no sentido de ao

⁸³⁴ United Nations, International Law Commission, Comments and observations received from Governments, Document A/CN.4/561 and Add. 1-2, p. 38, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_561.pdf&lang=ESX, acesso em: 20 de outubro de 2019.

⁸³⁵ Comments and observations received from Governments, Document A/CN.4/561 and Add. 1-2, p. 38.

⁸³⁶ PALCHETTI, Paolo. Can State Action, p. 58.

⁸³⁷ Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p. 28.

menos limitar a discricionariedade do Estado. Isso pode ser observado nos *Draft Articles on Diplomatic Protection* da CDI, no trabalho da ILA sobre a proteção diplomática,⁸³⁸ e na prática de alguns Estados, que, por exemplo, garantem a revisão por um tribunal da decisão que negou o pedido de exercício da proteção diplomática formulado pelo indivíduo.⁸³⁹

Essa tendência é refletida no artigo 19 dos *Draft Articles on Diplomatic Protection*, que apresenta algumas recomendações aos Estados.⁸⁴⁰ Segundo o artigo 19: “A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should: (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred; (b) take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and (c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions”.⁸⁴¹

Amerasinghe pontua que: “It is presumed, consequently, that Article 19 paragraphs (a) and (b) do no more than make a recommendation and do not lay down rules of international law pursuant to progressive development of the law. Clearly, however, the practices recommended, if adopted generally and accompanied by an *opinio iuris*, could lead to the formation of rules of customary international law in the future. Such rules of law which could emerge are to be recommended as progressive development of international law”.⁸⁴²

Apesar de defender a imposição de obrigações ao Estado relativas ao exercício da proteção diplomática, como recomenda o artigo 19 (a) e (b) dos *Draft Articles on Diplomatic Protection* da CDI, Amerasinghe ressalta que, de acordo com o direito internacional, o Estado continua tendo o direito e não o dever de exercer a proteção diplomática.⁸⁴³

De toda forma, essa obrigação, não existindo no direito internacional, pode ser criada no direito interno pelo Estado.⁸⁴⁴ Assim, qualquer direito à

⁸³⁸ International Law Association, Resolution nº 5/2006, Diplomatic Protection of Persons and Property.

⁸³⁹ HAFNER, Gerhard. *The Emancipation*, pp. 377-378.

⁸⁴⁰ PALCHETTI, Paolo. *Can State Action*, p. 58.

⁸⁴¹ *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, p. 53.

⁸⁴² AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, p. 89.

⁸⁴³ AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, pp. 89-90.

⁸⁴⁴ MERON, Theodor. *International Law*, p. 311.

proteção diplomática oponível ao Estado de nacionalidade do indivíduo teria que se fundar no direito interno, em razão da ausência desse direito no direito internacional.⁸⁴⁵

Como destaca Palchetti, é prematuro afirmar que, de acordo com o direito internacional, os Estados teriam uma obrigação de exercer a proteção diplomática em benefício de seus nacionais em casos de violações de direitos humanos fundamentais. Contudo, apesar dessa obrigação ainda não existir no direito internacional, o dever do Estado de exercer a proteção diplomática pode estar previsto no direito interno, de modo a limitar a discricionariedade do Estado e garantir que a proteção diplomática sirva como um instrumento efetivo de proteção dos direitos dos nacionais que sofreram danos em razão de um ato ilícito internacional atribuído a um Estado estrangeiro.⁸⁴⁶

O reconhecimento de um direito individual à proteção diplomática ajudaria a justificar a limitação do direito de acesso à justiça do indivíduo contra um Estado estrangeiro em razão da imunidade de jurisdição do Estado, tendo em vista que estaria garantido um meio alternativo de recurso, qual seja, a proteção diplomática, ainda que a reclamação tivesse que ser feita pelo Estado de nacionalidade do indivíduo lesado.⁸⁴⁷

10.6. A reparação na ação de proteção diplomática

Em *Diallo*, o TIJ, diante da demanda apresentada pela Guiné contra o Congo, no exercício da proteção diplomática em benefício de Diallo relativa à violação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos desse nacional, concluiu que uma reparação seria devida na forma de indenização a ser paga pelo Congo à Guiné, destinada a reparar os danos sofridos por Diallo. Apesar de ter decidido que a indenização devia ser paga pelo Congo à Guiné, o TIJ

⁸⁴⁵ Peters destaca que: “According to existing international law, individuals do not have a specific and autonomous international right to diplomatic protection vis-à-vis their home State”. PETERS, Anne. *Beyond Human Rights*, p. 396.

⁸⁴⁶ PALCHETTI, Paolo. *Can State Action*, pp. 58-59.

⁸⁴⁷ PALCHETTI, Paolo. *Can State Action*, p. 59.

ressaltou que essa indenização era destinada a reparar os danos sofridos por Diallo.⁸⁴⁸

Segundo Gaja: “*Sur le plan international il n'existe que le préjudice de l'Etat, même si le dommage subi par le particulier peut en donner la mesure*”.⁸⁴⁹ No entanto, em *Diallo*, o TIJ declarou que: “*(...) the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury*”.⁸⁵⁰

O TIJ parece fazer uma mera indicação – ou recomendação – de que a indenização a ser paga pelo Congo à Guiné deveria ser transferida a Diallo, que foi quem sofreu os danos decorrentes dos atos ilícitos cometidos pelo Congo, da mesma forma como faz o artigo 19 (c) dos *Draft Articles on Diplomatic Protection*.⁸⁵¹

Condorelli sublinha que: “*(...) la Cour, dans sa jurisprudence Diallo, a adhéré en substance à l'idée (dont s'inspire l'article 19c du Projet de 2006 de la CDI) suivant laquelle l'Etat protecteur agirait convenablement s'il transférait à l'individu concerné l'indemnisation obtenue au vu des préjudices subis par celui-ci, même si l'on ne saurait prétendre qu'il en a l'obligation*”.⁸⁵²

A reparação é devida ao Estado que exerce a proteção diplomática e cabe a ele a decisão de repassá-la ao seu nacional que sofreu o dano, visto que não existe uma obrigação internacional compelindo-o a transferi-la ao particular.⁸⁵³ Os indivíduos lesados não teriam, portanto, o direito de exigir ao Estado a

⁸⁴⁸ CONDORELLI, Luigi. *Protection Diplomatique*, p. 478; O TIJ, em *Diallo*, entendeu que em razão das circunstâncias do caso, em particular o caráter fundamental das normas de direitos humanos violadas, além da declaração reconhecendo a responsabilidade internacional do Congo pelas violações cometidas, a reparação devida à Guiné pelos danos sofridos por Diallo devia também ser feita na forma de compensação. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 691, para. 161, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 12 de setembro de 2019.

⁸⁴⁹ GAJA, Giorgio. *Quel Préjudice*, p. 488.

⁸⁵⁰ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 344, para. 57, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 21 de outubro de 2019.

⁸⁵¹ De acordo com Condorelli, o TIJ não criou uma obrigação internacional ao Estado de transferir à vítima os valores recebidos a título de compensação pelos danos sofridos por ela no exercício da proteção diplomática, mas sim fez uma recomendação ao Estado, da mesma forma como a CDI o fez no artigo 19 (c) dos *draft articles on diplomatic protection*. CONDORELLI, Luigi. *Protection Diplomatique*, pp. 480-481.

⁸⁵² CONDORELLI, Luigi. *Protection Diplomatique*, p. 482.

⁸⁵³ FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou*, pp. 299-300.

transferência da compensação integral recebida em razão do exercício da proteção diplomática em seu nome.⁸⁵⁴

Por outro lado, defendendo que o Estado estaria violando o direito internacional ao não transferir ao seu nacional o valor da compensação obtida por meio da proteção diplomática, Baptista afirma que: “(...) actualmente julga-se que é incompatível com o Direito Internacional que o Estado não entregue o valor da compensação obtida aos seus nacionais em nome de quem levou a cabo a protecção diplomática”.⁸⁵⁵

De toda forma, se o Estado age em nome de seus nacionais e não transfere a eles uma eventual compensação recebida no exercício da proteção diplomática, isso constituiria enriquecimento ilícito.⁸⁵⁶

10.7. Legitimidade para o exercício da proteção diplomática em casos de violações de normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*

Pode ocorrer que, mesmo presentes todos os requisitos para o exercício da proteção diplomática, o Estado de nacionalidade do indivíduo lesado por uma violação de *jus cogens* – como no caso dos nacionais italianos vítimas das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial – se recuse a exercê-la, tendo em vista se tratar de um direito discricionário do Estado. Nesse caso, surge a questão acerca da possibilidade de outro Estado exercer a proteção diplomática em favor desse indivíduo.⁸⁵⁷

López defende que a proteção diplomática devia se adaptar, notadamente quando se tratar da proteção dos direitos humanos. Para isso, o requisito da

⁸⁵⁴ Condorelli pontua que ainda não seria possível falar de um direito do indivíduo de ver transferida a indenização que seu Estado de nacionalidade tiver recebido no exercício da proteção diplomática, da mesma forma que ainda não haveria uma obrigação do Estado de nacionalidade de fazer essa transferência. CONDORELLI, Luigi. *Protection Diplomatique*, p. 481.

⁸⁵⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. II, p. 245.

⁸⁵⁶ PELLET, Alain. *The Second Death*, p. 57; Nos comentários ao artigo 19 (c) dos *Draft Articles on Diplomatic Protection*, a CDI ressalta que os Estados poderiam deduzir um montante razoável da compensação a ser transferida aos indivíduos lesados, com a finalidade de recuperar os gastos incorridos no exercício da proteção diplomática. *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, p. 55.

⁸⁵⁷ LE BRIS, Catherine. *Vers la “Protection Diplomatique”*, p. 336.

nacionalidade da reclamação para o exercício da proteção diplomática devia ser relativizado no caso de violações de obrigações *erga omnes*.⁸⁵⁸ López defende que: “(...) puede afirmarse una tendencia hacia la separación entre los derechos del Estado y los derechos del individuo que son reconocidos por normas internacionales generadoras de obligaciones *erga omnes* que pueden ser tuteladas de manera colectiva. De esta suerte puede afirmarse la emergencia de una ficción jurídica nueva cual es la de la subrogación de los Estados no directamente lesionados por la violación de las citadas obligaciones en los derechos de los Estados lesionados o de las personas, destinatarias directa de las obligaciones. Esta nueva ficción se superpone a la clásica en la que se basa la protección diplomática que, sin concebir una posible evolución del ordenamiento hacia una dimensión comunitaria de las obligaciones internacionales, condicionaba el ejercicio de cualquier acción de protección a la subrogación de la violación del particular perjudicado por su Estado de nacionalidad”.⁸⁵⁹

Talmon defende que as normas substantivas de *jus cogens* – e as obrigações *erga omnes* delas decorrentes – seriam capazes de produzir efeitos sobre a interpretação e aplicação de certas normas processuais. Isso ocorreria com as regras relativas ao *locus standi*, ou seja, à legitimidade para estar em juízo. Em regra, num caso relativo à violação de uma obrigação internacional numa relação bilateral, somente o Estado que sofreu a violação teria interesse em iniciar uma demanda contra o Estado responsável. No entanto, no caso de violações de normas de *jus cogens*, outros Estados, além do Estado vítima da violação, teriam interesse em iniciar uma demanda contra o Estado violador. Segundo Talmon, o entendimento predominante na doutrina é no sentido de que todos os Estados teriam legitimidade processual em casos de violações de obrigações *erga omnes*.⁸⁶⁰ Tendo em vista que todas as normas de *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*, ou seja, obrigações a todos os Estados da

⁸⁵⁸ LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación de Obligaciones Erga Omnes y su Incidencia en el Ejercicio de la Protección Diplomática, in: GÓMEZ-URRUTIA, FRÍAS, Ana Salinas de; Marina Vargas (coord.), Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, p. 1185.

⁸⁵⁹ LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación, pp. 1190-1191.

⁸⁶⁰ Talmon pontua que esse entendimento é defendido por Simma e Tomuschat. TALMON, Stefan. Jus Cogens, p. 995.

comunidade internacional e que todos eles têm interesse na sua observância,⁸⁶¹ Talmon defende que: “*The jus cogens character of the substantive rule thus results in the procedural condition of locus standi being automatically fulfilled for all states*”.⁸⁶²

Apesar do TIJ não se referir expressamente ao *ius cogens* em *Barcelona Traction*, pode-se concluir da fundamentação do TIJ que as normas de *ius cogens* têm efeitos *erga omnes*. O mesmo pode ser concluído a partir da decisão do TIJ em *East Timor*.⁸⁶³ As obrigações *erga omnes* derivam das normas de *ius cogens*.⁸⁶⁴

Como explica Baptista: “As normas de *Ius Cogens* têm uma ligação íntima com as obrigações *erga omnes*. Todas as normas *iuris cogentis* impõem necessariamente obrigações deste género, visto que tutelam interesses comuns. O inverso já não é verdadeiro, pois existem normas que impõem obrigações *erga omnes* que não são *iuris cogentis*”.⁸⁶⁵

Há uma sobreposição entre as obrigações decorrentes das normas de *ius cogens* e as obrigações *erga omnes*. Enquanto todas as obrigações decorrentes das normas de *ius cogens* constituem obrigações *erga omnes*, o inverso não é necessariamente verdadeiro, visto que nem todas as obrigações *erga omnes* são estabelecidas por normas de *ius cogens*.⁸⁶⁶

Segundo Pellet, enquanto o carácter *ius cogens* diz respeito ao conteúdo – peremptório, cogente – da norma, o carácter *erga omnes* de uma obrigação diz respeito aos destinatários dessa norma.⁸⁶⁷ As obrigações *erga omnes* derivam das normas de *ius cogens* e dizem respeito aos destinatários dessas normas.⁸⁶⁸

⁸⁶¹ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 995; United Nations, International Law Commission, Third report on peremptory norms of general international law (*ius cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur, p. 43, para. 111, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/714>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁸⁶² TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 996.

⁸⁶³ Third report on peremptory norms of general international law (*ius cogens*) by Dire Tladi, pp. 40-41, para. 105.

⁸⁶⁴ Third report on peremptory norms of general international law (*ius cogens*) by Dire Tladi, p. 42, para. 108.

⁸⁶⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. II, pp. 173-174.

⁸⁶⁶ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, pp. 22-23, para. 38.

⁸⁶⁷ PELLET, Alain. *Conclusions*, in: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 418.

⁸⁶⁸ Report on peremptory norms of general international law (*ius cogens*) by Dire Tladi, p. 43, para. 109.

As normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* diferenciam-se pela sua natureza. Enquanto as normas de *jus cogens* são normas substantivas, hierarquicamente superiores às demais, as obrigações *erga omnes* referem-se ao escopo de aplicação das normas, ou seja, ao fato de que determinadas normas aplicam-se a todos os Estados e que todos têm interesse na sua observância.⁸⁶⁹

As obrigações *erga omnes* são devidas em relação a todos os Estados. No caso de violação de uma obrigação *erga omnes*, como pontua Baptista, todos os Estados teriam direito de “protestar ou de tomar medidas para pôr termo à violação”.⁸⁷⁰ Segundo Seifi: “(...) *all States are entitled to invoke responsibility for breaches of erga omnes obligations*”.⁸⁷¹

O *Institut de Droit International*, no artigo 1 da sua resolução sobre as obrigações *erga omnes* no direito internacional, definiu uma obrigação *erga omnes* como: “*an obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; or an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action*”.⁸⁷²

Em *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, o TIJ, ao analisar se o mero fato de ser parte da Convenção contra a Tortura seria suficiente para que um Estado pudesse apresentar uma demanda ao TIJ relacionada a violações da convenção por outro Estado parte, afirmou que os Estados partes dessa convenção tinham um interesse comum de garantir que atos de tortura não ocorressem e que, caso eles ocorressem, os autores não ficariam impunes. Esse interesse comum implicava que as obrigações decorrentes da Convenção contra a Tortura seriam devidas por um Estado parte

⁸⁶⁹ SHAW, Malcom N. *International Law*. New York, Cambridge University Press, 2008, p.124.

⁸⁷⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. I, pp. 176-177.

⁸⁷¹ SEIFI, Jamal. *Peremptory Norms and the Jurisdiction of the International Court of Justice*, in: CRAWFORD, James et al (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 163.

⁸⁷² Institut de Droit International, Krakow Session 2005, Resolution on obligations *erga omnes* in international law, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf, acesso em: 3 de outubro de 2019.

a todos os demais Estados partes. Essas obrigações seriam *erga omnes partes*, de modo que cada Estado parte teria interesse no seu cumprimento.⁸⁷³

O TIJ entendeu que as obrigações *erga omnes partes* – no caso em questão, decorrentes do dever de processar ou extraditar suspeitos de serem responsáveis por atos de tortura – tinham efeito na legitimidade processual. O TIJ concluiu que a legitimidade processual da Bélgica decorria do interesse jurídico geral na observância e cumprimento das obrigações *erga omnes partes* e, por isso, a Bélgica podia invocar a responsabilidade de Senegal pela violação das obrigações *erga omnes partes* que requeriam que Senegal processasse ou extraditasse o ex-presidente do Chade, Hissène Habré, acusado da prática de atos de tortura.⁸⁷⁴

Nesse caso, o TIJ entendeu que a Bélgica, Estado parte da Convenção contra a Tortura, tinha legitimidade processual para invocar a responsabilidade do Senegal por supostas violações das suas obrigações estabelecidas nessa convenção no TIJ.⁸⁷⁵

A decisão do TIJ fez menção expressa às obrigações *erga omnes partes*, de modo que resta saber se o TIJ teria o mesmo entendimento em casos de obrigações *erga omnes* decorrentes de normas de *jus cogens*.⁸⁷⁶

Segundo Weatherall, o entendimento do TIJ aplicar-se-ia às obrigações *erga omnes* em geral, não se restringindo às obrigações *erga omnes partes* estabelecidas em convenções internacionais,⁸⁷⁷ posto que: “*The general legal interest of all States in the performance of obligations erga omnes confers the*

⁸⁷³ WET, Erika de. Invoking obligations erga omnes in the twenty-first century: Progressive developments since Barcelona Traction, South African Yearbook of International Law, vol. 37, 2013, p. 15; Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449, paras. 67-68, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 12 de setembro de 2019.

⁸⁷⁴ WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens: International Law, p. 399; O TIJ entendeu que: “*The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party*”. Em razão disso, o TIJ concluiu que: “*(...) any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes (...) and to bring that failure to an end*”. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, p. 450, para. 69.

⁸⁷⁵ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, p. 450, para. 70.

⁸⁷⁶ WET, Erika de. Invoking obligations, p. 16.

⁸⁷⁷ WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens: International Law, p. 401.

legal right of States to invoke the international responsibility of a State in breach of such obligations, which in turn informs the question of standing".⁸⁷⁸

Segundo Weatherall, o TIJ entendeu que a existência de um interesse comum no cumprimento de uma obrigação *erga omnes* seria suficiente para garantir a legitimidade processual de um terceiro Estado perante o TIJ.⁸⁷⁹

Em *South West Africa*, contudo, o TIJ concluiu que não existia, no direito internacional à época, uma "*actio popularis*" ou um direito de qualquer Estado membro da comunidade internacional de apresentar uma demanda ao TIJ invocando um interesse público.⁸⁸⁰

A decisão do TIJ em *South West Africa* foi amplamente criticada pela doutrina.⁸⁸¹ Amerasinghe pontua que: "*the decision of the ICJ in the 1966 South West Africa Cases (Second Phase) holding that a State may not bring legal proceedings at all to protect the rights of non-nationals is today seen as such as bad law and has been expressly repudiated by the ILC in its Articles on State Responsibility. Further, Article 48 of these Articles permits a State other than the injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to the international community as a whole (erga omnes)*".⁸⁸²

Segundo Orakhelashvili, a jurisprudência do TIJ, em especial a decisão em *Barcelona Traction*, demonstra que o TIJ abandonou o entendimento de *South West Africa*. Em *Barcelona Traction*, o TIJ afirmou que as obrigações *erga omnes* são devidas não a Estados individualmente, mas à comunidade internacional, de modo que todos os Estados teriam um interesse jurídico na sua proteção.⁸⁸³

Em decorrência do artigo 48 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, as circunstâncias que levaram o TIJ a negar o *locus standi* dos requerentes – Libéria e Etiópia – nos casos *South West Africa*,⁸⁸⁴ para

⁸⁷⁸ WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law*, p. 398.

⁸⁷⁹ WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law*, p. 400.

⁸⁸⁰ *South West Africa, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1966, p. 47, para. 88, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

⁸⁸¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms*, p. 519.

⁸⁸² AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, p. 33.

⁸⁸³ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms*, pp. 522-523.

⁸⁸⁴ Em *South West Africa*, a decisão do TIJ foi tomada pelo voto de qualidade do Presidente do TIJ, em razão do empate nos votos dos juizes, no sentido de que: "(...) *the Applicants cannot be considered to have established any legal right or interest appertaining to them in the subject-*

apresentar uma reclamação contra a África do Sul relativa à violação do direito à autodeterminação dos povos da Namíbia, não estariam mais presentes, em razão da evolução do direito internacional.⁸⁸⁵

O TIJ, em *Barcelona Traction*, afirmou que: “(...) *an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*”.⁸⁸⁶

Segundo Orakhelashvili, no caso de violações de *jus cogens*, os Estados teriam legitimidade para iniciar um processo no TIJ mesmo que seus interesses não tivessem sido diretamente afetados pelas violações. De acordo com Orakhelashvili: “*The violation of an erga omnes obligation may justify claims without the nationality link*”.⁸⁸⁷

Orakhelashvili defende que a distinção feita entre obrigações *erga omnes* e as demais obrigações pelo TIJ em *Barcelona Traction* relaciona-se ao *locus standi* do Estado requerente. Para Orakhelashvili, o TIJ teria aceitado a existência de uma *actio popularis* no direito internacional, de modo que, no caso de reclamações baseadas em obrigações *erga omnes*, não haveria a necessidade de demonstrar ao TIJ o interesse individual do Estado requerente.⁸⁸⁸

Orakhelashvili afirma que: “*The requirements for the admissibility of actio popularis merely are that a rule on which a claim rests must be in force as*

matter of the present claims, and that, accordingly, the Court must decline to give effect to them”. South West Africa, Second Phase, p. 51, para. 99.

⁸⁸⁵ SEIFI, Jamal. Peremptory Norms, p. 164; Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p. 51.

⁸⁸⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, p. 32, para. 33.

⁸⁸⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms, p. 518.

⁸⁸⁸ Orakhelashvili reconheceu, contudo, que parte da doutrina considera que a declaração do TIJ em *Barcelona Traction* não apresenta uma mudança do ponto de vista processual, vez que uma ação popular ainda não seria reconhecida no direito internacional para a proteção das obrigações *erga omnes*. ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms, p. 523; Milano destaca que: “(...) *the jurisprudence of the Court, despite going a long way in developing the notion of erga omnes obligations as a way to overcome also the restraints represented by the bilateral nature of the rules on diplomatic protection, has not fully spelled out the implications of adopting such a concept in the field of human rights law and of its relation with the rules of diplomatic protection themselves*”. MILANO, Enrico. Diplomatic Protection, p. 118.

between the applicant and respondent – in case of jus cogens this is not difficult to demonstrate – and there should be a proper jurisdictional link”.⁸⁸⁹

Ademais, Orakhelashvili afirma que é possível inferir à partir do artigo 1 das Convenções de Genebra que, em caso de violação das obrigações delas decorrentes, os Estados teriam legitimidade para propor uma *actio popularis*.⁸⁹⁰

Machado também afirma que o entendimento do TIJ em *Barcelona Traction*, ao reconhecer o interesse dos Estados na aplicação e na adjudicação das obrigações *erga omnes*, consagrou um equivalente a ação popular no plano internacional. Contudo, Machado pontua que existiria uma distinção entre o escopo da legitimidade processual dos Estados lesados e não lesados. Machado afirma que: “a legitimidade activa só será plenamente reconhecida (direito à cessação, não repetição, reparação, contra-medidas) se o Estado demonstrar que foi especialmente lesado pela violação. Caso contrário, a legitimidade será admitida em termos mais limitados (direito à cessação e à não repetição), eventualmente com a possibilidade de exigir uma reparação a favor de um Estado lesado”.⁸⁹¹

O artigo 48 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados prevê a *actio popularis* em casos de violações de obrigações *erga omnes*, ao permitir que qualquer Estado possa invocar a responsabilidade internacional do Estado responsável pelas violações dessas obrigações.⁸⁹²

O artigo 48 (1) (b) dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados estabelece que: “*Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (...) the obligation breached is owed to the international community as a whole*”. Por sua vez, o artigo 48 (2) (b) dos estabelece que: “*Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State: (...) performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached*”.⁸⁹³

⁸⁸⁹ ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms, p. 524.

⁸⁹⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. Peremptory Norms, pp. 526-527.

⁸⁹¹ MACHADO, Jónatas E. M.. Direito internacional, p. 655.

⁸⁹² LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación, p. 1187.

⁸⁹³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, p. 126.

A CDI pontuou que o direito internacional costumeiro permite que Estados protejam os direitos de não-nacionais “*by protest, negotiation and, if a jurisdictional instrument so permits, legal proceedings*”. A CDI ainda destacou que, quando se tratar de obrigações *erga omnes*, por força do artigo 48 (1) (b) dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, os requisitos para o exercício da proteção diplomática não teriam que ser cumpridos.⁸⁹⁴

De acordo com o artigo 48 (2) (a) dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, todos os Estados teriam legitimidade para invocar a responsabilidade do Estado responsável por um ato ilícito contínuo que violar uma obrigação *erga omnes*, e reclamar a cessação desse ato. A questão passa a ser controversa quando se tratar, não de um pedido de cessação do ato ilícito, mas de um pedido de reparação pelos danos causados por esse ato, quando esse pedido for feito por um Estado que não o Estado de nacionalidade do indivíduo lesado. Isso porque, de acordo com a CDI, o artigo 48 (2) (b) não codificou o direito internacional costumeiro, tratando-se de desenvolvimento progressivo do direito internacional.⁸⁹⁵

Segundo Cannizzaro, o propósito do artigo 48 (2) (b) seria o de permitir que Estados não afetados materialmente pelo ato ilícito que constituir uma violação de uma obrigação *erga omnes* poderiam demandar reparação ao Estado responsável por tal violação, mas apenas em nome dos sujeitos materialmente afetados.⁸⁹⁶ Como destaca Cannizzaro: “*Article 48(2) makes clear that the obligation to reparation is owed erga omnes. Consequently, every State of the international community is entitled to claim performance of this obligation without the need to have a special interest*”.⁸⁹⁷

No entanto, Navarro afirma que o artigo 48 (2) (b) não encontra apoio na prática dos Estados, vez que a ação nesses casos costuma limitar-se à exigência

⁸⁹⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p. 51, para. 2.

⁸⁹⁵ GAJA, Giorgio. The Protection of General, pp. 107-108; A CDI afirmou que: “*In accordance with paragraph 2 (b), such a claim must be made in the interest of the injured State, if any, or of the beneficiaries of the obligation breached. This aspect of article 48, paragraph 2, involves a measure of progressive development, which is justified since it provides a means of protecting the community or collective interest at stake*”. Ainda, de acordo com a CDI: “*A State invoking responsibility under article 48 and claiming anything more than a declaratory remedy and cessation may be called on to establish that it is acting in the interest of the injured party*”. Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, p. 127.

⁸⁹⁶ CANNIZZARO, Enzo. Is There an Individual, p. 496.

⁸⁹⁷ CANNIZZARO, Enzo. Is There an Individual, p. 498.

da cessação da violação e garantias de não repetição, não incluindo um pedido de reparação.⁸⁹⁸

Segundo Milano, do Parecer Consultivo sobre a *Legalidade da Construção do Muro no Território Palestino Ocupado*, pode-se inferir que um terceiro Estado teria um interesse jurídico de demandar o cumprimento de obrigações *erga omnes* contra o Estado que as violar, perante um tribunal internacional, como seria o caso das obrigações decorrentes das Convenções de Genebra violadas por Israel. Milano afirma que, nesse caso, um ou mais Estados poderiam eventualmente adotar as reclamações dos palestinos e demandar o cumprimento das obrigações de DIH violadas por Israel perante um tribunal internacional.⁸⁹⁹

No entanto, Milano pontua que restaria uma dificuldade ao Estado que exerce a proteção diplomática em benefício de um não nacional, que seria o requisito da nacionalidade da reclamação, essencial ao exercício da proteção diplomática. Esse requisito parece intransponível quando a ação visa obter compensação pelos danos sofridos pelos indivíduos. Milano pontua que o que poderia ser alcançado por um terceiro Estado em relação a um não nacional seria a obtenção de uma decisão declaratória da violação, a cessação do ato ilícito e garantias de não repetição, mas não a compensação por danos específicos sofridos pelos indivíduos.⁹⁰⁰

A CDI destacou que: *“In particular, the focus of action by a State under article 48 – such State not being injured in its own account – is likely to be on the very question whether a State is in breach and on cessation if the breach is a continuing one”*.⁹⁰¹

López defende que o vínculo da nacionalidade como requisito essencial para o exercício da proteção diplomática vem sendo enfraquecido, o que pode ser ilustrado pela possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de não nacionais, nomeadamente no caso de refugiados e apátridas.⁹⁰²

⁸⁹⁸ NAVARRO, Elena Crespo. El Proyecto, p. 237.

⁸⁹⁹ MILANO, Enrico. Diplomatic Protection, p. 114.

⁹⁰⁰ MILANO, Enrico. Diplomatic Protection, p. 115.

⁹⁰¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, p. 127.

⁹⁰² LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación, p. 1190; O artigo 8 dos Draft Articles on Diplomatic Protection estabelece essa possibilidade. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p. 35.

Segundo López, a prática dos Estados já começa a oferecer exemplos de erosão do requisito da nacionalidade. Isso poderia ser demonstrado no caso *Letelier*, que foi resolvido por um acordo bilateral entre os Estados Unidos e o Chile, concluído em 1990, fixando uma indenização aos familiares de Letelier, assassinado nos Estados Unidos por agentes chilenos, em 1976. Nesse caso, os Estados Unidos invocaram a responsabilidade do Chile em favor dos familiares da vítima, sendo que a vítima tinha nacionalidade chilena e não americana, o que demonstra a possibilidade de uma ampliação da legitimidade ativa para exercer a proteção diplomática para além do Estado de nacionalidade do indivíduo lesado, em casos excepcionais.⁹⁰³

Contudo, em *Diallo*, o TIJ verificou se as condições para o exercício da proteção diplomática, incluindo a nacionalidade da reclamação, haviam sido satisfeitas, o que parece indicar que a condição da nacionalidade para o exercício da proteção diplomática, mesmo em casos de violação dos direitos humanos, continua a ser exigida.⁹⁰⁴

O requisito da nacionalidade constitui a essência da proteção diplomática e é o vínculo entre o indivíduo lesado e o Estado ao qual é permitido o exercício da proteção diplomática. Contudo, *Le Bris* questiona se esse requisito continuaria a ser exigido quando se estivesse diante de graves violações de direitos humanos.⁹⁰⁵

Tendo em vista que, de acordo com a jurisprudência do TIJ, o requisito da nacionalidade continua sendo necessário para o exercício da proteção diplomática, *Le Bris* defende que quando se estiver diante de violações de obrigações *erga omnes*, seria cabível uma *actio popularis* e não uma ação em proteção diplomática.⁹⁰⁶

Le Bris pontua que abandonar o requisito da nacionalidade acabaria por desvirtuar a proteção diplomática, vez que ela tem fundamento na ficção Vatteliana de que um dano causado ao indivíduo constitui um dano ao seu Estado de nacionalidade. Na ausência do vínculo da nacionalidade, na opinião de *Le Bris*, não se pode mesmo falar em proteção diplomática.⁹⁰⁷

⁹⁰³ LÓPEZ, F. Javier Quel. *La Violación*, pp. 1193-1194.

⁹⁰⁴ LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique", p. 343.

⁹⁰⁵ LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique", p. 331.

⁹⁰⁶ LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique", pp. 331-332.

⁹⁰⁷ LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique", p. 344.

Le Bris pontua que deveria ser feita uma distinção entre as ações em proteção diplomática, que são exercidas em favor de um nacional, de um lado, e as ações relativas à violação de obrigações *erga omnes* de um não-nacional, de outro. *“Par l’action en protection diplomatique, l’Etat fait valoir son droit au respect du droit international dans la personne de son national. Sur ce fondement, l’Etat fait valoir un ‘droit subjectif’ à l’action: il demande la réparation du préjudice qu’il a subi (de façon médiate) par l’atteinte portée à son ressortissant. Ce type d’action implique l’existence d’un lien de nationalité entre l’auteur de l’action et la victime individuelle. En revanche, dans le cadre d’une action visant à protéger un non-national victime d’une violation d’un droit humain, l’Etat fait valoir un ‘droit objectif’ à l’action. Les droits invoqués appartiennent à la communauté internationale dans son ensemble, y compris à l’Etat auteur de l’action. Ces actions, en effet, ont pour fin la protection d’un droit erga omnes. Ce sont des actions populaires. Ce type d’actions est pris en compte dans l’article 48 du Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat de 2001 selon lequel ‘tout Etat autre qu’un Etat lésé est en droit d’invoquer la responsabilité, si (...) l’obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble’. Parce qu’elle vise la défense de l’intérêt général, l’actio popularis n’implique pas l’existence d’un lien de nationalité entre l’auteur de l’action et la victime individuelle”*.⁹⁰⁸

Assim, segundo Le Bris, haveria uma distinção entre a proteção diplomática e a *actio popularis*, de modo que o vínculo da nacionalidade continuaria a ser exigido para o exercício da proteção diplomática.⁹⁰⁹

Em defesa do abandono do requisito da nacionalidade para o exercício da proteção diplomática em casos de graves violações de direitos humanos, Gaja pontua que: *“Si l’on adopte une définition de protection diplomatique qui couvre également les réclamations qui ont trait aux violations des droits de l’homme quand elles visent un ressortissant, il reste que dans ces cas l’Etat qui exerce la protection diplomatique n’aurait pas besoin de se fonder sur la*

⁹⁰⁸ LE BRIS, Catherine. Vers la “Protection Diplomatique”, pp. 344-345.

⁹⁰⁹ LE BRIS, Catherine. Vers la “Protection Diplomatique”, p. 345.

nationalité de la personne lésée pour faire valoir la responsabilité internationale de l'Etat hôte".⁹¹⁰

Segundo Gaja: "(...) *if an obligation towards the international community is breached by a State, all the other States may invoke the international responsibility of the State that committed the breach. Thus, for example, when a State infringes an obligation to protect human rights under general international law, all the other States are legally affected by the breach, whether or not any of their nationals are involved. They are unlikely to suffer any specific harm. They are nevertheless entitled to put forward a claim*".⁹¹¹

Gaja ressalta, contudo, que são raros os casos em que Estados que não foram diretamente afetados pela violação de obrigações *erga omnes* tenham invocado a responsabilidade do Estado responsável por tais violações. Gaja pontua que um exemplo seria o caso *East Timor*, iniciado por Portugal, no TIJ, em benefício do povo do Timor Leste – e em seu próprio nome como "*administering Power*" – contra a Austrália. Outro exemplo, ainda mais claro, seria o caso *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, iniciado pela Bélgica contra Senegal, também no TIJ, com base na sua condição de Estado parte na Convenção contra a Tortura.⁹¹²

De toda forma, Gaja defende que todos Estados, e não somente o Estado de nacionalidade do indivíduo lesado, poderiam invocar a responsabilidade do Estado responsável pelo ato ilícito internacional, em caso de obrigações *erga omnes*. Tendo em vista a natureza discricionária da proteção, a possibilidade de todos os Estados invocarem a responsabilidade do Estado responsável contribuiria para a proteção internacional dos direitos humanos.⁹¹³

O TIJ afirmou, em *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, que as normas de DIH, consideradas pelo TIJ, em *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, como sendo normas tão fundamentais para o respeito da pessoa humana e de observância obrigatória por todos os Estados da comunidade internacional, posto que

⁹¹⁰ GAJA, Giorgio. *Quel Préjudice*, p. 491; GAJA, Giorgio. *The Protection of General*, pp. 102-103.

⁹¹¹ GAJA, Giorgio. *The Protection of General*, p. 97.

⁹¹² GAJA, Giorgio. *The Protection of General*, pp. 100-101.

⁹¹³ GAJA, Giorgio. *The Protection of General*, p. 103.

constituem princípios intransgressíveis de direito internacional costumeiro,⁹¹⁴ criam obrigações *erga omnes*.⁹¹⁵ Os Estados têm um papel fundamental no caso de violações de normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, podendo exercer a proteção diplomática em benefício dos indivíduos lesados exigindo reparação ao Estado responsável por tais violações.⁹¹⁶

López pontua que, no âmbito do DIH, haveria uma necessidade ainda maior de ampliar a legitimidade para exercer a proteção diplomática, tendo em vista que o DIH carece de mecanismos efetivos para garantir o seu cumprimento, diferentemente do que ocorre no caso dos direitos humanos. As Convenções de Genebra e seus protocolos internacionais não estabelecem procedimentos internacionais específicos para invocar a responsabilidade do Estado e exigir reparação às vítimas. Em razão das obrigações *erga omnes* derivadas das normas de DIH, seria de responsabilidade de todos os Estados garantir o seu respeito, a responsabilização do Estado que as violar e a reparação dos beneficiários dessas normas.⁹¹⁷

López defende que o requisito da nacionalidade das vítimas não poderia servir para se opor ao direito de qualquer Estado de invocar a responsabilidade de outro Estado pela violação de normas de DIH.⁹¹⁸

A possibilidade de todos os Estados da comunidade internacional invocarem a responsabilidade internacional do Estado que cometer uma violação de uma obrigação *erga omnes* e reclamarem reparação em benefício de um indivíduo lesado por essa violação também foi defendida pelo *Institut de Droit International*.⁹¹⁹ O artigo 2 (b) da Resolução sobre as obrigações *erga omnes* em direito internacional estabelece que: “*When a State commits a breach of an obligation erga omnes, all the States to which the obligation is owed are entitled, even if they are not specially affected by the breach, to claim from the responsible State in particular: (...) (b) performance of the obligation of reparation in the*

⁹¹⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 257, para. 79, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

⁹¹⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, p. 199, para. 157.

⁹¹⁶ GATTINI, Andrea. The Dispute, p. 196.

⁹¹⁷ LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación, pp. 1195-1196.

⁹¹⁸ LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación, pp. 1198-1199.

⁹¹⁹ GAJA, Giorgio. The Protection of General, pp. 108-109.

interest of the State, entity or individual which is specially affected by the breach."⁹²⁰

Assim, apesar de ser controversa a ideia de que outros Estados – que não a Itália – teriam legitimidade processual para exercer a proteção diplomática – ou para propor uma ação popular – pleiteando reparação em benefício dos nacionais italianos lesados pelas violações de *jus cogens* cometidas pela Alemanha, essa seria uma possibilidade, caso a Itália não exerça a proteção diplomática em favor dos seus nacionais.

O Estado pode exercer a proteção diplomática por todos os meios pacíficos de solução de controvérsias, inclusive por meio de processos arbitrais ou jurisdicionais.⁹²¹ O TIJ, por sua vez, tem um papel cada vez mais ativo na defesa dos direitos humanos, de modo que a proteção diplomática pode ser exercida por meio de uma ação no TIJ contra o Estado responsável pelas violações de direitos humanos ou de DIH.⁹²²

O artigo 48 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados serve de base para que qualquer Estado possa apresentar uma reclamação ao TIJ contra um outro Estado em caso de violações de *jus cogens* cometidas por este último, visto que o artigo 48 possibilitou uma expansão nas condições de *locus standi* e admissibilidade da reclamação perante o TIJ. De toda forma, o TIJ só poderá julgar a reclamação apresentada caso tenha jurisdição.⁹²³

Milano pontua que o caráter *erga omnes* das obrigações gera efeitos somente na admissibilidade da demanda, nomeadamente na legitimidade processual do Estado, e não na questão da jurisdição do TIJ, que deve ser satisfeita para que o TIJ possa exercer sua jurisdição sobre a reclamação.⁹²⁴

⁹²⁰ Institut de Droit International, Resolution on Obligations Erga Omnes in International Law, Krakow Session, 2005.

⁹²¹ DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. Droit international public, p. 909.

⁹²² FROUVILLE, Olivier de. Affaire Ahmadou, p. 305.

⁹²³ SEIFI, Jamal. Peremptory Norms, p. 164.

⁹²⁴ MILANO, Enrico. Diplomatic Protection, p. 114.

11. JURISDIÇÃO DO TIJ NO CASO DE RECLAMAÇÕES RELATIVAS A VIOLAÇÕES DE *JUS COGENS*

O *Institut de Droit International*, no artigo 3 da Resolução sobre obrigações *erga omnes* no direito internacional, afirmou que: “*In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation erga omnes and a State to which the obligation is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation*”.⁹²⁵

De acordo com o direito internacional, o Estado tem o direito de exercer a proteção diplomática caso algumas condições sejam cumpridas. O Estado de nacionalidade pode tomar medidas diplomáticas e, inclusive, iniciar um processo num tribunal internacional, como o TIJ, contra o Estado responsável pelo ato ilícito, caso o tribunal tenha jurisdição.⁹²⁶ O direito do Estado de nacionalidade de exercer a proteção diplomática, contudo, não cria uma base de jurisdição adicional ao tribunal internacional.⁹²⁷

O TIJ é o órgão judicial principal da ONU, conforme estabelece o artigo 92 da Carta da ONU.⁹²⁸ Em razão da sua jurisdição universal para julgar disputas entre Estados, o TIJ é considerado um importante foro para o exercício da proteção diplomática.⁹²⁹

O interesse de agir de um Estado, em razão da violação de obrigações *erga omnes*, e a competência do TIJ para julgar uma reclamação são duas questões distintas. O fato de que se trata de uma reclamação fundada no caráter *erga omnes* das obrigações em causa não é capaz, por si só, de conferir jurisdição ao TIJ para julgar a reclamação, sem que esteja presente o consentimento das partes.⁹³⁰

⁹²⁵ Institut de Droit International, Resolution on Obligations Erga Omnes in International Law, Krakow Session, 2005.

⁹²⁶ PETERS, Anne. Beyond Human Rights, pp. 389-390.

⁹²⁷ PETERS, Anne. Beyond Human Rights, p. 390.

⁹²⁸ Charter of the United Nations; MESQUITA, Maria José Rangel de. Justiça Internacional, p. 127.

⁹²⁹ MILANO, Enrico. Diplomatic Protection, p. 109.

⁹³⁰ LE BRIS, Catherine. Vers la “Protection Diplomatique”, p. 345.

O TIJ entende que mesmo em casos de supostas violações de *jus cogens*, como no caso de genocídio, por exemplo, o consentimento do Estado requerido seria necessário, de acordo com o artigo 36 (1) do ETIJ, para que o TIJ possa exercer sua jurisdição.⁹³¹

Assim, o caráter *jus cogens* de uma norma em causa em um processo no TIJ não é capaz, por si só, de servir de base para sua jurisdição. Os Estados partes no processo no TIJ devem ter consentido com a sua jurisdição, em conformidade com o artigo 36 do ETIJ, para que o TIJ possa exercer sua jurisdição sobre eles.⁹³²

Como destaca Tladi: *“It would be going too far to suggest that any invocation of a jus cogens would grant the International Court of Justice jurisdiction in a dispute”*.⁹³³

Assim, por exemplo, apesar de se tratar de uma norma de *jus cogens*, a proibição do genocídio não confere jurisdição ao TIJ para julgar toda e qualquer reclamação envolvendo a violação dessa norma, sem que esteja presente o consentimento das partes.⁹³⁴

O consentimento do Estado ao exercício da jurisdição do TIJ é essencial.⁹³⁵ O TIJ, em *East Timor*, declarou que: *“(...) one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction”*.⁹³⁶ Como pontua Tomuschat: *“No departure has been introduced from the requirement of consent for international dispute settlement”*.⁹³⁷

⁹³¹ TOMOUSCHAT, Christian. *The International Law*, p. 1131.

⁹³² WET, Erika de. *Invoking obligations*, pp. 16-17.

⁹³³ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur, p. 55, para. 134.

⁹³⁴ Segundo Tomuschat: *“(...) rules of ius cogens confine themselves to regulating positive state conduct but do not specify what particular consequences are to be drawn in case such rules have been encroached upon. Primary rules of conduct and secondary rules governing the consequences of a breach operate on two different levels”*. TOMUSCHAT, Christian. *The Case of Germany*, p. 90.

⁹³⁵ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, p. 923, para. 19, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/114/114-19990602-ORD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 23 de outubro de 2019.

⁹³⁶ *East Timor*, p. 101, para. 26.

⁹³⁷ TOMUSCHAT, Christian. *The Case of Germany*, p. 91.

Em *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Croatia v. Serbia)*, o TIJ destacou que existe um princípio fundamental segundo o qual “*no State may be subject to its jurisdiction without its consent*”.⁹³⁸

Orakhelashvili também reconhece que o consentimento dos Estados continua constituindo um requisito essencial à jurisdição. Segundo Orakhelashvili: “*In the present state of international law, judicial jurisdiction depends upon the consent of States. Judicial settlement, like other dispute settlement methods, is consensual. Peremptory norms do not by themselves establish judicial jurisdiction in the absence of a jurisdictional instrument*”.⁹³⁹

As normas processuais relativas à jurisdição do tribunal, normas que determinam o escopo e a extensão da jurisdição, e quando essa jurisdição pode ser exercida, não são afetadas pelas normas substantivas de *jus cogens*, mesmo quando aquelas afetam a sua efetividade. Assim, em *Legality of Use of Force*, o TIJ decidiu que não poderia exercer sua jurisdição num caso iniciado por um Estado que não fosse parte do ETIJ, mesmo em casos envolvendo a violação de normas substantivas de *jus cogens*, como é o caso da proibição do genocídio.⁹⁴⁰ De maneira similar, o TIJ decidiu, em *Armed Activities*, que o fato de uma disputa ser relacionada com o cumprimento de uma norma de *jus cogens* – ou de uma obrigação *erga omnes* – não seria capaz de conferir, por si só, jurisdição ao TIJ, na ausência do consentimento das partes.⁹⁴¹

Segundo o TIJ: “*the mere fact that rights and obligations erga omnes or peremptory norms of general international law (jus cogens) are at issue in a dispute cannot in itself constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties*”.⁹⁴²

Assim como ocorre com as normas processuais de imunidade do Estado e as normas substantivas de *jus cogens* relativas à proibição da prática de crimes internacionais, que não entram em conflito em razão da sua natureza distinta, o

⁹³⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 423, para. 33, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 24 de setembro de 2019.

⁹³⁹ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms*, p. 489.

⁹⁴⁰ *Legality of Use of Force*, Preliminary Objections, p. 754, para. 89.

⁹⁴¹ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, pp. 988-989; *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 32, para. 64.

⁹⁴² *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 52, para. 125.

mesmo ocorre entre as normas processuais relativas à jurisdição dos tribunais internacionais e as normas substantivas de *jus cogens*.⁹⁴³

Em *Armed Activities*, o Congo alegou que o artigo 66 da CVDT estabelecia a jurisdição do TIJ em disputas relativas à violação de normas de *jus cogens*.⁹⁴⁴ O artigo 66 (a) da CVDT estabelece que qualquer das partes numa disputa relativa à aplicação ou interpretação dos artigos 53 ou 64 pode, unilateralmente, submetê-la ao TIJ, a não ser que as partes tenham acordado submeter a disputa à arbitragem.⁹⁴⁵

O TIJ rejeitou esse argumento por entender que o fato de que um caso seja relacionado à violação de uma norma de *jus cogens* não seria suficiente para servir de base da jurisdição do TIJ, uma vez que, de acordo com o ETIJ, a sua jurisdição é sempre fundada no consentimento das partes.⁹⁴⁶

De acordo com Tladi, relator especial da CDI para o *jus cogens*, o artigo 66 da CVDT aplica-se apenas à questão relativa à invalidade de tratados que estiverem em conflito com uma norma de *jus cogens*. O artigo 66 da CVDT somente serviria de base de jurisdição ao TIJ num caso envolvendo a validade de um tratado supostamente em conflito com uma norma de *jus cogens*, caso ambas as partes forem partes da CVDT e não tiverem feito uma reserva em relação ao artigo 66.⁹⁴⁷

Tladi pontua que o artigo 66 (a) da CVDT limita-se a um aspecto específico do *jus cogens*, qual seja, a invalidade de um tratado por conflito com uma norma de *jus cogens*. Por essa razão, o artigo 66 (a) não poderia ser invocado com o propósito de identificar outras consequências decorrentes do *jus cogens*. Essa interpretação restritiva está em consonância com o entendimento do TIJ em *Armed Activities*.⁹⁴⁸

⁹⁴³ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, p. 55, para. 133.

⁹⁴⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 12, 16-17, paras. 1, 15.

⁹⁴⁵ Sobre o artigo 66 (a) da CVDT, Baptista afirma que: "(...) por força desta norma, qualquer parte na Convenção de Viena aceita automaticamente a jurisdição do TIJ nesta matéria, não sendo necessário qualquer reconhecimento específico desta jurisdição para a sentença ser obrigatória para a parte demandada, mesmo que não tenha concordado com o recurso ao TIJ". BAPTISTA, Eduardo Correia. *Jus Cogens*, p. 500.

⁹⁴⁶ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, p. 55, para. 133.

⁹⁴⁷ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, pp. 55-56, para. 135.

⁹⁴⁸ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, p. 20, para. 49.

O TIJ entendeu que o fato de uma disputa se relacionar a supostas violações de normas de *jus cogens* não seria capaz, na ausência de uma base de jurisdição fundada no consentimento dos Estados, de estabelecer jurisdição ao TIJ.⁹⁴⁹

Ademais, o TIJ decidiu que o *status* de *jus cogens* de uma norma substantiva não invalida automaticamente uma reserva feita por um Estado à jurisdição de um tribunal. Em *Armed Activities*, o TIJ analisou a alegação do Congo no sentido de que o *status* de *jus cogens* da proibição do genocídio acarretaria a invalidade da reserva feita por Ruanda à jurisdição do TIJ, que estava prevista no artigo IX da Convenção sobre a Prevenção e Punição pelo Crime de Genocídio.⁹⁵⁰ O TIJ concluiu que a reserva feita por Ruanda em relação à jurisdição do TIJ não afetaria suas obrigações relativas à proibição da prática do genocídio. Na visão do TIJ, a reserva à sua jurisdição é permitida mesmo que isso signifique um obstáculo à aplicação da obrigação substantiva com caráter de *jus cogens*.⁹⁵¹

O TIJ, fazendo a distinção entre normas processuais e substantivas, afirmou que a reserva feita por Ruanda limitava-se à questão acerca da jurisdição do TIJ, excluindo esse meio particular de solução de controvérsias, e, portanto, não afetava as obrigações substantivas relativas à proibição da prática do genocídio.⁹⁵² Ainda, ao analisar o argumento de que a reserva feita por Ruanda à jurisdição do TIJ estaria em conflito com uma norma de *jus cogens*, o TIJ concluiu que não existia uma norma de *jus cogens* requerendo o consentimento do Estado à jurisdição do TIJ para resolver disputas relacionadas à Convenção do Genocídio.⁹⁵³

O mesmo ocorre, segundo Talmon, com o artigo 66 da CVDT, que confere jurisdição ao TIJ sobre disputas relativas à validade de tratados conflitantes com

⁹⁴⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 32, para. 64.

⁹⁵⁰ United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019; O Congo alegou que a reserva feita por Ruanda seria inválida pois visava impedir o TIJ de garantir a proteção de uma norma de *jus cogens*, qual seja, a proibição do genocídio. *Armed Activities on the Territory of the Congo*, pp. 29-30, para. 56.

⁹⁵¹ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, pp. 989-990.

⁹⁵² SEIFI, Jamal. *Peremptory Norms*, p. 170; *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 32, para. 67.

⁹⁵³ O TIJ entendeu que o artigo 66 da CVDT não era uma norma internacional costumeira. *Armed Activities on the Territory of the Congo*, p. 33, para. 69; p. 52, para. 125.

normas de *jus cogens*. Inúmeros Estados fizeram reservas a essa disposição ao ratificar a CVDT. Essas reservas são válidas e não são afetadas pelas normas substantivas de *jus cogens*.⁹⁵⁴

O TIJ, em *East Timor*, declarou que o caráter *erga omnes* de uma norma e o requisito do consentimento para o exercício da jurisdição são duas questões distintas.⁹⁵⁵

Em *Legality of Use of Force*, o TIJ pontuou que devia ser feita uma distinção entre a questão acerca da aceitação por um Estado da jurisdição do TIJ, de um lado, e a questão acerca da compatibilidade dos atos desse Estado com o direito internacional, de outro. O exercício da jurisdição pelo TIJ requer o consentimento do Estado para que o TIJ possa exercer sua jurisdição e decidir acerca da licitude ou não dos atos praticados pelo Estado. Essa questão de mérito só poderá ser analisada pelo TIJ caso esteja presente o consentimento do Estado.⁹⁵⁶

De toda forma, como o TIJ ressaltou, aceitando ou não a jurisdição do TIJ, o Estado continua responsável por atos praticados em violação ao direito internacional, incluindo as violações de DIH cometidas.⁹⁵⁷ Da mesma forma, em *Fisheries Jurisdiction*, o TIJ afirmou que: “*Whether or not States accept the jurisdiction of the Court, they remain in all cases responsible for acts attributable to them that violate the rights of other States. Any resultant disputes are required to be resolved by peaceful means, the choice of which, pursuant to Article 33 of the Charter, is left to the parties*”.⁹⁵⁸ De acordo com o TIJ, questões acerca da licitude dos atos de um Estado e da responsabilidade desse Estado não se confundem com a questão do consentimento à jurisdição do TIJ.⁹⁵⁹

Em *Fisheries Jurisdiction*, o TIJ ainda destacou que: “*There is a fundamental distinction between the acceptance by a State of the Court’s jurisdiction and the compatibility of particular acts with international law. The*

⁹⁵⁴ TALMON, Stefan. *Jus Cogens*, p. 990.

⁹⁵⁵ *East Timor*, p. 102, para. 29.

⁹⁵⁶ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, p. 925, para. 30.

⁹⁵⁷ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, p. 925, para. 31.

⁹⁵⁸ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 456, para. 56, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/96/096-19981204-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁹⁵⁹ *Fisheries Jurisdiction*, p. 465, para. 79.

former requires consent. The latter question can only be reached when the Court deals with the merits, after having established its jurisdiction and having heard full legal argument by both parties".⁹⁶⁰

A questão da legitimidade processual decorrente do caráter *erga omnes* das obrigações violadas não tem efeitos sobre o requisito do consentimento dos Estados à jurisdição do TIJ. Assim, nem a violação de normas de *jus cogens* nem a violação de obrigações *erga omnes* serviriam de base de jurisdição ao TIJ, na ausência do consentimento dos Estados.⁹⁶¹

Assim, mesmo no caso em que a existência de uma ação popular seja aceita no direito internacional de modo a possibilitar qualquer Estado da comunidade internacional pleitear reparação em benefício de indivíduos lesados por um ato ilícito internacional cometido em violação de uma obrigação *erga omnes*, ou mesmo no caso do exercício da proteção diplomática em resposta à uma violação de uma norma de *jus cogens* – ou de uma obrigação *erga omnes* –, a jurisdição do TIJ ainda assim dependeria do consentimento das partes.⁹⁶²

⁹⁶⁰ Fisheries Jurisdiction, p. 456, para. 55.

⁹⁶¹ WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens: International Law, p. 402; GAJA, Giorgio. The Protection of General, p. 112.

⁹⁶² GAJA, Giorgio. The Protection of General, p. 110.

CONCLUSÃO

As imunidades jurisdicionais do Estado, que compreendem a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução, garantem que, em regra, o Estado não está sujeito à jurisdição dos tribunais de outro Estado e que seus bens não estão sujeitos a medidas de execução autorizadas por tribunais ou demais órgãos de outro Estado.

A imunidade absoluta – que prevaleceu no século XIX – foi abandonada no século XX e hoje não há dúvida de que o Estado não faz jus à imunidade de jurisdição pelos seus atos *jure gestionis*. Apesar de existir controvérsias sobre qual critério deve ser usado para classificar os atos do Estado como *jure imperii* ou *jure gestionis*, a análise da natureza do ato mostra-se como o critério mais objetivo e adequado, devendo ser preferido ao critério que analisa o propósito do ato.

Apesar do entendimento adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no sentido de que os tribunais americanos não teriam uma obrigação jurídica de reconhecer a imunidade ao Estado estrangeiro, sendo essa imunidade concedida por uma questão de cortesia, o TIJ concluiu que, de acordo com o direito internacional costumeiro, o Estado tem direito à imunidade e os demais Estados têm uma obrigação jurídica de respeitá-la.

Quando o tribunal nacional está diante de uma reclamação apresentada contra um Estado estrangeiro, o tribunal deve, primeiramente, analisar se tem jurisdição para julgar a reclamação, para só então analisar se a imunidade de jurisdição deve ser reconhecida ao Estado estrangeiro. Isso porque a questão da jurisdição do tribunal é distinta e precede a questão da imunidade do Estado estrangeiro contra o qual a reclamação foi apresentada. Ao analisar se a imunidade deve ser reconhecida ao Estado estrangeiro, o tribunal deve, primeiramente, verificar se esse Estado não renunciou à sua imunidade, visto que os Estados são livres para consentir com o exercício da jurisdição pelos tribunais de outro Estado. Para tanto, o Estado estrangeiro deve ser notificado da existência de um processo contra ele, para que ele tenha a oportunidade de renunciar à sua imunidade, caso seja do seu interesse.

Há um conflito entre a imunidade do Estado, decorrente do princípio da igualdade soberana dos Estados, e a jurisdição territorial, decorrente do princípio da soberania territorial. Não obstante as opiniões divergentes, a imunidade do Estado é considerada a regra, sujeita a exceções. Assim, para que o tribunal nacional possa exercer sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro, o tribunal deve identificar a existência de uma exceção à imunidade de jurisdição do Estado.

O Estado não tem direito à imunidade de jurisdição pelos seus atos *jure gestionis*, de modo que, se o tribunal nacional identificar que a reclamação apresentada contra o Estado estrangeiro tem como objeto atos *jure gestionis*, como no caso das transações comerciais, por exemplo, o tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre o Estado estrangeiro. A questão passa a ser controversa quando a reclamação tem como objeto atos *jure imperii* do Estado estrangeiro.

As imunidades jurisdicionais do Estado tiveram alguns dos seus contornos delimitados pelo TIJ no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Ao decidir se a Itália havia violado a imunidade de jurisdição da Alemanha em razão das decisões dos tribunais italianos que negaram a imunidade à Alemanha, o TIJ, primeiramente, concluiu que os atos da Alemanha, que foram objeto dos processos nos tribunais italianos, constituíram atos *jure imperii*. Esses processos eram relativos a reclamações apresentadas por indivíduos pleiteando reparação por danos sofridos em decorrência das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Assim, o TIJ analisou se existia alguma exceção à imunidade de jurisdição do Estado aplicável a esses atos *jure imperii* praticados pela Alemanha.

Tendo em vista que o TIJ optou por não analisar a existência, no direito internacional, de uma exceção à imunidade de jurisdição aplicável aos atos *jure imperii* em geral, essa questão continua incerta. No entanto, a existência de uma exceção territorial, no direito internacional, aplicável aos atos atribuídos ao Estado estrangeiro que causem mortes, lesões a pessoas ou danos a propriedades, quando praticados – ainda que parcialmente – no território do Estado do foro, sem fazer qualquer distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, indica que nem todos os atos *jure imperii* estariam abrangidos pela imunidade do Estado. A aplicação da exceção territorial em casos de assassinatos políticos cometidos por Estados estrangeiros reforça a ideia de que o Estado não faz jus à imunidade por todos os seus atos *jure imperii*.

O TIJ, restringindo sua análise aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas da Alemanha, durante a Segunda Guerra Mundial, contra os nacionais italianos, concluiu que esses atos não estariam sujeitos à exceção territorial, posto que essa exceção não seria aplicável aos atos *jure imperii* praticados pelas forças armadas estrangeiras, no território do Estado do foro, durante um conflito armado.

Da decisão do TIJ também é possível concluir que não existe, no direito internacional, uma exceção *jus cogens* à imunidade de jurisdição do Estado. Essa exceção teria fundamento na existência de um conflito entre as normas de imunidade do Estado e as normas de *jus cogens* violadas pelo Estado estrangeiro, que seria resolvido pela prevalência das normas de *jus cogens*, hierarquicamente superiores. Segundo esse argumento, essas normas de *jus cogens* afastariam a imunidade do Estado em casos relativos a atos *jure imperii* atribuídos ao Estado estrangeiro que constituam violações de normas de *jus cogens*.

Apesar de existir uma hierarquia normativa no direito internacional, não seria possível existir um conflito entre as normas de imunidade do Estado, que têm natureza processual, e as normas de *jus cogens*, que têm natureza substantiva. Essas normas pertencem a duas categorias distintas, regulam questões distintas e não impõem obrigações incompatíveis.

As normas de imunidade do Estado limitam-se a determinar se os tribunais domésticos de um Estado podem ou não exercer sua jurisdição sobre outro Estado. O reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado apenas impede o exercício da jurisdição por um tribunal, e não diz respeito ao mérito da reclamação.

As normas de imunidade do Estado têm caráter preliminar, constituem uma defesa processual e, portanto, são aplicadas como uma exceção preliminar, antes do tribunal nacional adentrar no mérito da reclamação. O tribunal nacional deve decidir se o Estado estrangeiro faz jus à imunidade de jurisdição antes de analisar o mérito do processo. As normas substantivas, por outro lado, são aplicadas no mérito e determinam se uma determinada conduta violou uma obrigação jurídica e a responsabilidade incorrida no caso de violação, por exemplo.

Não existiria um conflito entre normas jurídicas sempre que uma norma impedisse a efetividade de outra norma. As normas processuais podem afetar a efetividade das normas substantivas, mas não o seu conteúdo. O simples fato de uma norma impedir a efetividade de outra não configura um conflito entre elas.

Além das normas de imunidade do Estado, que regulam quando um tribunal nacional pode exercer sua jurisdição sobre um Estado estrangeiro, normas de jurisdição dos tribunais internacionais, como a que impõe o consentimento do Estado como requisito para o exercício da jurisdição pelo TIJ, também não entram em conflito com as normas substantivas de *jus cogens*, apesar de afetar sua efetividade. Caso as normas de *jus cogens* fossem capazes de afastar as normas de imunidade do Estado, elas também seriam capazes de afastar qualquer norma que impusesse um requisito à jurisdição dos tribunais. No entanto, sabe-se que as normas relativas à jurisdição do tribunal – que determinam o escopo e extensão da jurisdição e quando essa jurisdição pode ser exercida – não são afetadas pelas normas substantivas de *jus cogens*. Segundo o TIJ, o fato de uma reclamação ter como objeto uma norma de *jus cogens* não seria, por si só, capaz de conferir jurisdição ao TIJ na ausência do consentimento das partes.

As normas de *jus cogens* não têm um elemento processual – ou uma obrigação imposta aos tribunais de afastar qualquer obstáculo processual – que possa entrar em conflito com a imunidade do Estado com o intuito de impedir o seu reconhecimento.

Um conflito poderia ocorrer entre a norma de imunidade do Estado e o direito de acesso à justiça. Ocorre que o direito de acesso à justiça não é uma norma de *jus cogens*. Da mesma forma, da norma de *jus cogens* violada não decorre um direito de acesso à justiça com *status* de *jus cogens*. Assim, um eventual conflito não poderia ser resolvido pela hierarquia normativa.

O direito de acesso à justiça não é absoluto, e, portanto, pode ser restringido, mediante o cumprimento de alguns requisitos. Por ser um direito que requer a regulamentação do Estado, o direito de acesso à justiça pode sofrer limitações. De acordo com o TEDH, o reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro, em conformidade com as normas de direito internacional, busca alcançar um fim legítimo e não pode ser considerado uma

restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça. O reconhecimento da imunidade a um Estado estrangeiro, portanto, não configura uma violação do direito de acesso à justiça. A imunidade não impede o requerente de exercer o seu direito de ação, mas apenas o impede de exercê-lo num foro inapropriado.

Também não há conflito entre a imunidade do Estado e a obrigação estabelecida no artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados. Isso porque o reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado não equivale ao reconhecimento de uma situação criada por uma violação de uma norma de *jus cogens* como lícita, nem pode ser entendida como dando ajuda ou auxílio à manutenção dessa situação.

Também não há conflito entre o dever de reparação e a imunidade de jurisdição do Estado. A imunidade acaba por restringir os meios pelos quais a reparação pode ser pleiteada contra o Estado, mas não afeta o dever de reparação do Estado responsável pelas violações de DIH.

A imunidade do Estado é distinta e não se confunde com as imunidades *ratione personae* e *ratione materiae* dos altos representantes e funcionários do Estado. Por essa razão, a decisão da *House of Lords* em *Pinochet*, na qual a imunidade *ratione materiae* do ex-Chefe de Estado do Chile foi negada, não serve de precedente na identificação de uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado no direito internacional costumeiro. *Pinochet* não serve de precedente nem mesmo para uma exceção *jus cogens* à imunidade *ratione personae* dos Chefes de Estado, dos Chefes de Governo e dos Ministros das Relações Exteriores. A imunidade *ratione personae* desses altos representantes do Estado em exercício continua prevalecendo mesmo quando eles estejam sendo processados por violações de *jus cogens*, como pela prática de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, por exemplo. Esse entendimento foi aplicado pelo TIJ em *Arrest Warrant* e pela Corte de Cassação francesa em *Gaddafi*. Se a exceção *jus cogens* aplicada à imunidade *ratione materiae* em *Pinochet* não influencia nem mesmo a imunidade *ratione personae* dos Chefes de Estado, essa exceção não seria capaz de influenciar a imunidade do Estado, que é completamente distinta das imunidades dos altos representantes e demais funcionários do Estado.

Após uma extensa análise da prática dos Estados, o TIJ concluiu pela inexistência, no direito internacional costumeiro, de uma exceção *jus cogens* à

imunidade de jurisdição do Estado. Tribunais do Reino Unido, do Canadá, da França, da Eslovênia, da Polônia, do Brasil, dentre outros, negaram a existência de uma exceção à imunidade em casos relativos a violações de normas de *jus cogens*, nos quais os requerentes pleiteavam reparação contra o Estado estrangeiro por danos causados por atos de tortura, crimes de guerra e crimes contra a humanidade atribuídos a esse Estado. Ademais, a Convenção da ONU não prevê uma exceção *jus cogens* à imunidade do Estado.

A *terrorism exception*, prevista nas legislações do Estados Unidos e Canadá, que estabelece que Estados estrangeiros oficialmente designados como “patrocinadores do terrorismo” não fariam jus à imunidade de jurisdição pela suposta prática de atos de tortura, de execução extrajudicial, de sabotagem de aeronaves, de tomada de reféns, ou por dar apoio material para a prática de quaisquer desses atos, tem pouca relevância na identificação de uma exceção *jus cogens* no direito internacional consuetudinário por duas razões: (i) a aplicação da *terrorism exception* estaria restrita a um número limitado de Estados, designados de forma discricionária pelo Poder Executivo como “patrocinadores do terrorismo”; (ii) a *terrorism exception* só é aplicada nos Estados Unidos e Canadá.

Os Estados Unidos chegaram a aprovar uma nova exceção à imunidade do Estado, em setembro de 2016, por meio da qual qualquer Estado – visto que essa exceção não estaria restrita aos Estados listados como “patrocinadores do terrorismo” –, teria sua imunidade negada no caso da prática de atos de terrorismo internacional que causem mortes, lesões a pessoas ou danos a propriedades nos Estados Unidos. Essa exceção requer que o ato de terrorismo tenha sido praticado no território do Estado do foro, de modo que se assemelha a uma exceção territorial aplicável especificamente a atos de terrorismo.

A violação de normas de *jus cogens* pelo Estado não acarreta a renúncia implícita à sua imunidade. Além de não encontrar apoio na prática dos Estados, esse argumento, segundo o qual o Estado estaria implicitamente renunciando à sua imunidade ao violar uma norma de *jus cogens*, não se sustenta juridicamente por duas razões: (i) a renúncia requer um ato de expressão da vontade; (ii) o consentimento do Estado à jurisdição de um tribunal de outro Estado deve ser expresso, de modo que qualquer renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado deve ser feita de maneira expressa.

Por todas essas razões, o TIJ concluiu que a imunidade de jurisdição da Alemanha não podia ter sido negada nos tribunais italianos com base em uma exceção *jus cogens*, ainda que os atos da Alemanha cometidos em violação ao DIH tenham constituído violações de normas de *jus cogens*.

Diferentemente do que ocorre no caso da imunidade de jurisdição das Organizações Internacionais, o reconhecimento da imunidade de jurisdição ao Estado não depende da existência de um meio de recurso alternativo disponível aos requerentes para que eles possam pleitear reparação contra o Estado estrangeiro. Isso porque a questão relativa à imunidade do Estado é completamente distinta das questões relativas à responsabilidade e ao dever de reparação do Estado.

A justificativa presente no caso da imunidade das Organizações Internacionais não estaria presente no caso da imunidade dos Estados. Ao contrário do que ocorre nas Organizações Internacionais, nas quais por vezes não há um mecanismo interno para que os requerentes possam apresentar sua reclamação, os Estados possuem tribunais para que os requerentes possam apresentar sua reclamação.

De todo modo, mesmo que o reconhecimento da imunidade dependesse da existência de um meio de recurso alternativo, os tribunais do Estado responsável pelas violações estariam disponíveis para os requerentes apresentarem sua reclamação. De toda forma, quando os requerentes já tiverem esgotado os recursos disponíveis no Estado estrangeiro, ou quando eles forem impedidos de esgotá-los por este Estado, a proteção diplomática constituiria o último recurso, tendo em vista que os requerentes podem ter sua reclamação adotada por seu Estado de nacionalidade, que exerceria a proteção diplomática em seu favor contra o Estado responsável pelas violações.

Assim, O TIJ entendeu que os tribunais italianos não podiam justificar o não reconhecimento da imunidade de jurisdição à Alemanha na alegação de que os tribunais italianos seriam o último recurso disponível para os requerentes pleitearem reparação contra a Alemanha. Primeiramente, porque o reconhecimento da imunidade da Alemanha não dependeria da existência de um meio de recurso alternativo. Em segundo lugar, os nacionais italianos – que ainda não tiverem feito – poderiam apresentar sua reclamação nos tribunais alemães. Após esgotarem os recursos internos disponíveis na Alemanha, esses

nacionais – juntamente com os nacionais que já tiverem esgotado os recursos internos na Alemanha mesmo antes de apresentar sua reclamação nos tribunais italianos – estariam aptos a ter sua reclamação adotada pela Itália, por meio do exercício da proteção diplomática.

A concessão do *exequatur* às decisões gregas pelos tribunais italianos também constituíram uma violação à imunidade de jurisdição da Alemanha. Isso porque os tribunais italianos, ao julgar o pedido de *exequatur*, exerceram sua jurisdição sobre a Alemanha e estariam obrigados a reconhecer a imunidade à Alemanha caso tivessem que julgar um processo idêntico àquele cuja decisão pretende ser homologada.

A concessão do *exequatur* à decisão do Tribunal de Livadia que condenou a Alemanha a compensar os requerentes por violações de DIH cometidas na Grécia, durante a Segunda Guerra Mundial, permitiu que medidas de execução fossem tomadas contra a Villa Vigoni, imóvel de propriedade da Alemanha situado na Itália. A hipoteca inscrita contra esse imóvel constituiu uma violação à imunidade de execução da Alemanha.

A imunidade de jurisdição e a imunidade de execução são distintas e possuem normas próprias. Enquanto aquela impede que um tribunal exerça sua jurisdição sobre um Estado estrangeiro, esta impede que medidas de execução sejam tomadas contra bens de um Estado estrangeiro. Uma renúncia à imunidade de jurisdição não se estende à imunidade de execução, sendo necessária uma renúncia expressa a esta imunidade pelo Estado estrangeiro. Da mesma forma, mesmo que um Estado não faça jus à imunidade de jurisdição e uma sentença seja prolatada contra ele, isso não significa que medidas coercitivas possam ser tomadas contra seus bens visando executar essa sentença, sem que as normas específicas de imunidade de execução sejam observadas. A imunidade de execução, portanto, constitui um obstáculo à execução de uma decisão favorável proferida contra um Estado estrangeiro.

A imunidade de execução não é absoluta. A hipoteca inscrita contra a Villa Vigoni tinha como objetivo a satisfação de uma sentença com força de coisa julgada, e, por isso, constituía uma medida de execução posterior ao julgamento. O TIJ entendeu que pelo menos uma condição deveria ser satisfeita para que uma medida coercitiva pudesse ser tomada contra um bem de um Estado estrangeiro para a satisfação de uma decisão judicial: (i) que o Estado tenha

expressamente consentido com a medida coercitiva; (ii) que o Estado tenha destinado o bem para a satisfação da decisão judicial; ou (iii) que o bem esteja sendo usado para uma atividade que não seja uma atividade governamental não comercial.

Tendo em vista que a Villa Vigoni servia de sede para um centro cultural, cujo objetivo era promover o intercâmbio cultural entre a Alemanha e a Itália, o TIJ entendeu que o imóvel estava sendo usado para uma atividade governamental não comercial e, portanto, estaria protegido pela imunidade de execução. Além disso, a Alemanha não havia consentido com a hipoteca inscrita contra a Villa Vigoni, nem havia alocado a Villa Vigoni para a satisfação da decisão judicial.

Assim, o TIJ concluiu que a Itália havia violado as imunidades de jurisdição e execução da Alemanha e ordenou que a Itália promulgasse uma lei ou praticasse outro ato visando anular todos os efeitos jurídicos das decisões proferidas pelos seus tribunais que violaram as imunidades jurisdicionais da Alemanha.

A Itália tinha uma obrigação jurídica de cumprir a decisão do TIJ. Os tribunais italianos até passaram a reconhecer a imunidade da Alemanha em casos relativos à reparação por violações de DIH logo após a sentença do TIJ. O Parlamento italiano também aprovou uma lei com o objetivo de garantir o cumprimento da decisão do TIJ na Itália. No entanto, a decisão da Corte Constitucional italiana que declarou a inconstitucionalidade dessa lei, por concluir que o direito de acesso à justiça das vítimas de violações de DIH devia prevalecer sobre a imunidade do Estado, interrompeu o cumprimento da sentença do TIJ pela Itália. A Corte Constitucional italiana valeu-se do direito interno para descumprir uma obrigação internacional. O descumprimento da sentença do TIJ pela Itália constitui um ato ilícito internacional, o que enseja a responsabilidade internacional da Itália. De toda forma, mesmo que os tribunais italianos neguem a imunidade de jurisdição à Alemanha com base na decisão da Corte Constitucional, os requerentes só conseguirão obter compensação se a imunidade de execução da Alemanha também for afastada.

A decisão do TIJ, apesar de ter como consequência impedir os nacionais italianos de pleitear reparação pelas violações de DIH cometidas pela Alemanha nos tribunais italianos, indica que esses nacionais ainda podem ter sua

reclamação adotada pela Itália, a qual pode exercer a proteção diplomática, em favor deles, contra a Alemanha visando obter reparação pelos danos sofridos pelos seus nacionais em razão das violações de DIH cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.

A proteção diplomática, reconhecida no direito internacional costumeiro, é o direito de um Estado de invocar a responsabilidade de outro Estado por danos causados a seus nacionais por um ato ilícito internacional atribuído a este outro Estado. O Estado exerce o seu direito de garantir o respeito pelo direito internacional na pessoa dos seus nacionais, ao adotar a reclamação do seu nacional, cujo direito foi violado pelo ato ilícito internacional praticado pelo Estado estrangeiro. Há, portanto, dois direitos em causa no exercício da proteção diplomática. O Estado exerce o seu direito processual de proteção diplomática, a fim de reclamar o direito material do seu nacional violado contra o Estado responsável pela violação deste direito. Isso é corroborado pelo fato de que uma eventual compensação devida ao Estado que exerce a proteção diplomática é fixada com base no dano sofrido pelo seu nacional e é destinada a reparar esse dano.

A tentativa frustrada de obter reparação nos tribunais do Estado responsável pelas violações de direito internacional, aliada ao reconhecimento da imunidade de jurisdição desse Estado nos tribunais de outro Estado e à ausência de um mecanismo internacional – tribunais ou organismos internacionais – para que o indivíduo possa pleitear reparação, faz com que esse indivíduo dependa do exercício da proteção diplomática pelo seu Estado de nacionalidade em seu favor. A proteção diplomática, portanto, exerce um papel essencial na proteção dos direitos dos indivíduos nesses casos.

O escopo material da proteção diplomática, originalmente limitado às violações do padrão mínimo de tratamento dos estrangeiros, foi alargado e abrange violações dos direitos humanos protegidos pelo direito internacional. As violações de DIH estariam abrangidas no escopo material da proteção diplomática.

Além da existência de um ato ilícito internacional atribuído ao Estado estrangeiro contra o qual a proteção diplomática será exercida, duas condições devem ser satisfeitas para que o Estado possa exercer a proteção diplomática: a pessoa, em benefício da qual a proteção diplomática será exercida, (i) deve ter

a nacionalidade do Estado que vai adotar a sua reclamação e (ii) deve ter esgotado os recursos internos disponíveis no Estado responsável pelo ato ilícito internacional.

Em regra, apenas o Estado de nacionalidade da vítima estaria apto a exercer a proteção diplomática em seu favor. A vítima deve ser nacional do Estado tanto no momento em que sofreu o dano quanto no momento do exercício da proteção diplomática. Ademais, a proteção diplomática só pode ser exercida se a vítima tiver esgotado todos os recursos internos disponíveis no Estado contra o qual a proteção diplomática será exercida.

O requisito do esgotamento dos recursos internos não precisa ser cumprido nas seguintes situações: (i) caso não haja recursos internos disponíveis para que a vítima possa apresentar sua reclamação; (ii) quando a vítima tiver sido impedida de apresentar sua reclamação; (iii) quando haja uma demora excessiva e injustificada no julgamento da reclamação, quando essa demora for atribuída ao Estado; e (iv) caso o Estado tiver renunciado a esse requisito.

De acordo com o direito internacional, o Estado tem o direito, mas não o dever, de exercer a proteção diplomática. O TIJ reconheceu que o Estado tem um poder discricionário para exercer ou não a proteção diplomática em favor do seu nacional. Um eventual dever do Estado de exercer a proteção diplomática – ou um direito do indivíduo à proteção diplomática – poderia, contudo, ser garantido no direito interno.

Tentativas foram feitas para incluir um dever do Estado de exercer a proteção diplomática em algumas circunstâncias específicas nos *Draft Articles on Diplomatic Protection* da CDI. Inclusive, a própria Itália apresentou uma proposta, segundo à qual o Estado teria um dever jurídico de exercer a proteção diplomática em benefício do seu nacional em caso de graves violações de direitos humanos fundamentais, quando não existam mecanismos internacionais disponíveis à vítima para que ela pudesse pleitear reparação. No entanto, nenhuma delas obteve êxito.

De todo modo, a Itália pode colocar em prática a sua proposta e exercer a proteção diplomática em nome de seus nacionais, tendo em vista que as duas condições estão presentes no caso das violações cometidas pela Alemanha contra nacionais italianos durante a Segunda Guerra Mundial.

Não há dúvida sobre a responsabilidade da Alemanha pelos atos ilícitos praticados contra os nacionais italianos durante a Segunda Guerra Mundial. Também não há dúvida sobre a ilicitude desses atos, que constituíram violações de DIH. A Itália, portanto, pode exercer a proteção diplomática em favor dos seus nacionais vítimas dessas violações de DIH que tenham esgotado os recursos internos na Alemanha, pleiteando reparação contra a Alemanha pelos danos causados por essas violações.

Em razão do poder discricionário do Estado para decidir acerca do exercício ou não da proteção diplomática, pode ser que a Itália opte por não exercer a proteção diplomática em favor dos seus nacionais. Tendo em vista que os atos da Alemanha configuraram violações de normas de *jus cogens* e, conseqüentemente, violações de obrigações *erga omnes*, entendemos que qualquer Estado teria legitimidade para exercer a proteção diplomática – ou para propor uma ação popular – em favor dos nacionais italianos e pleitear reparação contra a Alemanha. Ainda que essa possibilidade exista, na prática, é pouco provável que ela se concretize.

Os Estados podem exercer a proteção diplomática por qualquer meio pacífico de solução de controvérsias, inclusive por meio da apresentação de uma reclamação ao TIJ. Mesmo em se tratando de um processo iniciado por meio do exercício da proteção diplomática – ou da propositura de uma ação popular – visando obter reparação por violações de normas de *jus cogens* – e obrigações *erga omnes* – isso não seria capaz, por si só, de conferir jurisdição ao TIJ. A jurisdição do TIJ depende sempre do consentimento das partes. Assim, de todo modo, para que o TIJ possa exercer sua jurisdição num eventual processo iniciado – pela Itália ou por outro Estado – contra a Alemanha com o objetivo de pleitear reparação pelos danos sofridos pelos nacionais italianos, será imprescindível o consentimento da Alemanha à jurisdição do TIJ.

REFERÊNCIAS

AAKEN, Anne van. Blurring Boundaries between Sovereign Acts and Commercial Activities: A Functional View on Regulatory Immunity and Immunity from Execution, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

ABDOLLAHI, Mohsen. Alleged Support of Terrorism as a Ground for Denying State Immunity, in: CRAWFORD, James et al (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017.

AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili, *The European Journal of International Law*, vol. 22, nº 3, 2011, pp. 857-861.

ALEBEEK, Rosanne van. Domestic Courts as Agents of Development of International Immunity Rules, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 559-578.

ALEBEEK, Rosanne van. *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights law*, New York, Oxford University Press, 2008.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. L'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie): la Cour Internationale de Justice à contre-sens de l'évolution du droit international, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 21-70.

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case, *North Carolina Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 437-454.

AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*, New York, Oxford University Press, 2008.

AUDIT, Mathias. La renonciation par un État à son immunité d'exécution, in: PETERS, Anne et al (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

AUST, Anthony. *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

BANTEKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 137/1997, Court of First Instance of Levidia, Greece, October 30, 1997, *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 765-768.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. I, Conceitos e Fontes, Lisboa, AAFDL Editora, 2018 (reimpressão).

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*, Vol. II, Lisboa, AAFDL Editora, 2015 (reimpressão).

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens no Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997.

BARKER, J. Craig. Negotiation the Complex Interface between State Immunity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy, *International Community Law Review*, vol. 15, 2013, pp. 415-436.

BARRIE, George N. Sovereign immunity of States: acts iure imperii and acts iure gestionis – what is the distinction?, *South African Yearbook of International Law*, vol. 26, 2001, pp. 156-164.

BASTIN, Lucas. International Law and the International Court of Justice's Decision in Jurisdictional Immunities of the State, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, pp. 774-791.

BENNOUNA, Mohamed. La Protection Diplomatique, un Droit de L'État?, in: Boutros Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie*, Bruxelles, Bruylant, vol. I, 1998, pp. 245-250.

BENNOUNA, Mohamed. *Le Droit International Entre la Lettre et l'Esprit: Cours général de droit international public*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017.

BETTAUER, Ronald J. Settlement of the Claims of Individuals by Their Countries, *Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 2015, pp. 3-19.

BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany, *The American Journal of International Law*, vol. 99, No. 1, 2005, pp. 242-248.

BIANCHI, Andrea. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case, *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, pp. 237-277.

BLANKE, Hermann-Josef; FALKENBERG, Lara. Is There State Immunity in Cases of War Crimes Committed in the Forum State? On the Decision of the International Court of Justice (ICJ) of 3 February 2012 in Jurisdictional Immunities

of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), *German Law Journal*, vol. 14, No. 9, 2013, pp. 1818-1850.

BOSCHIERO, Nerina. Jurisdictional Immunities of the State and Exequatur of Foreign Judgments: A Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in Germany v. Italy, in: BOSCHIERO, Nerina et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, Asser Press, 2013.

BOTHE, Michael. Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanities: Some Critical Remarks on the ICJ's Judgment on the Jurisdictional Immunity of States, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

BOTHE, Michael. The Decision of the Italian Constitutional Court concerning the Jurisdictional Immunities of Germany, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, pp. 25-36.

BOUDREAULT, François. Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 1003-1012.

BOUSSAROQUE, Pierre; LEMÉTAYER, David. L'immunité souveraine de l'État: la pratique française, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2^a edição, 2014.

CANNIZZARO, Enzo. Is There an Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in the Jurisdictional Immunities Case, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

CASSESE, Antonio. *International Law*, Oxford, Oxford University Press, Second edition, 2005.

CATALDI, Giuseppe. Immunités juridictionnelles des États étrangers et droit de l'homme: quel équilibre entre les valeurs fondamentales de l'ordre national et le droit international coutumier?, in: CRAWFORD, James et al (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017.

CIAMPI, Annalisa. L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes, *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008, pp. 45-76.

CONDORELLI, Luigi. Protection diplomatique réussie et réparation due: Une glose, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

CONFORTI, Benedetto. Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21, 2011, pp. 135-142.

COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes: face à la théorie des immunités des États*, Paris, Éditions A. Pedone, 1996.

COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'Affaire des Immunités Juridictionnelles de l'État, *Revue québécoise de droit international*, hors-série, 2015, pp. 267-311.

CRAWFORD, James. The ILC's Articles on Diplomatic Protection, *South African Yearbook of International Law*, vol 31, 2006, pp. 19-51.

CZAPLINSKI, Wladyslaw. Current Polish Practice in the Domain of State Immunity, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

D'ARGENT, Pierre. Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

DEL MAR, Katherine. The Effects of Framing International Legal Norms as Rules or Exceptions: State Immunity from Civil Jurisdiction, *International Community Law Review*, vol. 15, 2013, pp. 143-170.

DENZA, Eileen. Nationality and Diplomatic Protection, *Netherlands International Law Review*, Vol. 65, 2018, pp. 463-480.

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

DICKINSON, Edwin D. Waiver of State Immunity, *The American Journal of International Law*, vol. 19, No. 3, July 1925, pp. 555-559.

DINH, Ngyuen; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. Droit international public, Paris, Lextenso éditions, 8e édition, 2009.

DUGARD, John. Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, Australian Year Book of International Law, vol. 24, 2005, pp. 75-92.

EKPO, Sandra. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): The Debate over State Immunity and Jus Cogens Norms, Queen Mary Law Journal, vol. 8, 2017, pp. 151-164.

ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: "A Conflict Does Exist", Italian Yearbook of International Law, vol. 21, 2011, pp. 161-174.

FACCHINETTI, Anna. Domestic Courts and the Defense of Shared Fundamental Values, European Society of International Law Conference Papers Series, vol. 11, n° 4, 2018.

FLAUSS, Jean-François. Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme, Swiss Review of International and European Law, vol. 10, 2000, pp. 299-324.

FOCARELLI, Carlo. Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision, International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, 2005, pp. 951-958.

FORLATI, Serena. Protection Diplomatique, Droits de l'Homme et Reclamations "Directes" Devant la Cour Internationale de Justice: Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda, Revue Generale de Droit International Public, Tome CXI, 2007, pp. 89-116.

FOX, Hazel; WEBB, Philippa. The Law of State Immunity, Oxford, Oxford University Press, 2015.

FOX, Hazel. The Merits and Defects of the 2004 UN Convention on State Immunity: Gerhard Hafner's Contribution to its Adoption by the United Nations, in: I. Buffard; J. Crawford; A. Pellet; S. Wittich (eds.), International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 413-420.

FOX, Hazel. When Can Property of a State be Attached to Enforce a Foreign Judgment Given against It in Another Country? Some Guidance in the ICJ Judgment in the *Jurisdictional Immunities* Case, in: WOLFRUM, Rüdiger et al

(eds.), *Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.

FRANCIONI, Francesco. From Deference to Disobedience: The Uncertain Fate of Constitutional Court Decision No. 238/2014, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, pp. 1-6.

FREITAS, Pedro Caridade de. *História do Direito Internacional Público: Da Antiguidade à II Guerra Mundial*, Cascais, Princípia, 2015.

FREITAS, Pedro Caridade de. *Portugal e a Comunidade Internacional: na Segunda Metade do Século XIX*, Lisboa, Quid Juris, 2012.

FROUVILLE, Olivier de. *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions Préliminaires: Le Roman Inachevé de la Protection Diplomatique*, *Annuaire Français de Droit International*, vol. LIII, 2007, pp. 291-327.

GAJA, Giorgio. Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique?, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

GAJA, Giorgio. *The Protection of General Interests in the International Community: General Course on Public International Law (2011)*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

GATTINI, Andrea. Immunité et souveraineté dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État*, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

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

GAVOUNELI, Maria; BANTEKAS, Ilias. *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case No. 11/2000, *Areios Pagos (Hellenic Supreme Court)*, May 4, 2000, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 198-204.

GIEGERICH, Thomas. *The Holy See, a Former Somalian Prime Minister, and a Confiscated Pissarro Painting: Recent US Case Law on Foreign Sovereign*

Immunity, in: *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Anne Peters et al. (eds.), Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

HAFNER, Gerhard. *Accountability and Immunity: The United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property and the Accountability of States*, American Society of International Law Proceedings, vol. 99, 2005, pp. 237-242.

HAFNER, Gerhard. *The Emancipation of the Individual from the State under International Law*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 358, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

IOVANE, Massimo. *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Italian Yearbook of International Law, vol 14, 2004, pp. 165-193.

KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Nationiewski Case*, Polish Yearbook of International Law, vol. 30, 2010, pp. 235-262.

KALDUNSKI, Marcin. *The Law of State Immunity in the Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 13, 2014, pp. 54-102.

KAMTO, Maurice. *La Volonté de l'État en Droit International*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

KEITNER, Chimene I. *Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement: Some Reflections from a United States Perspective*, Journal of International Criminal Justice, vol. 11, 2013, pp. 167-184.

KNIGHT, Stephen J; O'BRIEN, Angus J. *Case Note: Ahmadou Sadio Diallo*, Melbourne Journal of International Law, vol. 9, 2008.

KOOIJMANS, Pieter H. *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in: *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Tomo III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 1975-1984.

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, vol. 16, 2012, pp. 1-34.

KRANZ, Jerzy. L'affaire Allemagne contre Italie ou les dilemmes du droit et de la justice, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, *British Yearbook of International Law*, vol. 28, 1951, pp. 220-272.

LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce intervenant), *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, pp. 147-180.

LE BRIS, Catherine. Vers la "Protection Diplomatique" des Non-Nationaux Victimes de Violation des Droits de l'Homme?, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, N° 89, 1er Janvier 2012, pp. 329-345.

LLORET, Jaume Ferrer. La Inmunidad de Jurisdicción del Estado ante Violaciones Graves de los Derechos Humanos, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, 2007, pp. 29-63.

LÓPEZ, F. Javier Quel. La Violación de Obligaciones Erga Omnes y su Incidencia en el Ejercicio de la Protección Diplomática, in: GÓMEZ-URRUTIA, FRÍAS, Ana Salinas de; Marina Vargas (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1183-1199.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 2013.

MATEU, Helena Torroja. La "Protección Diplomática" de los "Derechos Humanos" de los Nacionales en el Extranjero: Situaciones Jurídicas Subjetivas en Tensión?, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, pp. 205-237.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. Access to Justice in Constitutional and International Law: The Recent Judgment of the Italian Constitutional Court, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, pp. 9-24.

MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Human Rights: Is There a Future after Germany v. Italy. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 125-146.

MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Jus Cogens, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, April 2006, pp. 437-446.

MCGREGOR, Lorna. Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 5, 2007, pp. 903-919.

MERON, Theodor. *International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 301, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004.

MESQUITA, Maria José Rangel de. *Justiça Internacional: Lições, Parte I, Introdução*, Lisboa, AAFDL, 2010.

MILANO, Enrico. Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition? *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXV, 2004, pp. 85-142.

MORA, Paul David. Jurisdictional Immunities of the State for Serious Violations of International Human Rights Law or the Law of Armed Conflict, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 50, 2012, pp. 243-287.

NAVARRO, Elena Crespo. El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Protección Diplomática: La Protección de las Personas Físicas, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, No.1 (Enero-Junio 2005), pp. 221-238.

NEGRI, Stefania. Sovereign Immunity v. Redress for War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), *International Community Law Review*, vol. 16, 2014, pp. 123-137.

NESI, Giuseppe. The Quest for a Full Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 185-198.

NEY, Martin. Sovereign Immunities of States: A German Perspective, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

NOVOGRODSKY, Noah Benjamin. Immunity for Torture: Lessons from Bouzari v. Iran. *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 5, 2007, pp. 939-953.

NOWOSIELSKI, Roman. State Immunity and the Right of Access to Court – The Nationiewski Case before the Polish Courts, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30, 2010, pp. 263-276.

O'KEEFE, Roger. Jurisdictional Immunities, in: Christian J Tams; James Sloan (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

OETER, Stefan. The Law of Immunities as a Focal Point of the Evolution of International Law, in: PETERS, Anne et al. (eds), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

ORAKHELASHVILI, Alexander. Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah, *European Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 3, August 2011, pp. 849-855.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms in International Law*, New York, Oxford University Press, 2006.

ORAKHELASHVILI, Alexander. State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong, *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 5, 2007, pp. 955-970.

ORAKHELASHVILI, Alexander. State practice, treaty practice and State immunity in international and English law, in: ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 407-458.

PALCHETTI, Paolo. Can State Action on Behalf of Victims Be an Alternative to Individual Access to Justice in Case of Grave Breaches of Human Rights, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2014, pp. 53-60.

PARLETT, Kate. Diplomatic Protection and the International Court of Justice, in: TAMS, Christian J; SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

PAVONI, Riccardo. American Anomaly: On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21, 2011, pp. 143-160.

PELLET, Alain. Conclusions, in: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

PELLET, Alain. La Second Mort D'Euripide Mavrommatis? Notes sur le Projet de la C.D.I sur la Protection Diplomatique, in: *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

PELLET, Alain. Le Projet d'Articles de la C.D.I sur la Protection Diplomatique: Une Codification pour (Presque) Rien, in: KOHEN, Marcelo G., Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Brill Nijhoff, 2007, pp. 1133-1155.

PELLET, Alain. The Second Death of Euripide Mavrommatis – Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 7, 2008, pp. 33-58.

PETERS, Anne. Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

PETERS, Anne. Immune against Constitutionalisation?, in: PETERS, Anne et al. (eds.), Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, Bruxelles, Editions Bruylant, 1997.

POIRAT, Florence. Les immunités des sujets du droit international, In: VERHOEVEN, Joe (dir.), Droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Bruxelles, Éditions Larcier, 2004.

QUADROS, Fausto de; STONE, John Henry Dingfelder. Act of State Doctrine, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1374?rskey=hOMino&result=1&prd=MPIL>, acesso em: 25 de setembro de 2019.

RANGANATHAN, Surabhi. The Torture Exception to Immunity from Civil Suit. The Cambridge Law Journal, 2015, pp. 16-19.

RYNGAERT, Cedric. Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors, Leiden Journal of International Law, vol. 26, 2013, pp. 73-88.

SALMON, Jean. Resolution de Naples de l'Institut de Droit International sur les Immunités de Jurisdiction de l'État et de Ses Agents en Cas de Crimes Internationaux (10 Septembre 2009), Revue Belge de Droit International, vol. 42, 2009, pp. 316-343.

SCHILLING, Theodor. The Case-Law of the European Court of Human Rights on the Immunity of States, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

SCHLICKWEI, Stephanie. Denial of Individual Right to Compensation to Victims of World War II Massacre in Light of the ECHR: *Sfountouris and Others v. Germany*, *German Yearbook of International Law*, vol 54, 2011.

SEIFI, Jamal. Peremptory Norms and the Jurisdiction of the International Court of Justice, in: CRAWFORD, James et al (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017.

SENDER, Omri; Michael Wood. Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy; Greece intervening*) (2012), in: BJORGE, Eirik; MILES, Cameron (eds.), *Landmark Cases in Public International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

SHAW, Malcom N. *International Law*. New York, Cambridge University Press, 2008.

SINGER, Michael. Abandoning Restrictive Sovereign Immunity: An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe. *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, Number 1, winter 1985.

SORNARAJAH, M. Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, 1982, pp. 661-685.

SOURESH, Anogika. Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got It Wrong, *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, No. 2, 2017, pp. 15-35.

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

THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

TIGROUDJA, Hélène. La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les Immunités Juridictionnelles d'États: Observations sous les arrêts *McElhinney Fogarty et Al-Adsani contre Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, *Revue Belge de Droit International*, vol. 34, 2001, pp. 526-548.

TOMUSCHAT, Christian. The Case of Germany v. Italy before the ICJ, in: PETERS, Anne et al (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

TOMUSCHAT, Christian. The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2011, pp- 1105-1140.

UERPMANN-WITZACK, Robert. Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges, in: PETERS, Anne et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Tecnos, 12^a edición, 1999.

VERHOEVEN, Joe. Sur les relations entre immunités et jus cogens, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012, in: ALLAND, Denis et al (eds.), *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014.

VOYIAKIS, Emmanuel. Access to Court v. State Immunity. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, April 2003, pp. 297-332.

WEATHERALL, Thomas. *Flatow v. Iran*, *The American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 540-547.

WEATHERALL, Thomas. Jus Cogens and Sovereign Immunity: Reconciling Divergence in Contemporary Jurisprudence, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 1151-1212.

WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

WEBB, Philippa. Escalation and Interaction: International Courts and Domestic Politics in the Law of State Immunity, in: WIND, Marlene (ed.), *International Courts and Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

WET, Erika de. Invoking obligations erga omnes in the twenty-first century: Progressive developments since *Barcelona Traction*, *South African Yearbook of International Law*, vol. 37, 2013, pp. 2-19.

WUERTH, Ingrid. International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, pp. 819-837.

YANG, Xiaodong. Absolute Immunity of Foreign Armed Forces from Tort Proceedings, *The Cambridge Law Journal*, 2012, pp. 282-286.

YANG, Xiaodong. Jus Cogens and State Immunity, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3, 2006, pp. 131-178.

Jurisprudência:

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 12 de setembro de 2019.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 21 de outubro de 2019.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.104, para. 148, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em 16 de outubro de 2019.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 24 de setembro de 2019.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case->

related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf, acesso em: 24 de outubro de 2019.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Ordinário No. 109 – RJ (2010/0192792-1), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 20/10/2016.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário 66 – RJ, relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 15/04/2008.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário nº 99-SP (2009/0195038-1), Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 4 de dezembro de 2012.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário No. 60 – RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 09/12/2015.

Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/19/019-19540615-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Application Instituting Proceedings, I.C.J, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/164/164-20160614-APP-01-00-EN.pdf>, acesso em: 9 de setembro de 2019.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 4 de setembro de 2019.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 2 de outubro de 2019.

Cour Permanente de Justice Internationale, Affaire des Concessions Mavrommatis em Palestine, Série A, nº 2, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf, acesso em: 12 de setembro de 2019.

East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 13 de setembro de 2019.

Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/96/096-19981204-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: I.C.J. Reports 1959, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/34/034-19590321-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 20 de outubro de 2019.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 31 de outubro de 2019.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, I.C.J. Reports 2012, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf>, acesso em: 31 de outubro de 2019.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Separate Opinion of Judge Bennouna, I.C.J. Reports 2012, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-03-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-memorial of Italy, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/16648.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, disponível em: <https://www.icj->

[cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf), acesso em: 11 de setembro de 2019.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/108/108-20041215-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 3 de outubro de 2019.

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/114/114-19990602-ORD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 23 de outubro de 2019.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 18 de setembro de 2019.

Permanent Court of International Justice, Case Concerning the Factory at Chorzów (Jurisdiction), Series A, nº 9, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compentence_Arret.pdf, acesso em: 18 de setembro de 2019.

Permanent Court of International Justice, The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Series A/B nº 76, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf, acesso em: 20 de outubro de 2019.

Permanent Court of International Justice, Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory

Opinion of February 4th, 1932, P.C.I.J. Series A/B, No. 44, disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf, acesso em: 10 de setembro de 2019.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 12 de setembro de 2019.

South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

Special Tribunal for Lebanon, Case No. CH/PRES/2010/01, Order Assigning Matter to Pre-Trial Judge, 15 April 2010, disponível em: https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20100415_CH-PRES-2010-01_Order_Assigning_Matter_to_Pre-Trial_Judge_EN.pdf?, acesso em: 9 de setembro de 2019.

TEDH, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, para. 3, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>, acesso em: 22 de maio de 2019.

TEDH, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, Application no. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

TEDH, Case of Fogarty v. The United Kingdom, Application no. 37112/97, Judgment, 21 November 2001, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59886>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

TEDH, Case of Jones and Others v. United Kingdom, Applications nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment, 14 January 2014, para. 188, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005>, acesso em 28 de maio de 2019.

TEDH, Case of McElhinney v. Ireland, Application no. 31253/96, Judgment 21 November 2001, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59887>, acesso em: 15 de outubro de 2019.

TEDH, Case of Waite and Kennedy v. Germany, Application no. 26083/94, Judgment, 18 February 1999, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>, acesso em: 4 de setembro de 2019.

TEDH, Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany, Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

TIDH, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, acesso em: 8 de maio de 2019.

TIDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf, acesso em: 8 de maio de 2019.

United States of America, Supreme Court of the United States, 541 U.S. (2004), Republic of Austria et al. v. Altmann, June 7, 2004, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-13.pdf>, acesso em: 2 de outubro de 2019.

United States, Supreme Court of United States, The Schooner Exchange v. McFaddon and Others, 11 U.S. 116 (1812), disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5767>, acesso em: 24 de outubro de 2019.

Documentos:

África do Sul, Foreign States Immunities Act, disponível em: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201503/act-87-1981.pdf, acesso em: 12 de agosto de 2019.

Austrália, Foreign States Immunities Act, disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00947>, acesso em: 12 de agosto de 2019.

Canada, State Immunity Act, disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-18/page-1.html>, acesso em: 11 de agosto de 2019.

Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, disponível em: <http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions>

%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf, acesso em: 20 de outubro de 2019.

Council of Europe, European Convention on State Immunity, disponível em: <https://rm.coe.int/16800730b1>, acesso em: 7 de agosto de 2019.

Estados Unidos da América, Foreign Sovereign Immunities Act, disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2891.pdf>, acesso em: 9 de agosto de 2019.

Estados Unidos da América, Justice Against Sponsors of Terrorism Act, 28 de setembro de 2016, disponível em: <https://www.congress.gov/114/plaws/publ222/PLAW-114publ222.pdf>, acesso em: 6 de setembro de 2019.

Institut de Droit International, Krakow Session, 2005, Resolution on obligations *erga omnes* in international law, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf, acesso em: 22 de setembro de 2019.

Institut de Droit International, Napoli Session, 2009, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2009_naples_01_en.pdf, acesso em: 4 de setembro de 2019.

Institut de Droit International, Session de Hambourg, 1891, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers*, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1891_ham_01_fr.pdf, acesso em: 3 de setembro de 2019.

Institut de Droit International, Session of Basel, 1991, Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_03_en.pdf, acesso em: 3 de setembro de 2019.

Institut de Droit International, Session of Vancouver, 2001, Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2001_van_01_en.pdf, acesso em: 3 de setembro de 2019.

il.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf, acesso em: 4 de setembro de 2019.

International Criminal Court, Rome Statute, disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, acesso em: 2 de setembro de 2019.

International Law Association, Resolution nº 5/2006, Diplomatic Protection of Persons and Property.

Israel, Foreign State Immunity Law, disponível em: https://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/Israel%20Immunities%20January%202009.pdf, acesso em: 11 de agosto de 2019.

Itália, Legge 14 gennaio 2013, n. 5, disponível em: https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2013/Documents/2_2013/02_LEGGE_GAZZETTA.pdf, acesso em: 9 de setembro de 2019.

Japão, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, disponível em: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=2&vm=02&id=1948, acesso em: 12 de agosto de 2019.

Singapura, State Immunity Act, disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SIA1979>, acesso em: 29 de outubro de 2019.

Treaty of Peace with Italy, disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0311.pdf>, acesso em: 27 de janeiro de 2019.

United Nations, Charter of the International Military Tribunal, disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, acesso em: 9 de outubro de 2019.

United Nations, Charter of the United Nations, disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>, acesso em: 24 de outubro de 2019.

United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>, acesso em: 11 de setembro de 2019.

United Nations, Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the

United Nations, disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>, acesso em: 24 de outubro de 2019.

United Nations, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

United Nations, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acesso em: 1 de outubro de 2019.

United Nations, Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur. Yearbook of the International Law Commission, 1982, Volume II, Part 1, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1982_v2_p1.pdf&lang=EFSA, acesso em: 1 de outubro de 2019.

United Nations, General Assembly, Fifty-fourth session, Sixth Committee, Convention on jurisdictional immunities of States and their property, Report of the Chairman of the Working Group, 12 November 1999, A/C.6/54/L.12, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N99/342/04/PDF/N9934204.pdf?OpenElement>, acesso em: 14 de agosto de 2019.

United Nations, General Assembly, International Law Commission, Sixty-sixth session, Second report on identification of customary international law, A/CN.4/672, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>, acesso em: 3 de setembro de 2019.

United Nations, International Law Commission, Analytical Guide to the Work of the International Law Commission on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, disponível em: http://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml, acesso em: 3 de outubro de 2019.

United Nations, International Law Commission, Comments and observations received from Governments, Document A/CN.4/561 and Add. 1-2, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_561.pdf&lang=ESX, acesso em: 20 de outubro de 2019.

United Nations, International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries, 2018, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_3_2018.pdf&lang=EF, acesso em: 3 de setembro de 2019.

United Nations, International Law Commission, First report on diplomatic protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur, disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf, acesso em: 20 de outubro de 2019.

United Nations, International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.702, 18 July 2006, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.702>, acesso em: 2 de junho de 2019.

United Nations, International Law Commission, Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/714>, acesso em: 30 de outubro de 2019.

United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>, acesso em: 2 de setembro de 2019.

United Nations, Second report on jurisdictional immunities of States and their property, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, 1980, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_331.pdf&lang=EFS, acesso em: 10 de novembro de 2019.

United Nations, Statute of the International Court of Justice, disponível em: https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, acesso em: 5 de agosto de 2019.

United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, disponível em: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf, acesso em: 2 de outubro de 2019.

United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, acesso em: 9 de setembro de 2019.

United Nations, Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1980_v2_p2.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

United Nations, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part 2, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf&lang=EFSRAC, acesso em: 8 de agosto de 2019.

United Nations, Yearbook of the International Law Commission, 1990, Vol. 2, Part 1, disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1990_v2_p1.pdf&lang=EFSRAC, acesso em: 20 de maio de 2019.

United Nations, Yearbook of the International Law Commission, 1999, Vol. II, Part 2, disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1999_v2_p2.pdf, acesso em: 30 de outubro de 2019.

United Nations. International Law Commission, Second report on jus cogens by Dire Tladi, disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>, acesso em: 9 de setembro de 2019.