

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Imunidade de jurisdição dos Estados: o caminho para a relativização

Immunity from jurisdiction of states: the path to relativization

Vinícius Assis da Silveira
Luiz Felipe Costa Santana
Valesca Raizer Borges Moschen

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

Sumário

EDITORIAL

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES: NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES? AN INTRODUCTION TO THE SPECIAL ISSUE.....14

Lucas Carlos Lima, Loris Marotti e Paolo Palchetti

CRÔNICAS..... 17

RESPONSABILIDADE E IMUNIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: PRÁTICA E DESAFIOS ...19

Vinícius Fox Drummond Caçado Trindade

THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS BEFORE THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT.....45

Bárbara Tuyama Sollero

THE LAW OF STATE IMMUNITY BEFORE THE BRAZILIAN SUPREME COURT: WHAT IS AT STAKE WITH THE “CHANGRI-LA” CASE?53

Aziz Tuffi Saliba e Lucas Carlos Lima

DOSSIÊ: CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES: NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES?.....59

STATE IMMUNITY AND THE RIGHTS OF EMPLOYEES: LIGHTS AND SHADOWS OF THE STRASBOURG COURT’S JURISPRUDENCE 61

Pierfrancesco Rossi

A HUMAN RIGHTS-BASED CHALLENGE: THE KEY TO UNLOCK THE UN’S IMMUNITY PROBLEM?...79

Héloïse Guichardaz

IMMUNITIES OF STATE OFFICIALS AND THE “FUNDAMENTALLY DIFFERENT NATURE” OF INTERNATIONAL COURTS: THE APPEALS CHAMBER DECISION IN THE JORDAN REFERRAL RE AL BASHIR ...97

Rita Guerreiro Teixeira e Hannes Verheyden

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS: O CAMINHO PARA A RELATIVIZAÇÃO	120
Vinícius Assis da Silveira, Luiz Felipe Costa Santana e Valesca Raizer Borges Moschen	
THE IMMUNITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN LABOUR DISPUTES. DEVELOPMENTS BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS, NATIONAL COURTS AND THE COLOMBIAN JURISDICTION	137
Walter Arévalo-Ramirez e Ricardo Abello-Galvis	
IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS E PODER EXECUTIVO BRASILEIRO: OS PARECERES DOS CONSULTORES JURÍDICOS DO ITAMARATY	163
George Rodrigo Bandeira Galindo	
ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	193
A NECESSIDADE DE DISCIPLINAR O USO DO BLOCKCHAIN PARA A ORGANIZAÇÃO DE REFUGIADOS PELO DIREITO INTERNACIONAL.....	195
Agatha Gonçalves Santana, Carla Noura Teixeira e Otavio Noura Teixeira	
O TRABALHO INFANTIL DE MIGRANTES E REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL	216
André Viana Custódio e Johana Cabral	
THE NEW BRAZILIAN ANTI-TRAFFICKING LAW: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES TO COVER THE NORMATIVE LACK	243
Waldimeiry Correa da Silva	
¿SON PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA EN CHILE?: AVANCES EN BASE A LA DOCTRINA, NORMATIVA Y JURISPRUDÊNCIA	270
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
O TRATADO DE SAINT-GERMAIN-EN-LAYE E OS EFEITOS DO INSTITUTO DA “OPÇÃO” SOBRE A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS DESCENDENTES DE CIDADÃOS AUSTRIACOS TARENTINO-TIROLÊSES	290
Arno Dal Ri Jr. e Andrey José Taffner Fraga	
CONTROL JUDICIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y PROGRAMAS MASIVOS DE REPARACIONES: HACIA UN ENFOQUE MÁS MATIZADO	309
Juan Carlos Ochoa-Sánchez	

**JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS NA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....334**

Augusto Antônio Fontanive Leal e Guilherme Massáu

**HOW THE INDIGENOUS CASE OF XUKURU BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RI-
GHTS CAN INSPIRE DECOLONIAL COMPARATIVE STUDIES ON PROPERTY RIGHTS.....353**

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Camilla Montanha de Lima

Imunidade de jurisdição dos Estados: o caminho para a relativização*

Immunity from jurisdiction of states: the path to relativization

Vinícius Assis da Silveira**

Luiz Felipe Costa Santana***

Valesca Raizer Borges Moschen****

Resumo

O objetivo do presente trabalho é fixar as premissas teóricas, legislativas e jurisprudenciais que envolvem o debate sobre a relativização da imunidade de jurisdição dos Estados, partindo da pesquisa de d'Argent e Lesaffre. A imunidade de jurisdição tem fundamento no Princípio da Soberania, segundo o qual entes de igual hierarquia ficam impedidos de julgar uns aos outros. Se, por um lado, justifica-se o instituto para a proteção de direitos dos Estados soberanos (dentre eles a igualdade e a independência nacional), por outro, a concessão da imunidade de jurisdição pode ferir direitos fundamentais do indivíduo. Conduziu-se o estudo com base em levantamentos teóricos, legislação e jurisprudência, tanto nacionais quanto internacionais. Parte-se de algumas questões: é possível relativizar as hipóteses de cabimento da imunidade de jurisdição, quando há afronta a direito internacional imperativo? Como o tema vem sendo tratado na doutrina e na jurisprudência internacionais? As respostas caminham no sentido de que, sim, a afronta ao *jus cogens* enseja o levantamento da imunidade de jurisdição dos Estados. Embora a pesquisa tenha seguido nesse sentido, existe, ainda, forte resistência da jurisprudência em admitir essa tese. Ao final, apresentam-se os desafios que surgem com eventual abertura para a flexibilização, dentre eles, os limites necessários.

Palavras-chave: Imunidade de jurisdição; Soberania; *Jus cogens*; Harmonização do processo; Acesso à justiça.

Abstract

The paper aims to set the theoretical, legislative, and jurisprudential premises that support the relativization of State immunity, according to ideas posited by d'Argent and Lesaffre. The jurisdictional immunity of the State is based on the principle of sovereignty, which dictates that equal entities shall not judge one another. If, on the one hand, jurisdictional immunity safeguards the right of sovereign States (equality and national independence, for instance), on the other hand, State immunity may infringe inalienable human rights. The work sheds light on theoretical, legislative, and jurisprudential premises. One seeks to answer the following questions: Is it possible to waive

* Recebido em 20/10/2020
Aprovado em 26/01/2021

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Estudo Labirinto da Codificação do Direito Internacional (LABCODEX). Advogado.
Email: vinicius.assis.adv@gmail.com

*** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Estudo Labirinto da Codificação do Direito Internacional (LABCODEX).
Email: santanalui08@gmail.com

**** Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (UB). Professora Titular de Direito Internacional do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Estudo Labirinto da Codificação do Direito Internacional (LABCODEX).
E-mail: raizervalesca@gmail.com

State rights to jurisdictional immunity? In which hypotheses? How have international doctrine and jurisprudence been dealing with such a challenge? The answer paves the way toward the possibility to relativize the right to jurisdictional immunity, mainly in those cases that affect *jus cogens*, and despite jurisprudential resistance. Finally, this paper poses questions about the future of State immunity.

Keywords: Jurisdictional immunity; Sovereignty; *Jus cogens*; Procedural harmonization; Access to justice.

1 Introdução

Quando Édipo saiu de Tebas, vagou por caminhos que davam em Colono, vilarejo próximo a Atenas. Estava acompanhado de Antígona, sua filha, que lhe servia de guia. Édipo estava cego, já que furou os olhos ao descobrir parte de sua história: o parricídio, por assassinar Laio, e o incesto, por desposar Jocasta, sua mãe. A tragédia se desdobrou pelo fato de Édipo ser, ao mesmo tempo, pai e meio irmão de seus filhos. O Coro recebeu Édipo em Colono com a seguinte fala: “Resignate, infeliz, como estrangeiro em solo alheio, a detestar agora tudo que é interdito nesta terra, e a respeitar tudo que ela prefere”¹. Na tragédia grega, o Coro reproduz a ideia que as pessoas tinham sobre as leis e sobre o poder local². O estrangeiro devia respeito aos costumes, às tradições e a lei de Atenas, com o completo abandono ao que fosse proibido nos limites da cidade. Ao bem da verdade, o estrangeiro devia respeito a Teseu, rei de Atenas, não mais ao rei de sua nacionalidade.

A forma como os governantes exercem o poder não é estática. Sófocles debate isso, por meio da seguinte fala de Édipo a Teseu:

Filho caríssimo de Egeu: somente os deuses fogem aos males da velhice e aos da morte; o tempo onipotente abate tudo mais; decai a força da terra, decai o corpo; a lealdade finda e floresce a perfídia e tanto entre os amigos quanto entre as cidades não prevalece para sempre o mesmo ânimo; agora para uns, amanhã para outros, cede a doçura seu lugar

¹ SÓFOCLES. Édipo em Colono: uma tragédia grega. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda., 1990. eBook Kindle. Posição 173.

² INCERTI, Fabiano. *O visível e o sonoro em Édipo-Rei*: uma análise foucaultiana. 2013. 152 f. (Doutorado em Filosofia) - Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013.

ao amargor e depois volta a transformar-se em amizade. Com Tebas acontece o mesmo³.

Com o Direito Internacional, acontece o mesmo, parafraseando Édipo. Sua fala chama atenção à dimensão dinâmica das relações entre as cidades. A lógica de transformação constante aplicava-se ao sistema grego, como também se aplica ao sistema internacional contemporâneo. “*Somente os deuses fogem aos males da velhice e aos da morte; o tempo onipotente abate tudo mais*”. A passagem do tempo transformou a ordem internacional que se instaura com os acordos de Vestfália, no século XVII, ao dar-lhe nova dinâmica de acomodação de poder entre os Estados. A própria soberania sofre os efeitos do tempo, de modo que o seu conceito deve se adequar às exigências de cada época. Os arranjos entre Estados, as relações de poder, as alianças mudam com os anos. Do mesmo modo, mudam os valores e as necessidades das sociedades e das nações.

Adotar a abordagem dinâmica da soberania significa fugir de anacronismos, muitas vezes intrínsecos a abordagens estáticas. Como fica claro no decorrer de *Édipo em Colono*, de Sófocles, o reconhecimento do efeito transformador das eras não prega o abandono das noções de poder do governante em seu território. Em várias partes da peça, Teseu reafirma sua autoridade local, ao mesmo tempo que reforça o reconhecimento à autonomia dos reis das demais cidades. O mesmo se dá hoje: quando se defende o temperamento da concepção de soberania, não se quer, com isso, diminuir a importância que ela tem para a relação dos Estados no sistema internacional. Defende-se que a soberania se adequa ao seu tempo, para que se torne instrumento efetivo de defesa dos valores consagrados contemporaneamente, tais como a defesa dos direitos humanos e o respeito a normas internacionais imperativas.

A retomada da passagem trágica de Édipo por Colono serve para contextualizar a pesquisa, que aborda os caminhos possíveis para a relativização do instituto da imunidade de jurisdição dos Estados. Resgata-se de Sófocles a ideia de transformação, muito presente no diálogo entre Édipo e Teseu, sobre o “*tempo onipotente*”. Deve-se pensar a soberania, a jurisdição e as imunidades como instrumentos de promoção de valores contemporâneos, adequados aos novos tempos, daí a importância de compreenderem-se as transformações desses institutos.

³ SÓFOCLES. Édipo em Colono: uma tragédia grega. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda., 1990. eBook Kindle. Posição 581.

O tema central da pesquisa é a tensão que existe entre, de um lado, o direito à imunidade de jurisdição do Estado e, de outro, a promoção de direitos e garantias fundamentais, amplamente consagrados no Direito Internacional. A Teoria Restritiva das Imunidades de Jurisdição classifica a atuação dos Estados em atos de gestão e em atos de império. Os atos de gestão envolvem as atividades das quais o Estado participa como particular, tais como quando celebra contratos de trabalho, de prestação de serviço ou de compra e venda. Já os atos de império estão vinculados ao exercício da soberania. Manifestam-se nas atividades em que o Estado atua como ente soberano. É o que acontece nos atos de declaração de guerra ou de celebração de paz, por exemplo⁴. Os Estados têm imunidade de jurisdição para os atos de império. Cortes nacionais não podem julgar Estado estrangeiro, mesmo nos casos em que há afronta à norma imperativa de Direitos Internacionais, porque o Estado tem direito à imunidade⁵. No entanto, parte da doutrina defende a impropriedade do instituto da imunidade de jurisdição, quando há ataque a normas *jus cogens*; e é dessas teorias que tratar-se-á, sem qualquer pretensão de esgotar o debate.

A pesquisa valeu-se do método hipotético-dedutivo para abordar o tema. O Direito Internacional evoluiu para criar uma expectativa de proteção do indivíduo, sobretudo ao fim da Segunda Guerra Mundial. Muitas vezes, entretanto, o reconhecimento da imunidade de jurisdição quebra essa expectativa de proteção, principalmente quando a Corte a reconhece como Estado que tenha afrontado o *jus cogens*. A superação dessa frustração depende do profundo conhecimento das teorias favoráveis à flexibilização das hipóteses de imunidade, bem como do reconhecimento dos seus riscos e das suas limitações.

Sabendo-se da amplitude do debate, esclarecem-se dois pontos. Primeiro ponto, a imperatividade das normas *jus cogens* não é unânime. Por exemplo, Koskeniemi, inclusive, afirma que institutos universalizantes, como as normas *jus cogens* ou as obrigações *erga omnes*,

seriam parafernalias legais sem capacidade de expressar universalidade de fato⁶. Mesmo autores que admitem o avanço formal do reconhecimento da hierarquia das normas internacionais não deixam escapar as incertezas que orbitam em torno do uso do *jus cogens* como instrumento de solução de disputa. É o caso de Erika de Wet, para quem o mero reconhecimento da imperatividade da norma não garante a sua efetividade. Além disso, por enquanto, sequer estaria claro se a preemtoriedade da norma seria mesmo capaz de oferecer proteção maior do que aquela já oferecida pelo direito costumeiro ordinário e pelos tratados internacionais⁷. Apesar da divergência doutrinária, a pesquisa adota a corrente de que, sim, o *jus cogens* é norma imperativa de direito internacional, de modo que não pode ser derogada por outra norma, salvo se de mesma força imperativa⁸. A propósito, essa é a inteligência do artigo 53, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cuja internalização deu-se pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. O *jus cogens* protege valores fundamentais da comunidade internacional, como defende Cançado Trindade⁹. Por isso, inclusive, é coerente que a norma imperativa seja considerada superior em hierarquia, quando comparada a outras normas internacionais¹⁰. Feita essa ressalva, passa-se ao segundo ponto. A pesquisa não pretende esgotar o debate que envolve a relativização da imunidade de jurisdição dos Estados para os atos de império, mas, tão somente, lançar luz sobre a importância do tema. Inclinam-se favoravelmente à mitigação não significa fechar os olhos às dificuldades que isso implicaria.

⁶ KOSKENNIEMI, Martti. International law in Europe: between tradition and renewal. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 113-124, 2005. p. 122-123.

⁷ DE WET, Erika. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In: SHELTON, Dinah (org.). *The Oxford handbook of international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. cap. 23, p. 541-561.

⁸ ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014. p. 413.

⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 17, n. 1, p. 13-34, jan./jun. 2019. p. 15.

¹⁰ SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: an European concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-137, 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4843>>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 127.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

⁵ ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014. p. 423.

Considerando-se essa questão, a primeira parte do trabalho aborda a soberania, a jurisdição e as imunidades. A análise da soberania privilegia a concepção dinâmica do conceito. O exercício do poder jurisdicional, bem como os escopos da jurisdição são fundamentais para se compreender a relação entre esses três institutos. Superada essa fase, o trabalho enfrenta algumas teorias de flexibilização da imunidade de jurisdição, baseadas na pesquisa de d'Argent e Lesaffre¹¹. São elas: a Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*), a Teoria da Hierarquia Normativa (*the Normative Hierarchy Theory*) e a Teoria do Direito ao Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*). Sempre que possível, comparam-se os argumentos de cada uma dessas doutrinas com aqueles praticados pelos tribunais brasileiros. Ao final, conclui-se que há espaço para maior relativização da doutrina das imunidades, apesar da resistência dos tribunais nacionais e internacionais em adotarem esse argumento.

2 Soberania, jurisdição e imunidades

A soberania é atributo do Estado que pode ser compreendido em sua concepção interna e externa. A concepção interna, via de regra, corresponde ao conjunto de poder concentrado no soberano, que o exerce em território definido. A concepção externa, por seu turno, se refere ao trato do soberano com os seus iguais, em âmbito internacional. A doutrina também trabalha a soberania no plano ideal e no plano real. O plano ideal seria a soberania como arquétipo (ou modelo) a ser perseguido. O plano real seria o espaço de disputa de poder, aquele materializado nos conflitos, nas guerras, nas dominações, na imposição da vontade de uns em detrimento da vontade de outros¹².

Não é possível compreender a soberania como conceito estático. A análise da soberania deve ser dinâmica, para considerar os contextos históricos, as reais dinâmicas de poder e de forças de cada época. A abordagem estática equipara-se a uma fotografia, como compara

Madruga Filho. A foto é, apenas, recorte, mesmo que seja eficiente para a compreensão de determinado momento histórico. É impensável analisar-se o multilateralismo contemporâneo ou os desafios atuais no âmbito do direito processual transnacional e do comércio internacional, por exemplo, com base no conceito de soberania praticado pelos absolutistas franceses do século XVIII. A soberania como arquétipo é, também, insuficiente para a compreensão holística do Direito Internacional contemporâneo. O modelo de soberania ideal, como acontece com qualquer modelo idealizado de pensamento, não pode ser alcançado, o que prova, na dimensão real, a ineficiência desse método¹³.

A abordagem dinâmica da soberania permite compreendê-la como fenômeno em constante transformação. A análise da soberania deve considerar as variações do papel dos Estados, dos indivíduos e dos organismos internacionais no curso do tempo. Deve considerar, também, o rearranjo de poder no sistema internacional, que se apresenta ora bipolar ora multipolar. Os conceitos de bipolaridade e de multipolaridade são próprios das teorias das relações internacionais. A ordem bipolar manifesta-se quando dois polos de poder emergem e, em torno deles, orbitam os Estados que compõem o sistema internacional. Foi o que aconteceu durante a Guerra Fria, por exemplo, quando as potências Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) polarizavam o mundo entre capitalismo e comunismo, entre liberalismo e marxismo, entre Ocidente e Oriente, entre economias de livre mercado e economias planificadas¹⁴. Já na ordem multipolar, existe a tendência de os Estados agirem de forma concertada, como se deu no período posterior a Era Napoleônica, por exemplo. O Concerto da Europa emergiu como uma alternativa de poder multipolar, em substituição aos ímpetus hegemônicos de Napoleão. O Concerto da Europa funcionava por meio de conferências regulares, pelas quais se buscava manter o equilíbrio de poder e a tomada de decisões conjuntas entre os países do “Clube da Europa”¹⁵. A abordagem dinâmica é a mais adequada, porque leva em consideração a distribuição mu-

¹¹ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *ius cogens* violations. In: RUYSS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633.

¹² MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16.

¹³ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

¹⁴ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentos de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 12.

¹⁵ BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia (org.). *The globalization of world politics: an introduction on international relations*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 43.

tável de poder entre os diversos atores internacionais, em diferentes épocas. Além disso, demonstra-se que a mitigação contemporânea no conceito não significa o abandono da soberania. Esta continua sendo princípio basilar para as relações internacionais, bem como o Estado soberano não abandona sua concepção interna de monopólio da força em território delimitado.

O dinamismo de conceitos não é privilégio da soberania. Foca-se nesta por ser objeto central da investigação aqui conduzida. Guardadas as peculiaridades de cada caso, a doutrina identifica evolução de conceitos em todas as áreas, como no campo do direito internacional humanitário e no dos direitos humanos, de que falam Nagamine e Roriz¹⁶. Tome-se Trindade¹⁷ como outro exemplo. Este sugere o abandono da *raison d'État* em favor da “razão da humanidade”, em proposta que recomenda a renúncia ao estadocentrismo em favor da humanização do Direito Internacional. Não pode ser diferente com o estudo da soberania. Este deve contemplar as transformações contemporâneas. Mudanças acontecem não apenas na concepção do exercício do poder soberano, mas, também, nos valores fundamentais cultivados pela comunidade internacional.

Essa exposição em defesa da análise dinâmica da soberania teve o objetivo de introduzir o tema, para compreender-se a relação deste com jurisdição e imunidades. “A jurisdição é o poder decorrente da soberania do Estado para julgar, apreciar litígios nos limites de seu território e de ditar as decisões a estes concernentes”¹⁸. Os assuntos se inter-relacionam, e, por isso, é pouco proveitoso tratá-los separadamente. Por exemplo, Caponi argumenta que os clássicos ingleses consideravam a jurisdição um atributo da soberania. O soberano tinha jurisdição sobre coisas e pessoas, nas esferas tanto civil quanto criminal, em relação aos limites do território. Essa ideia de jurisdição tinha como fundamento a teoria do poder¹⁹. A Teoria do Poder não tentava encontrar eventuais vínculos entre as partes ou a coisa objeto da

ação e o Estado de foro. A simples presença física de pessoa ou de bem dentro dos limites territoriais seria suficiente para o reconhecimento da jurisdição, mesmo que essa presença fosse transitória.

Se os ingleses pensavam a jurisdição por meio da Teoria do Poder, os franceses estabeleceram a jurisdição com base na nacionalidade da parte autora. É o que prevê o artigo 15 do Código Civil francês²⁰. As cortes francesas têm jurisdição para julgar o nacional francês, independentemente de ele estar dentro ou fora do território da França. Tanto para o modelo inglês quanto para o modelo francês a jurisdição era tida como exercício primário da soberania²¹. Atualmente, essa concepção incorpora direitos às partes e limites aos Estados. A preocupação com o processo justo, com o acesso à justiça e com a solução efetiva dos conflitos vem ganhando espaço no debate sobre a jurisdição em contexto transnacional²².

Se os atributos da soberania transformaram-se ou rearranjaram-se com o passar do tempo, também os atributos da jurisdição transformam-se ou rearranjam-se. Antonio Cabral reconhece a transformação da jurisdição, cujas premissas devem ser atualizadas para atenderem às aspirações das sociedades contemporâneas. Sobre essas mudanças no mundo, nos anseios da comunidade globalizada e na concepção de jurisdição, o autor afirma que:

sebbene quel che si intende per giurisdizione sia in gran misura cambiato nel corso degli anni, il tema poggia su premesse che non riescono più a rispondere alle aspirazioni delle comunità umane, né riflettono la gamma multi faccettata di funzioni che gli organi giudiziari sono sollecitati ad esercitare nello Stato di Diritto contemporaneo. In poche parole, si può dire che il mondo è radicalmente cambiato, e si continua a dire che la giurisdizione è

²⁰ O dispositivo tem a seguinte redação: «Code civil, Version en vigueur au 21 décembre 2020, Article 15, Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994: Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

²¹ CAPONI, Remo. Transnational litigation and elements of fair trail. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 506-549, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19974>. Acesso em: 16 jul. 2020. p. 517.

²² O critério de nacionalidade para indicar a jurisdição vem sendo flexibilizado pelo próprio direito europeu, que legislou de forma distinta ao trabalhar critérios de jurisdição. A nacionalidade é considerada um critério exorbitante, por isso excepcional. Da mesma forma, o art. 21, do CPC brasileiro prevê que: “Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

¹⁶ NAGAMINE, Renata; RORIZ, João. Human rights, humanitarian law and State power. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 417-431, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6505>. Acesso em: 4 out. 2020. p. 420

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 29.

¹⁹ CAPONI, Remo. Transnational litigation and elements of fair trail. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 506-549, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19974>. Acesso em: 16 jul. 2020. p. 516.

l'attività statale che persegue la giusta composizione della lite, o che applica la legge al caso concreto²³.

O estudo da jurisdição está relacionado ao processo. O processo é meio, instrumento, método para implementar o direito material e solucionar o conflito levado ao juízo. A regra processual justifica-se pela necessidade de pôr em prática o direito material. É o que diz Watanabe, quando afirma que

“o processo é [...] um instrumento de tutela efetiva dos direitos. E essa instrumentalidade, como já ficou acentuado, deve ser substancial, no sentido de preordenação do processo à missão de oferecer todos os meios necessários ao amparo efetivo e pleno dos direitos e interesses contra qualquer forma de violação ou ameaça, ou denegação da justiça”²⁴.

O fim tanto é o direito material que é necessário haver justo equilíbrio: o processo é mecanismo de concretização do direito, mas até o limite de não se tornar “embaraço à boa solução do conflito”. A instrumentalidade negativa do processo consiste em realizá-lo de modo a “impedir que as formas processuais se degenerem em obstáculos ao desempenho das metas do devido processo legal”. Já a instrumentalidade positiva do processo incumbe-lhe da realização dos escopos da jurisdição. É o uso do poder jurisdicional do Estado para garantir-se a tutela adequada e efetiva do direito material²⁵.

Se o processo é instrumento, este tem objetivos a cumprir. O ser instrumental, por si só, não basta. Dinamarco faz essa provocação, ao sugerir os escopos do processo. São eles: o escopo social, o jurídico e o político²⁶. O escopo social da jurisdição pressupõe a aplicação da lei de forma justa, com respeito aos princípios processuais fundamentais estabelecidos tanto na Constituição quanto no Código de Processo Civil (alguns exemplos, dado que não se lhes limitam: devido processo legal, contraditório e ampla defesa, juiz natural, busca pela tutela satisfativa, vedação à decisão surpresa, efetividade). O escopo social também envolve o caráter pedagógico da atividade jurisdicional. A atividade da

autoridade jurisdicional tenderia a inibir a repetição de práticas ilícitas, quando fizesse aplicar a lei exemplarmente. Além disso, corrigiria injustiças e distorções causadas por infratores da lei. O escopo jurídico consiste no poder de aplicar a lei — geral e abstrata — para solucionar o litígio — específico e concreto — levado ao judiciário. Por fim, o escopo político da jurisdição está na afirmação do poder estatal, na dedicação às liberdades públicas e na defesa dos mecanismos de participação dos cidadãos nos destinos da comunidade²⁷.

O exercício da jurisdição é uno, indivisível e inafastável. Essas características não impedem que o Direito Internacional estabeleça critérios que limitam a incidência do poder jurisdicional, principalmente quando um ente estatal julga outro ente de igual hierarquia. A inibição do exercício da jurisdição por parte do Estado nacional envolve a lógica das imunidades de jurisdição²⁸.

A fonte da imunidade de jurisdição está no encontro ou na aproximação entre o direito internacional e o direito nacional. O artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça lista as fontes clássicas do Direito Internacional: tratados internacionais, costumes internacionais, princípios gerais do direito e, por fim, decisões judiciais e doutrina, como meios subsidiários de interpretação e de aplicação da lei²⁹. Já no Direito interno, a imunidade de jurisdição emana dos órgãos judiciais, executivos e legislativos dos Estados³⁰. As decisões dos tribunais nacionais utilizam tanto critérios do direito externo quanto do interno para deferir ou indeferir o benefício da imunidade de jurisdição. Os órgãos executivos podem ser fontes das imunidades pelo diálogo que travam com os judiciários nacionais (em pareceres consultivos, em alinhamento de posicionamento sobre o tema etc.) e pela orientação que fixam para o corpo di-

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 38, p. 145-182, 2000. p. 170.

²⁸ JIMENEZ, Martha Lucía Olivar; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; CAMPEÃO, Paula Soares. Entre la cruz y la espada: el derecho del acceso a la justicia y las inmunidades de jurisdicción de los Estados. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 155-169, jan./abr. 2018. p. 116.

²⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. *Organização das Nações Unidas*, 24 out. 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 02 set. 2020.

³⁰ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 46.

²³ CABRAL, Antonio. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea, et al (org.). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini, 2016. p. 365-373. p. 365.

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 104.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 38, p. 145-182, 2000. p. 168.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 177.

plomático (seguidas, especialmente, nos fóruns internacionais nos quais se discutam as imunidades). O legislativo funciona como fonte ao desempenhar sua atividade típica, a criação de leis que regulamentam o instituto na jurisdição local. O legislativo, também, é palco de debate da imunidade, especialmente quando trata do assunto nas comissões parlamentares especializadas em relações exteriores.

O instituto da imunidade de jurisdição sofreu transformação com a passagem do tempo. A imunidade absoluta praticada em priscas eras deu lugar à abordagem restritiva³¹. Essa transformação não acontece apenas no âmbito do Direito Internacional. O tratamento dado às imunidades no Direito interno dos Estados pressiona a modificação do Direito Internacional³². Legislações nacionais já regulamentam a matéria em países como: EUA (1976), Reino Unido (1978), Singapura (1979, 1985), Paquistão (1981), África do Sul (1981), Canadá (1982, 2012), Malásia (1984), Maláui (1984), Austrália (1985), Argentina (1995), China (2005), Israel (2008) e Japão (2010). O Brasil passou a adotar a Teoria da Imunidade Restritiva a partir do julgamento da Apelação Cível n. 9.696-3 SP³³, quando o então ministro Francisco Rezek consagrou o entendimento de que não haveria imunidade de jurisdição para os atos de gestão dos Estados, mas tão somente para os atos de império³⁴. Essas normas domésticas e a jurisprudência confirmam a tendência de aceitação da teoria da imunidade restritiva das imunidades no costume internacional.

Apesar disso, ainda existem países que advogam pela imunidade absoluta. China, Rússia e Índia compõem o grupo de resistentes. A China assinou a Convenção das

Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens, mas não dá sinais de que venha a adotar a imunidade restritiva (ao invés da imunidade absoluta praticada atualmente). O movimento dos países no sentido de adotarem teorias distintas demonstra que não há fonte única e universal no Direito Internacional para imunidade de jurisdição. Há, na verdade, posições que competem entre si³⁵.

Alguns Estados defendem que a imunidade de jurisdição seria questão de reciprocidade. China e Rússia usam o critério da reciprocidade para fundamentar suas normas internas. Também se valem da reciprocidade nas negociações sobre imunidade com outras nações, além de esse princípio, muitas vezes, fundamentar retaliações — esses países não reconhecem a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro que, em casos análogos, negaram-lhes o benefício. O Princípio da Reciprocidade revela-se como alternativa para fazer avançar o debate sobre o tema da flexibilização das imunidades, principalmente quando estão na mesa de debate representantes dos países mais resistentes, ainda presos à defesa da imunidade absoluta³⁶.

3 Teorias da mitigação da imunidade de jurisdição

A tensão entre, de um lado, norma imperativa de direito internacional e, de outro, o costume internacional da imunidade de jurisdição remonta há três décadas de debate. A crescente demanda pela relativização das hipóteses de imunidade encontra resistência na jurisprudência internacional, como ocorreu nos casos *Arrest Warrant* e *Jurisdictional Immunities of the State*³⁷. Isso não significa que a inércia das Cortes será duradoura.

³¹ SILVEIRA, Vinícius Assis da. Soberania e imunidade de jurisdição: da Paz de Vestfália ao presente. *Revista Vox*, n. 11, p. 72-90, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/174>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 81.

³² DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 42.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

³⁴ SANTANA, Luiz Felipe Costa; SILVEIRA, Vinícius Assis da; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As imunidades de jurisdição das organizações internacionais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 18, 2020, Evento Virtual. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. v. 18. p. 538-557.

³⁵ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 48.

³⁶ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 45.

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2002, Haia. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

A principal fonte da imunidade do Estado no Direito Internacional é o costume³⁸, que está sujeito à alteração do seu estado habitual pela mudança de prática dos Estados nacionais³⁹. Além disso, há uma tendência de convergência entre direito nacional e direito internacional, quando o assunto é imunidades. A aproximação facilita o processo de harmonização dos procedimentos a serem aplicados por tribunais nacionais ou internacionais, o que proporciona maior previsibilidade e segurança jurídica⁴⁰.

A Teoria Restritiva da Imunidade de Jurisdição classifica a prática dos Estados em atos de império e em atos de gestão⁴¹. A doutrina restritiva garante a imunidade para os atos de império, cujas ações se relacionam com a própria soberania do Estado⁴². No entanto, essa classificação é falha, porque garante a proteção mesmo quando o Estado viola norma peremptória do Direito Internacional. É para superar essa injustiça que se propõem algumas teorias de flexibilização da imunidade de jurisdição, tais como a Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*), a Teoria da Hierarquia Normativa (*the Normative Hierarchy Theory*) e a Teoria do Direito ao Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*). Muito embora a doutrina convirja para aceitar a necessidade de superação dos modelos herméticos de jurisdição⁴³, os tribunais nacionais e internacionais se

têm mostrado pouco inclinados ao acolhimento da flexibilização das hipóteses de imunidade de jurisdição⁴⁴.

3.1 Teoria da Renúncia Implícita

A Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*) surgiu nos EUA, no início dos anos 1990. A legislação estadunidense — *The American Foreign Sovereign Immunity Act* (US FSIA)⁴⁵ — assegura a imunidade de jurisdição aos Estados, com as hipóteses de exceção delimitadas expressamente. A lei estadunidense adota a imunidade restritiva. No caso *Siderman de Blake and other versus Argentina and others*⁴⁶, o tribunal local reconheceu a imunidade de jurisdição ao demandado, sob o argumento de que o US FSIA não trouxe a afronta à norma peremptória como hipótese de exceção à regra geral do benefício. A Teoria da Renúncia Implícita surge como tentativa de dar nova interpretação ao US FSIA. Solução proposta pelos apelantes: a renúncia ao benefício da imunidade de jurisdição pode ser explícita, mas, também, poderá ser implícita. O Estado que afronta norma internacional peremptória estaria implicitamente renunciando à imunidade de jurisdição. As normas *jus cogens* são conquistas civilizatórias. O Estado que age contra o avanço civilizacional não poderia ser beneficiado com a imunidade de jurisdição⁴⁷.

As normas imperativas reúnem os valores máximos escolhidos pela comunidade internacional para serem

³⁸ TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*: competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: Ed. Jus Podium, 2019. p. 281.

³⁹ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 614.

⁴⁰ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 60.

⁴¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. Jurisdictional immunity of states and general law - explaining the *jus gestionis* v. *jus imperii* divide. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 6, p. 105-124. p. 107.

⁴² SILVEIRA, Vinícius Assis da. Soberania e imunidade de jurisdição: da Paz de Vestfália ao presente. *Revista Vox*, n. 11, p. 72-90, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/174>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 82.

⁴³ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. JIMENEZ, Martha Lucía Olivar; MOSCHEN, Valesca

Raizer Borges. Las inmunidades de Estado extranjero en la pauta del judiciário brasileño: avances y desafíos. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 33, 2013. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; MARCELLINO, Helder. Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o “judgement project” da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 291-319, 2017.

⁴⁴ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 615.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA), 28 US Code, Part IV, Chapter 97, §1604. 21 oct. 1976.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 965 F.2d 699 (1992), 1992, *Siderman de Blake and others v. Argentina and others*. Disponível em: https://www.refworld.org/cases,USA_CA_9,56d6bf794.html. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁷ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 617.

protegidos. A própria imunidade de jurisdição é um princípio caro aos Estados nacionais; encontra-se incluída nesses valores máximos perseguidos por todos. Nesse sentido, a afronta ao *jus cogens* seria ataque a todo o agregado de conquistas e de avanços. Os idealizadores da Teoria da Renúncia Implícita argumentam que não faria sentido favorecer o Estado que afronta a civilização organizada (ao ferir normas imperativa) com as conquistas dessa mesma civilização (ao gozar da imunidade de jurisdição). O ataque a normas peremptórias seria, ele mesmo, comprovação de que aquele ente não adere mais ao conjunto normativo internacional. Se o Estado não está disposto a cumprir com os seus deveres comunitários, impostos pelo direito internacional, também não poderá se beneficiar com os direitos consagrados dentro por essa comunidade.

Tribunais estadunidenses enfrentaram os argumentos da teoria da renúncia implícita em outras oportunidades: no caso *Pinez versus Federal Republic of Germany*⁴⁸ e no caso *Smith versus Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*⁴⁹. Os juízes do caso *Pinez* entenderam que o apelante não conseguiu provar que o apelado teria renunciado à imunidade intencionalmente, mesmo que de forma implícita. Já os juízes do caso *Smith* foram mais adiante. Argumentaram que, se fosse possível a aplicação da Teoria da Renúncia Implícita das imunidades, o legislador teria sido expresso no texto da US FSIA. Se, no caso *Pinez*, o tribunal deixou parecer que seria possível aplicar a teoria desde que houvesse prova da renúncia, implícita ou explicitamente, no caso *Smith*, a corte enunciou a sua inaplicabilidade sob os auspícios da US FSIA⁵⁰.

3.2 Teoria da Hierarquia Normativa

A Teoria da Hierarquia Normativa considera as normas *jus cogens* como hierarquicamente superiores às demais normas de Direito Internacional. Essa característica faria com que ela tivesse preferência quando em conflito com outras normas internacionais. É o caso das imunidades. As normas *jus cogens* prevaleceriam, se eventual ato de império do Estado as afrontasse. A norma imperativa teria preferência à norma das imunidades, por ser superior hierarquicamente. D'Argent e Lesaffre lembram que, como regra, as normas consideradas *jus cogens* são inderrogáveis. Somente admitem modificação por outras de mesmas características. Os autores introduzem o seguinte argumento, o qual justificaria a prevalência hierárquica das normas imperativas:

[...] considering that *jus cogens* norms are 'norm[s] from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character', they stand at the highest position in the international normative hierarchy and prevail over any conflicting suppletive norm, including — it is argued — immunity rules⁵¹.

A natureza imperativa das normas *jus cogens* seria forte o suficiente para impor restrições à soberania dos Estados. Se entendidas como normas de ordem natural, formadas pela convergência de valores, pelas conquistas civilizacionais, deveriam ser normas seguidas pelos participantes da comunidade internacional, independentemente de concordância com os seus termos. Seria o seu caráter impositivo que colocaria a norma *jus cogens* em hierarquia superior aos costumes e aos tratados internacionais ordinários⁵².

A tese da hierarquia normativa encontra espaço em tribunais estrangeiros, tais como nos italianos. O caso *Ferrini*⁵³ tornou-se emblemático por isso. Luigi Ferrini,

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. 26 F. 3d 1166, 1994, *Hugo Pinez v. Federal Republic of Germany*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caDC-93-07006/pdf/USCOURTS-caDC-93-07006-0.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Eastern District of New York. 886 F. Supp. 306 (E.D.N.Y. 1995), 1995, *Bruce Smith v. The Socialist People's Libyan Arab Jamahirija et al.* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/886/306/1796548/>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁵⁰ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 616.

⁵¹ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 617.

⁵² SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: an European concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-137, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4843>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 124.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: <http://ajee-journal>.

nacional italiano, foi capturado em 1944, durante a Segunda Guerra Mundial, e levado para a Alemanha. As forças armadas alemãs submeteram-no a trabalho forçado no Campo de Kahla, até o final da guerra. Ferrini moveu ação contra a República Federal da Alemanha, em 23 de setembro de 1998, perante o tribunal de Arezzo (*Tribunale di Arezzo*), na Itália, exigindo a reparação pelos danos sofridos enquanto esteve sob o poder do Reich. As instâncias inferiores reconheceram a imunidade de jurisdição da Alemanha, até que o caso chegou à Corte de Cassação Italiana (*Corte di Cassazione*). A Corte de Cassação decidiu que a jurisdição italiana poderia, sim, conhecer da ação de reparação de danos proposta pelo sr. Luigi Ferrini. A imunidade de jurisdição deveria ser afastada, porque o ato incriminado constitui crime internacional (afronta gravíssima ao direito internacional humanitário). A imunidade de jurisdição não possui caráter absoluto, de modo que não poderia ser invocada por Estado que tenha cometido crime dessa gravidade⁵⁴.

Entre avanços e retrocessos, a Alemanha levou o caso à Corte Internacional de Justiça, onde conseguiu reverter o julgamento. A CIJ entendeu que a natureza dos atos praticados pelo Reich, se de crime de guerra ou se de crime contra a humanidade, não afetaria o seu direito à imunidade. Em verdade, a Corte entendeu que eram os tribunais italianos que deveriam reconhecer a imunidade ao Estado alemão, sob pena de se caracterizar afronta italiana ao direito internacional costumeiro, ao qual a Itália deve respeito⁵⁵. A Teoria da Hierarquia Normativa pressupõe que haja conflito entre normas de hierarquias distintas. Os juízes da Corte entenderam que a aplicação dessa teoria no caso *Ferrini* seria incorreta, porque sequer existe conflito de norma inferior com norma superior. As normas *jus cogens* têm natureza material (*substantive jus cogens norms*), enquanto as de imunidade possuem natureza processual (*procedural immunity rules*), isto é, os escopos das normas são diferentes. Reconhecer a imunidade de jurisdição não significa, na

perspectiva da CIJ, negar a gravidade dos atos praticados pelos nazistas. Quer dizer, apenas, que aquele determinado tribunal nacional não tem jurisdição para julgar o Estado estrangeiro⁵⁶. O principal argumento para se refutar essa teoria é, justamente, o de que não existe hierarquia entre o *jus cogens* e a imunidade de jurisdição.

3.3 Teoria do Acesso à Justiça (the right to a judge or to a remedy theory)

A Teoria do Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*) complementa o arcabouço teórico que defende a flexibilização da imunidade de jurisdição. O argumento é o seguinte: existe prejuízo ao acesso à justiça da parte, quando o tribunal nacional limita o seu poder jurisdicional e reconhece a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro⁵⁷. A postura priva o indivíduo prejudicado de se socorrer da jurisdição nacional para reparação do dano, bem como impede que ele acesse a remédio processual eficiente.

Vale lembrar que o direito de acesso à justiça possui *status* de norma imperativa do direito internacional, como ressalta a jurisprudência internacional. A natureza imperativa do acesso à justiça encontra fundamento em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transcrevemos, abaixo, passagem da decisão proferida no caso *Caso Goiburú e outros versus Paraguai*, de 2006:

de manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales – del Estado - y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí. 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

com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: http://ajec-journal.com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020. p. 113-114.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: http://ajec-journal.com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020. p. 145.

⁵⁶ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 620.

⁵⁷ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 620.

esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo⁵⁸.

Alçar o acesso à justiça ao patamar de norma imperativa não é evento isolado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A seguir, apresenta-se a consolidação do entendimento no *voto razonado del juez* Antônio Augusto Cançado Trindade, no caso *Caso López Álvarez versus Honduras*:

en los **Informes** que presenté, como entonces Presidente de la Corte Interamericana, a los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), e.g., los días 19.04.2002 y 16.10.2002, sostuve mi entendimiento en el sentido del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, del derecho de acceso a la justicia **lato sensu**. Tal derecho no se reduce al acceso formal, **stricto sensu**, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, **lato sensu**, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia **realización** de la justicia. Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero **derecho al Derecho**, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico — a niveles tanto nacional como internacional — que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana⁵⁹.

Os avanços na consolidação de princípios do acesso à justiça são inegáveis no âmbito internacional. A construção teórica em torno de direitos fundamentais da

pessoa humana, dentre eles o direito de buscar o direito e o direito de ser ouvido pelo Estado-juíz, encontra proteção robusta tanto nas Cartas constitutivas de Cortes Internacionais (a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos)⁶⁰ como na jurisprudência desses tribunais. Apesar dos avanços, a Teoria do Acesso à Justiça (*the right to a judge or to a remedy theory*) não prevalece, quando em confronto com a imunidade de jurisdição dos Estados. Por exemplo, no caso *Al-Adsani versus Reino Unido*⁶¹ e no caso *Kalogeropoulou e outros versus Grécia e Alemanha*⁶², a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o benefício da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não constituiria restrição desproporcional ao direito de ter acesso ao juíz. No caso *Waite and Kennedy versus Alemanha*⁶³, a Corte deixa claro que, se há a possibilidade de a parte prejudicada reclamar perante a jurisdição do Estado infrator, não haveria desproporcionalidade na restrição advinda da concessão da imunidade de jurisdição⁶⁴.

A visão mais favorável aos Estados prevalece na jurisprudência, quando há confronto entre o acesso à justiça e a imunidade de jurisdição. Essa prevalência acontece, mas não sem resistência. Existem vozes dissonantes, como a da Corte de Primeira Instância de Florença, no julgamento do caso *Alessi e outros versus Alemanha e presidente do Conselho de Ministros da República Italiana*⁶⁵. A Corte entendeu que há dispositivo na Cons-

⁵⁸ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006a, São José, Costa Rica. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020. p. 75 (destaques do autor).

⁵⁹ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006b, São José, Costa Rica. *Caso López Álvarez vs. Honduras (voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020. p. 16, parágrafos 51 e 52 (destaques do autor).

⁶⁰ OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio; OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de; CHAVES, Jéssica Galvão *et al.* A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 211-224, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2718>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 214.

⁶¹ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom (Application n. 35763/97)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶² CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2009, *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany (Application n. 59021/00)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶³ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1999, *Waite and Kennedy v. Germany (Application n. 26083/94)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶⁴ D'ARGENTI, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUYSS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 621.

⁶⁵ ITÁLIA. Corte de Primeira Instância (Florença), 2014, *Alessi e outros v. Alemanha e Presidência do Conselho de Ministros da República Italiana (Order n. 85/2014)*. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/>

tuição italiana, o artigo 24, que prevê “insuprimível garantia de proteção jurisdicional”⁶⁶.

O debate sobre a imunidade de jurisdição está em voga no Brasil, em função do julgamento do caso *Changri-lá*⁶⁷. *Changri-lá* era o nome de uma embarcação civil afundada por submarino alemão, no litoral do estado do Rio de Janeiro, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial. O julgamento desse caso é importante, porque o Brasil não tem uma legislação específica para regulamentar a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro. É a jurisprudência que delimita a aplicação do tema internamente. A Teoria da Imunidade de Jurisdição Absoluta do Estado prevalecia no direito brasileiro. Com o julgamento do caso *Genny de Oliveira* (Apelação Cível 9.696-3 SP)⁶⁸, no início da década de 1990, o Supremo Tribunal Federal incorporou a Teoria Restritiva das Imunidades. A partir do voto do ministro Francisco Rezek, no caso *Genny de Oliveira*, a ação dos Estados deveria ser classificada em atos de gestão e em atos de império. A jurisprudência do Supremo passou a entender que os atos de gestão não estariam abarcados pela imunidade de jurisdição. No entanto, a imunidade de jurisdição para os atos de império permaneceria absoluta⁶⁹, mesmo que houvesse afronta à norma imperativa de direito internacional⁷⁰.

Os casos *Genny de Oliveira* e *Changri-lá* têm em comum a seguinte característica: autores nacionais que de-

mandam, na justiça brasileira, ações para reparação de danos em face de Estado soberano estrangeiro violador do Direito Internacional imperativo. O julgamento do ARE 954858 RG/RJ (caso *Changri-lá*) surge como nova oportunidade para reformulação da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o “alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro” como tema de direito constitucional, “digno de submissão à sistemática de repercussão geral”. A tese do julgamento será fixada desde o seguinte tema: “Tema 944 – Alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana”⁷¹. Não se pretende, neste artigo, esgotar o debate do tema, mas : um dos argumentos que o tribunal deverá enfrentar é o do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988. O dispositivo prevê o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Guardadas as devidas proporções e as peculiaridades de cada sistema, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição se assemelha à “insuprimível garantia de proteção jurisdicional” italiana. Pode-se concluir, assim como o fez a Corte de Primeira Instância de Florença, que invocar a imunidade de jurisdição para se evitar a punição de graves violações de direitos humanos significa, na prática, afastar o direito do jurisdicionado; é privá-lo do direito de ter acesso à justiça.

3.4 Outros argumentos

Existem outras teses que fundamentam a possibilidade de afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados, quando há afronta à norma imperativa de direito internacional. Inclusive, existe entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do qual se reconhece o afastamento da imunidade de jurisdição como sanção ou contramedida, a ser imposta contra Estado patrocinador de terrorismo. Damrosch faz o seguinte comentário sobre a postura da Suprema Corte:

certain States have denied immunity in their national legal systems in respect of foreign States that are alleged to have committed the most grievous breaches of international law, such as grave human rights violations or sponsorship

view/10.1093/law:ildc/2725it14.case.1/law-ildc-2725it14. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶⁶ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 622 (tradução nossa).

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 RJ. Karla Christina Azere-do Venâncio da Costa e outro e República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 maio 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 maio 2017.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário 110 RJ. Paulo Cezar Alves da Silva e OUTROS e República Federal da Alemanha. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 11 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 set. 2012.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 RJ. Karla Christina Azere-do Venâncio da Costa e outro e República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 maio 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 maio 2017.

of terrorist acts. Denial of immunity in such circumstances could arguably be justified as a sanction or countermeasure against another State's unlawful act. The US Supreme Court considered that a new exception to immunity for certain claims against States designated as sponsors of terrorism 'was intended as a sanction, to punish and deter undesirable conduct. Stripping the immunity that foreign sovereigns ordinarily enjoy is as much a sanction as eliminating bilateral assistance or prohibiting export of munitions'⁷².

Outro exemplo vem do Canadá, que também admite a relativização da imunidade de jurisdição como medida para proteção de vítimas de atentados terroristas. O *Justice for Victims of Terrorism Act*⁷³, de 2012, autoriza que vítimas de terrorismo, por exemplo, promovam as respectivas ações indenizatórias contra os Estados patrocinadores do crime, perante os tribunais domésticos⁷⁴. Mesmo assim, é preciso reconhecer que a legislação canadense não oferece solução para o problema que envolve, de um lado, a norma *jus cogens*, e, de outro, a imunidade de jurisdição dos Estados. Por exemplo, os agentes de Estado que praticam tortura ferem norma imperativa de Direito Internacional. No entanto, apesar de reconhecerem a proscrição da prática, os tribunais canadenses não a consideram motivo suficiente para autorizar o levantamento da imunidade de jurisdição, nas hipóteses de "persecução civil da responsabilização e reparação do dano"⁷⁵. Os casos *Schreiber versus Canada*⁷⁶ e *Bouzari versus Iran*⁷⁷ consagram esse entendimento.

⁷² DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 46.

⁷³ CANADA. Justice for Victims of Terrorism Act. *Statutes of Canada 2012*, c. 1, s. 2, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/j-2.5/FullText.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁷⁴ STEWART, David P. Immunity and terrorism. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 33, p. 651-669. p. 656.

⁷⁵ ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014. p. 418.

⁷⁶ CANADA. Canadian Supreme Court. 2002 SCC 62, 2002, *Schreiber v. Canada (Attorney General)*. Case n. 28453. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2003/1/document.do>. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁷⁷ CANADA. Court of Appeal for Ontario. CanLII 871 (ON CA), 2004, *Bouzari v. Iran*. Case n. 38345. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html#document>. Acesso em: 17 dez. 2020.

4 Considerações finais

A imunidade de jurisdição dos Estados para atos de império é, atualmente, um dos temas centrais do direito internacional. No Brasil, o foco é ainda mais intenso, por conta do julgamento do ARE 954858 RG/RJ. Soberania, jurisdição, princípios constitucionais do processo civil e inúmeros outros assuntos orbitam em torno do tema das imunidades. Essa interdisciplinaridade contribui para tornar o debate em torno da imunidade de jurisdição ainda mais instigante.

Setores da doutrina defendem a flexibilização das regras de imunidade de jurisdição dos Estados, para além daqueles previstos pela teoria restritiva. Argumenta-se que o Estado que afronta norma imperativa de Direito Internacional não poderia ser privilegiado pelo instituto da imunidade de jurisdição, mesmo que a natureza da ação infratora seja de ato de império. Este artigo trouxe alguns desses argumentos para o debate. O primeiro passo é reconhecer a característica dinâmica da soberania. Isto é importante, porque, resumidamente, a soberania é fundamento da imunidade de jurisdição. Ao reformular-se as concepções basilares da soberania (sem abandoná-la ou negá-la, frisa-se), é certo que toda a estrutura que dela se desenvolve também se rearranja.

A análise dinâmica da soberania fornece o arcabouço teórico por meio do qual se pode partir para fundamentar a mitigação das hipóteses de imunidade de jurisdição dos Estados, com base nas três teorias analisadas, a saber, a Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*), a Teoria da Hierarquia Normativa (*the Normative Hierarchy Theory*) e a Teoria do Direito ao Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*). Há resistência dos tribunais nacionais ou internacionais em aceitarem as proposições advindas dessas teses. Mesmo assim, existem iniciativas de transformação, como demonstra o próprio caso Luigi Ferrini, ou mesmo o caso *Changri-lá*, que pode marcar uma nova era das imunidades de jurisdição no Brasil. Ainda não é possível saber como o tema evoluirá, mas, como lembra Édipo, "o tempo onipotente abate tudo mais".

Advoga-se a ampliação das hipóteses de levantamento das imunidades de jurisdição, mas não de modo indiscriminado. Os desafios que a relativização das imunidades impõe são muitos e deverão ser enfrentados em trabalhos futuros. Pode-se citar, por exemplo, o risco de banalização das hipóteses de exceção à imunidade de ju-

risdição. A intenção dos argumentos apresentados neste trabalho não é a de diminuir a importância do instituto das imunidades, mas, tão somente, a de problematizá-lo nas hipóteses em que a sua aplicação afronta norma imperativa de Direito Internacional. Da mesma forma com que foram temperadas as hipóteses de cabimento das imunidades no passado (como no caso da incorporação das teorias de atos de gestão e de atos de império, por exemplo), o Direito Internacional contemporâneo exige reformulação do instituto das imunidades de jurisdição, para atender aos anseios da sociedade atual.

Referências

- ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014.
- BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia. (org.). *The globalization of world politics: an introduction on international relations*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanchez. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário 110 RJ. Paulo Cezar Alves da Silva e OUTROS e República Federal da Alemanha. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 11 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 set. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 RJ. Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa e outro e República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 maio 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 maio 2017.
- CABRAL, Antonio. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea *et al* (org.). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini, 2016. p. 365-373.
- CANADA. Canadian Supreme Court. 2002 SCC 62, 2002, *Schreiber v. Canada (Attorney General)*. Case n. 28453. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2003/1/document.do>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- CANADA. Court of Appeal for Ontario. CanLII 871 (ON CA), 2004, *Bouzari v. Iran*. Case n. 38345 Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html#document>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- CANADA. Justice for Victims of Terrorism Act. *Statutes of Canada 2012, c. 1, s. 2*, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/j-2.5/Full-Text.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- CAPONI, Remo. Transnational litigation and elements of fair trail. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 506-549, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19974>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1999, *Waite and Kennedy v. Germany (Application n. 26083/94)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom (Application n. 35763/97)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2009, *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany (Application n. 59021/00)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. *Organização das Nações Unidas*, 24 out. 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 02 set. 2020.
- D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *ius cogens* violations. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633.

- DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60.
- DE WET, Erika. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In: SHELTON, Dinah (org.). *The Oxford handbook of international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. cap. 23, p. 541-561.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA), 28 US Code, Part IV, Chapter 97, §1604. 21 oct. 1976.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 965 F.2d 699 (1992), 1992, *Siderman de Blake and others v. Argentina and others*. Disponível em: https://www.refworld.org/cases,USA_CA_9,56d6bf794.html. Acesso em: 20 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. 26 F. 3d 1166, 1994, *Hugo Pinez v. Federal Republic of Germany*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caDC-93-07006/pdf/USCOURTS-caDC-93-07006-0.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Eastern District of New York. 886 F. Supp. 306 (E.D.N.Y. 1995), 1995, *Bruce Smith v. The Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya et al.* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/886/306/1796548/>. Acesso em: 20 out. 2020.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentos de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- INCERTI, Fabiano. *O visível e o sonoro em Édipo-Rei: uma análise foucaultiana*. 2013. 152 f. (Doutorado em Filosofia) - Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013.
- ITÁLIA. Corte de Primeira Instância (Florença), 2014, *Alessis e outros v. Alemanha e Presidência do Conselho de Ministros da República italiana (Order n. 85/2014)*. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ildc/2725it14.case.1/law-ildc-2725it14>. Acesso em: 20 out. 2020.
- JIMENEZ, Martha Lucía Olivari; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Las inmunidades de Estado extranjero en la pauta del judiciário brasileño: avances y desafíos. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 33, 2013.
- JIMENEZ, Martha Lucía Olivari; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; CAMPEÃO, Paula Soares. Entre la cruz y la espada: el derecho del acceso a la justicia y las inmunidades de jurisdicción de los Estados. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 155-169, jan./abr. 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. International law in Europe: between tradition and renewal. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 113-124, 2005.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; MARCELINO, Helder. Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o “judgement project” da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 291-319, 2017.
- NAGAMINE, Renata; RORIZ, João. Human rights, humanitarian law and State power. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 417-431, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6505>. Acesso em: 4 out. 2020.
- OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio; OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de; CHAVES, Jéssica Galvão *et al.* A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 211-224, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2718>. Acesso em: 17 dez. 2020.

- ORAKHELASHVILI, Alexander. Jurisdictional immunity of states and general law - explaining the *jus gestionis* v. *jus imperii* divide. In: RUYS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 6, p. 105-124.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2002, Haia. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: http://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2006a, São José, Costa Rica. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2006b, São José, Costa Rica. *Caso López Álvarez vs. Honduras (voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.
- POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Jurua Editora, 2013.
- SANTANA, Luiz Felipe Costa; SILVEIRA, Vinícius Assis da; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As imunidades de jurisdição das organizações internacionais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 18, 2020, Evento Virtual. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. v. 18. p. 538-557.
- SILVEIRA, Vinícius Assis da. Soberania e imunidade de jurisdição: da Paz de Vestfália ao presente. *Revista Vox*, n. 11, p. 72-90, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/174>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- SÓFOCLES. Édipo em Colono: uma tragédia grega. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda., 1990. eBook Kindle.
- SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: an European concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-137, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4843>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- STEWART, David P. Immunity and terrorism. In: RUYS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 33, p. 651-669.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 38, p. 145-182, 2000.
- TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2019.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 17, n. 1, p. 13-34, jan./jun. 2019.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.