



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 230579/2017 – ASJCIV/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário com Agravo 954.858 – RJ

Relator: Ministro **Edson Fachin**

Recorrentes: Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e outros

Recorrida: República Federal da Alemanha

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO INTERNACIONAL. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. DIREITO HUMANITÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TEMA 944 DA REPERCUSSÃO GERAL. NAUFRÁGIO DE EMBARCAÇÃO PESQUEIRA ATACADA POR SUBMARINO ALEMÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA POR DE SUCESSORES DA VÍTIMA EM FACE DE ESTADO ESTRANGEIRO. ESTADO SOBERANO. ATO PRATICADO DURANTE A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ATO DE IMPÉRIO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1 – Proposta de Tese de Repercussão Geral (Tema 944): *É absoluta a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro por ato de império do qual resulte dano reparável, praticado no exercício do direito de soberania em contexto de guerra, ainda que o ato praticado seja ofensivo ao direito internacional da pessoa humana.*

2 – Recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, sob alegação de ofensa aos arts. 1º, III, 3º, IV, 4º, II, IV e V, 5º, II, XXV e LIV, e 133 da Carta Magna, com o objetivo de, reformando-se o acórdão recorrido, condenar a República Federal da Alemanha ao ressarcimento de danos sofridos por sucessores de vítimas fatais de naufrágio de embarcação pesqueira atacada

por submarino alemão em território brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial.

3 – É excepcionada a imunidade de jurisdição apenas nas hipóteses em que o ato praticado pelo Estado soberano seja ato de gestão, e o objeto litigioso tenha como fundo relações de natureza meramente civil, comercial ou trabalhista, .

4 – É absoluta e não comporta exceção a imunidade de jurisdição do Estado soberano em se tratando de atos praticados em ofensiva militar em período de guerra, considerado ato de império. Precedente da Corte Internacional de Justiça: *Caso Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*.

5 – Atende à perspectiva de diálogo entre o direito internacional e o direito interno a invocação de precedente da Corte Internacional de Justiça, órgão judiciário das Nações Unidas do qual o Brasil faz parte, como fundamento para a solução do feito e fixação de tese da sistemática da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

6 – Daria origem *ex post facto* a inúmeras demandas individuais por prejuízos sofridos, tornando obsoletas as soluções políticas há muito tempo adotadas, o afastamento da imunidade de jurisdição de estado soberano em ações indenizatórias por atos praticados em conflitos armados passados. Haveria o risco de a coexistência pacífica ser consideravelmente deteriorada, com consequências imprevisíveis para qualquer Estado que tenha se envolvido em um conflito armado.

7 – Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

1. O CASO EM EXAME

Trata-se de recurso extraordinário erigido como paradigma do Tema 944 da repercussão geral, em que se discute o “*alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana*”.

A origem do caso encontra-se em ação de indenização de danos morais proposta em face da República da Alemanha por netos e viúvas de netos de DEOCLECIANO PEREIRA DA COSTA, morto em decorrência de ataque ao barco pesqueiro Changri-lá pelo submarino nazista U-199, comandado pelo alemão HANS WERNER KRAUS, no mar territorial brasileiro, nas proximidades da Costa de Cabo Frio, em julho de 1943, durante a Segunda Guerra Mundial.

Consta dos autos que, em decorrência dos tiros de canhão proferidos pelo submarino alemão, nenhum dos dez pescadores tripulantes do Changri-lá sobreviveu e, mais tarde, o submarino alemão foi abatido pelas forças brasileiras.

A ação de indenização foi fundada em decisão do Tribunal Marítimo. Em que pese os fatos tenham sido praticados em 1943, as causas do naufrágio foram definida somente em 2001, em acórdão do Tribunal Marítimo. Inicialmente, o processo 812/1943 havia sido arquivado, em 1944, por insuficiência de

provas, e reaberto perante aquela corte em razão do surgimento de novos documentos que comprovaram o ataque.

Assim, em 2001, o Tribunal Marítimo reconheceu, com base em elementos trazidos pelo historiador ELÍSIO GOMES, que o U-199 foi afundado pela Força Aérea Brasileira (FAB), que os sobreviventes, após resgatados e interrogados, confessaram o ataque a um “veleiro” e, confrontadas essas declarações com os documentos de bordo existentes no U-199, concluiu-se que a embarcação atacada era o Changri-lá.

O juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro declinou de sua competência, julgando o processo extinto sem resolução de mérito.

Interposto recurso ordinário constitucional, com fundamento no art. 105, II, *c*, da Constituição, o Ministro MARCO BUZZI negou-lhe seguimento com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que diz ser impossível a responsabilização de Estado por ato de guerra.

Dessa decisão, interpuseram agravo interno. Alegam inviabilidade de aplicação automática da imunidade de jurisdição, dizendo necessárias a citação e a manifestação da República Federal da Alemanha no processo. Salientam a submissão da recorrida à jurisdição dos locais onde praticados os crimes de guerra durante o regime nazista. Mencionam a Conferência de

Moscú de 1943, a Declaração de Submissão da República Alemã às Forças Aliadas e o Acordo de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg. Defendem a exceção à imunidade de jurisdição, ante a ofensa a direitos humanos.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negou provimento ao agravo. Opostos, os embargos de declaração foram desprovidos em acórdão foi assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – BRACO DE PESCA BRASILEIRO AFUNDADO NA COSTA BRASILEIRA, EM PERÍODO DE GUERRA, POR NAVIO ALEMÃO – ESTADO ESTRANGEIRO – IMUNIDADE ABSOLUTA – DECISÃO DO RELATOR NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. IRRESIGNAÇÃO DOS AGRAVANTES. 1. A relativização da imunidade da jurisdição conta com o assentimento desta Corte Superior; mas, tão-somente, quando envolve relações natureza civil, comercial ou trabalhista, restando prevalente a imunidade ao se tratar de ato de império, como no presente caso. 2. A jurisprudência do STJ caminha no sentido de que não é possível a responsabilização da República Federal da Alemanha por ato de guerra, tendo em vista tratar-se de manifestação de ato de império. Precedentes: AgRg no RO 110/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 24/09/2012); RO 72/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 08/09/2009); RO 66/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 19/05/2008). 3. Agravo Embargos declaratórios desprovidos.

No apelo extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, indica-se ofensa aos arts. 1º, III, 3º, IV, 4º, II, IV e V, 5º, II, XXV e LIV, e 133 da Carta Magna.

Os recorrentes sustentam estar demonstrada a repercussão geral.

Aduzem, para tanto, que a causa trata da “*defesa do orgulho e da honra do povo brasileiro, uma vez que cidadãos nacionais foram mortos em ataque de submarino alemão em nosso território*”, e acrescentam ter sido esse fato fundamental para a entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial, “*exatamente por caracterizar uma ofensa à nossa Nação, especialmente ao estado de neutralidade que, até então, era mantido pelo nosso Estado*”.

Indicam vinte seis outras ações propostas por cidadãos brasileiros no Tribunal Regional Federal da Segunda Região, oriundas do mesmo ataque alemão.

Além disso, asseveram que a causa está diretamente ligada a interesse geral de documentação histórica do País.

No mérito, alegam que a violação do art. 5º, XXXV, da Constituição decorre do fato de a Alemanha ter se submetido, através de tratados internacionais, à jurisdição do local onde foram praticados os crimes de guerra e contra a humanidade durante o regime nazista.

Seguem afirmando que a afronta aos arts. 5º, XXXV, 1º, III, 3º, IV, e 4º, II da Constituição advém da inexistência de legítimo

ato de império na prática de crime de guerra e contra a humanidade já julgados e condenados por Tribunal Internacional.

A inobservância do art. 5º, II, e 109, II, da Constituição, por sua vez, estaria fundada na existência de jurisdição nacional e na ausência de norma que a afaste por suposta imunidade de jurisdição da recorrida. Acrescentam não incidir na hipótese o princípio da reciprocidade. Segundo defendem, a própria Alemanha não aplica o aludido princípio nos casos em que os atos são praticados no território do foro onde se pleiteia a jurisdição, mesmo quando não há crime de guerra e contra a humanidade.

Sobre a violação dos arts. 3º, IV, e 4º, II, IV e V, da Carta Magna, afirmam a inexistência de imunidade de jurisdição para atos atentatórios aos direitos humanos, ante a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil.

Refutam a possibilidade de decretação de imunidade de jurisdição de ofício, como realizado pelo Tribunal *a quo*, ao reconhecer que diplomata pode arguir imunidade de jurisdição, sem apresentação de defesa formal. Segundo sustentam, a Constituição estabelece a indispensabilidade do advogado e o respeito ao devido processo legal, de modo que o reconhecimento da imunidade de ofício, ou seja, sem prévia provocação da parte, viola os arts. 133 e 5º, LIV, do texto constitucional.

Notificada na pessoa do chefe da missão diplomática do Estado no Brasil, a República Federativa da Alemanha não apresentou contrarrazões.

Inadmitido o recurso extraordinário pela Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, por considerar que ofensa à Constituição caso houvesse, seria indireta, a recorrente interpôs agravo.

Remetidos os autos ao Supremo Tribunal Federal, o Plenário, por maioria, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral, adotando-o como paradigma do Tema 944, em acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITOS HUMANOS. DIREITO INTERNACIONAL. ESTADO SOBERANO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA. ATOS DE IMPÉRIO. ATOS DE GESTÃO. DELITO CONTRA O DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA. PERÍODO DE GUERRA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. SUCESSORES DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO.

1. O alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.
2. A controvérsia consiste em definir a viabilidade de processamento e julgamento de lide que envolve Estado soberano estrangeiro por parte do Poder Judiciário brasileiro.
3. Preliminar de repercussão geral reconhecida.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Esses, em síntese, os fatos de interesse.

2. MÉRITO

O cerne da questão está em definir o alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império praticado no espaço territorial brasileiro, durante a Segunda Guerra Mundial, ofensivo ao direito internacional da pessoa humana.

O tema é inédito na Suprema Corte, já que, no julgamento dos diversos recursos extraordinários aviados nos autos das ações de indenização propostas por sucessores das vítimas do naufrágio do barco pesqueiro atacado pela Alemanha, não houve resolução de mérito.

É bem verdade que no ARE 953.656, desprovido por ausência dos pressupostos formais, o Ministro Relator teceu algumas considerações sobre o mérito, dando a entender que concordaria com a tese de que a imunidade de jurisdição prevalece mesmo diante de acusações que denotem graves violações de direitos humanos. Na ocasião, afirmou o Ministro LUIZ FUX que:

[...] conforme a evolução do alcance da imunidade de jurisdição já apresentado, os atos bélicos praticados por Estado estrangeiro durante período de guerra correspondem a atos de império, decorrentes do exercício de seu exclusivo

poder soberano. Consectariamente, não havendo renúncia de tal prerrogativa por parte da nação soberana requerida, exsurge a incidência da imunidade de jurisdição, o que impossibilita a submissão do Estado estrangeiro à justiça brasileira¹

Todavia, nos demais apelos extraordinários, negados ante a inexistência de ofensa direta à Constituição, necessidade de reexame de provas e fatos ou ausência de prequestionamento, não houve qualquer debate da questão de fundo: ARE 953.656, Rel. Min. LUIZ FUX, *DJe* 1º set. 2016; ARE 880.298, Primeira Turma, Rel.(a) Min.(a) ROSA WEBER, *DJe* 25 ago. 2015; ARE-AgR 855.300, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJe* 25 jun. 2015; ARE 853.335, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *DJe* 18 jun. 2015; RE 509.857, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, *DJe* 12 mar. 2015; ARE 853.885-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. TEORI ZAWASCKI, *DJe* 11 mar. 2015; ARE 837.265-AgR, Primeira Turma, Rel.(a) Min.(a) ROSA WEBER, *DJe* 13 nov. 2014; ARE 793.676-AgR-Segundo, Segunda Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *DJe* 23 jun. 2014; AI 790.456-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *DJe* 12 jun. 2013.

Há, ainda, os recursos extraordinários nos quais a Suprema Corte determinou a devolução dos autos ao Juízo de origem, aplicando-se a sistemática da repercussão geral, a exemplo do RE 598.993, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, *DJe* 7 ago. 2017.

1 Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 31 ago. 2016.

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, o afastamento ou não da imunidade de jurisdição do Estado Alemão referente a pedidos de indenização de vítimas e parentes de vítimas de ato de império praticado durante a Segunda Guerra Mundial já foi enfrentada em diversas ocasiões.

Preliminarmente, a Corte Superior assentou que a renúncia à imunidade de jurisdição, embora possível, não se presume. Por conseguinte, tanto o silêncio quanto a simples nota verbal do Estado estrangeiro a informar que não aceita a jurisdição nacional devem ser considerados como manifestação legítima de não submissão à jurisdição brasileira. No mérito, o entendimento perfilhado foi da impossibilidade de se responsabilizar a Alemanha por ato de guerra, tendo em vista tratar-se de ato tipicamente estatal, ou seja, ato de império, acobertado, portanto, pela imunidade de jurisdição absoluta.

O entendimento foi pacificado na Segunda Seção do STJ: RO-AgR 80, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, *DJe* 1º abr. 2016; RO-AgR 68, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, *DJe* 19 fev. 2016; RO 61, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 19 fev. 2016.

Também nas duas Turmas que a compõe. Na Terceira Turma foram julgados os seguintes recursos: RO 62, Rel. Min. ARI PARGENDLER, *DJe* 3 nov. 2008; RO 133, Rel. Min.

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe* 30 out. 2014; RO 134, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe* 22 ago. 2013; RO-AgRg 121, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, *DJe* 31 mar. 2013; RO-AgRg 117, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, *DJe* 27 out. 2015; RO 63, Rel. Min. ARI PARGENDLER, *DJe* 3 nov. 2008.

Na Quarta Turma: RO 66, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, *DJe* 19 maio 2008; RO 129, Rel. Min. MARCO BUZZI, *DJe* 19 maio 2008; RO 59-AgR, Rel.(a) Min.(a) MARIA ISABEL GALLOTTI, *DJe* 8 out. 2012; RO 110-AgR, Rel.(a) Min.(a) MARIA ISABEL GALLOTTI, *DJe* 24 set. 2012; RO 72, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe* 9 set. 2009; RO 78, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe* 8 set. 2009; RO 74, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, *DJe* 8 jun. 2009; RO-AgRg 107, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, *DJe* 3 fev. 2014; RO-AgRg 101, Rel. Min. MARCO BUZZI, *DJe* 7 maio 2013; RO-AgRg 108, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, *DJe* 3 fev. 2014; RO-AgRg 109, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 4 nov. 2016; RO-AgRg 76, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 20 fev. 2017².

2 Atualmente, alguns desses recursos ordinários, a exemplo dos ROs 66 e 80, encontram-se sobrestados até a publicação da decisão de mérito do STF a ser proferida no Tema 944 da Sistemática da Repercussão Geral ou em outros recursos extraordinários.

Na mesma linha, as seguintes monocráticas: RE nos EDcl no RO-AgR 129, Rel.(a) Min.(a) LAURITA VAZ, *DJe* 1º fev. 2016; RO 113, Rel.(a) Min.(a) NANCY ANDRIGUI, *DJe* 15 out. 2012.

Há, ainda, recursos especiais que tiveram seguimento negado, a exemplo dos: RESP 1.135.449, Terceira Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, *DJe* 9 abr. 2012; RESP 132.569.2, Terceira Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, *DJe* 17 fev. 2014; RESP 1.135.494, Quarta Turma, Rel. Min. MARCO BUZZI, *DJe* 9 abr. 2012.

No presente recurso extraordinário, a Suprema Corte tem, portanto, a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, apreciando-o sob a ótica do direito constitucional e internacional para concordar ou não com a tese que vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a imunidade de jurisdição da Alemanha nas ações de ressarcimento de danos causados por atos praticados em território brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial.

2.1. A imunidade de jurisdição dos Estados no ordenamento jurídico interno e internacional

No campo do Direito Constitucional, a soberania representa verdadeiro fundamento de legitimação do exercício do poder, positivada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição. Embora configure elemento essencial à formação dos Estados modernos, não constitui conceito absoluto, porquanto *“pode sofrer ponderação com outros princípios e ter, eventualmente, a sua incidência atenuada em razão da prevalência dos valores irradiados de outro princípio em uma determinada situação concreta”*³.

No âmbito do Direito Internacional, o exercício da soberania se revela, por exemplo, na possibilidade de imposição da jurisdição de um Estado nos limites de seu território. Assim, a soberania de um país encontra limites justos na expressão soberana de outra nação, revelando-se, uma vez mais, como conceito relativo.

Nesse contexto, surge o instituto da imunidade de jurisdição, enquanto mecanismo que impede os Estados estrangeiros, organismos internacionais, certos órgãos e pessoas de estarem sujeitos à jurisdição de outra nação soberana contra sua própria vontade.

Em relação aos privilégios e garantias dos representantes de um país junto a outro, há importantes tratados que disciplinam a

3 ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **As novas dimensões do princípio da soberania**. Niterói: Editora Impetus, 2016, p. 36.

questão, especificamente as Convenções de Viena sobre as Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963), promulgadas internamente pelos Decretos 56.435/1965 e 61.078/1967. Entretanto, como ressalta FRANCISCO REZEK, não há em tais diplomas “*norma alguma que disponha sobre a imunidade do Estado, como pessoa jurídica de direito público externo, à jurisdição local*”⁴.

Existem algumas outras normas que tratam da imunidade dos Estados no âmbito internacional, a exemplo da Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados – Convenção de Basileia de 1972 –, e em âmbitos domésticos, como o *Foreign Sovereign Immunities Act*, editado nos Estados Unidos em 1976, o *State Immunity Act*, editado no Reino Unido em 1978 e no Canadá em 1985, e a *Ley 24.488/1995*, na Argentina, que disciplina a “*inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos*”.

Não obstante, a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros decorreu, originariamente, de prática costumeira no direito internacional, situação verificada também no Brasil, principalmente ante à inexistência de norma brasileira sobre o tema.

4 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213.

Em um primeiro momento, aplicava-se a máxima do *par in parem non habet iudicium*, que veda o julgamento de iguais por iguais, impossibilitando-se, assim, a submissão de um Estado soberano, contra sua vontade, à jurisdição interna de outro Estado igualmente soberano. Fundado na noção de igualdade jurídica entre os países, esse conceito mais absoluto de imunidade reflete um momento histórico de formação e consolidação dos Estados Modernos.

O Judiciário brasileiro, por intermédio da Suprema Corte, encampou, por décadas, a posição tradicional que rejeitava qualquer exceção à regra da imunidade, mantida incólume e absoluta. Nesse sentido: RE 94.084, Tribunal Pleno, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJ 20 jun. 1986⁵.

Posteriormente, como um reflexo da evolução das atividades tradicionalmente atribuídas aos Estados a partir do final do século XIX e com o aumento da participação dos Estados em transações comerciais ou privadas, a regra passou a ser a relativização da imunidade, a partir da distinção entre atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (*acta jure gestionis* ou *jure privatorum*), atribuindo-se imunidade apenas aos primeiros.

5 Eis a ementa do acórdão: “IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. AÇÃO DE PARTICULAR CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONTRA A USAID. NÃO SE ENCONTRA O ESTADO ESTRANGEIRO SUJEITO A JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA DO BRASIL, PARA RESPONDER, PERANTE ELA, A AÇÕES TRABALHISTAS PROPOSTAS POR EMPREGADO SEU. EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM BASE NO ART. 267, INCISO IV, DO CPC.”

O *leading case* no Brasil foi o Caso Genny de Oliveira, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Apelação Cível 9.696, reconheceu a possibilidade de processar ente soberano externo em causas envolvendo crédito de natureza trabalhista. O acórdão foi assim ementado:

ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA. NÃO HÁ IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114). NA HIPÓTESE, PORÉM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 10 DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, c/c ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO. (ACi 9.696, Tribunal Pleno, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 12 out. 1990)

Assim, a Suprema Corte⁶ abandonou a orientação da imunidade de jurisdição absoluta para acompanhar a tendência que emergia nos principais centros de estudo do direito internacional e que já encontrava ressonância na jurisprudência de outros paí-

6 Nesse sentido, os seguintes precedentes do STF: ACO 9.696, Tribunal Pleno, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 12 out. 1990; RE-AgR 222.368, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 14 fev. 2003.

ses⁷, de que a abrangência da imunidade de jurisdição deve ser restringida.

Desde então, adota-se a tese que se baseia na natureza do ato estatal, preservando a imunidade de jurisdição apenas nos casos de ato de império, que são expressão direta da soberania, afastando-a, porém, nas hipóteses de ato de mera gestão, em que o Estado atua como particular, em atividades tipicamente negociais.

2.2. Do reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado soberano por atos de império praticados em contexto de guerra

O primeiro aspecto que deve ser analisado para a solução do feito e a fixação da tese é o contexto em praticado o ato que ensejou o pedido de reparação e a sua natureza, se ato de império ou de gestão.

O que desencadeou o ingresso do Brasil na Segunda Guerra Mundial, junto aos Países Aliados, foi exatamente o torpedea-

⁷ Vide, por exemplo, a jurisprudência belga (*Rau, Vanden Abel vs. Duruty*, 1879, § 175; e *Chemin de fer Liégeois-Luxembourg vs. Etat néerlandais*, 1903, §§ 301-303), italiana (*Typaldos vs. Manicomio di Aversa*, 1886, §§ 1492-1493; e *Bey di Tunisi rappresentato da Guttieres vs. Elmilik*, 1886, §§ 1544-1545) e americana (*The Schooner Exchange vs. McFaddon*, 1812).

mento de embarcações brasileiras no oceano Atlântico, em fevereiro de 1942, por submarinos alemães e italianos, em suposta represália à adesão do Brasil aos compromissos da Carta do Atlântico.

A declaração oficial de guerra à Alemanha nazista e à Itália fascista pelo Brasil ocorreu oficialmente em 22 agosto de 1942, de modo que na data dos fatos narrados neste recurso extraordinário, julho de 1943, o País já participava oficialmente da Segunda Guerra Mundial.

Sobre a contextualização histórica da participação brasileira no conflito, transcreve-se, por oportuno, informações constantes do sítio eletrônico do Exército Brasileiro:

Por ocasião da 2ª Guerra Mundial o Brasil foi atingido mais profundamente pela violência bélica dos submarinos dos poderes nazi-facistas. Nossa participação no conflito bélico foi precedida da tomada pelo Governo brasileiro de medidas no campo diplomático visando a honrar o compromisso assumido por ocasião da III Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores das Repúblicas Americanas, realizada no Rio de Janeiro e encerrada a **28 de janeiro de 1942**. Nessa oportunidade, cumprindo o acordo firmado com as nações do Continente, o Brasil rompeu relações diplomáticas com as potências do Eixo: Alemanha, Itália e Japão.

Esta atitude diplomática do Governo brasileiro, assumida em nome da solidariedade do Continente Ameri-

cano ante à ameaça nazinipo-fascista provocou uma reação violenta do Governo de Berlim. Em **15 de junho de 1942**, Adolph Hitler, em reunião com o Almirante Reader, decidiu desencadear uma ofensiva submarina contra a navegação marítima nas costas brasileiras. Para esta missão foi destacada uma flotilha de submarinos sendo 8 de 500 toneladas e 2 de 700 toneladas. Partindo da costa da França ocupada, essa flotilha foi reabastecida já próximo à nossa costa pelo submarino-tanque U-460.

Em seguida, começou a ação corsária dos submarinos alemães e, possivelmente, alguns italianos do governo fascista de Benito Mussolini. Em dois dias, de **15 a 17 de agosto de 1942**, cinco navios mercantes brasileiros foram torpedeados e afundados, a poucas milhas de nossa costa. Seguiram-se outros ataques que afundaram 31 barcos mercantes brasileiros. Era a guerra não declarada, era a violência, a pretexto de responder a um ato diplomático de rompimento de relações.

Era o Brasil, **em 1942**, um país já mais expressivo na balança do poder do que o Brasil de 1917. Nossa resposta teria que ser mais forte, como foi. Reagindo às agressões militares sofridas o Governo brasileiro, a **22 de agosto de 1942** declarou guerra à Alemanha e Itália. A Nota Ministerial comunicando a Declaração de Guerra aos governos de Berlim e Roma foi firmada pelo Embaixador Oswaldo Aranha, Ministro de Relações Exteriores⁸

Esse o contexto do ataque, pelo submarino marino alemão nazista U-199, à embarcação civil com os pescadores que esta-

8 Disponível em: <http://www.eb.mil.br/na-ii-guerra-mundial>. Acesso em: 12 set. 2017.

vam nas proximidades da Costa de Cabo Frio, ou seja, no local onde se encontravam também os submarinos alemães e italianos.

Indubitável, assim, que se trata de ato bélico, praticado no contexto de guerra, como decorrência do exercício da soberania do Estado Alemão. Por conseguinte, corresponde a ato de império.

Ocorre que, como já reconhecido pela jurisprudência pátria, bem como pela jurisprudência internacional, em casos tais, ou seja, em relação a atos de império, não havendo renúncia de tal prerrogativa pela nação soberana requerida, exsurge a incidência da imunidade de jurisdição, o que impossibilita a submissão do Estado estrangeiro à justiça brasileira.

Entender de modo diverso seria o mesmo que permitir a perpetuação de discussões entre estados soberanos em decorrência da Segunda Guerra Mundial, onde, sem dúvida, um mesmo país hora foi vítima e hora foi perpetrador de violações de direitos humanos.

Quanto à suposta possibilidade de relativização da imunidade estatal em virtude da violação de normas de *jus cogens*, ainda não foi reconhecida por meio do direito positivo internacional. A Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal de 1972 adotada no âmbito do Conselho da Europa (Convenção da Basileia) e pela Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades

Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens de 2005, ao regulamentar a questão, não prevê essa possibilidade.

A Comissão de Direito Internacional, encarregada de preparar a futura convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados, concluiu, em 1991, um Projeto de artigos sobre responsabilidade de Estados (“*Draft articles on the jurisdictional immunities of States and their property*”). O projeto somente se transformou em convenção cerca de treze anos depois e ainda não se encontra em vigor, por não ter alcançado as trinta ratificações exigidas no seu artigo 30⁹.

O texto final não prevê qualquer disposição restringindo a imunidade estatal em hipótese de violações de normas de *jus cogens*. E, ao que parece, a ausência de previsão nesse sentido trata-se de silêncio eloquente.

Com efeito, os membros do grupo de trabalho da Comissão de Direito Internacional não deixaram de sublinhar os desenvolvimentos recentes da prática estatal e da legislação em matéria de imunidade em casos que envolvem violações de normas de *jus cogens*. No relatório, foram citadas demandas que pretendiam afastar a imunidade em virtude de graves violações de direitos humanos, sobretudo em situações que envolvem a proibição da

9 Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/4_1_1991.pdf&lang=E. Acesso em: 12 set. 2017.

tortura. Mesmo os tribunais demonstrando simpatia pelo argumento da relativização da regra da imunidade, a Comissão reconheceu, na maior parte dos casos, que a imunidade estatal ainda prevalecia¹⁰.

Por todo o mundo, diversas pessoas, vítimas e parentes de vítimas de violações de direitos humanos e direito humanitário praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, pleitearam, em suas cortes domésticas, a reparação dos danos sofridos, tal qual realizado pelos recorrentes neste apelo extraordinário.

Reportando-se ao direito comparado, mencione-se, a título de exemplo, o Caso *Princz vs. Federal Republic of Germany*, julgado em 1992 pela Corte Distrital de Columbia, nos Estados Unidos, referente ao pedido de indenização de um judeu pelas atrocidades do regime nazista.

O autor alega ter sido submetido a um regime de trabalhos forçados em campos de concentração. Sustenta, em razão disso, violação de norma *jus cogens* pela Alemanha e argumenta que, como tais normas são inderrogáveis, se um Estado as viola ele está ignorando a vontade coletiva da comunidade internacional e,

10 Texto com comentários da Comissão disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf&lang=EF. Acesso em: 12 set. 2017.

por conseguindo, renunciando tacitamente à sua imunidade de jurisdição.

A tese não foi aceita pela Corte de Apelação, que extinguiu a ação, reconhecendo que a Alemanha teria direito à imunidade¹¹.

Em 12 de dezembro de 2002, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH) julgou o *Caso Kalogeropoulou* e outros vs. Grécia e Alemanha¹², referente a indenização postulada por vítimas do massacre perpetrado por oficiais nazistas alemães na vila grega de Distomo durante a Segunda Guerra Mundial.

As vítimas gregas fundamentaram seus pedidos na afirmação de que a recusa das autoridades gregas e alemãs em obedecer aos ditames da decisão 137/1997 da Corte de Primeira Instância de Leivadia, que afastou a imunidade de jurisdição da Alemanha e reconheceu o direito à indenização, violava o seu direito à proteção judicial efetiva de direitos civis relevantes e seu direito ao gozo pacífico das propriedades, com base no disposto no art. 6 § 1 da Convenção, que trata do direito a um processo equitativo, e no art. 1 do Protocolo n 1, alusivo ao direito de propriedade.

A CorteEDH reconheceu que a recusa do Estado grego em permitir os procedimentos de execução contra a Alemanha equi-

11 U.S. District Court for the District of Columbia. *Caso Princz vs. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992).

12 Corte Europeia de Direitos Humanos. *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha (Kalogeropoulou and 265 others vs. Germany and Greece)*. Acórdão de 12 de dezembro de 2002, Petição n. 59.021/00.

valeria a uma restrição do direito dos autores de acesso ao tribunal. Em contrapartida, ao analisar se a recusa perseguia um fim legítimo, assentou que a “*concessão de imunidade de jurisdição a um Estado, em procedimentos civis, persegue o fim legítimo de cumprir com as determinações de direito internacional para promover a cortesia e as boas relações entre Estados*”¹³.

Ao analisar a proporcionalidade da medida, a CorteEDH também afirmou que, com base no art. 31 § 3 (c) da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, a Convenção Europeia de Direitos Humanos não pode ser interpretada isoladamente. As normas de direito internacional, especialmente aquelas relativas à concessão de imunidade de Estado, devem auxiliar, portanto, na interpretação do art. 6 da Convenção. Assim, as medidas adotadas por um Estado-parte da Convenção não podem presumir-se, *prima facie*, como uma restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça elencado no art. 6º. Da mesma forma, algumas limitações devem ser consideradas inerentes a este direito, tais como aquelas aceitas de forma geral pela comunidade das nações como parte da doutrina de imunidade estatal, cristali-

13 Tradução livre do seguinte trecho da decisão: “[..] *the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States.*”

zadas, por exemplo, no julgamento do Caso *Al-Adsani vs. United Kingdom*, que discutiu o mesmo tema.¹⁴

Ao final, a CorteEDH concluiu que, embora as cortes gregas tenham ordenado o pagamento da dívida pelo Estado alemão, isso não obriga necessariamente a Grécia a assegurar aos autores a obtenção do crédito através de procedimentos de execução em território grego.

Em 2012, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil faz parte, julgou o Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*, originado de supostas violações do Direito Internacional Humanitário praticadas por forças alemãs durante a Segunda Guerra Mundial no território italiano. Dentre as violações figuram os massacres de civis e a deportação de civis e militares para a realização de trabalhos forçados na Alemanha e em seus territórios sob ocupação.

O Caso, conhecido como Alemanha vs. Itália, teve origem em pedido de indenização do italiano LUIGI FERRINI, preso em agosto de 1944 e deportado para a Alemanha, onde ficou detido e foi forçado a trabalhar na indústria de munições até o final da guerra.

¹⁴ <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html> Acesso em 13 set 2017

FERRINI processou a Alemanha no território italiano, especificamente no Tribunal de Arezzo, que, pela primeira vez, abordou a relação entre a imunidade de um Estado estrangeiro e as normas relativas aos direitos fundamentais. Inicialmente inadmitido, por força da imunidade de jurisdição alemã, a demanda de FERRINI alcançou a jurisdição suprema italiana, a *Corte di Cassazione*. Em julgamento de 11 de março de 2004, a *Corte di Cassazione* reconheceu a jurisdição dos tribunais italianos quanto às demandas de indenização propostas contra a Alemanha por FERRINI, ao argumento de que a imunidade estatal não se aplica quando em jogo atos que constituem um crime internacional¹⁵.

O mesmo fundamento foi utilizado pela Corte de Florença, no julgamento de fevereiro de 2011, que determinou que a Alemanha deveria indenizar FERRINI, porquanto as regras relativas à imunidade de jurisdição não seriam absolutas e não poderiam ser invocadas por um Estado em caso de atos que configuram crimes perante o Direito Internacional.

O Caso Ferrini permitiu que várias demandas de indenização fossem ajuizadas na Itália por indivíduos em situações similares, suscitando condenações da Alemanha por violações cometidas durante a guerra contra cidadãos italianos e gregos.

15 Corte di Cassazione. Caso Ferrini vs. República Federal da Alemanha. Decisão n. 5.044/2004. <https://www.unalex.eu/Judgment/Judgment.aspx?FileNr=IT-215&FixLng=it> Acesso em 13 set 2017.

O envolvimento grego no Caso submetido à CIJ (Alemanha vs. Itália) se deu em razão do já citado massacre cometido pelas forças alemãs na cidade grega de Distomo. As vítimas pleitearam compensação contra a Alemanha perante os tribunais gregos e, posteriormente, à CorteEDH¹⁶ e às cortes alemãs¹⁷. Como tais tentativas restaram infrutíferas, os requerentes gregos buscaram executar as decisões dos tribunais gregos, que reconheciam seus direitos, perante os tribunais italianos.

Em 23 de dezembro de 2008, a Alemanha, visando assegurar sua imunidade de jurisdição e evitar a execução das sentenças condenatórias, provocou a CIJ. Aduziu que a quebra da imunidade jurisdicional alemã viola princípios fundamentais de Direito Internacional Público que contribuem para a convivência pacífica entre os Estados. Argui, ainda, a renúncia da Itália ao direito à indenização.

Após aceitar a intervenção da Grécia na qualidade de Estado não parte e reconhecer sua competência, a CIJ assentou, por maioria, que a Itália, ao permitir o ajuizamento de ações perante seus tribunais, adotar medidas constritivas com relação aos bens de propriedade da Alemanha e executar decisões dos tribunais gre-

16 No já citado Caso Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha.

17 Caso
gregos vs. República Federal da Alemanha. *III ZR 245/98*. Cidadãos

gos na Itália com base nos mesmos argumentos, violou a imunidade alemã nos termos do Direito Internacional.

A discussão central estabelecida no Caso Alemanha vs. Itália foi em torno do possível conflito entre as normas *jus cogens*, consubstanciadas nas sérias violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, e a norma costumeira que conferiria imunidade à Alemanha, debate semelhante ao estabelecido no presente apelo extraordinário.

A Itália, no pedido de reconvenção, argumentou, em síntese, que a imunidade jurisdicional é um preceito costumeiro de Direito Internacional Público, ao passo que a proibição do trabalho forçado é considerada uma das primeiras matérias de direitos básicos humanos, tendo, por isso, natureza *jus cogens*. No seu entender, a CIJ deveria garantir a supremacia do direito dos italianos vítimas das ações alemãs sobre o direito à imunidade de jurisdição.

Por sua vez, a CIJ entendeu que o alegado conflito é inexistente (§ 93), porquanto as regras acerca da imunidade estatal são de caráter procedimental, relacionando-se ao exercício da jurisdição, enquanto as normas de Direito Internacional Humanitário violadas (proibição de assassinato, deportação e trabalho escravo), que possuem status de *jus cogens*, são de natureza substantiva. Nos termos da decisão:

93. **Este argumento depende, portanto, da existência de um conflito entre uma regra ou regras *jus cogens* e a regra do direito consuetudinário que exige que um Estado conceda imunidade a outro. Na opinião da Corte, no entanto, não existe tal conflito. Assumindo para esse fim que as regras do direito dos conflitos armados que proíbem o assassinato de civis em território ocupado, a deportação de habitantes civis e de prisioneiros de guerra para o trabalho escravo são regras *jus cogens*, não há conflito entre essas regras e as regras sobre a imunidade do Estado. Os dois conjuntos de regras abordam assuntos diferentes.** As regras da imunidade do Estado são de caráter processual e são limitadas a determinar se os tribunais de um Estado podem ou não exercer jurisdição em relação a outro Estado. Eles não respondem à questão quer a conduta trazida no processo seja legal ou ilegal. É por isso que a aplicação do atual direito da imunidade do Estado aos processos relativos a eventos ocorridos em 1943-1945 não infringe o princípio de que a lei não deve ser aplicada retrospectivamente para determinar questões de legalidade e responsabilidade (como o Tribunal explicou no parágrafo 58 acima). Pela mesma razão, reconhecer a imunidade de um Estado estrangeiro de acordo com o direito internacional consuetudinário não equivale a reconhecer como legal situação criada pela violação de uma regra *jus cogens*, ou prestação de auxílio e assistência na manutenção dessa situação e, portanto, não se pode contrapor o princípio do artigo 41 dos Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade do Estado.¹⁸

18 Corte Internacional de Justiça. Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 6 set. 2017. Destaqueei. Tradução livre do § 93 do acórdão, assim redigido: “93. *This argument therefore depends upon the existence of a conflict between a rule, or rules, of jus cogens, and the rule of customary law which requires one State to accord immunity to another. In the opinion of the Court, however, no such conflict exists. Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which*

Assim, o reconhecimento da norma referente à imunidade de jurisdição como norma de procedimento impediu que a CIJ adentrasse o debate sobre eventual violação de direitos humanos.

O professor CHRISTIAN TOMUSCHAT, em artigo sobre a imunidade de jurisdição, tece relevantes comentários ao Caso Alemanha vs. Itália, refutando o argumento da prevalência dos direitos humanos e destacando a importância da conclusão alcançada pela CIJ para o enfrentamento de questões relacionadas a danos de guerra:

Os fundamentos para descartar a imunidade dos Estados em casos de violações graves aos direitos humanos baseiam-se principalmente em razões de ordem emocional, que são totalmente compreensíveis, mas geralmente dei-

prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of jus cogens, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful. That is why the application of the contemporary law of State immunity to proceedings concerning events which occurred in 1943-1945 does not infringe the principle that law should not be applied retrospectively to determine matters of legality and responsibility (as the Court has explained in paragraph 58 above). For the same reason, 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 State Responsibility."

*xam de levar em conta o alcance do regime de responsabilidade do Estado. Antes de inventar uma nova roda, deve-se examinar cuidadosamente a funcionalidade da roda velha. Os mecanismos tradicionais de resolução de danos em casos de injustiças massivas, particularmente danos de guerra, resultantes do não cumprimento do DIH, certamente não são isentos de falha ou defeito. No entanto, substituir esse sistema por uma desordem descoordenada de fatos individuais é a pior de todas as soluções possíveis. Um mecanismo viável requer a orientação de uma organização internacional capaz de equilibrar os interesses em jogo de forma minuciosa. Isto deve se tornar um projeto de desenvolvimento progressivo do direito.*¹⁹.

A utilidade do recurso ao Direito Internacional no processo de fundamentação judicial é inquestionável, sobretudo em situação que não goza de disciplinamento específico no direito doméstico e considerado o ineditismo do debate acerca do alcance da imunidade de jurisdição dos Estados na Corte Constitucional Brasileira.

19 TOMUSCHAT, Christian. The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions. In **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 44:1105, p. 1.105-1.140, p. 1.140. Tradução livre do seguinte trecho original: *Pleas for discarding state immunity in cases of grave violations of human rights are mostly based on fully understandable emotional reasons, but generally fail to take into account the full scope of the regime of state responsibility. Before inventing a new wheel, one should carefully examine the functionality of the old wheel. The traditional mechanisms for the settlement of damages in cases of massive injustices, particularly war damages resulting from noncompliance with rules of IHL, are certainly not without any flaw or defect. However, to replace this system with an uncoordinated clutter of individual suits is the worst of all possible solutions. A viable mechanism requires the guiding hand of an international organization able to balance the interests at stake in a thorough manner. This should become a project of progressive development of the law*

As normas que protegem os interesses da comunidade internacional como um todo protegem também os interesses das sociedades domésticas²⁰. Por conseguinte, não há motivos cabais para impedir que conceitos, institutos e decisões de Direito Internacional sejam adotadas, em determinadas situações, como paradigma para o enfrentamento de desafios internos; pelo contrário, esse recurso deve ser estimulado.

Por essa razão invoca a Procuradoria-Geral da República a decisão da Corte Internacional de Justiça, órgão judiciário das Nações Unidas do qual o Brasil faz parte, como fundamento para o deslinde do feito e posterior fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, no entanto, que a pretensão, ao opinar pelo reconhecimento da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro por atos de império praticados em contexto bélico, não é de declarar a legitimidade das atrocidades cometidas pela Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial, em especial do ato perpetrado pelo submarino alemão em território brasileiro. Pelo contrário, o Ministério Público Federal repudia a morte de inocentes e defende a primazia dos direitos humanos e o cumpri-

20 NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. **New perspectives on the divide between National and International Law**. New York: Oxford University Press Inc., 2007.

mento dos princípios humanitários, ainda que em contexto de guerra.

Não é razoável, todavia, ignorar barreiras de ordem procedimental em situações com a presente, relativas a atos praticados há mais de sete décadas, em nítido contexto de guerra, onde também o Brasil certamente foi responsável pela morte de civis inocentes, para afastar a imunidade de jurisdição por atos de império praticados no exercício da soberania estatal.

De mais a mais, se a imunidade de jurisdição fosse removida em situações como a presente, conflitos armados passados dariam origem *ex post facto* a inúmeras demandas individuais por prejuízos, tornando obsoletas as soluções políticas há muito tempo adotadas. Como resultado, haveria o risco de a coexistência pacífica ser consideravelmente deteriorada, com consequências imprevisíveis para qualquer Estado que tenha se envolvido em um conflito armado.

2.3. Dos argumentos favoráveis ao afastamento da imunidade

Por amor ao debate e atenta à dialética que o caso requer, passa a Procuradoria-Geral da República a apresentar argumentos para a defesa do afastamento da imunidade de jurisdição da Alemanha.

Inicialmente, convém relembrar, como fazem DINAH SHELTON e FRANCESCO DI NICOLA, o irrefutável valor simbólico das ações de reparação originadas de violações de princípios humanitários e a coercibilidade dos direitos humanos.

[...] a função primária da justiça restaurativa ou corretiva é reparar o dano causado à vítima, isto é, corrigir a injustiça [...] Mesmo que as violações dos direitos humanos e o dinheiro não sejam mensuráveis, as indenizações ainda se justificam, porque a reparação dos danos serve para afirmar um respeito público pela vítima e reconhecer publicamente a culpa do perpetrador por não respeitar os direitos fundamentais²¹.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é juridicamente vinculante e coercitivo, e não mera declaração de princípios. Isso se aplica mesmo em tempos de guerra ou de emergência: uma democracia deve ser capaz de lutar contra seus inimigos sem negar - pelo menos - o núcleo duro dos direitos humanos²²

21 Tradução livre do seguinte trecho: “[t]he primary function of corrective or remedial justice is to rectify the wrong done to a victim, that is, to correct injustice [...] Even if human rights violations and money are not commensurable, damages are still justified because an award of damages serves to affirm a public respect for the victim and give public recognition of the wrongdoer’s fault in failing to respect basic rights.” SHELTON, Dinah. **Remedies in International Human Rights Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 10-292.

22 Tradução livre do seguinte trecho: “Human rights law is legally binding and enforceable and it is not a mere declaration of principles. This applies even in times of war or in times of emergency: a democracy has to be able to fight against its enemies without denying – at least – the hardcore of human rights.” DI NICOLA, Francesco De Santis. Civil actions for damages caused by war crimes vs. State immunity from jurisdiction

Destarte, o ponto central para o afastamento da imunidade de jurisdição da Alemanha está na percepção de que o ato de atacar e destruir uma embarcação civil, dizimando os seus tripulantes, pescadores, em período de guerra, mas fora do cenário de combate, configura flagrante violação dos direitos humanos e dos princípios humanitários.

Tais circunstâncias fáticas é que levam à conclusão de ser insuficiente a mera distinção entre atos de império e ato de gestão para a solução do caso.

A origem das ações de indenização é a morte brutal de civis inocentes ante ataque das forças armadas alemãs fora do cenário de combate, ou seja, uma violação de direitos humanos que não se enquadra no conceito de ato de império tampouco de ato de gestão. Configura, na verdade, um terceiro gênero²³.

and the political act doctrine: ECtHR, ICJ and Italian Courts. In **International Comparative Jurisprudence**. Vol. 2, 2016, p. 107-121.

23 Nesse sentido, afirma BIANCHI: “*the traditional approach based on the distinction between acta iure imperii and acta iure gestionis is ‘unsuitable to meet the peculiarities of acts, serious violations of human rights, which, by definition, are amenable to neither category and somewhat represent a tertium genus.’*”. Tradução livre: A abordagem tradicional baseada na distinção entre *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* é inadequada para atender às peculiaridades dos atos, violações graves dos direitos humanos, que, por definição, não se enquadram em nenhuma das duas categoria e representam um terceiro gênero. BIANCHI, A. Serious violations of human rights and foreign states’ accountability before municipal courts. Man’s Inhumanity to Man. In **Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese**. The Hague London, New York: Kluwer

Necessário, então, buscar parâmetros para elaborar um novo modelo para o enfrentamento da imunidade estatal de jurisdição.

Um dos possíveis parâmetros é o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos, que orienta, nos termos do art. 4º, II, da Constituição, a política externa brasileira. Sob essa ótica, um Estado não pode se esconder atrás da imunidade de jurisdição para cometer violações de direitos humanos no território de outro Estado, deixando a pessoa humana desamparada diante de agressões dessa natureza.

Um estado regido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não pode desprezar as violações dos direitos humanos praticadas por outros estados em território nacional.

A dignidade da pessoa humana é tão cara que erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, III, da Constituição, e a vida é direito inviolável assegurado no *caput* do art. 5º do texto constitucional.

O Brasil, ao adotar esse postulado orientador das relações internacionais, une-se à comunidade internacional, assumindo com ela e perante ela a responsabilidade pela dignidade de toda pessoa humana.

Law International, 2003, p. 149–181.

Essa inovação da Constituição da República de 1988 em relação às constituições anteriores consagra, portanto, a prioridade do respeito aos direitos humanos como a principal referência para a atuação do País no cenário internacional.

Isso implica não apenas o engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas internacionais de direitos humanos, mas também o reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado fica submetida a regras jurídicas, tendo como padrão obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, relativizando-a em benefício da dignidade da pessoa humana. Esse processo condiz com o Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Ainda na linha da prevalência dos direitos humanos e da proteção da dignidade da pessoa humana, convém salientar a ausência de razoabilidade em relativizar a imunidade de jurisdição para lides trabalhistas, e não a afastar para situações onde é patente a violação dos direitos humanos dos civis que tiveram suas vidas ceifadas em águas pátrias, distantes do palco em que se descortinava a Segunda Guerra Mundial.

Também do ordenamento jurídico interno é possível invocar o art. 88, III, do Código de Processo Civil de 1973, reproduzido

no art. 21, III, da legislação processual civil vigente, que prevê a competência da autoridade judiciária brasileira para conhecer e julgar a ação que se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Apresenta-se, também, o argumento de que, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte, a relativização da imunidade de jurisdição somente alcança o processo de conhecimento, não se estendendo ao de execução, que é autônomo:

[...] O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.

(RE 222.368, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJe* 30 abr. 2002).

Nada impede, portanto, a fixação da tese em sede de repercussão geral, especialmente se considerado que o “*desfecho de*

eventual sentença condenatória não vincula a sua execução pelo Estado Estrangeiro”²⁴ e o reconhecimento da imunidade de execução, reconhecida como absoluta pela Suprema Corte (ACO 633-AgR, Tribunal Pleno, Rel.(a) Min.(a) ELLEN GRACIE, *DJe* 22 jun. 2007 e ACO 645, Tribunal Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, *DJe* 17 ago. 2007), não impede o processo de conhecimento.

Feitas essas considerações, convém retomar o debate sobre a natureza do ato que originou as demandas indenizatórias. Com efeito, ainda que considerado ato de império, parece tratar-se de ato de império ilegítimo que, por violar flagrantemente os direitos da pessoa humana, não pode ser acobertado pelo manto da imunidade de jurisdição.

Oportuno, quando ao ponto, transcrever o seguinte trecho do acórdão do Tribunal Marítimo: “*além de tratar-se de um alvo civil, seu afundamento não resultou em nenhum benefício para os alemães*”.

Ou seja, o ato de atacar e destruir uma embarcação civil, dizimando todos seus tripulantes, civis na prática de pesca de subsistência artesanal no mar de seu território nacional, em período

24 Nesse sentido os pareceres do Ministério Público Federal no RO 129, da lavra do Subprocurador-Geral da República ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS e nos ROs 60 e 61, subscritos pelo Subprocurador-Geral da República JUAREZ TAVARES.

de guerra, mas fora do cenário de combate, pode ser visto como um desses atos de império que configuram violação dos direitos humanos e dos princípios humanitários, de modo que, por serem ilegítimos, não devem ser protegidos pela imunidade de jurisdição.

É possível, ainda, recorrer ao Direito Internacional para fundamentar o afastamento da imunidade.

Os países da então Comunidade Econômica Europeia, entre os quais a Alemanha, celebraram, em 1972, a Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição (*European Convention on State Immunity*).

O art. 11 prevê que os contratantes não podem reclamar a imunidade à jurisdição de outro Estado parte quando o processo decorrer de dano à pessoa que ocorreu no território do Estado do foro:

Artigo 11: Um Estado signatário não poderá invocar imunidade de jurisdição perante a Corte de outro Estado signatário em procedimentos relacionados à indenização por lesão à pessoa ou dano à propriedade tangível, se os fatos que ocasionaram a lesão ou o dano ocorreram no território do Estado foro, e se o autor da lesão ou dano estava presente neste território no momento em que os fatos ocorreram²⁵.

25 Tradução livre do art. 11: “*Article 11 - 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 terri-*

Outra importante orientação partiu da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, que elaborou projeto de tratado, o *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (1991), consolidando as regras costumeiras acerca do tema. Do art. 12 do projeto consta a seguinte regra:

Art. 12: Se a ação ou a omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território de outro Estado e se o autor da ação ou da omissão estava presente neste território no momento dos fatos, o Estado alegadamente responsável não pode invocar imunidade de jurisdição perante a corte do Estado que seria de outra forma competente para processar casos envolvendo reparação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou por danos ou perda de propriedade tangível, salvo acordo em sentido diverso pelos Estados envolvidos²⁶.

Vale mencionar, tal qual realizado pelo Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO do Superior Tribunal de Justiça no voto vencido no RO 61, os comentários lançados pelo grupo responsável pelo projeto de tratado acerca do dispositivo supracitado:

tory 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.”

26 Tradução livre do art. 12: “*Article 12 - Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.*”

(3) A exceção contida neste artigo foi elaborada para oferecer amparo e possibilidade de recurso à justiça a indivíduos que sofrerem lesão pessoal, morte, dano ou destruição de propriedade ocasionados por ação ou omissão seja intencional, acidental ou causada por negligência atribuível a Estado estrangeiro. Já que a ação ou omissão danosa ocorreu no território do Estado foro, a lei aplicável é claramente a *lex loci delicti commissi* [lei do local em que o delito foi cometido] e a Corte mais conveniente é aquela do Estado onde o delito foi cometido. Uma Corte que não a do local do delito deve ser considerada *forum non conveniens* [foro não conveniente]. O indivíduo lesado ficaria sem acesso à justiça caso o Estado fosse autorizado a invocar sua imunidade de jurisdição.

(8) A base para o reconhecimento e exercício da jurisdição nos casos abrangidos por essa exceção é a territorialidade. O *locus delicti commissi* oferece conexão territorial substancial, não obstante a motivação da ação ou da omissão, seja intencional ou mesmo maliciosa, seja acidental, por negligência, imprudência ou descuido, e, ainda, independentemente da natureza das atividades envolvidas, sejam elas *jure imperii* ou *jure gestionis*. Essa distinção tem sido mantida pela legislação de alguns Estados, envolvendo acidentes motorizados no transcurso de missões oficiais ou militares. A imunidade tem sido mantida nos casos de *jure imperii*, enquanto tem sido rejeitada nos casos de *jure gestionis*. A exceção proposta pelo artigo 12 não faz tal distinção, ficando sujeita à qualificação estabelecida no parágrafo inaugural, com relação à reserva que permite a aplicação de diferentes normas para questões especificamente reguladas por tratados, acordos bilaterais ou arranjos regionais, especificando ou limitando a extensão da responsabilidade ou compensação, ou providenciando procedimento diverso para solução de disputas²⁷.

27 Tradução contante do voto vencido do Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO no RO 61 (Segunda Seção, *DJe* 19 fev. 2016): “(3) *The exception contained in this article is therefore designed to provide relief or possibility*

Mencione-se, ademais, as lições de JÜRGEN BRÖHMER acerca do art. 12 do *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*:

Essa redação visa excluir danos transfronteiriços da exceção à imunidade; não basta que a conduta danosa provoque resultados no Estado foro. [...] o dispositivo abandona a distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*. Não é necessário que a conduta delitiva tenha natureza privada ou comercial, de modo que também é possível considerar a existência de jurisdição em relação a condutas soberanas. Em terceiro lugar, não há distinção entre a postura negligente ou dolosa do Estado. De fato, não há qualquer refe-

of recourse to justice for individuals who suffer personal injury, death or physical damage to or loss of property caused by an act or omission which might be intentional, accidental or caused by negligence attributable to a foreign State. Since the damaging act or omission has occurred in the territory of the State of the forum, the applicable law is clearly the lex loci delicti commissi and the most convenient court is that of the State where the delict was committed. A court foreign to the scene of the delict might be considered as a forum non conveniens. The injured individual would have been without recourse to justice had the State been entitled to invoke its jurisdictional immunity. [...] (8) The basis for the assumption and exercise of jurisdiction in cases covered by this exception is territoriality. The locus delicti commissi offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether jure imperil or jure gestionis. This distinction has been maintained in the case law of some States involving motor accidents in the course of official or military duties. While immunity has been maintained for acts jure imperil, it has been rejected for acts jure gestionis. The exception proposed in article 12 makes no such distinction, subject to a qualification in the opening paragraph indicating the reservation which in fact allows different rules to apply to questions specifically regulated by treaties, bilateral agreements or regional arrangements specifying or limiting the extent of liabilities or compensation, or providing for a different procedure for settlement of disputes.”

rência a culpa, alcançando o artigo 12 igualmente casos de estrita responsabilidade, desde que a ação ou omissão seja atribuível ao Estado²⁸.

Reforça-se, assim, a já mencionada ideia de que a relação tradicional entre imunidade de jurisdição e a natureza jurídica dos atos estatais, conquanto ainda constitua método válido de análise, pode não ser a melhor maneira de solucionar o impasse.

Outro possível parâmetro para o afastamento da imunidade de jurisdição é o Direito Comparado.

O recurso às experiências estrangeiras – tal qual o recurso à experiência internacional – no processo de fundamentação judicial não é um fenômeno novo e pode ser facilmente identificado na jurisprudência brasileira.

No presente caso, o aporte de direito comparado é bastante útil, uma vez que envolve questão ainda não enfrentada pelo STF. Acresce que a demanda pelo reconhecimento de direito a reparação de danos advindos de atos praticados em contexto de guerra

28 Tradução livre: “*This language intends to exclude transboundary torts from the immunity exception; it is not sufficient that the tortious conduct has an effect in the forum state. [...] the provision abandons the distinction between acta jure imperii and acta jure gestionis . It is not required that the tortious conduct be private or commercial by nature so that jurisdiction can also be assumed in regard to sovereign conduct. Thirdly, there is no distinction between negligent and deliberate actions, in fact there is no reference to fault at all, so that art. 12 also covers strict liability as long as the act or omission is attributable to the state.*” BRÖHMER, Jürgen. State immunity and the violation of human rights. In **The Hague: Kluwer Law International**, 1997, p. 127/128.

consolida-se em escala global, caracterizando-se como nova etapa na afirmação histórica dos direitos humanos e dos direitos humanitários.

Reporta-se, portanto, ao debate jurídico comparado, a fim de que sejam apresentados subsídios valiosos de cortes estrangeiras para o aprimoramento da discussão no Brasil.

Os Estados Unidos, acompanhando a tendência europeia da restritividade da imunidade de jurisdição prevista na citada *European Convention on State Immunity*, promulgou a lei de imunidade de jurisdição de 1976, com emendas de 1988, denominada *U.S. Foreign Sovereign Immunities Act*, que foi incorporada nas seções 1.602 a 1.611 do Código Norte-Americano (*U. S. Code*).

Nos termos do item 5 da seção 1.605 do *U. S. Code*²⁹, não cabe a imunidade para afastar responsabilidade por atos ou omissões ilícitos que causem a morte ou danos pessoais ou avaria ou perda de propriedade nos Estados Unidos,

29 “1605. *General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state (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) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, 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.*”

provocados pelo Estado estrangeiro ou por qualquer outro oficial ou empregado daquele Estado estrangeiro enquanto atua nos limites de seu ofício ou função.

A Inglaterra, seguindo o panorama internacional sobre a imunidade de jurisdição, estabeleceu, na seção 5 da lei britânica de Imunidade de Jurisdição de 1978 (*State Immunity Act*), que o Estado não goza de imunidade nos casos de morte, lesão pessoal, dano ou perda de propriedade tangível causados por ação ou omissão no Reino Unido³⁰.

Na mesma linha, a Austrália determinou, no art. 13 da lei australiana de imunidade de 1985 (*Foreign States Immunities Act*), que um Estado estrangeiro não é imune em processos que tratem de morte ou danos pessoais a pessoa ou danos ou perda de propriedade material causadas por um ato ou omissão praticado na Austrália³¹.

30 “5. *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.*” Tradução livre: 5. Um Estado não é imune, no que diz respeito aos processos relativos à morte ou à lesão corporal de uma pessoa; ou (b) danos ou perda de bens materiais, causados por um ato ou omissão no Reino Unido.

31 “13 *Personal injury and damage to property - 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.*” Tradução livre: 13 Lesões corporais e danos à propriedade - Um Estado estrangeiro não está imune em um processo referente: (a) à morte ou lesão corporal de uma pessoa; ou (b) perda ou danos à propriedade material; causado por um ato ou omissão praticado na Austrália.

Em 1995, também a Argentina estabeleceu, no art. 2º, e, da Lei sobre Imunidade de Jurisdição (*Imunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*), que os Estados estrangeiros não podem invocar imunidade de jurisdição quando demandados por danos e prejuízos derivados de delitos ou quase-delitos cometidos no território³².

Como se nota, os Estados têm positivado a regra de que não se aplica a imunidade para situações em que a morte de pessoa no território nacional é decorrente da prática de Estado estrangeiro. Por conseguinte, utilizando-se do aporte do direito comparado, não procede a pretensão da Alemanha de ter aplicada a imunidade de jurisdição.

Além da legislação comparada, é possível o aporte das decisões proferidas por cortes estrangeiras em situações análogas à presente.

Em 2000, o Judiciário grego enfrentou o Caso *Prefecture of Voiotia vs. Federal Republic of Germany*³³, referente ao já citado

32 “ARTICULO 2º Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: [...] e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio”. Tradução livre: Artigo 2º Os Estados estrangeiros não poderão invocar a imunidade de jurisdição nos seguintes casos: [...] e) quando forem demandados por danos e prejuízos derivados de delitos ou contravenções cometidos no território.

33 *Prefecture of Voiotia vs. Federal Republic of Germany*. Case n. 11/2000. Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000.

massacre perpetrado por oficiais nazistas na vila grega de Distomo durante a Segunda Guerra Mundial.

Décadas depois do massacre, a Prefeitura de Voiotia e os parentes das vítimas recorrem, em 1995, às cortes gregas para pleitear indenizações da Alemanha. Em decisão inédita, o Tribunal de Leivadia deu ganho de causa às vítimas, afirmando que as bárbaries perpetradas pelas tropas alemãs constituíam violações às normas *jus cogens* e que, por isso, deveriam ser punidas.

Na ocasião, destacou que um Estado violador de normas *jus cogens* não poderia invocar imunidade de jurisdição, pois teria tacitamente renunciado a ela. Acrescenta que os atos de um Estado que violem normas *jus cogens* não possuem características de atos de soberania, conseqüentemente, não usufruem do privilégio de imunidade. No entender da Corte Grega, mesmo que tais atos tenham sido perpetrados pelas forças armadas alemãs, não poderiam ser considerados como exercício de soberania estatal e, assim, protegidos pela imunidade de jurisdição, porquanto a circunstância de atentarem contra normas *jus cogens* os descaracterizaria como tal.

Entretanto, o Ministro da Justiça negou cumprimento à decisão que, em 14 de setembro de 2001, foi revertida pelo Tribunal de Recurso de Atenas.

Assim, ante a impossibilidade de execução do julgado pelas Cortes nacionais, os gregos parentes das vítimas dos atos alemães recorreram às cortes italianas, à CorteEDH, no mencionado Caso *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha* e, posteriormente, ingressaram no também citado Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*, submetido à apreciação da CIJ.

Em condições dessa estirpe, sobretudo diante das similitudes fático-jurídicas dos casos, o direito internacional e o direito comparado funcionam como autêntico método de interpretação jurídica e abrem pauta hermenêutica para compreensão do sentido e do alcance das regras de imunidade de jurisdição bem como do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos.

Por fim, mencione-se que o Ministério Público Federal já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema em demandas sob a competência do Superior Tribunal de Justiça. Nos pareceres ofertados no RO 129, da lavra do Subprocurador-Geral da República ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS, e nos ROs 60 e 61, assinados pelo Subprocurador-Geral da República JUAREZ TAVARES, opinou o *Parquet* pelo afastamento da imunidade de jurisdição da Alema-

na³⁴. Também o Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO do STJ manifestou-se nesse sentido nos votos vencidos proferidos nos ROs 60, 61, 74 e 109.

2.3.1. A crítica à decisão da CIJ no Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)*

Há algumas ressalvas quanto à utilização da decisão da CIJ no Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening)* como fundamento para o reconhecimento da imunidade da Alemanha.

Não se pretende com isso negar a eficácia das decisões das cortes internacionais tampouco o valioso subsídio do Direito Internacional, mas apenas esclarecer que se trata de decisão isolada e que as críticas feitas ao julgado podem ser consideradas como óbice para que as conclusões ali alcançadas sejam transplantadas de modo automático para o âmbito interno.

É preciso perquirir a conveniência de se permitir que uma decisão isolada, que parece ir de encontro à tendência internacionalista de prestígio do indivíduo como sujeito de Direito Interna-

34 Em sentido oposto, reconhecendo-se a imunidade de jurisdição, as manifestações ofertadas no ROs 66 e 76, subscritas, respectivamente, pelos Subprocuradores-Gerais da República WASHINGTON BOLÍVAR JÚNIOR e HENRIQUE FAGUNDES FILHO.

cional e de prevalência dos direitos humanos, seja aplicada internamente sem reservas.

Ressalte-se, inicialmente, que a decisão da CIJ no Caso Alemanha vs. Itália não foi unânime. Entre os votos dissidentes está o do Juiz brasileiro CANÇADO TRINDADE, que, ao tratar da imunidade de jurisdição, destacou não existirem regras imutáveis de Direito Internacional e ponderou ser necessária a avaliação de cada situação a partir do direito prevalente à época de seu enfrentamento.

A decisão foi duramente criticada pela doutrina internacional³⁵. Afirma-se que a Corte evitou enfrentar frontalmente o espi-

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

nhoso conflito que envolvia a imunidade estatal e a violação de normas de *jus cogens*, rejeitando a ideia de uma exceção emergente à imunidade estatal.

Segundo a crítica, a CIJ optou por uma postura conservadora e formalista, sem levar em consideração as consequências de sua decisão para os interesses dos indivíduos prejudicados e, sobretudo, ignorando o declínio progressivo da imunidade que se instala com a limitação da soberania estatal e a emergência do indivíduo enquanto sujeito de Direito Internacional³⁶.

Nas razões apresentadas à CIJ, a Itália e a Grécia consideraram que uma norma imperativa automaticamente afastaria qualquer norma de direito costumeiro hierarquicamente inferior que pudesse prejudicar sua aplicação, com base no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. O Caso apresentaria, então, um conflito entre normas *jus cogens*, consubstanciadas nas sérias violações do Direito Internacional Humanitário, e a norma costumeira que conferiria imunidade à Alemanha.

Entretanto, a CIJ, embora reconhecesse que a imunidade estatal não poderia ser invocada em situações de violação de uma norma imperativa do Direito Internacional ou *jus cogens*, asseverou que, no caso, tal conflito seria inexistente. O fundamento

36 BORNKAMM, Christoph. **Ob. cit.**, p. 778.

para a afirmação da ausência do conflito foi o reconhecimento de que as regras acerca da imunidade estatal seriam de caráter procedimental, relacionando-se ao exercício da jurisdição, enquanto as normas de Direito Internacional Humanitário violadas seriam de caráter substantivo.

É nesse sentido que se diz que a CIJ, no suposto exercício de seu inegável papel pacificador, impôs um óbice procedimental para a efetiva proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. Nas palavras de ALMEIDA:

Tal postura parece encontrar fundamento no próprio papel assumido pela Corte, qual seja, como um árbitro neutro de controvérsias exclusivamente interestatais, destacado de valores humanistas que permeiam a ordem internacional. Trata-se evidentemente de uma visão restritiva de sua missão de forma a evitar qualquer interpretação do Direito Internacional que possa colocar em questão sua legitimidade³⁷.

Com efeito, existem obrigações procedimentais derivadas do caráter peremptório das normas de *jus cogens* e essa dimensão procedimental está fundada nas obrigações *erga omnes* de proteção extraídas da norma de *jus cogens* em questão, como, aliás, já admitido pela mesma CIJ nos casos *Bélgica vs. Espanha (Barce-*

37 AMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça. In **Revista Direito GV**. São Paulo, V. 12. n. 2. p. 516-541, maio-ago, 2016, p. 520.

lona Traction Light and Power Company Limited) e Portugal vs. Austrália (*Timor oriental*).

Assim, como toda norma de *jus cogens* impõe obrigações *erga omnes* e vice-versa, no Caso apresentado e nas situações análogas, as obrigações *erga omnes* de proteção consistem na impossibilidade de invocar a imunidade estatal em hipótese de violações de normas imperativas pelo Estado e, em última instância, na necessidade de prover reparações para as vítimas³⁸.

2.3.2. A indenização no caso concreto

Na hipótese de vir a ser provido o recurso extraordinário, é de se considerar que os recorrentes formularam pleito de indenização por danos morais, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em face da República da Alemanha, e posteriormente, aditaram a inicial para ajustar o montante indenizatório dos danos morais em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Reconhecido, em acórdão do Tribunal Marítimo, de 31 de julho de 2001, que o óbito dos pescadores, de quem são sucessores ou herdeiros os recorrentes, foi causado por ataque alemão e

38 TRAPP, Kimberley Natasha; MILLS Alex. **Ob. cit.**, p. 161.

caso acatada pela Suprema Corte a tese do afastamento da imunidade de jurisdição, será inegável o direito à reparação dos danos.

Impende esclarecer que não foi fixada indenização em primeiro grau, porquanto a decisão da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro deteve-se no óbice da imunidade de jurisdição. Assim, ilíquida a indenização, será necessária a remessa do feito ao Tribunal *a quo*, para que, respeitada a premissa jurídica estabelecida, fixe o *quantum* indenizatório.

Nessa hipótese, é de se ressaltar que os aspectos fáticos que envolvem o caso, embora não influam no reconhecimento ou não da responsabilidade civil, uma vez atestado pelo Tribunal Marítimo que as vítimas, civis, foram atacadas em águas brasileiras por submarino alemão, poderão ser sopesados para fins de arbitramento do valor da indenização, sem que, nesse desiderato, repita-se, o Tribunal *a quo* se afaste da premissa da ocorrência do dano declarada pela Suprema Corte nesta via extraordinária.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Por fim, considerados a sistemática da repercussão geral e os efeitos do presente julgamento em relação aos demais casos

que tratem ou venham a tratar do Tema 944, propõe-se a fixação da seguinte tese:

É absoluta a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro por ato de império do qual resulte dano reparável, praticado no exercício do direito de soberania em contexto de guerra, ainda que o ato praticado seja ofensivo ao direito internacional da pessoa humana.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/BIAA