

**OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ CANÇADO TRINDADE JUNTO AO
ACÓRDÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, DE 3 DE
FEVEREIRO DE 2012, NO CASO DAS *IMUNIDADES JURISDICIONAIS
DO ESTADO (ALEMANHA C. ITÁLIA; GRÉCIA (INTERVENIENTE))*:
TRADUÇÃO DO ORIGINAL EM LÍNGUA INGLESA PARA LÍNGUA
PORTUGUESA**

por

CATHERINE MAIA

Professora auxiliar da FDULP,
Investigadora do I2J - Instituto de Investigação Jurídica da
Universidade Lusófona do Porto e da Academia Internacional de
Direito Humanitário e Direitos Humanos de Genebra,
Doutora em Direito

RAFAEL DO PRADO

Doutorando em Direito Internacional na Universidade Complutense de
Madrid em co-tutela com a Universidade de São Paulo (USP),
Bacharel em Ciências Jurídicas pela Fundação Universitária da Região
de Joinville,
Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

Introdução

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), principal órgão judicial da ONU, proferiu uma sentença em 3 de fevereiro de 2012, na qual considerou que a Itália não cumpriu as suas obrigações ao deixar vítimas de crimes nazistas intentar ações judiciais no plano nacional em vista a obtenção de uma indemnização por parte da Alemanha.

No seu acórdão, que é definitivo, sem recurso e obrigatório para os Estados em litígio, a CIJ declarou, por 12 votos contra 3, que “a República Italiana não cumpriu a sua obrigação de respeitar a imunidade reconhecida à República Federal da Alemanha pelo direito internacional, ao permitir que sejam interpostas ações cíveis com base em violações do direito humanitário internacional cometidas pelo Reich Alemão entre 1943 e 1945” (§1.º do dispositivo). Alemanha tinha recorrido à CIJ, em 2008, argumentando que, apesar de já ter pago indemnizações em virtude de tratados internacionais com a Itália, os tribunais italianos tinham recusado, por várias vezes nos últimos anos, ter em conta a imunidade de que goza enquanto Estado soberano.

A CIJ considerou também, por 14 votos contra 1, que “a Republica Italiana não cumpriu a sua obrigação de respeitar a imunidade reconhecida à República Federal de Alemanha pelo direito internacional, ao tomar medidas de execução forçada da Villa Vigoni” (§2.º do dispositivo), bem como “ao declarar executórios no território italiano acórdãos gregos fundados em violações do direito internacional humanitário cometidas na Grécia pelo Reich Alemão” (§3.º do dispositivo), o que aliás tinha motivado a intervenção desse país no processo.

Ademais, novamente por 14 votos contra 1, a CIJ decidiu que “a República italiana terá que promulgar uma legislação adequada ou usar de qualquer outro método de sua escolha, com o objetivo de garantir que as decisões de seus tribunais e as das outras autoridades judiciais que infringem a imunidade reconhecida à Alemanha pelo direito internacional fiquem sem efeito” (§4.º do dispositivo).

O único juiz a ter votado contra os quatro primeiros considerando do dispositivo do presente acórdão da CIJ foi o juiz Cançado Trindade. Tratando-se de um juiz brasileiro que é um dos representantes dos Estados do Grupo da América Latina e do Caribe, cremos que a sua opinião dissidente neste caso também representa, em certa medida, a Lusofonia na mais alta Corte de Justiça do atual sistema internacional. Desde logo – além do inglês e do francês que são as duas línguas oficiais da CIJ – é com o escopo de abrir ao mundo Lusófono os argumentos do juiz brasileiro, assentes numa visão particularmente humanista do direito internacional*, que apresentamos aqui a versão portuguesa da opinião dissidente que o juiz Cançado Trindade juntou ao acórdão da CIJ de 2012 sobre as *Imunidades Jurisdicionais do Estado*.

Sumário

	Parágrafos
I. Prolegômenos	1-6
II. Questão Preliminar: A Dimensão Intertemporal no que Diz Respeito à Imunidade do Estado	7-17
III. Imunidades Estatais e Reivindicações de Reparação de Guerra: Uma Relação Inevitável no Presente Caso	18-23

* Ver em particular: A.A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2011; e, do mesmo autor, *A Visão Humanista do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

IV.	O Reconhecimento pela Alemanha da Responsabilidade do Estado no <i>Cas D'Espèce</i>	24-31
V.	Valores Humanos Fundamentais: Resgatando Alguns Desenvolvimentos Doutriniais Esquecidos	32-40
VI.	O Trabalho Doutrinário Acadêmico de Instituições Científicas de Direito Internacional	41-52
VII.	O Limiar da Gravidade das Violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário	53-62
VIII.	A Questão da Renúncia às Reivindicações em Relação ao Direito de Acesso à Justiça nas Alegações Perante a Corte: Avaliação	63-68
IX.	A Inadmissibilidade da Renúncia Interestatal aos Direitos dos Indivíduos, Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional	69-72
X.	Posições das Partes Quanto ao Direito de Acesso à Justiça	73-79
XI.	Esclarecimentos das Partes Litigantes e da Grécia em Resposta às Perguntas da Corte	80-96
	1. Questões às Partes Litigantes e à Grécia	80
	2. Primeira Rodada de Respostas	81-91
	(a) Respostas da Alemanha e da Itália	82-89
	(b) Resposta da Grécia	90-91
	3. Segunda Rodada de Respostas	92-96
	(a) Comentários da Alemanha	93
	(b) Comentários da Itália	94-96
XII.	A Proibição do Trabalho Forçado ao Tempo da Segunda Guerra Mundial	97-120
	1. A Proibição Normativa	97-101
	2. O Reconhecimento Judicial da Proibição	102-113
	3. A Proibição em Vias de Codificação	114-116
	4. Os Crimes Internacionais e as Proibições de <i>Jus Cogens</i>	117-120
XIII.	Alegações Orais das Partes, e do Estado Interveniente, sobre o <i>Jus Cogens</i> e a Remoção da Imunidade: Avaliação	121-129
XIV.	A Imunidade do Estado contra o Direito de Acesso à Justiça	130-155
	1. A Tensão Existindo na Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos	130-142
	(a) <i>O Caso Al-Adsani (2001)</i>	130-134
	(b) <i>O Caso McElhinney (2001)</i>	135-138

	(c) <i>O Caso Fogarty (2001)</i>	139-140
	(d) <i>O Caso Kalogeropoulou e Outros (2002)</i>	141-142
	2. A Tensão Existindo na Jurisprudência dos Tribunais Nacionais	143-148
	3. A Referida Tensão na Era do Estado de Direito aos Níveis Nacional e Internacional	149-155
XV.	As Alegações das Partes Quanto aos Atos <i>Jure Imperii</i> e aos Atos <i>Jure Gestionis</i>	156-160
XVI.	A Pessoa Humana e as Imunidades Estatais: A Falta de Visão das Perspetivas Interestatais	161-171
XVII.	A Perspetiva Interestatal Distorcida em Face dos Imperativos de Justiça	172-176
XVIII.	A Pessoa Humana e as Imunidades Estatais: A Superação da Perspetiva Estritamente Interestatal	177-183
XIX.	Não às Imunidades Estatais em Casos de <i>Delicta Imperii</i>	184-198
	1. Massacres de Civis em Situações de Desproteção	185-191
	(a) <i>O Massacre de Distomo</i>	185-188
	(b) <i>O Massacre de Civitella</i>	189-191
	2. Deportação e Sujeição ao Trabalho Forçado na Indústria de Guerra	192-198
XX.	A Prevalência do Direito Individual ao Acesso à Justiça: A Invocação pelas Partes Litigantes do Caso <i>Goiburú et al.</i> (Corte IDH, 2006)	199-213
XXI.	O Direito de Acesso à Justiça do Indivíduo: A Evolução da Jurisprudência em Direção ao <i>Jus Cogens</i>	214-220
XXII.	Sair da Ilegalidade: O Direito Individual da Vítima ao Direito (<i>Droit au Droit</i>)	221-226
XXIII.	Para que o Primado da <i>Recta Ratio</i> Nunca Desapareça	227-239
XXIV.	O Direito dos Indivíduos à Reparação Enquanto Vítimas de Graves Violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário	240-281
	1. O Dever do Estado em Proporcionar uma Reparação às Vítimas Individuais	240-257
	2. As Categorias de Vítimas no <i>Cas d'Espèce</i>	258-260
	3. O Contexto Jurídico da Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro” (2000)	261-267
	4. A Avaliação das Alegações das Partes Litigantes	268-281
XXV.	O Imperativo de Proporcionar Reparação às Vítimas Individuais de Graves Violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário	282-287

1. A Realização da Justiça como Forma de Reparação	282-284
2. A Reparação como Reação do Direito às Violações Graves	285-287
XXVI. A Primazia do <i>Jus Cogens</i> : Uma Refutação à sua Desconstrução	288-299
XXVII. Uma Recapitulação: Observações Finais	300-316

I. Prolegômenos

1. Eu lamento não poder acompanhar o voto da maioria desta Corte na decisão adotada hoje, 3 de fevereiro de 2012, no caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))*. Minha opinião dissidente diz respeito à decisão como um todo, englobando a metodologia adotada, a abordagem perseguida, todo o raciocínio no tratamento de questões materiais, bem como as conclusões do Julgamento. Sendo assim, gostaria de deixar registrado o motivo do meu posicionamento dissidente, dada a considerável importância que dou às questões levantadas pela Alemanha e Itália, assim como pela Grécia, no curso do procedimento do *cas d'espèce*, e levando em consideração a resolução do litígio em questão inevitavelmente ligado ao imperativo de realização da justiça, sob o meu ponto de vista.

2. Eu apresento assim com o maior cuidado os argumentos da minha opinião dissidente sobre todas as questões lidas pela Corte no Julgamento, por respeito, e zelo, ao exercício da função judicial internacional, guiado acima de tudo pelo principal objetivo de *realização da justiça*. Para isso, debruçar-me-ei sobre todos os aspetos relativos à disputa trazida perante a Corte que molda o objeto do presente Julgamento, na esperança de contribuir para o esclarecimento das questões levantadas e para o progressivo desenvolvimento do direito internacional, em especial na adjudicação internacional por essa Corte de casos deste tipo com bases em considerações fundamentais de humanidade, sempre quando graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário repousam em suas origens fatuais, tal como no *cas d'espèce*.

3. Preliminarmente, debruçar-me-ei sobre a dimensão intertemporal no exame da imunidade do Estado, passando em seguida para minha linha de pensamento inicial, no que diz respeito, primeiro, à inegável relação (como eu vejo), no presente caso, entre as imunidades estatais e as reivindicações de reparação de guerra, e, em segundo lugar, ao reconhecimento pela Alemanha da responsabilidade do Estado no presente caso. Posteriormente, procurarei resgatar algumas lições doutrinárias, esquecidas em nossos dias,

reconhecendo valores humanos fundamentais, e lembrando alguns trabalhos científicos que podem ser aplicados ao presente caso, de instituições científicas de direito internacional. Em seguida, voltarei ao limiar da gravidade das violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

4. Com isso, serei levado a examinar a questão da renúncia de reivindicações do ponto de vista do acesso à justiça inseridas nas alegações perante a Corte, e conseqüentemente a defender uma posição de inadmissibilidade da renúncia interestatal de direitos dos indivíduos, vítimas de graves violações de direito internacional. Revisarei os argumentos das Partes litigantes no que diz respeito ao direito de acesso à justiça. Atenção será dada aos esclarecimentos das Partes litigantes, Alemanha e Itália, e do Estado interveniente, Grécia, como resposta a uma série de questões colocadas por mim nos debates orais perante a Corte, em 16 de setembro de 2011.

5. Considerarei, em seguida, a proibição do trabalho forçado ao tempo da Segunda Guerra Mundial, e as proibições de *jus cogens* e a negação da imunidade. Isso me levará a focar acerca da tensão, na jurisprudência internacional, entre a imunidade do Estado e o direito de acesso à justiça, bem como a avaliar as alegações das Partes no presente caso sobre os atos *jure imperii* e os atos *jure gestionis*. Posteriormente, exporei minhas reflexões sobre a pessoa humana e as imunidades estatais, destacando a falta de visão daqueles que posicionam-se sob uma perspectiva estritamente interestatal, especialmente face aos imperativos da Justiça, sublinhando a necessidade de superar essa perspectiva distorcida. Isso me levará a sustentar o posicionamento que não há quaisquer imunidades estatais nos casos de *delicta imperii*, prevalecendo, pois, o direito individual ao acesso à justiça, no domínio do *jus cogens*.

6. Na seqüência, debruçar-me-ei sobre a configuração do direito individual da vítima ao direito (*droit au Droit*), confirmando a primazia da *recta ratio*, ainda relevante. Minha linha de argumentação seguinte concentrar-se-á no direito individual de reparação às vítimas de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, e no imperativo de que cabe ao Estado proporcionar reparação a essas vítimas. Isso me levará a defender a primazia do *jus cogens*, refutando assim sua desconstrução. O caminho será então pavimentado, por último mas não menos importante, para a apresentação das minhas observações finais.

II. Questão Preliminar: A Dimensão Intertemporal no que Diz Respeito à Imunidade do Estado

7. O exame da questão da imunidade estatal exorta a abordar uma questão preliminar inelutável, nomeadamente, a dimensão intertemporal em análise. Isso levanta uma questão preliminar para determinar se a imunidade do Estado deve ser considerada no presente caso, entre Alemanha e Itália, como foi entendida, à época do cometimento dos atos para os quais a imunidade foi reivindicada (na década de 1940), ou, tal como está, quando a Corte foi recentemente acometida pela presente disputa.

8. A Alemanha alega, a esse respeito, que, ao tempo em que as forças da Alemanha estiveram presentes na Itália em 1943-1945, “a doutrina da imunidade absoluta era incontestável”¹, e que, mesmo hoje, “a imunidade jurisdicional absoluta a respeito de atos de soberania do governo é ainda a norma costumeira geralmente reconhecida”². A Alemanha ainda alega que o afastamento deste entendimento, ou a criação de novas exceções às imunidades estatais com efeitos retroativos, estaria em contradição com os princípios gerais de direito internacional³.

9. A Itália, em sua defesa, argumenta que os atos *sub judice* no presente caso, bem como os julgamentos italianos de 2004 em diante, têm jurisdição *vis-à-vis* à Alemanha, e aplicaram corretamente o moderno entendimento do princípio da imunidade do Estado⁴. Ainda, reivindica que a imunidade é uma norma processual, e como tal deve ser avaliada com base na lei vigente à época em que a Corte é acionada⁵; adicionalmente, os tribunais têm geralmente aplicado a lei em vigor no “momento da ação judicial e não aquando da ocorrência dos fatos prejudiciais”⁶.

10. Levantar argumentos intertemporais para a aplicação ou não da imunidade do Estado traz duas questões que merecem respostas, nomeadamente: em primeiro lugar, se a imunidade do Estado mudou, ou evoluiu nas últimas décadas; e, em segundo lugar, se a imunidade do Estado deve ser aplicada no presente caso, tal qual como entendida nos dias atuais, ou seja, no momento em que a Corte é acionada para uma disputa. No que diz respeito à primeira questão, é evidente que o direito da imunidade do Estado se desenvolveu e evoluiu;

¹ Memorial da Alemanha, parágrafo 91; e Resposta da Alemanha, parágrafo 37.

² *Compte rendu* (CR) 2011/17, parágrafo 29.

³ Memorial da Alemanha, parágrafo 91; e Resposta da Alemanha, parágrafo 37.

⁴ Contra Memorial da Itália, parágrafos 1.14-1.16; CR 2011/18, pp. 23-24.

⁵ Réplica da Itália, parágrafo 4.2.

⁶ Contra Memorial da Itália, parágrafo 4.47.

não permaneceu estático. Os avanços nos domínios do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional penal contemporâneo, e do direito internacional humanitário, não podem estar dissociados da evolução do direito de imunidade do Estado.

11. Quanto ao segundo questionamento, há boas razões para considerar a imunidade do Estado, no momento em que a Corte é acionada para uma disputa. Afinal de contas, não faz sentido considerar a questão em comento tal como foi entendida ao tempo da Segunda Guerra Mundial em relação a julgamentos italianos proferidos de 2004 em diante, que afastam a imunidade do Estado e não concedem reparações às vítimas individuais. A formação e o desenvolvimento do direito internacional, bem como sua interpretação e aplicação, dificilmente, podem estar dissociados da dimensão intertemporal. A questão do “direito intertemporal” veio à tona em 4 de abril de 1928, no caso *Ilha de Palmas (Holanda c. Estados Unidos)*, quando o árbitro Max Huber ponderou que:

“Sobre a questão de qual dos diferentes sistemas jurídicos em vigor em períodos sucessivos deve ser aplicado em um caso particular (o chamado direito intertemporal), a distinção que deve ser feita é entre a criação dos direitos e a existência dos direitos. O mesmo princípio, que sujeita o ato criativo de um direito com a lei em vigor no momento em que tais direitos surgem, *demande que a existência do direito, em outras palavras sua continuada manifestação, siga as condições requeridas pela evolução da lei*”⁷.

12. Nos tempos modernos resta claramente esclarecido que não há regras de direito internacional “imutável”, como erroneamente foram assumidas no passado. O Instituto de Direito Internacional abordou a questão do “direito intertemporal”, em suas Sessões de Roma (1973) e Wiesbaden (1975). Havia um entendimento geral quanto às proposições básicas de que uma dada situação deve ser apreciada sob a luz das normas jurídicas contemporâneas a ela⁸, e que evoluem no tempo; a consciência desta tensão subjacente foi refletida na cautelosa resolução adotada pelo Instituto em Wiesbaden em 1975⁹.

⁷ *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II: caso *Ilhas de Palmas (Holanda c. Estados Unidos)*, 4 de abril de 1928, p. 845 (itálicos nossos), e cf. pp. 829-871.

⁸ Cf. 55 *Anuário do Instituto de Direito Internacional (AIDI)* (1973), pp. 33, 27, 37, 48, 50 e 86; 56 *AIDI* (1975), p. 536 (parágrafo 1 da Resolução do Instituto). E cf. M. Sorensen, “Le problème dit du droit intertemporel dans l’ordre international – Rapport Provisoire”, 55 *AIDI* (1973), pp. 35-36.

⁹ Cf. 56 *AIDI* (1975), pp. 536-541 (cf., particularmente, o segundo considerando do preâmbulo da resolução).

13. O impacto ou influência da passagem do tempo na formação e evolução das normas de direito internacional não é um fenômeno alheio ao Direito¹⁰. O já ultrapassado conceito positivista-voluntarista do direito internacional nutriu a pretensão de tentar (em vão) estabelecer a independência do direito em relação ao tempo, enquanto concomitantemente privilegiava o método de observação (por exemplo, a prática dos Estados) em sua indevida minimização dos princípios do direito internacional, o que toca aos fundamentos de nossa disciplina.

14. Dentro do universo conceitual desta última, aspetos ligados ao direito intertemporal vieram a ser estudados, por exemplo, levando em consideração a relação entre o conteúdo e a efetividade das normas de direito internacional e as transformações sociais que ocorreram nesses novos tempos. Um *locus classicus* a esse respeito repousa no bem conhecido *obiter dictum* desta Corte, em sua Opinião Consultiva sobre a Namíbia (1971), na qual se afirmou que o sistema de mandatos (territórios sob mandatos)¹¹ não era “estático”, mas “por definição evolutivo”; e adicionou que sua interpretação do problema não poderia deixar de levar em consideração a transformação ocorrida nos cinquenta anos subsequentes, e a significativa evolução do *corpus juris gentium* no tempo. Nas palavras da Corte, “um instrumento internacional tem que ser interpretado e aplicado dentro de uma perspectiva do sistema jurídico vigente como um todo no momento de sua interpretação”¹².

15. A respeito do presente caso no qual a Alemanha se opõe à Itália, o fato é que, mesmo após o Despacho de 6 de julho de 2010¹³, que julgou “inadmissível” o pedido

¹⁰ No trabalho do Instituto acima mencionado, atenção foi dada ao fato do impacto da passagem do tempo no desenvolvimento do direito internacional; cf. 55 *AIDI* (1953), pp. 108 e 114-115 (intervenções por M. Lachs, P. Reuter e S. Rosenne).

¹¹ E, em particular, os conceitos incorporados no Artigo 22 do Pacto da Liga das Nações.

¹² *Consequências Jurídicas para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste da África), não obstante a Resolução n.º 276 (1970) do Conselho de Segurança*, Opinião Consultiva, *Relatórios da CIJ 1971*, pp. 31-32, parágrafo 53.

¹³ Os efeitos deste Despacho da Corte foram interpretados distintamente pelas Partes litigantes. A Alemanha alegou que o *cas d'espèce* não diz respeito às violações do direito internacional humanitário durante a Segunda Guerra Mundial, e à questão das reparações, e que o Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 o confirma (CR 2011/17, p. 18, parágrafo 11); do ponto de vista da Alemanha, a Corte não tem jurisdição para resolver essa questão (CR 2011/20, p. 11, parágrafo 4). A Itália, em contrapartida, argumentou que o referido Despacho da Corte não barra a possibilidade de discutir a questão das reparações nesta fase do procedimento, para que seja levantada a imunidade da Alemanha (CR 2011/118, p. 13, parágrafo 10). Quanto à dimensão intertemporal da presente disputa, a Alemanha, contudo, voltou ao tempo da Segunda Guerra Mundial para reivindicar que ela goza de imunidade perante os tribunais italianos, ou seja, que a questão deve ser examinada de acordo com as normas vigentes entre 1943-1945, já que a imunidade é a contrapartida processual da norma material que possibilita reparações de guerra no âmbito interestatal (CR 2011/17, pp. 35-36, parágrafo 32). A Itália, por sua vez,

reconvencional italiano, e ainda, para meu pesar, tentou dissociar imunidades dos Estados e reivindicações de reparações de guerra, as próprias Partes litigantes, Alemanha e Itália, continuaram a relacionar suas respostas (escritas e orais) sobre a questão da imunidade do Estado ao contexto fatural das reivindicações de reparações de guerra. Isso me parece inevitável, porque não se podem considerar as imunidades estatais no vácuo, ou seja, fora de um contexto fatural (incluindo a origem fatural) no qual elas são invocadas. Os dois institutos seguem em conjunto, conforme claramente demonstrado durante o procedimento. Voltarei a esse tópico ao longo da presente opinião dissidente.

16. Não se justifica, em minha opinião, invocar a origem fatural de uma disputa simplesmente para tentar argumentar que trabalhos forçados na indústria de guerra não eram proibidos no passado (na Segunda Guerra Mundial), ou que o *jus cogens* não existia naquela época, ou que os direitos inerentes ao ser humano ainda não eram reconhecidos, e ao mesmo tempo tentar se esconder por detrás da proteção da imunidade do Estado. Isso não faz qualquer sentido para mim, e leva à impunidade e a uma manifesta injustiça. E isso vai contra o direito internacional. Não é aceitável nos dias atuais, como também não era aceitável no passado. Isso vai contra a *recta ratio*, que tem como fundamento o direito das gentes, tanto hoje como no passado.

17. Não se pode levar em consideração o direito intertemporal que favoreça apenas um dos interesses, aceitando que a passagem do tempo e a evolução do Direito sejam aplicadas em relação a certos fatos, mas não a outros, de uma mesma situação continuada. Talvez, hoje, haja maiores preocupações acerca da inter-relação entre imunidades estatais e reivindicações de reparações de guerra, e isso é tranquilizador. Não se pode simplesmente descartar referida inter-relação sem prover fundamentos para tal posicionamento dogmático. Não se pode se esconder por detrás de dogmas estáticos para escapar das consequências legais de perpetuações de atrocidades cometidas no passado. A evolução do Direito deve ser levada em consideração, em uma luta interminável para pôr fim às atrocidades e fazer com que elas não voltem a ocorrer em qualquer lugar do mundo.

argumentou que as regras relativas à imunidade estatal, enquanto normas processuais, devem ser aplicadas pelos tribunais, tal como existem no momento da reivindicação e não tal como existiam no tempo da alegada violação do direito internacional, e ela afirma que tal posição é suportada pelo Artigo 4 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de Seus Bens de 2004 (CR 2011/18, pp. 23-24, parágrafos 15-18).

III. Imunidades Estatais e Reivindicações de Reparação de Guerra:

Uma Relação Inevitável no Presente Caso

18. Não se deve passar despercebido que, *após* o Despacho de 6 de julho de 2010 sumariamente rejeitando o pedido reconvenicional italiano, referências aos fatos subjacentes envolvendo a disputa entre as Partes, e em conformidade com suas origens históricas, continuaram a ser feitas pelas Partes litigantes (Alemanha e Itália). E é de fato surpreendente que, mesmo após o Despacho de 6 de julho de 2010, ambas as Partes – e, em especial, a Alemanha – continuaram a fazer referências a questões históricas e fatuais envolvendo o presente caso. No que se refere mais especificamente às questões das reparações, a Alemanha dedicou parte de suas alegações escritas e orais a este tópico.

19. Na realidade, após o Despacho de 6 de julho de 2010, que diz respeito ao pedido reconvenicional italiano, a Alemanha submeteu uma resposta (datada de 5 de agosto de 2010) na qual dedica a seção III, parágrafos 12-34, à “Reparação Concernente a Itália e Cidadãos Italianos”¹⁴. Quanto aos argumentos da Alemanha sobre a questão da reparação e o contexto fatural do presente caso, no parágrafo 13 de sua Resposta, por exemplo, ela reivindica que a Itália esteve envolvida no esquema de reparações pós-guerra e recebeu um montante compensatório considerável por parte da Alemanha. No parágrafo 34 da sua Resposta, a Alemanha sustenta ainda que, por meio de diversos mecanismos de reparação, em particular por meio de reparações coletivas, ela cumpriu com todas as suas obrigações em fornecer reparações de maneira totalmente satisfatória.

20. O mesmo é verdade quanto aos argumentos das Partes durante as audiências orais¹⁵. Uma declaração do advogado da Itália ilustra o quanto dito:

“Não é surpreendente escutar a advogada da Alemanha afirmar novamente neste estágio que a questão da reparação ‘não faz parte do presente processo’, enquanto a maior parte das discussões e observações que a vossa Corte tem ouvido durante esta semana de alegações tem sido e continua a ser focada neste tema, e que cada um dos advogados da Parte contrária tem, em particular, feito todos os esforços para demonstrar que nenhuma violação das obrigações em comento nunca foi cometida?”¹⁶.

21. Ao passo que a Alemanha declara que no caso não se trata “da [Segunda Guerra Mundial], das violações ao direito internacional humanitário cometidas durante a guerra e da

¹⁴ Resposta da Alemanha, parágrafos 12-34.

¹⁵ Cf., exemplo, CR 2011/20, p. 11; CR 2011/21, p. 14.

¹⁶ CR 2011/21, p. 14.

questão das reparações”¹⁷, durante as suas segundas audiências orais, a advogada da Alemanha declarou que ela pretendia “dissipar qualquer impressão errônea que possa ter sido criada pelos nossos amigos italianos e gregos de que as vítimas dos crimes de guerra da Alemanha foram deliberadamente deixadas sem qualquer tipo de compensação”¹⁸. Na sequência, ela passou a descrever o mecanismo de reparação que foi posto em prática após a Segunda Guerra Mundial, declarando que:

“- No começo da década de 1960 a República Federal da Alemanha pagou DM115 milhões à Grécia para as vítimas de perseguição racial e religiosa. A Alemanha igualmente celebrou dois tratados com a Itália, referidos em nossos Memoriais, pelos quais um montante de DM80 milhões foi pago à Itália.

- Com dificuldade, 3.400 civis italianos foram indemnizados por seu trabalho forçado pela Fundação ‘Lembrança, Responsabilidade, Futuro’. O montante total de fundos concedidos a indivíduos italianos por esta Fundação foi perto de €2 milhões.

- Além disso, com dificuldade, 1.000 militares italianos internados foram compensados pelo trabalho forçado nos termos do regime da Fundação.

- Adicionalmente, diversos indivíduos italianos e gregos receberam pagamentos da Alemanha, nos termos da legislação de indemnização pós-guerra”¹⁹.

22. A questão é abordada novamente nas alegações da advogada da Alemanha, não obstante a alegação da Itália de que a Alemanha falhou em prover reparação coletiva, e “exigiu uma explicação completa do sistema de reparação tal como foi concebida pelos Estados”²⁰. O argumento prossegue de modo a explicar as bases do sistema de reparação “concebido pela comunidade dos Estados tendo declarado a guerra à Alemanha (...) [que] foi previsto em Postdam, alguns meses depois da rendição da Alemanha”²¹. Assim, a advogada da Alemanha apresentou “o contexto político, histórico e jurídico da cláusula de renúncia que não deve ser vista como uma espécie de acidente, uma disposição descarrilhada que não se encaixa no sistema de responsabilidade internacional”²².

23. Para concluir esse ponto, não se pode fazer abstração dos contextos fatural e histórico que originaram o presente caso. As imunidades estatais não podem ser consideradas no vácuo, elas constituem um assunto que está inevitavelmente relacionado aos fatos que

¹⁷ CR 2011/17, p. 18.

¹⁸ CR 2011/20, pp. 11-12.

¹⁹ CR 2011/20, pp. 11-13.

²⁰ *Ibid.*, pp. 25-26.

²¹ *Ibid.*, pp. 25-26.

²² *Ibid.*, p. 27.

deram origem ao litígio. E é exatamente isso que eu mantive em minha opinião dissidente no Despacho de 6 de julho de 2010, segundo o qual a Corte decidiu, contudo, negar o pedido reconvenicional italiano, para meu pesar. Pouco depois do Despacho, as Partes litigantes (Alemanha e Itália) continuaram a arguir, em suas alegações (escritas e orais), a questão das imunidades estatais no contexto fatural das reivindicações de reparações de guerra. Não poderia ter sido de outra forma, afinal tanto um quanto o outro estão inevitavelmente inter-relacionados.

IV. O Reconhecimento pela Alemanha da Responsabilidade do Estado no *Cas D'Espèce*

24. Tendo estabelecido uma inevitável interconectividade entre as reivindicações de imunidades estatais e as reparações de guerra no *cas d'espèce (supra)*, sigo agora ao próximo ponto, isto é, o reconhecimento pela Alemanha da responsabilidade do Estado pelos atos ilegais originados dos fatos do presente caso. Isso vem a revelar a singularidade do presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, um caso muito raro de *contentieux* interestatal perante a Corte de Haia, e um caso sem precedentes em que o Estado reclamante reconhece sua própria responsabilidade pelos atos danosos cometidos, que formam o contexto fatural do presente caso.

25. Ao longo dos procedimentos perante esta Corte no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, tanto na fase escrita quanto na oral, a Alemanha tomou a louvável iniciativa de repetidamente reconhecer sua responsabilidade pelos atos ilegais cometidos no contexto fatural do *cas d'espèce*, isto é, pelos crimes cometidos pelo Terceiro Reich durante a Segunda Guerra Mundial²³. Além disso, nas alegações escritas, em seu Memorial, a Alemanha declarou que

“o contexto histórico da disputa não pode ser totalmente compreendido sem ao menos uma breve descrição da conduta ilegal das forças do Reich alemão, por um lado, e os passos empreendidos pela Alemanha no pós-guerra, no âmbito interestadual, para dar efeito à responsabilidade internacional da Alemanha advinda daquela conduta, por outro lado. (...)”

A Alemanha democrática, emergida após o final da ditadura nazista, tem constantemente expressado seus profundos arrependimentos sobre as escandalosas

²³ Cf., por exemplo, Memorial da Alemanha, parágrafos 7, 15, 59, 94; Resposta da Alemanha, parágrafo 2; CR 2011/17, p. 15, parágrafo 5; pp. 18-19, parágrafo 12; p. 31, parágrafo 20; p. 48, parágrafo 41; CR 2011/20, parágrafo 1.

violações do direito internacional humanitário perpetradas pelas forças alemãs durante o período de 8/9 de setembro de 1943 até a liberação da Itália”²⁴.

26. A Alemanha então se referiu aos seus próprios “gestos simbólicos”, em diversas ocasiões, para honrar a memória dos cidadãos italianos que se tornaram “vítimas de estratégias bárbaras em uma guerra agressiva”. Acrescentou que estava “disposta a fazê-los no futuro” novamente. A Alemanha relembrou, em particular, a cerimônia de 2008 celebrada no memorial “La Risiera di San Sabba” perto de Trieste (que foi usado como campo de concentração durante a ocupação alemã na Segunda Guerra Mundial), na qual a Alemanha reconheceu plenamente “o sofrimento impronunciável infligido em homens e mulheres italianos, principalmente durante os massacres, e nos antigos militares italianos internados”²⁵.

27. Uma das conclusões da reunião organizada entre as autoridades alemãs e italianas durante a cerimônia no memorial perto de Trieste (em 18 de novembro de 2008) foi a decisão de criar uma comissão conjunta de historiadores alemães e italianos

“com a missão de retomar a história em comum de ambos os países durante o período quando ambos eram governados por regimes totalitários, dando especial atenção àqueles que sofreram em decorrência de crimes de guerra, incluindo aqueles soldados italianos que as autoridades do Terceiro Reich abusivamente utilizaram como trabalhadores forçados (‘militares internados’). De fato, a primeira conferência da comissão conjunta, que abrangeu cinco eminentes especialistas de cada lado, foi realizada em 28 de março de 2009 na Villa Vigoni, o renomado centro para encontros culturais entre alemães e italianos”²⁶.

28. A Alemanha acrescentou que “não se põe em causa a afirmação de que, de fato, violações muito graves, até mesmo crimes, foram cometidos pelas forças que ocuparam a Itália”²⁷. Acrescentou também que “as ações ilegais das forças armadas do Terceiro Reich ocorreram entre 1943 e 1945. Desde aquele tempo, nenhum elemento prejudicial foi acrescentado ao dano originalmente causado”²⁸. Em sua Resposta, a Alemanha novamente se referiu aos “horrorosos eventos da II Guerra Mundial, quando as forças de ocupação alemãs

²⁴ Memorial da Alemanha, parágrafos 7 e 15.

²⁵ *Ibid.*, parágrafo 15.

²⁶ Memorial da Alemanha, parágrafo 15.

²⁷ *Ibid.*, parágrafo 59.

²⁸ *Ibid.*, parágrafo 94.

perpetraram, de fato, sérias violações às leis de guerra”²⁹ (procurando, no entanto, os separar da questão da imunidade do Estado submetida à jurisdição da Corte).

29. Igualmente, no curso das audiências orais, na sessão pública de 12 de setembro de 2011 perante a Corte, o advogado da Alemanha alegou que:

“A Alemanha democrática que emergiu após o final da ditadura nazista manifestou repetidamente seus mais profundos arrependimentos acerca das escandalosas violações do direito internacional humanitário perpetradas pelas forças alemãs e reconhece plenamente o sofrimento infligido ao povo italiano durante o período de setembro de 1943 até a liberação da Itália em maio de 1945. Neste contexto, o Governo alemão tem, em cooperação com o Governo italiano, feito diversos gestos para aliviar as vítimas e seus familiares. (...)

A maioria desses crimes horríveis foi cometida pelos alemães durante a II Guerra Mundial. A Alemanha tem plena consciência de sua responsabilidade nesse aspecto. Aqueles crimes foram únicos, assim como os instrumentos e mecanismos de compensação e reparação – financeiramente, politicamente e por qualquer outro meio – criados e implementados pela Alemanha desde o final da guerra. Não podemos desfazer a história. Se as vítimas ou descendentes das vítimas sentirem que esses mecanismos não foram suficientes, nós lamentamos”³⁰.

30. Pouco depois, na sessão pública de 15 de novembro de 2011 perante a Corte, o advogado da Alemanha reiterou que:

“Nós estamos bem cientes de que a complexidade jurídica no presente caso relativo às imunidades do Estado não permitirá apreender a dimensão humana dos terríveis acontecimentos que tiveram lugar durante a guerra, eventos para os quais a Alemanha aceitou integralmente sua responsabilidade. Gostaria de aproveitar esta oportunidade para enfatizar nosso sincero respeito às vítimas, e não apenas aquelas presentes nesta sala de julgamento”³¹.

A Alemanha adicionalmente reconheceu sua responsabilidade pelo massacre em Distomo, na Grécia, ocorrido em 10 de junho de 1944 (cf. parágrafo 188 *infra*).

31. O massacre de Distomo não foi uma atrocidade isolada; houve outros massacres na parte ocupada da Grécia naquele tempo, em um padrão de opressão sistemática e de extrema

²⁹ Resposta da Alemanha, parágrafo 2.

³⁰ CR 2011/17, pp. 15 e 18, parágrafos 5 e 12; e cf. p. 31, parágrafo 20, para outra referência às “graves violações do direito perpetradas pelas autoridades do Terceiro Reich alemão”.

³¹ CR 2011/20, p. 10, parágrafo 1.

violência³². As declarações citadas acima perante esta Corte, de reconhecimento da responsabilidade do Estado por parte da Alemanha, louváveis como são, mostram-nos novamente a impossibilidade de fazer abstração do contexto fático do presente caso, as alegações da imunidade do Estado sendo inevitavelmente relacionadas às reivindicações de reparação de guerra.

V. Valores Humanos Fundamentais: Resgatando Alguns Desenvolvimentos Doutrinários Esquecidos

32. Já que a doutrina jurídica (isto é, “a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações”) está listada entre as “fontes” formais do direito internacional, juntamente com as “decisões judiciais”, no Artigo 38 (1.º) (d) do Estatuto da CIJ, considerações sobre a questão fundamental levantada no presente caso sobre as *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))* não podem, portanto, prescindir ou se esgotar apenas no exame da jurisprudência (seja internacional ou doméstica), quanto ao problema processual da imunidade do Estado. Atenção deve ser igualmente direcionada ao pensamento jurídico internacional mais lúcido, com base nos valores humanos em exame. Assim, volto minha atenção a algumas doutrinas que considero particularmente relevantes para a consideração do *cas d’espèce*.

33. Eu não tenho a intenção de ser exaustivo, mas sim seletivo, ao destacar algumas ponderações que não devem ser esquecidas em nosso tempo, especialmente por profissionais ativos (senão sobrecarregados) do direito, que parecem alheios às lições do passado, em sua persistente obsessão de privilegiar estratégias de litígio sobre o debate dos valores fundamentais humanos. Chamo a atenção ao aparente esquecimento dos pensamentos de três ilustres juristas, pertencendo à mesma geração que testemunhou e sobreviveu a duas grandes guerras, que se dedicaram ao direito internacional em uma época de angústia do período entre guerras e dos horrores da Segunda Guerra Mundial: Albert de La Pradelle (1871-1955), antigo membro do Comitê Consultivo de Juristas que em 1920 elaborou o Estatuto da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), subsequentemente transformado, com pequenas alterações, no Estatuto da CIJ; Max Huber (1874-1960), antigo juiz da CPJI³³; e Alejandro Álvarez (1868-1960), antigo juiz da CIJ.

³² Para um dos poucos relatos históricos gerais disponíveis, cf. M. Mazower, *Inside Hitler’s Greece: The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2001, pp. 155-261.

³³ E seu antigo presidente no período 1925-1927.

34. Ao mesmo tempo em que nasceu o Nazismo na Alemanha, o humanismo estava sendo cultivado em outro lugar, e não tão distante, no âmbito do pensamento jurídico internacional. Em uma série de palestras iluminadas, realizadas em Paris, entre novembro de 1932 e maio de 1933, Albert de La Pradelle ponderou que o *droit des gens* transcende as relações interestatais, de modo que passa a regular a proteção dos seres humanos: é o verdadeiro “direito da comunidade humana”. O *droit des gens* procura garantir o respeito pelos direitos da pessoa humana, garantir a observância pelos Estados de seus deveres *vis-à-vis* aos seres humanos sob suas respectivas jurisdições. O direito internacional – ele adicionou – foi construído a partir dos seres humanos, e existe por e para eles³⁴.

35. Sob o *droit des gens*, os Estados devem permitir que os seres humanos que o integram sejam donos de seu próprio destino. Está-se assim diante de um verdadeiro “*droit de l’humanité*”, em um panorama no qual os princípios gerais do direito – aqueles do direito internacional, emanados do direito natural³⁵ – têm um importante papel. A concepção estritamente interestatal é perigosa, ele avisou; em suas próprias palavras:

“É extremamente grave e perigoso que o direito internacional se forme sob a concepção de direitos e deveres recíprocos de diferentes Estados. (...). É essencial afastar-se deste processo de definição. (...). Ele representa um perigo imediato, levando os Estados a focar unicamente, no que diz respeito à organização e ao desenvolvimento do direito internacional, em suas liberdades particulares agrupadas sob uma nova expressão, a da *soberania*”³⁶.

Atenção, em seu ponto de vista, deve ser voltada aos princípios gerais, emanados da *consciência jurídica*, e à “evolução da humanidade”, respeitosa dos direitos da pessoa humana³⁷.

36. Por sua vez, Max Huber, em um livro escrito em seus anos de maturidade e publicado quase no final de sua vida, chamou atenção para a relevância de “valores superiores”, acima dos “interesses dos Estados”, no âmbito do *jus gentium* como um direito da humanidade (*droit de l’humanité*)³⁸. Olhando para trás (estava a escrever em 1954), ele ponderou que:

³⁴ A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, novembro 1932-maio 1933, pp. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 e 356.

³⁵ *Ibid.*, pp. 230, 257, 364 e 413.

³⁶ *Ibid.*, pp. 33-34.

³⁷ *Ibid.*, pp. 261 e 412.

³⁸ M. Huber, *La pensée et l’action de la Croix-Rouge*, Genebra, CICV, 1954, pp. 26, 247, 270 e 293.

“Se se comparar a época atual com a de 1914, é claramente visível que houve um enfraquecimento do senso do direito, uma redução no respeito indistinto para os limites que ele impõe; isso é certamente uma consequência do estrago sustentado dentro das estruturas jurídicas dos Estados. (...). Desvalorização da pessoa humana e da vida e deterioração generalizada da consciência jurídica. Tudo isso explica o porquê uma parte significativa da humanidade aceitou, sem qualquer aparente reação forte, uma degradação grave das leis de guerra”³⁹.

37. O *jus gentium* contemplado e defendido por M. Huber, à luz do pensamento do direito natural, destina-se a proteger a pessoa humana. O direito internacional humanitário contemporâneo (consubienciado, por exemplo, nas quatro Convenções de Genebra) – ele adicionou – pretendia proteger a pessoa humana enquanto tal, independentemente de sua nacionalidade; estava centrado nos seres humanos. Ele adiante recordou o ideal último cultivado por alguns filósofos jurídicos internacionais da *civitas maxima gentium*⁴⁰.

38. Por sua vez, Alejandro Álvarez, em um livro publicado (originalmente em Paris) um ano antes de sua morte, intitulado *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), visualizou igualmente os fundamentos do direito internacional – subsequente ao “cataclismo social” da Segunda Guerra Mundial – a partir de seus princípios gerais⁴¹, emanados da “consciência jurídica internacional”⁴², de onde derivou também – ele acrescentou – preceitos como aqueles pertencentes aos crimes contra a humanidade⁴³. Para ele, aqueles princípios gerais do direito internacional emanaram da consciência jurídica, e deveriam ser reafirmados nos novos tempos⁴⁴.

39. Eles eram dotados de grande importância, como exemplificado historicamente pelas duas Conferências de Paz de Haia (1899 e 1907)⁴⁵. A. Álvarez observou adiante que, como resultado do “dinamismo” da evolução do direito internacional,

“é, por vezes, difícil fazer a distinção tradicional entre ‘*lex lata*’ e ‘*lex ferenda*’. Ao lado de um direito internacional já formado, há sempre um direito internacional em processo de formação”⁴⁶.

³⁹ *Ibid.*, pp. 291-292.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 247, 270, 286 e 304.

⁴¹ A. Álvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1962 [reedit.], pp. 156, 163 e 292.

⁴² *Ibid.*, pp. 49, 57, 77, 155-156 e 292.

⁴³ *Ibid.*, pp. 156 e 304.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 163 e 304.

⁴⁵ Cf. *ibid.*, pp. 156 e 357.

40. Essa breve pesquisa dos desenvolvimentos doutrinários, centrada nos valores humanos fundamentais, revela que alguns dos mais ilustres juristas da geração que testemunhou os horrores das duas Guerras Mundiais no século XX não pretendiam uma abordagem voltada exclusivamente para o Estado em nossa disciplina. Pelo contrário, eles propuseram uma nova abordagem, focada na pessoa humana. Houve, em meu entendimento, fidelidade às origens históricas do *droit des gens*, tal como deveria acontecer nos dias atuais. Mesmo um domínio tão fortemente marcado por uma abordagem voltada exclusivamente para o Estado – que não ajudou em nada em evitar os horrores das Guerras Mundiais – tal como as imunidades do Estado, deve, hoje, ser reavaliado à luz dos *valores humanos fundamentais*. As imunidades estatais são, no final das contas, uma prerrogativa ou um privilégio, e elas não podem continuar a fazer abstração da evolução do direito internacional que está ocorrendo nos dias de hoje, finalmente, à luz dos valores humanos fundamentais.

VI. O Trabalho Doutrinário Acadêmico de Instituições Científicas de Direito Internacional

41. O estudo de instituições científicas no domínio do direito internacional pode ser invocado neste caso. O assunto da imunidade jurisdicional do Estado, central no *cas d'espèce*, tem atraído a atenção de gerações sucessivas de juristas, bem como de instituições científicas, tais como o Instituto de Direito Internacional (IDI) e a Associação de Direito Internacional (ADI). O Instituto de Direito Internacional, desde os seus primórdios ao final do século XIX até o presente, tem-se ocupado desse tema. Já na Sessão de Hamburgo de 1891, o *Projeto de Regulamentação Internacional relativa à Competência dos Tribunais nos Casos contra Estados Soberanos ou Chefes de Estados Estrangeiros* (Comitê de elaboração e L. von Bar, J. Westlake e A. Hartmann) declarava, no Artigo 4.º (6.º), que:

“As únicas ações admissíveis contra um Estado estrangeiro são:

(...)

- ações por danos decorrentes de um delito ou quase-delito cometido no território”.

42. Mais de meio século mais tarde, em suas conclusões sobre a *Imunidade de Jurisdição e de Execução Forçada de Estados Estrangeiros* (Sessão de Aix-en-Provence, 1954 – relator, E. Lémonon) mantinha no Artigo 3.º, que:

⁴⁶ “Es a menudo difícil hacer en este derecho la distinción tradicional entre la ‘*lex lata*’ e la ‘*lex ferenda*’. Al lado de un derecho internacional formado, hay siempre un derecho internacional en formación” (*ibid.*, p. 292) [tradução minha].

“Os tribunais de um Estado podem mover ações contra um Estado estrangeiro e contra as pessoas jurídicas referidas no Artigo 1.º quando o litígio se relacionar com um ato que não seja um ato de autoridade pública.

A questão de saber se um ato é ou não de autoridade pública é determinada pela *lex fori*”.

43. Em 1991, em sua Sessão em Basileia, as suas conclusões sobre os *Problemas Contemporâneos Respeitantes à Imunidade dos Estados em Relação às Questões de Competência e Execução* (relator, I. Brownlie) declaravam (quanto ao critério indicando a competência dos tribunais do Estado do foro em relação à imunidade jurisdicional), no Artigo 2.º (2.º) (e), que:

“Na ausência de acordo em contrário, os seguintes critérios são indicativos da competência dos órgãos do Estado do foro para conhecer do mérito da demanda, não obstante uma reivindicação da imunidade de jurisdição formulada por um Estado estrangeiro:

(...)

- Os órgãos do Estado do foro são competentes no que diz respeito a ações relacionadas à morte, ou danos corporais de pessoas, ou perda ou dano à propriedade, resultante de atividades de um Estado estrangeiro, ou seus agentes dentro da jurisdição interna do Estado do foro”.

44. Uma década após, na Sessão de Vancouver de 2001, a resolução do IDI sobre as *Imunidades de Jurisdição e de Execução do Chefe de Estado e de Governo em Direito Internacional* (relator, J. Verhoeven) declarou, no Artigo 3.º, que:

“Em assuntos de natureza civil e administrativa, o Chefe de Estado não goza de qualquer imunidade de jurisdição perante os tribunais de um Estado estrangeiro, a não ser que a demanda esteja relacionada a atos realizados no exercício de suas funções oficiais. Mesmo em tal caso, o Chefe de Estado não goza de qualquer imunidade em relação a um pedido reconvenicional. No entanto, nada será feito por meio de um processo judicial em relação ao Chefe de Estado, enquanto ele ou ela estiver no território desse Estado, no exercício de suas funções oficiais”.

45. Quatro anos mais tarde, na Sessão de Cracóvia de 2005, o IDI, em suas conclusões sobre a *Jurisdição Penal Universal a Respeito do Crime de Genocídio, Crimes Contra a Humanidade e Crimes de Guerra* (relator, C. Tomuschat), foi da opinião (Artigo 3.º (a)) que:

“Salvo acordo lícito em contrário, o exercício da jurisdição universal deve obedecer às seguintes disposições:

- A jurisdição universal pode ser exercida em casos de crimes internacionais identificados pelo direito internacional sob essa mesma jurisdição em matérias como genocídio, crimes contra a humanidade, graves violações da Convenção de Genebra de 1949 sobre a proteção de vítimas de guerra ou outras graves violações de direito internacional humanitário cometidas em conflitos armados internacionais ou não-internacionais”.

46. Por último, em sua resolução sobre a *Imunidade de Jurisdição do Estado e das Pessoas que Atuam em Nome do Estado no Caso de Crimes Internacionais* (relator, Lady Fox), adotado na Sessão de Nápoles de 2008, o Instituto foi do entendimento (Artigo II (2.º) e (3.º)) que:

“- Em conformidade com os tratados e o direito internacional costumeiro, os Estados têm obrigação de prevenir e punir os crimes internacionais. As imunidades não devem constituir um obstáculo à apropriada reparação a que têm direito as vítimas dos crimes abrangidos por esta Resolução.

- Os Estados devem considerar renunciar à imunidade de seus agentes quando eles são suspeitos ou acusados de terem cometido crimes internacionais”.

47. Além disso, essa mesma resolução de Nápoles de 2009 do IDI significativamente adicionou (Artigo III (1.º) e (3.º) (a) e (b)) que:

“- Fora da imunidade pessoal de que um indivíduo beneficia de acordo com o direito internacional, nenhuma imunidade é aplicável no caso de crimes internacionais (...)

- As disposições acima não prejudicam:

- a responsabilidade sob o direito internacional de quaisquer pessoas referidas nos parágrafos anteriores;

- a atribuição a um Estado de atos dessas pessoas, que constituem um crime internacional”⁴⁷.

O Artigo IV da mesma resolução acrescenta que as disposições acima “não prejudicam a questão de saber se e quando o Estado goza de imunidade de jurisdição perante tribunais nacionais de outro Estado em procedimentos civis relacionados a um crime internacional cometido por um agente de outro Estado”.

48. Resta claro com o que foi dito acima, que a abordagem do IDI em relação às imunidades estatais evoluiu ao longo do tempo, não sendo, portanto, nem estática, nem

⁴⁷ Ademais, o Artigo V declarava que: “As disposições acima não prejudicam a questão se e quando o Estado goza de imunidade de jurisdição perante tribunais nacionais de outro Estado em procedimentos civis relacionados com um crime internacional cometido por um agente de outro Estado”.

imutável, mas tendo limitações ou exceções (Sessão de Hamburgo de 1891, de Aix-en-Provence de 1954, e de Basileia de 1991). O mesmo pode ser dito das imunidades dos Chefes de Estado (Sessão de Vancouver de 2001). Mais recentemente (Sessão da Cracóvia de 2005), o IDI confirmou a jurisdição universal sobre crimes internacionais (graves violações de direitos humanos e direito internacional humanitário). E, em seu mais recente trabalho sobre o assunto (Sessão de Nápoles de 2009), o IDI se posicionou no sentido de que nenhuma imunidade estatal se aplica em relação aos crimes internacionais (Artigo III (1.º)); a resolução foi adotada por 43 votos a zero, com 14 abstenções.

49. Nos debates desta *confrérie*, que precederam a adoção da já mencionada resolução de Nápoles de 2009, os seguintes pontos de vistas foram, *inter alia*, expressados: (a) crimes planejados ou perpetrados pelo Estado, que envolvem a responsabilidade desse último, eliminam qualquer obstáculo à jurisdição, em níveis nacional e internacional, a fim de evitar a imunidade (intervenções de A.A. Cançado Trindade); (b) imunidade do Estado à jurisdição não pode ser entendida como imunidade à criminalidade (intervenções de G. Abi-Saab); (c) ênfase tem de ser dada à necessidade de evitar deixar as vítimas sem qualquer amparo (intervenção de G. Burdeau); (d) há necessidade de adotar uma abordagem progressiva (intervenção de R. Lee)⁴⁸.

50. Outra instituição científica já mencionada, a Associação de Direito Internacional (ADI), debruçou-se também acerca do assunto. Em seu relatório final sobre *O Exercício da Jurisdição Universal em Matéria de Graves Violações dos Direitos Humanos* (Conferência de Londres de 2000), o Comitê da ADI sobre Direito e Prática Internacionais empregou a expressão “graves infrações dos direitos humanos” para designar “graves infrações ao direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos que são qualificadas como crimes sob o direito internacional e cuja gravidade é tal que merecem atenção especial, *inter alia*, por meio de sua sujeição à jurisdição universal” (p. 3). Uma das “conclusões e recomendações” (n.º 4) alcançada pelo Comitê da ADI foi que:

“Nenhuma imunidade no que diz respeito às graves infrações dos direitos humanos sujeitas à jurisdição universal deve ser aplicada mesmo se fundada em crimes perpetrados por desempenho de funções oficiais” (p. 21).

51. Uma década depois, em seu relatório sobre *Reparações às Vítimas de Conflitos Armados* (Conferência de Haia da ADI de 2010), o Comitê da ADI sobre Reparções às Vítimas de Conflitos Armados (questões materiais) observou, no comentário do Artigo 6.º de

⁴⁸ Cf. 73 *Anuário do Instituto de Direito Internacional* – Sessão de Nápoles (2009), pp. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 e 225.

sua preliminar Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Reparação às Vítimas de Conflitos Armados (questões materiais), que o dever de efetuar reparações tem “sua raízes em princípios gerais de responsabilidade do Estado” (conforme expressado pela CPJI no caso da *Fábrica de Chorzów*, 1928), no Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907 e no Artigo 91 do Protocolo Adicional I de 1977 às quatro Convenções de Genebra de 1949 (p. 311). E o Comitê da ADI acresceu que:

“Enquanto reivindicações individuais eram tradicionalmente rejeitadas, a visão dominante da doutrina tem passado cada vez mais a reconhecer o direito individual à reparação – não apenas sob o direito internacional dos direitos humanos, mas também sob o direito internacional humanitário. A mesma mudança é perceptível na prática dos Estados”⁴⁹ (p. 312).

52. Em suma e em conclusão, a doutrina jurídica internacional contemporânea, incluindo o trabalho de instituições científicas de direito internacional, gradualmente soluciona a tensão entre a imunidade do Estado e o direito de acesso à justiça em favor deste último, particularmente em casos de crimes internacionais. Expressa sua preocupação com a necessidade de cumprir os imperativos de justiça e evitar a impunidade em casos de perpetuação de crimes internacionais, buscando assim garantir sua não repetição no futuro. É atualmente de conhecimento geral que as políticas criminais dos Estados e a subsequente perpetuação de atrocidades estatais não podem ser acobertadas pelo escudo da imunidade do Estado.

VII. O Limiar da Gravidade das Violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário

53. Isso me leva ao exame de um aspeto relacionado, que até agora não foi suficientemente explorado na doutrina, nomeadamente, o limiar da *gravidade* das violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, removendo qualquer barreira à jurisdição, na busca de reparação para os indivíduos vitimados. A esse respeito, tem havido esforços, no âmbito teórico, para demonstrar a viabilidade da determinação da responsabilidade penal internacional não somente dos indivíduos, mas igualmente dos Estados; foi sugerido que o reconhecimento da responsabilidade do Estado por crimes

⁴⁹ E cf. pp. 313-320, quanto às mudanças que ocorreram nos anos recentes, apontando em direção do reconhecimento do direito individual à reparação (cf. *infra*, neste ponto particular).

internacionais está emergindo no direito internacional geral⁵⁰. Escusado será dizer que as práticas criminosas dos Estados têm consequências para a determinação das reparações às vítimas individuais, todas e cada uma delas, – ainda mais do ponto de vista da doutrina contemporânea – que eu defendo – de um direito internacional *para* a pessoa humana, *para* a humanidade⁵¹.

54. Nessa linha de argumentação, é importante nos debruçarmos sobre a necessidade de configurar o limiar da *gravidade* das violações de direitos humanos, com as inevitáveis consequências legais que isso implica em termos de remoção de barreiras à competência jurisdicional e à questão das reparações às vítimas. É igualmente importante considerar atualmente todas as atrocidades em massa cometidas à luz do limiar da *gravidade*, independentemente de quem as cometeu; isso pode soar evidente, mas ainda subsistem, na prática, tentativas lastimáveis para isentar os Estados de qualquer tipo de responsabilidade. De tempos em tempos, há tentativas para interpretar o limiar da gravidade das violações dos direitos humanos; essa preocupação tem sido expressada em diversos momentos, por exemplo, nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), embora sem qualquer resultado concreto até hoje.

55. Em 1976, em suas considerações acerca do projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado (relator, Roberto Ago), a CDI admitiu que havia alguns atos ilícitos internacionais “mais sérios do que outros”, que equivaliam a “crimes internacionais”, na medida em que revelaram-se violações a princípios fundamentais (tais como aqueles elencados na Carta das Nações Unidas) “profundamente enraizados na consciência da humanidade”, bem como nos fundamentos da “ordem jurídica da sociedade internacional”⁵². Ao admitir a necessidade de se reconhecer tais “erros excepcionalmente graves”, a CDI, invocando “a terrível memória da devastação sem precedentes da [Segunda Guerra Mundial]”, ponderou, ainda em 1976:

“O sentimento de horror deixado pelo sistemático massacre de milhões de seres humanos perpetrado pelo regime Nazista, e o ultraje das atitudes absolutamente brutais sobre a vida e a dignidade humanas, apontaram para a necessidade de garantir que não

⁵⁰ N.H.B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, Oxford University Press 2003, pp. 206-207, 231, 279-280 e 283.

⁵¹ Cf. A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I”, 316 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye (RCADI)* (2005), pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part II”, 317 *RCADI* (2005), pp. 19-312.

⁵² ONU, *Yearbook of the International Law Commission* (1976), Vol. II, Parte II, pp. 109 e 113-114, e cf. p. 119.

somente o direito interno do Estado, mas, acima de tudo, o direito da comunidade internacional propriamente dito devem estabelecer regras imperativas garantindo que os direitos fundamentais dos povos e da pessoa humana serão salvaguardados e respeitados; tudo isso fez com que houvesse uma afirmação mais vigorosa da proibição de crimes tal como o genocídio, apartheid e outras práticas desumanas desse tipo”⁵³.

56. Uma década depois, na mesma linha de preocupação, o relator da CDI sobre o projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade (Doudou Thiam), em seu Quinto Relatório (de 1987) apontou que as ofensas em questão eram “crimes que afetam o próprio fundamento da sociedade humana”⁵⁴. Pouco tempo depois, em 1989, o mesmo relator chamou atenção ao conceito de “graves violações” tal como incorporado nas quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário (1949) e o Protocolo Adicional I (1977)⁵⁵. Uma década depois, em seus comentários ao Artigo 7.º do já mencionado projeto de Código (Relatório de 1996), a CDI ponderou que:

“Seria paradoxal permitir os indivíduos que são, em alguns aspetos, os maiores responsáveis pelos crimes cobertos pelo Código, invocar a soberania do Estado e esconder-se detrás da imunidade que lhes é conferida em virtude de seus cargos, particularmente porque esses crimes hediondos chocam a consciência da humanidade, violam algumas das mais fundamentais regras do direito internacional e ameaçam a paz e a segurança internacionais”⁵⁶.

57. A questão das graves violações do direito internacional tornou a aparecer em 2001 nos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado, posteriormente adotado pela CDI. O Artigo 40 define a “grave violação” de uma obrigação decorrente de “uma norma imperativa de direito internacional geral” como a violação que envolve o “descumprimento flagrante ou sistemático da obrigação pelo Estado responsável”. O Artigo 41 novamente faz referência a “graves violações”. Os comentários a essas disposições salientam a “natureza sistemática, grave ou flagrante” das violações em questão⁵⁷. Essas violações envolvem a responsabilidade

⁵³ *Ibid.*, p. 101.

⁵⁴ ONU, Doc. A/CN.4/404/Corr. 1, de 17 de março de 1987, p. 2, e cf. pp. 5-6.

⁵⁵ Cf. ONU, *Yearbook of the International Law Commission* (1989), Vol. II, Parte I, pp. 83-85.

⁵⁶ CDI, *Report of the International Law Commission on the Work of its 48th Session* (6 de maio-26 de julho de 1996), p. 39, parágrafo 1 (Artigo 7).

⁵⁷ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

do *Estado*, que não é apagada pela responsabilidade penal internacional *individual*⁵⁸. A responsabilidade estatal, em casos de graves violações, subsiste em direito internacional geral. A responsabilidade do Estado e a responsabilidade do indivíduo complementam-se entre si, como os desenvolvimentos no direito internacional dos direitos humanos e no direito internacional penal o indicam atualmente.

58. Além disso, em casos de graves violações dos direitos humanos, os Estados envolvidos incorrem em responsabilidade pelo grave dano feito, em última instância, aos indivíduos, aos seres humanos, e não a outros Estados. A própria CDI admitiu isso, em seu Relatório final de 2001, contendo os comentários sobre os Artigos que tinha acabado de adotar. A CDI admitiu que:

“a responsabilidade do Estado pela violação de uma obrigação decorrente de um tratado relativo à proteção dos direitos humanos pode existir em relação a outros Estados, mas os indivíduos em causa devem ser considerados como os beneficiários finais e nesse sentido os titulares dos respectivos direitos”⁵⁹.

59. Em suma, os *titulaires* do direito de reparação são os indivíduos em causa, os seres humanos vitimados. Na perpetuação das graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, a criminalidade de carrascos que agem em nome dos Estados está diretamente relacionada à criminalidade dos próprios Estados responsáveis. Afinal, crimes de guerra, crimes contra a paz, e crimes contra a humanidade são cometidos de uma maneira planejada e organizada, traduzindo-se em uma criminalidade coletiva⁶⁰. Eles contam com recursos do Estado, eles são considerados como verdadeiros crimes de Estado. Há, portanto, a necessidade de levar em consideração, paralelamente, a responsabilidade internacional do *Estado* e a responsabilidade penal internacional do *indivíduo*, complementares uma à outra como de fato o são⁶¹.

60. A *nível normativo*, o limiar da gravidade das violações dos direitos fundamentais da pessoa humana vem à tona de tempos em tempos, mesmo que ainda insuficientemente

⁵⁸ A.A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, *International Responsibility Today – Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 253-269; P.S. Rao, “International Crimes and State Responsibility”, *ibid.*, pp. 76-77.

⁵⁹ “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, ONU, Doc. A/56/10, de 2001, Artigo 33, parágrafo 3, p. 95.

⁶⁰ R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelas, Bruylant, 2004, pp. 24, 85, 262-264 e 286-287.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 294, 298, 409-410, 412, 459 e 511.

desenvolvido até a presente data. Há momentos históricos que atraíram maiores atenções, por exemplo, logo após a adoção do Protocolo Adicional I (de 1977, Artigo 85) às quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário (de 1949)⁶². O regime das graves violações estabelecido nas quatro Convenções de Genebra de 1949 (Convenção I, Artigos 49-50; Convenção II, Artigos 50-51; Convenção III, Artigos 129-130; Convenção IV, Artigos 146-147) é atualmente considerado como parte integrante do direito internacional costumeiro⁶³.

61. A nível *jurisprudencial*, o limiar da gravidade das violações dos direitos humanos está começando apenas nos dias atuais a atrair a atenção, e a ser considerado, no âmbito da jurisprudência emergente no domínio do direito penal internacional⁶⁴. Tem-se desenvolvido, sobretudo, na construção jurisprudencial dos últimos anos no domínio do direito internacional dos direitos humanos⁶⁵. Um exemplo pode ser ilustrado a partir do caso da *República Democrática do Congo c. Burundi, Ruanda e Uganda* (2003) pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁶⁶. O mais notório avanço a esse respeito foi realizado pela construção jurisprudencial, ao longo da última década, pela Corte IDH, no julgamento do já mencionado ciclo de casos de massacres⁶⁷.

62. Referência pode ser feita, nesse sentido, ao Julgamento da Corte IDH nos casos, *inter alia*, do *Massacre do Plan de Sánchez c. Guatemala* (de 29 de abril de 2004), do *Massacre do Mapiripán c. Colômbia* (de 15 de setembro de 2005), do *Massacre do Ituango c. Colômbia* (de 1.º de julho de 2006), de *Goiburú et al. c. Paraguai* (de 22 de setembro de 2006

⁶² Cf. E.J. Roucouas, “Les infractions graves au droit humanitaire”, 31 *Revue hellénique de droit international* (1978), pp. 60-139.

⁶³ Cf. J.-M. Henckaerts, “The Grave Breaches Regime as Customary International Law”, 7 *Journal of International Criminal Justice* (2008), pp. 683-701.

⁶⁴ Cf., por exemplo, W.A. Schabas, “Gravity and the International Criminal Court”, *Protecting Humanity – Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 689-706.

⁶⁵ A gravidade de certas violações de direitos fundamentais (por exemplo, desaparecimentos forçados de pessoas e execuções sumárias ou extrajudiciais) foi, no início de sua história, reconhecida pela Corte IDH; sua pioneira jurisprudência a esse respeito serviu de inspiração, e foi seguida pela jurisprudência da Corte EDH, em particular no caso *Turcos*, ao final do século XX. Cf., por exemplo, J. Benzimra-Hazan, “En marge de l’arrêt *Timurtas contre la Turquie* : vers l’homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes”, 48 *Revue trimestrielle des droits de l’Homme* (2001), pp. 983-997; L. Zwaak, “The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*”, 10 *Leiden Journal of International Law* (1997), pp. 99-110.

⁶⁶ Como recentemente apontei, em minha opinião separada no caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República da Guiné c. República Democrática do Congo), *Méritos, Julgamento, Relatórios da CIJ 2010 (II)*, pp. 803-804, parágrafo 218, nota 158.

⁶⁷ Para uma avaliação recente, cf. [vários autores], *Réparer les violations graves et massives des droits de l’Homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?* (eds. E. Lambert Abdelgawad e K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, pp. 17-334.

– cf. *infra*), de *Almonacid Arellano c. Chile* (de 26 de setembro de 2006), da *Prisão de Castro-Castro c. Peru* (de 25 de novembro de 2006), de *La Cantuta c. Peru* (de 29 de novembro de 2006). Há aqui espaço para promover uma convergência jurisprudencial entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal internacional contemporâneo. Outra área de convergência reside na participação das próprias vítimas – seu *locus standi in judicio* – nos respectivos procedimentos dos tribunais internacionais de direitos humanos e dos tribunais penais internacionais.

VIII. A Questão da Renúncia às Reivindicações em Relação ao Direito de Acesso à Justiça nas Alegações Perante a Corte: Avaliação

63. A questão da *renúncia das reivindicações* em relação ao *direito de acesso à justiça* (com vistas a buscar reparação) foi controversa nos argumentos das Partes litigantes (Alemanha e Itália), como também do Estado interveniente (Grécia) no curso das audiências orais perante esta Corte. A Alemanha sustentou, desafiando o argumento italiano sobre a existência de um direito individual de reparação⁶⁸, que o respeito à imunidade de um Estado estrangeiro é uma limitação lícita do direito de acesso à justiça⁶⁹. Argumentou também que não existe qualquer norma que proíbe a renúncia às reivindicações pecuniárias, logo que as violações já cessaram⁷⁰. Se o argumento da Itália for aceito – continuou a Alemanha – toda a estrutura de reparações construída após a Segunda Guerra Mundial seria destruída, na medida em que reivindicações em massa poderiam ser iniciadas tanto por e contra a Alemanha por violações das leis de guerra pela Alemanha e pelas Forças Aliadas⁷¹. Finalmente, a Alemanha sustentou que o sistema de reparações criado era completo e procurava balancear os interesses dos Estados vítimas e os da Alemanha⁷².

64. A Itália respondeu que a cláusula de renúncia do Artigo 77 (4.º) do Tratado de Paz de 1947 não cobre violações do direito internacional humanitário. Rebatendo o argumento

⁶⁸ CR 2011/17, pp. 41-42, parágrafos 14 e 16.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 43-44, parágrafos 23-24. A esse respeito, a Alemanha sustentou que, mesmo que o direito à reparação e o interesse de agir existissem em direito internacional, ela agiu de acordo com este último, já que deu acesso integral e não discriminatório aos seus tribunais a todos os demandantes (italianos e gregos); *ibid.*, p. 46, parágrafo 30.

⁷⁰ CR 2011/20, pp. 15-16, parágrafos 2-3.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 17-18, parágrafos 4-6.

⁷² CR 2011/20, pp. 23-26, parágrafos 17-24. Além disso, incluía também uma renúncia pela Itália de todas as reivindicações contra a Alemanha, em forma de sanção por ter participado no Eixo; *ibid.*, pp. 26-27, parágrafos 23-25. E os dois acordos bilaterais de 1961 foram um gesto em favor da Itália, com o objetivo de melhorar suas relações, enquanto a cláusula de renúncia permanecia em pleno vigor; *ibid.*, pp. 29-30, parágrafo 32.

alemão, reiterou o posicionamento de que as reivindicações de reparação para graves violações do direito internacional humanitário não foram renunciadas pela Itália, já que estavam fora do escopo do disposto no Artigo 77 (4.º) do Tratado de Paz de 1947. A Itália afirmou, assim, que a única interpretação da referida disposição do Tratado de 1947 é que não dispõe sobre qualquer tipo de renúncia a reparações por violações do direito internacional humanitário⁷³. E mesmo se a intenção era renunciar a todas as reivindicações contra a Alemanha – acrescentou a Itália – isso seria ilícito, já que absolveria a Alemanha de todos os crimes de guerra cometidos, o que não era permitido pelo regime das Convenções de Genebra⁷⁴.

65. Abordando especificamente o direito à reparação dos militares italianos internados, a Itália fez referência, a esse respeito, ao tratamento paradoxal que lhe foi dispensado, pois foram excluídos do regime das reparações fornecido pela Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro” porque eram prisioneiros de guerra, enquanto a Alemanha Nazista os privou deste estatuto e os utilizou como trabalhadores forçados⁷⁵. A Itália acrescentou que as reivindicações das vítimas dos massacres não podem ser consideradas como tendo sido renunciadas, porque no tempo da alegada renúncia (quer no Tratado de Paz de 1947 ou nos Acordos de 1961) os crimes não tinham sido determinados; além disso, o reconhecimento de tal renúncia levaria a uma absurda situação na qual os perpetradores desses crimes seriam responsáveis criminalmente, porém não civilmente. Tal solução seria igualmente contrária aos modernos desenvolvimentos do direito internacional penal, que reconhece que as responsabilidades civil e penal estão relacionadas⁷⁶.

66. A Grécia, por sua vez, sustentou que os tribunais gregos aceitavam a existência de um direito individual de reparação por graves violações do direito internacional humanitário,

⁷³ CR 2011/21, p. 24, parágrafo 29, e cf. CR 2011/18, pp. 26-27, parágrafos 4-8.

⁷⁴ Cf. CR 2011/18, pp. 31-32, parágrafos 18-23; e cf. pp. 20-21, parágrafos 11-13, e pp. 22-23, parágrafo 14. A Itália reivindica que os casos de reparação em questão aqui não dizem respeito às vítimas da perseguição nazista, para as quais reparações foram efetuadas; CR 2011/21, p. 25, parágrafo 33. A preocupação atual refere-se às vítimas, como os militares internados, que não receberam quaisquer reparações.

⁷⁵ CR 2011/18, p. 33, parágrafo 28.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 34, parágrafos 29-30. Além disso, a Itália observa que, conforme admitido pela Alemanha, até mesmo aquelas reparações *ex gratia* foram somente parciais; CR 2011/21, pp. 25-26, parágrafos 34-35. A Itália reivindica que há um número significativo de cidadãos italianos que teriam direito à reparação e ainda não receberam nada. A Itália sustenta, por conseguinte, que sua única via para a reparação é por meio dos tribunais italianos, e que não teria levantado a questão da imunidade da Alemanha se o Governo Alemão tivesse concordado em tomar medidas a fim de oferecer-lhes a reparação a que têm direito; CR 2011/18, pp. 13-14, parágrafo 11.

baseado no Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907⁷⁷, no Artigo 91 do Protocolo Adicional I de 1977⁷⁸, na Regra 150 da codificação do CICV sobre o Direito Internacional Humanitário⁷⁹ (a propósito do direito internacional costumeiro, cf. *supra*), no Artigo 33 (2.º) dos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado da CDI⁸⁰, e na prática internacional. Este é um ponto que foi particularmente destacado pela Grécia (cf. parágrafo 147, *infra*), e que merece especial atenção.

67. Com efeito, em uma fase anterior aos procedimentos deste caso, julguei importante abordar esse ponto, em minha opinião dissidente junta ao Despacho da Corte (que julgou improcedente o pedido reconvenicional italiano) de 6 de julho de 2010. O Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907 determina que o Estado parte beligerante que violar as disposições dos Regulamentos anexos é responsável por todos os atos cometidos pelos membros de suas forças armadas, e “responsável pelo pagamento de compensação”. Os *travaux préparatoires* desta disposição (que tem origem numa proposta da delegação alemã) defendem o entendimento de que a indemnização era devida às vítimas individuais das já mencionadas violações⁸¹.

68. Sete décadas após, essa disposição foi atualizada pelo Artigo 91 do Protocolo Adicional I à Convenção de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário. Não há qualquer controvérsia nem contestação (nem em 1907, nem em 1977) ao reconhecimento da responsabilidade do Estado por violações dos Regulamentos de 1907 e ao consequente dever do Estado em questão em prover uma indemnização às vítimas individuais⁸². Para esse efeito, em minha já mencionada opinião dissidente junta ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010, eu ponderei que:

“Na época histórica da Segunda Conferência de Paz, realizada aqui em Haia, os Estados participantes decidiram estabelecer uma obrigação geral, competindo a *todas* as partes envolvidas em um conflito armado, a realizar reparações (não apenas por parte dos Estados derrotados em favor das forças vitoriosas, como era o caso na prática estatal anterior). Isso foi feito *com base na proposta da Alemanha*, que resultou no Artigo 3.º da

⁷⁷ CR 2011/19, p. 17, parágrafo 28.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 32, parágrafo 77.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 32, parágrafo 78.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 34, parágrafo 85.

⁸¹ F. Kalshoven, “Article 3 of the Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at the Hague, 18 October 1907”, *War and the Rights of Individuals – Renaissance of Individual Compensation* (eds. H. Fujita, I. Suzuki e K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, pp. 34-36.

⁸² Isso – conforme arguido – refletia o “direito costumeiro estabelecido”; *ibid.*, pp. 36-37.

Quarta Convenção de Haia⁸³, e foi a primeira disposição tratando especificamente do regime de *reparação* às violações do direito internacional humanitário⁸⁴. Graças à proposta tranquilizadora da Alemanha, o Artigo 3.º da Quarta Convenção de Haia de 1907 clarificou que a intenção era *conferir direitos diretamente aos indivíduos*⁸⁵, *seres humanos*, ao invés dos Estados.

Esse legado da Segunda Conferência de Paz em Haia de 1907 se projeta para os dias atuais⁸⁶. A extensão temporal dos sofrimentos daqueles que foram deportados e sujeitos a trabalhos forçados na Segunda Guerra Mundial (período de 1943-1945) tem sido apontada na doutrina, também em relação aos esforços das vítimas na obtenção de reparações. (...). Não somente tais vítimas suportaram tratamentos desumanos e degradantes, como também cruzaram o limite final de suas vidas ingratas vivendo com a impunidade, sem reparação no meio de uma injustiça manifesta. O tempo da justiça humana não é definitivamente o tempo dos seres humanos” (*Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália), pedido reconvenicional, Despacho de 6 de julho de 2010 (I)*, pp. 374-375, parágrafos 116-118).

⁸³ O Artigo 3 preconiza que: “A Parte beligerante que violar as disposições de tal Regulamento [Regulamento relativo às leis e aos costumes de guerra, anexo à IV Convenção de Haia] deve, se o caso exigir, ser responsável pelo pagamento de compensação. Deve também ser responsável por todos os atos cometidos por pessoas que integram suas forças armadas”.

⁸⁴ Esse Artigo da IV Conferência de Haia de 1907 chegou a ser considerado como direito internacional costumeiro, e foi reiterado no Artigo 91 do Protocolo Adicional I (de 1977) das Convenções de Genebra de 1949 sobre direito internacional humanitário. O Artigo 91 (Responsabilidade) do Protocolo I dispõe que: “A Parte em um conflito que violar as disposições das Convenções ou deste Protocolo deve, se o caso exigir, ser responsável pelo pagamento de compensação. Deve também ser responsável por todos os atos cometidos por pessoas que integram suas forças armadas”.

⁸⁵ Cf., para esse efeito, E. David, “The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land”, *War and the Rights of Individuals – Renaissance of Individual Compensation*, *op. cit., supra*, nota 81, pp. 50-53; e cf. também, por exemplo, F. Kalshoven, “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces”, 40 *International and Comparative Law Quarterly* (1991), pp. 831-833; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2.º ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 400.

⁸⁶ Para uma melhor reavaliação da Conferência de 1907 na ocasião da comemoração de seu centenário em 2007, cf. [vários autores], *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la Paix/Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (ed. Y. Daudet), Leiden, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2008, pp. 3-302.

IX. A Inadmissibilidade da Renúncia Interestatal aos Direitos dos Indivíduos, Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional

69. A relevância do direito individual de acesso à justiça é, portanto, inquestionável. Em casos de graves violações, as vítimas individuais podem assim invocar a responsabilidade do Estado em questão, por sua própria iniciativa, e sem a intermediação de qualquer Estado; elas podem fazê-lo por serem sujeitos do direito das gentes, e de acordo com as regras de direito – conforme reconhecidas pela Organização das Nações Unidas – aos níveis nacional e internacional. A tradicional teoria do “ato de Estado” não pode de nenhuma forma ser invocada, em face de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário pelo Estado em causa.

70. Em tais circunstâncias, o direito individual de acesso à justiça, para buscar reparação, deve prevalecer. Em suma, o Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907 e o Artigo 91 do Protocolo Adicional I de 1977 conferem o direito à reparação no âmbito internacional às vítimas de tais graves violações. E os Estados responsáveis são obrigados a proporcionar tal reparação. Uma vasta prática nesse sentido tem sido desenvolvida nos últimos anos, no domínio do *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos, marcando – sendo apenas um de vários aspetos – a emancipação dos indivíduos do seu próprio Estado, com a defesa de direitos inerentes a eles mesmos⁸⁷.

71. Igualmente em minha opinião dissidente junta ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, eu ainda estabeleci os fundamentos do meu posicionamento de que um Estado pode renunciar somente a reivindicações em seu próprio nome, mas não a reivindicações em nome de seres humanos, a respeito de direitos próprios que lhes pertencem enquanto vítimas de graves violações do direito internacional. O direito das vítimas de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário deve subsistir; a sua defesa não pode ser renunciada por seus Estados, ou por Estados *inter se*, em seu nome (parágrafos 114-115). Qualquer suposta renúncia nesse sentido seria destituída de efeitos jurídicos (parágrafos 151 e 153). E acrescentei, nessa mesma opinião dissidente, que:

⁸⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from his Own State – The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmomser *et al.*), Zurich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; R.P. Mazzeschi, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003), pp. 343 e 345-347; M. Frulli, “When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Markovic* Case”, *ibid.*, pp. 424 e 427.

“Em todo o caso, qualquer suposta renúncia pelo Estado de direitos inerentes à pessoa humana seria, em meu entendimento, contra a *ordre public* internacional, e seria destituída de efeitos jurídicos. Sustentar que isto ainda não era reconhecido na época da Segunda Guerra Mundial e do Tratado de Paz de 1947 – uma visão evocadora da antiga postura positivista, com sua inelutável subserviência ao poder estabelecido – não teria, em meu ponto de vista, nenhum fundamento. Isso equivaleria a admitir que os Estados podem cometer crimes contra a humanidade com total impunidade, que eles podem cometer homicídios de forma sistemática, podem humilhar e escravizar pessoas, podem as deportar e as sujeitar a trabalhos forçados, e após isso se esconder por detrás do escudo de uma cláusula de isenção negociada com outro(s) Estado(s), e tentar resolver as reivindicações por meio de tratados de paz com o Estado ou os respectivos Estados.

Já nos tempos do Terceiro Reich, e mesmo antes disso, este pensamento estava profundamente enraizado na consciência humana, na *consciência jurídica universal*, que é, em meu entendimento, a fonte *material* última de todo o Direito. Afirmar que o trabalho forçado não era proibido na época do Terceiro Reich alemão não seria sustentável (...), nem mesmo sob as bases dos antigos dogmas positivistas. Não é sustentável, nem em tempos de conflito armado, nem em tempos de paz. As restrições graduais que levaram à sua proibição, a fim de evitar e condenar abusos do passado contra a pessoa humana, tornaram-se manifestas não somente no domínio do direito internacional humanitário, como também na regulação das relações do trabalho (tal como a Convenção Internacional do Trabalho – OIT). Em minha percepção, mesmo antes de todos esses instrumentos (...), a escravidão e o trabalho forçado eram proscritos pela consciência humana, na qual pesavam fortemente os graves abusos do passado” (*Relatório da CIJ de 2010 (I)*, pp. 377-378, parágrafos 124-125).

72. Aqui, novamente, deve-se ir além da estrita perspectiva interestadual. Ainda na minha opinião dissidente junta ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 (pedido reconvenicional) no presente caso, eu igualmente destaquei que o meu próprio conceito do direito internacional, que diverge muito do da maioria desta Corte,

“vai além da estrita perspectiva interestatal, para assim atingir os destinatários (*titulaires*) finais dos direitos, os seres humanos, confrontados com a renúncia de suas reivindicações para a reparação de graves violações de seus direitos pelos Estados que supostamente deveriam protegê-los, ao invés de oprimi-los.

Os Estados podem, caso queiram, renunciar a reivindicações relacionadas *aos seus próprios* direitos. Mas não podem renunciar a reivindicações para a reparação de graves

violações de direitos que *não são* deles, direitos esses que são inerentes à pessoa humana. Qualquer suposta renúncia nesse sentido vai contra a *ordre public* internacional, e viola o *jus cogens*. Essa perspectiva mais ampla, em uma escala superior de *valores*, está em conformidade com a visão dos chamados ‘pais fundadores’ do direito das gentes (o *droit des gens*, o *jus gentium*), bem como com o que considero como a tendência mais lúcida do pensamento jurídico internacional contemporâneo.

Não se pode construir (ou tentar manter) uma ordem jurídica internacional fundada no sofrimento dos seres humanos, no silêncio dos inocentes destinados ao esquecimento. Ao tempo da deportação em massa dos civis, enviados ao trabalho forçado durante as *duas* Guerras Mundiais (em 1916-1918 e em 1943-1945) do século XX (e não somente na Segunda Guerra Mundial), todos já sabiam que aquilo era um ato *ilícito*, uma atrocidade, uma violação grave dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, e que veio a ser posteriormente reconhecido como crime de guerra e crime contra a humanidade. Acima da vontade reside a consciência, que é, no final das contas, o que move o direito para frente, como última fonte *material*, evitando uma manifesta injustiça” (*Relatório da CIJ de 2010 (I)*, pp. 396-397, parágrafos 177-179).

X. Posições das Partes Quanto ao Direito de Acesso à Justiça

73. A Alemanha e a Itália entendem de forma totalmente diferente o direito de acesso à justiça. Ambas concordam que o acesso à justiça é um direito fundamental com dois componentes (complementares), nomeadamente, o direito a um recurso efetivo e o direito a um julgamento justo⁸⁸, mas discordam quanto ao escopo e às consequências do seu exercício no caso em questão. A Alemanha alega que o direito de acesso à justiça implica uma obrigação cuja extensão se limita a garantir um acesso livre e sem discriminação, tanto aos nacionais como aos estrangeiros, a recursos eficazes e a um julgamento justo⁸⁹, ao passo que a Itália entende que esse direito implica uma obrigação de satisfação da parte reclamante; ela estende o direito de acesso à justiça para o desfecho do caso e argumenta que a parte lesada⁹⁰ que não tem outra via de recurso deve ser autorizada a pedir uma reparação efetiva perante os

⁸⁸ CR 2011/17, p. 43, parágrafo 24; Contra Memorial da Itália, parágrafo 4.88.

⁸⁹ Resposta da Alemanha, p. 19, parágrafo 34; CR 2011/17, p. 45, parágrafos 28-29.

⁹⁰ CR 2011/18, p. 62, parágrafo 27.

tribunais nacionais, mesmo contra um Estado estrangeiro, e que num tal caso a imunidade tem de ser levantada a fim de evitar uma denegação de justiça⁹¹.

74. A Alemanha interpreta o direito de acesso à justiça de forma muito restritiva e argumenta que esta é limitada ao acesso ao sistema judicial do Estado do foro, sem discriminação e com todos os direitos processuais. Nesse sentido, os cidadãos italianos têm tido pleno acesso aos recursos judiciais de acordo com a lei alemã, mesmo até à Corte Constitucional Federal⁹²; e os cidadãos gregos tiveram exatamente a mesma oportunidade⁹³. Além disso, a Alemanha distingue o acesso à justiça e o direito a um recurso eficaz da questão de saber se um “requerente verdadeiramente tem um direito de ação que possa fazer valer”⁹⁴.

75. De acordo com a Alemanha, não existe qualquer direito individual de reparação decorrente de crimes de guerra ou outras violações do direito internacional humanitário e, conseqüentemente, nenhum direito (corolário) de ação. Similarmente, o Tratado de Paz de 1947 e o Acordo de 1961 propiciaram um regime de reparação interestatal por lesões aos cidadãos italianos em decorrência da guerra e isso não pode ser alterado de forma retroativa⁹⁵. Adicionalmente, a Alemanha argumenta que a interpretação comum do Artigo 3.º da Convenção de Haia de 1907 e das Convenções de Genebra de 1949 é no sentido de que elas não criam um direito individual de compensação⁹⁶. Também observa que os textos mais recentes, tal como a Resolução n.º 60/147 (2005) da Assembleia Geral das Nações Unidas ou o projeto de Relatório da ADI (2010) sobre a reparação para as vítimas de conflitos armados, que se referem a tal direito individual, não são baseados em uma norma consuetudinária ou convencional de direito internacional, mas, ao invés, propõem a introdução de novas normas⁹⁷. Assim, as decisões dos tribunais alemães nesses casos não consistem em denegar a justiça, mas em reconhecer que os nacionais italianos não são titulares dos direitos substantivos que reivindicam.

76. Mesmo se esses direitos de ação e à reparação fossem reconhecidos, a Alemanha argumenta que não houve qualquer violação. Total acesso em todos os níveis do sistema judicial alemão foi observado a todos os requerentes e não houve qualquer tipo de acusação de violação dos direitos processuais dos cidadãos italianos ou gregos; nem houve qualquer

⁹¹ Contra Memorial da Itália, p. 80, parágrafo 4.103.

⁹² Resposta da Alemanha, p. 19, parágrafo 34.

⁹³ CR 2011/17, p. 45, parágrafo 30.

⁹⁴ Resposta da Alemanha, p. 20, parágrafo 34.

⁹⁵ Memorial da Alemanha, p. 12, parágrafo 12.

⁹⁶ Resposta da Alemanha, p. 23, parágrafo 39.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 24-25, parágrafos 40-42.

discriminação contra eles em razão de sua nacionalidade⁹⁸. Por fim, a Alemanha alega que se o direito de acesso à justiça tiver de ser interpretado como um direito que permite ao indivíduo, caso não tenha tido sucesso em suas reivindicações perante os tribunais de um Estado (que supostamente violou seus direitos), processar esse Estado perante tribunais de Estados estrangeiros (e talvez perante tribunais de um ou mais Estados sucessivamente ou simultaneamente), então um sério caso de “*forum shopping*” poderia emergir⁹⁹.

77. Por sua vez, e bastante distintamente, a Itália argumenta que existem um direito individual à reparação e uma causa paralela de ação por prejuízos de guerra. Em seu ponto de vista, a origem desse direito reside nos arranjos do Tratado de Versalhes (Artigo 304) no pós-Segunda Guerra Mundial e na criação dos Tribunais Mistos Arbitrais; a Itália reconhece, no entanto, que esse não foi o caminho seguido após a Segunda Guerra Mundial¹⁰⁰. Não obstante, argumenta que, com exceção da existência de um procedimento internacional alternativo, o acesso a recursos domésticos não podem ser barrados¹⁰¹. De fato, os tribunais italianos permitiram ações judiciais contra a Itália, apesar do Tratado de Paz e do mecanismo interestatal de compensação que ele dispõe¹⁰². A Itália ainda vai mais longe e apresenta o direito de acesso à justiça, tal como entendido pelos diferentes sistemas regionais e globais de proteção dos direitos humanos, e, baseando-se na decisão da Corte IDH no caso *Goiburú et al.* (cf. seção XVII *infra*), ela defende que o direito de acesso à justiça é uma norma imperativa se o direito substantivo violado é de mesmo caráter¹⁰³.

78. Adicionalmente, a Itália argumenta que o acesso à justiça engloba a proteção contra a negação da justiça, que pode ser entendida como a “recusa a conceder a alguém aquilo que lhe pertence”¹⁰⁴. Assim, quando cidadãos italianos, como o Sr. Ferrini e outros antes ou depois dele, não foram bem-sucedidos perante os tribunais e as autoridades administrativas alemãs¹⁰⁵, eles intentaram ações judiciais contra a Alemanha perante os tribunais italianos, sendo esses o seu único meio legal disponível¹⁰⁶. Além disso, a negação da imunidade do Estado alemão perante os tribunais italianos em tais casos, em que as vítimas

⁹⁸ CR 2011/17, pp. 45-46, parágrafos 29-30.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 46-48, parágrafos 33-39.

¹⁰⁰ Contra Memorial da Itália, p. 74, parágrafos 4.90-4.91.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 75, parágrafo 4.92.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 74-75, parágrafo 4.91.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 76, parágrafos 4.93 e 4.94.

¹⁰⁴ CR 2011/18, p. 62, parágrafo 27.

¹⁰⁵ CR 2011/21, p. 48, parágrafo 30; Contra Memorial da Itália, pp. 19-25, parágrafos 2.20-2.34.

¹⁰⁶ Contra Memorial da Itália, p. 29, parágrafo 2.44.

estavam privadas de quaisquer outros meios de recurso, é necessária para o exercício efetivo do seu direito de acesso à justiça¹⁰⁷.

79. Estas são as posições básicas e opostas, sustentadas pela Alemanha e Itália, sobre o direito de acesso à justiça. Antes de embarcar na sua avaliação ao aprofundar a questão (cf. seção XII *infra*), entendo necessário, a seguir, revisar os seus argumentos, em resposta às questões que entendi serem pertinentes a ambas as Partes, bem como à Grécia, enquanto Estado interveniente, no curso das audiências orais perante a Corte. Uma vez tais esclarecimentos revistos, passarei a examinar os aspetos remanescentes do presente caso, em uma sequência lógica.

XI. Esclarecimentos das Partes Litigantes e da Grécia em Resposta às Perguntas da Corte

1. Questões às Partes Litigantes e à Grécia

80. Ao final das audiências orais perante a Corte, em 16 de setembro de 2011, entendi pertinente elaborar algumas questões para as Partes litigantes, a Alemanha e a Itália, assim como para o Estado interveniente, a Grécia, com vistas a esclarecer algumas das conclusões que tinham apresentado à Corte. As perguntas que eu fiz, nessa ocasião, foram as seguintes:

“A fim de manter o equilíbrio linguístico da Corte, vou fazer as minhas perguntas na outra língua utilizada pela Corte [inglês]. Serão três perguntas à Alemanha e à Itália, e uma à Grécia.

Minha primeira pergunta para a Alemanha e para a Itália é a seguinte: em relação aos seus argumentos nestas audiências públicas perante a Corte e levando em consideração os Acordos de 1961 entre Alemanha e Itália, qual o efetivo escopo das cláusulas de renúncia contidas neles, e da cláusula de renúncia do Artigo 77 (4.º) do Tratado de Paz de 1947? Pode a questão da reparação ser considerada como completamente encerrada hoje? Ou será que algum aspeto permaneceu aberto até hoje?

Minha segunda pergunta tanto para a Alemanha quanto para a Itália é a seguinte: será que a *delicts exceptio* (aplicável aos atos danosos cometidos no território do Estado do foro) seja limitada aos atos *jure gestionis*? É possível? Podem os atos *jure imperii* ser entendidos como contendo igualmente a *delicts exceptio*? Como crimes de guerra podem ser considerados atos *jure* – eu repito, *jure* – *imperii*?

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 80, parágrafo 4.103.

Minha terceira pergunta tanto para a Alemanha quanto para a Itália é a seguinte: receberam as vítimas italianas, a quem o demandado se refere especificamente, qualquer reparação? Se não for o caso, têm elas direito a essa reparação e como podem elas efetivamente recebê-la, a não ser por meio de um processo nacional? Podemos ainda considerar que, quando graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário estão em jogo, o sistema fornece reparações no âmbito interestatal? Está o direito de reparação relacionado com o direito de acesso à justiça *lato sensu*? E qual a relação de tal direito de acesso à justiça com o *jus cogens*?

E, finalmente, minha pergunta para a Grécia é a seguinte: dentro do sistema jurídico grego, quais os efeitos jurídicos da decisão do Supremo Tribunal Especial grego no caso *Margellos* sobre a decisão do *Areios Pagos* [Supremo Tribunal da Grécia] no caso do *Massacre de Distomo*? A decisão do *Areios Pagos* no caso do *Massacre de Distomo* ainda se encontra pendente de execução dentro ou fora do sistema jurídico grego?”¹⁰⁸.

2. Primeira Rodada de Respostas

81. Para fins de clareza, proceder-me-ei com a revisão e sumarização das respostas fornecidas pela Alemanha, Itália e Grécia, às perguntas que lhes fiz no final das audiências orais perante a Corte, em 16 de setembro de 2011. Primeiramente, revisarei as respostas da Alemanha e da Itália enquanto Partes, e posteriormente, as da Grécia, porquanto Estado interveniente.

(a) Respostas da Alemanha e da Itália

82. Com relação à *primeira pergunta* colocada às Partes litigantes¹⁰⁹, a Alemanha alegou que o Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 (em particular, os parágrafos 27-28) realça a relevância do Tratado de Paz de 1947 e os dois Acordos de 1961 para o presente caso. A Alemanha reiterou sua posição de que a questão de saber se reparações relacionadas à Segunda Guerra Mundial ainda são devidas não é o objeto do presente caso. A Itália replicou

¹⁰⁸ CR 2011/21, audiência pública de 16 de setembro de 2011, pp. 53-54.

¹⁰⁹ A saber:

“Em relação aos seus argumentos nestas audiências públicas perante a Corte e levando em consideração os Acordos de 1961 entre Alemanha e Itália, qual o efetivo escopo das cláusulas de renúncia contidas neles, e da cláusula de renúncia do Artigo 77 (4.º) do Tratado de Paz de 1947? Pode a questão da reparação ser considerada como completamente encerrada hoje? Ou será que algum aspeto ainda permanece em aberto até hoje?”.

que os dois Acordos de 1961 foram o resultado de um processo que demonstrou haver diferenças de entendimento entre as Partes com relação ao alcance da cláusula de renúncia do Tratado de Paz de 1947, e que a Alemanha tem que tomar certas medidas com vistas a corrigi-las. A Itália então argumentou que os Acordos eram, por um lado, uma medida de reparação para algumas questões econômicas pendentes (“Acordo de Pagamento”) e, por outro lado, uma indenização para as vítimas de perseguições (“Acordo de Indemnização”).

83. A Itália sustentou que o Acordo de Pagamento provava de forma conclusiva que ela nunca aceitou a interpretação da Alemanha sobre a cláusula de renúncia, e que o Acordo de Indemnização estava focado em uma específica categoria de vítimas, alvo de específicas perseguições discriminatórias. Nesse aspeto, a Itália alegou que os Acordos de 1961 somente cobriam questões econômicas pendentes e reparações às vítimas de perseguições. Considerando que esses Acordos possuem cláusulas de renúncia – ela acrescentou – eles “simplesmente se referiram ao assunto dos Acordos e não foram (e nem poderiam ter sido) tão expansivos para cobrir, adicionalmente, reivindicações de reparações de crimes de guerra”. No que diz respeito à cláusula de renúncia do Artigo 77 (4.º) do Tratado de Paz de 1947, a Itália reiterou sua posição de que esta cláusula não cobre reivindicações de compensação originadas por graves violações do direito internacional humanitário.

84. Quanto à *segunda pergunta* que fiz às Partes litigantes¹¹⁰, a Alemanha sustentou que a *delicts exceptio* não se aplica a atividades militares, e que os casos em causa no procedimento perante a Corte dizem respeito a atos ocorridos durante um conflito armado. Ela sustentou igualmente que a qualificação de um ato de Estado é baseada na natureza do ato e é independente da legalidade de referido ato. Nesse sentido, a Alemanha argumentou que atos de soberania podem também envolver sérias violações do direito internacional, e que o direito internacional conta com regras materiais a respeito da responsabilidade do Estado e da responsabilidade penal internacional que não revogam ou derogam a imunidade estatal.

85. Por sua vez, a Itália argumentou que a questão das reparações não está fechada, já que há diversas categorias de vítimas que nunca foram levadas em consideração para fins de reparações, incluindo aquelas categorias mencionadas nos casos destacados no presente litígio. A Itália argumentou que a *delicts exceptio* se aplica a ambos os atos *jure gestionis* e

¹¹⁰ A saber:

“Será que a *delicts exceptio* (aplicável aos atos danosos cometidos no território do Estado do foro) seja limitada aos atos *jure gestionis*? É possível? Podem os atos *jure imperii* ser entendidos como contendo igualmente a *delicts exceptio*? Como crimes de guerra podem ser considerados atos *jure* – eu repito, *jure* – *imperii*?”.

*jure imperii*¹¹¹, e acrescentou que não há qualquer *obrigação* em acordar imunidade por atos *jure imperii* nos casos em que a *delicts exceptio* se aplica. A Itália submeteu ainda que

“não há nada inerente na noção de atos *jure imperii* que determina a conclusão de que a *tort exception* não cobre esta categoria de atos. A justificação dessa exceção à imunidade está baseada na afirmação de jurisdição ou controle local sobre os atos prejudiciais cometidos dentro do território do Estado do foro”.

Assim, a Itália sustentou que, com base nessa justificação, a exceção se aplica a todos os atos de um Estado estrangeiro que ocorreram no território do Estado do foro, quer se trate de atos *jure imperii* ou de atos *jure gestionis*.

86. A Itália acrescentou que, embora ciente da visão de que crimes contra a humanidade e crimes de guerra não podem ser considerados como atos de soberania para que um Estado tenha o direito de invocar em sua defesa a imunidade soberana, também tem conhecimento de que essa área do direito está passando por um processo de mudança. Por conseguinte, considerando as circunstâncias únicas e específicas dos casos submetidos aos tribunais italianos, a Itália argumentou que este caso apresentado à Corte baseia-se em outros argumentos: a *tort exception* e a existência de um conflito irreconciliável entre imunidade e a efetiva aplicação de normas imperativas, que suportam o entendimento de que a Itália não tinha a obrigação de conceder imunidade à Alemanha.

87. A respeito da *terceira pergunta* que fez às Partes litigantes¹¹², a Alemanha novamente voltou a mencionar o Despacho da Corte de 6 de julho de 2010, argumentando que a questão de saber se reparações relacionadas à Segunda Guerra Mundial ainda são devidas não era, em sua opinião, o assunto do presente processo; ela considerou que o esquema de reparação para a Segunda Guerra Mundial era um esquema interestatal clássico e global. Argumentou ainda que as vítimas que consideram ter uma reclamação contra a Alemanha podiam instaurar processos nos tribunais alemães, conforme o disposto no Artigo 6 (1.º) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos que garante o direito de acesso à justiça.

¹¹¹ E afirma que seu ponto de vista é confirmado pela prática dos Estados, pelos comentários da CDI sobre o Projeto dos Artigos relativos às Imunidades Jurisdicional dos Estados e de seus Bens, pelo Artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidade Jurisdicional, e a literatura jurídica relevante.

¹¹² A saber:

“Receberam as vítimas italianas, a quem o demandado se refere especificamente, qualquer reparação? Se não for o caso, têm elas direito a essa reparação e como podem elas efetivamente recebê-la, a não ser por meio de um processo nacional? Podemos ainda considerar que, quando graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário estão em jogo, o sistema fornece reparações no âmbito interestatal? Está o direito de reparação relacionado com o direito de acesso à justiça *lato sensu*? E qual a relação de tal direito de acesso à justiça com o *jus cogens*?”.

88. A Itália replicou que nenhuma das categorias de vítimas referidas nos casos na origem do presente litígio recebeu qualquer tipo de reparação; ela adicionou que algumas categorias de vítimas nunca conseguiram reclamar uma indemnização porque nenhum mecanismo foi instituído, enquanto outras ainda tentavam obter uma indemnização desde uma década sem sucesso. A Itália argumentou igualmente que parece não haver qualquer vontade por parte da Alemanha em concluir um acordo destinado à reparação para essas categorias de vítimas. Ela também alegou que, neste momento, não há qualquer alternativa a não ser os processos nacionais para essas categorias de vítimas receberem reparação. A Itália alega que, se os juízes nacionais não tivessem rejeitado a imunidade, nenhum outro recurso teria permanecido aberto para as vítimas de crimes de guerra para obter reparação, considerando, por exemplo, a forte relutância das autoridades alemãs em celebrar um acordo concedendo reparação aos “militares italianos internados”.

89. A Itália alegou que o regime de reparações por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário não se esgota em si mesmo no âmbito interestatal e que as vítimas individuais podem endereçar suas reivindicações aos tribunais domésticos. Também alegou que a negação da imunidade é justificada quando os tribunais domésticos representam o único e último recurso disponível na obtenção de qualquer forma de reparação. A Itália igualmente argumentou que “sob certas circunstâncias, a negação do acesso à justiça por causa da imunidade concedida a um Estado estrangeiro pode implicar a negação de uma efetiva reparação”. Na sequência, afirmou que o conceito de *jus cogens* não se limita ao reino das regras primárias, mas abrange igualmente os recursos disponíveis nos casos de graves violações de obrigações prescritas por normas revestidas desse caráter. Segundo a Itália, onde há um conflito entre regras que impedem os indivíduos em ter acesso à justiça e o efetivo cumprimento de regras de *jus cogens*, se não houver outro caminho aberto para obter o efetivo cumprimento do *jus cogens*, “a prioridade deve ser dada ao *jus cogens* ao remover a imunidade e ao permitir, assim, o acesso à justiça para as vítimas individuais”.

(b) Resposta da Grécia

90. Respondendo à pergunta que fiz ao Estado interveniente¹¹³ – em meu conhecimento, a primeira pergunta feita a um Estado não parte interveniente na história da

¹¹³ A saber:

“Dentro do sistema jurídico grego, quais os efeitos jurídicos da decisão do Supremo Tribunal Especial grego no caso *Margellos* sobre a decisão do *Areios Pagos* [Supremo Tribunal da Grécia] no caso do *Massacre de Distomo*? A decisão

Corte de Haia –, a Grécia começou por recordar que o Supremo Tribunal Especial não é reconhecido como Corte Suprema, nem sequer é uma corte constitucional dentro do ordenamento jurídico grego; antes, tem um estatuto jurídico *sui generis* na Grécia. Acrescentou que o Supremo Tribunal Especial é um órgão independente e não permanente que não se encaixa dentro da hierarquia do sistema judicial grego. De acordo com a Grécia, o Supremo Tribunal Especial tinha, em particular, a função de identificar ou qualificar uma norma consuetudinária de direito internacional “no atual estágio de desenvolvimento do direito internacional”. Neste âmbito de suas funções, os julgamentos do Supremo Tribunal Especial – ela continuou – têm efeitos limitados, e, na prática, um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Especial é vinculativo somente para os tribunais que lhe colocaram uma questão específica. A Grécia informou que os julgamentos submetidos ao Supremo Tribunal Especial não têm força de *res judicata erga omnes*; cabe aos tribunais ordinários ou ao Supremo Especial Tribunal determinar posteriormente se houve qualquer mudança na afirmação de que uma norma costumeira existe.

91. A Grécia acrescentou que um julgamento do Supremo Tribunal Especial “sempre reflete as considerações da *opinio juris* expressa ‘no mesmo estágio de desenvolvimento do direito internacional e suas regras geralmente aceitas’”. Ela alegou que o julgamento no caso *Margellos e Outros* “não tem qualquer efeito” ou implicações legais no julgamento do *Areios Pagos* no caso do *Massacre de Distomo*, o qual foi proferido antes do julgamento *Margellos* e dizia respeito a um caso diferente. Nesse sentido, a Grécia reivindicou que o julgamento do *Areios Pagos* “é final e irrevogável. Está vigente e produz efeitos jurídicos dentro da ordem jurídica grega, restando pendente apenas a execução”. Finalmente, a Grécia sustentou que o fato de o Ministro da Justiça não ter autorizado o cumprimento do julgamento do *Areios Pagos* não significa que é “esvaziado de sentido e inexecutável”; o julgamento *Distomo* “encontra-se ainda pendente”.

3. Segunda Rodada de Respostas

92. As Partes litigantes entenderam pertinente comentar as respostas que tinham fornecido às perguntas que tinha feito durante as audiências orais perante a Corte (*supra*). Esses comentários adicionais formam a segunda rodada de suas respostas, que também vou revisar e sumarizar, para fins de clarificação, diante dos diferentes posicionamentos

do *Areios Pagos* no caso do *Massacre de Distomo* ainda se encontra pendente de execução dentro ou fora do sistema jurídico grego?”

assumidos pelas Partes litigantes no presente caso sobre as *Imunidades Jurisdicionais do Estado* perante a Corte.

(a) Comentários da Alemanha

93. A Alemanha fez apenas observações sobre a resposta da Grécia à pergunta que lhe tinha dirigido. A Alemanha, primeiro, fez referência ao Artigo 100 (1.º) da Constituição grega, ao Artigo 54 (1.º) da Lei grega n.º 345/1976, relativa ao Supremo Tribunal Especial, e a uma decisão do Supremo Tribunal Especial sobre este último dispositivo. Nesta base, a Alemanha alegou que, desde o julgamento de 2002 no caso *Margellos e Outros*, “nenhum tribunal grego proferiu uma sentença desconsiderando a imunidade estatal alemã por atos *jure imperii* durante a II Guerra Mundial e nenhuma medida de execução no caso *Distomo* foi tomada”. A Alemanha então se referiu a dois julgamentos do *Areios Pagos* (em 2007 e em 2009) que seguiram a jurisprudência do Supremo Tribunal Especial, “de acordo com a qual a regra da imunidade jurisdicional mantém-se inalterada mesmo nos casos tendo por objeto alegações de sérias violações do direito internacional humanitário”.

(b) Comentários da Itália

94. Por sua vez, a Itália comentou algumas das respostas da Alemanha decorrentes das perguntas que tinha feito (*supra*). Em relação à primeira pergunta, ao contrário do que alegou a Alemanha, a Itália argumentou que a conclusão da Corte, nos parágrafos do Despacho de 6 de julho de 2010 citados pela Alemanha, estava estritamente limitada à questão da admissibilidade do pedido reconvenicional da Itália e não afetou a solução da questão levantada pela principal reivindicação da Alemanha. A Itália sustentou que cabe à Corte examinar os argumentos da Itália sobre o mérito do pedido principal da Alemanha e, em particular, o argumento segundo o qual a obrigação de reparação por crimes de guerra tem algumas implicações específicas para a imunidade do Estado.

95. Quanto à resposta da Alemanha à minha terceira pergunta, a Itália contestou a declaração da Alemanha de que o regime de reparação configurado depois da Segunda Guerra Mundial era “global”. A Itália argumentou que a própria Alemanha, tanto nos procedimentos escritos quanto nos orais, admitiu que as reparações feitas em relação às vítimas italianas de crimes de guerra eram somente “parciais”. A Itália, mais adiante, contestou que o Acordo de 1961 forneceu reparações apenas para as vítimas de perseguição. Assim, a Itália adicionou que a caracterização da reparação como “global” não pode ser correta, em particular no que

diz respeito às vítimas italianas de crimes de guerra. Alegou ainda que os argumentos da Alemanha deixam claro que nenhuma reparação foi feita a numerosas vítimas italianas de crimes de guerra¹¹⁴.

96. Finalmente, a Itália sustentou que o argumento da Alemanha conforme o qual as vítimas italianas de crimes de guerra não foram indenizadas por a Itália ter sido uma aliada da Alemanha até 8 de setembro de 1943

“é (...) errado (...) porque confunde o regime de responsabilidade do Estado por violações do *jus ad bellum* com as consequências das violações do *jus in bello*, e em particular ignora o regime especial de responsabilidade do Estado no caso de sérias violações do direito internacional humanitário”.

Ainda em relação à minha terceira pergunta, a Itália reivindicou que “o fato de as vítimas italianas terem acesso aos tribunais alemães não significa que lhes foram dadas as vias jurídicas eficazes para obter reparação”. Ela sustentou que as leis alemãs impuseram um número de “requisitos indevidamente restritivos” às vítimas italianas para receber reparações¹¹⁵.

XII. A Proibição do Trabalho Forçado ao Tempo da Segunda Guerra Mundial

1. A Proibição Normativa

97. A regulamentação jurídica do trabalho forçado ao tempo da Segunda Guerra Mundial repousava na Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Trabalho Forçado de 1930 (n.º 29), que entrou em vigor em 1.º de maio de 1932. A Convenção dispôs de uma série de restrições e proibições sobre trabalho forçado, almejando, em última análise, sua total supressão. A Convenção da OIT de 1930 (n.º 29) deixou claro que os prisioneiros de guerra não podem ser empregados de qualquer forma que esteja conectada com operações de guerra (fabricação, transporte de armas e munições) ou para trabalhos

¹¹⁴ Conforme a Alemanha afirmou, ela foi exonerada da obrigação de reparação com base na cláusula de renúncia do Artigo 77 do Tratado de Paz de 1947, argumento este combatido pela Itália no presente caso.

¹¹⁵ A Itália argumentou, a esse respeito, que a referência feita pela Alemanha à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é “fora de propósito”, na medida em que tal jurisprudência se baseia no pressuposto de que a “Convenção não impõe nenhuma obrigação específica aos Estados Contratantes para proporcionar uma reparação por erros e danos causados anteriormente à ratificação da Convenção”. A Itália acrescentou que os casos contra a Alemanha perante a Corte Europeia foram baseados no direito de propriedade constante no Artigo 1 do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia, e que a Corte considerou esses casos inadmissíveis, na medida em que os fatos em questão não estavam abrangidos no âmbito de aplicação desta norma.

insalubres ou perigosos (Artigos 31-32). Em caso de violações, eles têm o direito de se queixar (Artigo 31); além disso, formas de trabalho mais árduas não podem ser usadas como medidas disciplinares (Artigo 31).

98. Trabalho forçado, no sentido de trabalho imposto sob coerção ou ameaça de pena (Artigo 2.º (1.º)), foi condenado e expressamente proibido desde a Convenção da OIT de 1930 (n.º 29)¹¹⁶, apesar dos distintos contextos em que o trabalho forçado foi imposto com o passar do tempo. A Convenção da OIT de 1930 (n.º 29) foi seguida pela Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado de 1957, e estes dois instrumentos têm uma aceitação praticamente universal. Conforme sustentei em minha opinião dissidente anterior (parágrafos 130-132), junta ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália)* (pedido reconvenicional), os princípios nelas consignados, consagrando e conformando a abolição do trabalho forçado no direito internacional geral, fazem hoje parte integrante do domínio do *jus cogens*¹¹⁷.

99. Ademais, no domínio do direito internacional humanitário, o tratamento dos prisioneiros de guerra ou das populações civis durante um conflito armado foi regido, ao tempo da Segunda Guerra Mundial, pela IV Convenção de Haia de 1907 e pela Convenção de Genebra sobre Prisioneiros de Guerra de 1929; a Convenção de Genebra de 1929 adicionou à proibição do trabalho forçado os trabalhos que fossem insalubres ou perigosos para os prisioneiros de guerra (Artigos 28-34). Ainda em conexão com a proibição do trabalho forçado, nessa mesma época, a Convenção de Genebra sobre a Escravatura de 1926 proibiu a escravidão e o tráfico de escravos; esta expressamente dispôs que é obrigação dos Estados “tomar todas as medidas para evitar o trabalho compulsório ou forçado de modo a afastar condições análogas à escravidão” (Artigo 5.º).

100. O Regulamento às Leis e Costumes da Guerra Terrestre, anexo a já mencionada IV Convenção de Haia de 1907, proibiu, no que diz respeito ao trabalho forçado de habitantes de territórios ocupados, o envolvimento de tais habitantes no trabalho de “operações militares contra seu próprio país” (Artigo 52). A Alemanha assinou a IV Convenção de Haia de 1907 em 18 de outubro de 1907 e a ratificou em 27 de novembro de 1909. Adicionalmente, deve ser observado que a Alemanha ratificou a Convenção da OIT sobre Trabalho Forçado de 1930

¹¹⁶ *Alto al Trabajo Forzoso – Informe Global con Arreglo al Seguimiento de la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Genebra, OIT, 2001, pp. 9-10.

¹¹⁷ Cf., nesse sentido, por exemplo, M. Kern e C. Sottas, “The Abolition of Forced or Compulsory Labour”, *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Genebra, OIT, 2003, p. 44, e cf. p. 33; e International Labour Office, *Eradication of Forced Labour*, Genebra, OIT, 2007, p. 111.

(n.º 29) apenas em 13 de junho de 1956. Seja como for, mesmo se essa ratificação tardia proíbe invocar a Convenção como base de *competência* antes de meados de 1956, a *responsabilidade* da Alemanha Nazista subsistia. Ninguém negaria a ilegalidade do trabalho forçado, já na época da Segunda Guerra Mundial.

101. O regime do trabalho forçado, organizado pela Alemanha Nazista, poderia ser equiparado à “escravidão”, dada a presença de elementos constitutivos desse crime, nomeadamente, a sujeição de uma parte da população de um território ocupado, com vistas a realizar trabalhos forçados ou compulsórios, destinados a ser permanentes, e realizados em condições similares à escravidão sob a autoridade de pessoas privadas¹¹⁸. As autoridades nazistas alemãs tinham como política deixar morrer os trabalhadores forçados exaustos; algumas vezes, elas matavam os trabalhadores forçados quando não mais podiam trabalhar. Tais circunstâncias fazem com que sua política se enquadre na definição da “escravidão”¹¹⁹.

2. O Reconhecimento Judicial da Proibição

102. A política estatal da Alemanha Nazista teve repercussões nos trabalhos e conclusões do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, pouco depois da Segunda Guerra Mundial. O Estatuto do Tribunal de Nuremberga de 1945 listou, entre os *crimes de guerra*, a “deportação, para o trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, da população civil de ou em territórios ocupados” (Artigo 6.º *(b)*); e, entre os *crimes contra a humanidade*, a “escravidão, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra” (Artigo 6.º *(c)*). A proibição do trabalho forçado e da escravidão já tinha sido determinada, conforme indicado acima, no *corpus juris gentium*, em instrumentos internacionais da OIT, bem como do direito internacional humanitário.

103. Foi então com os trabalhos do Tribunal de Nuremberga que se obteve também o reconhecimento judicial desta proibição. De fato, a questão do trabalho forçado durante a Segunda Guerra Mundial foi examinado pelo Tribunal de Nuremberga, o qual, no caso dos *Principais Criminosos de Guerra* (julgamento de 1.º de outubro de 1946), lembrou que o Artigo 6.º *(b)* do seu Estatuto¹²⁰ dispõe que “maus-tratos, ou deportação, para o trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, da população civil de ou em territórios ocupados

¹¹⁸ L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, pp. 455-456.

¹¹⁹ Cf. CICV, *Customary International Humanitarian Law*, Rule 95: Forced Labour, Deportation to Slave Labour, n.º 19.

¹²⁰ A seguir referido como o “Estatuto de Nuremberga”.

são crimes de guerra”. O Tribunal também recordou que “as regras relacionadas ao trabalho forçado por habitantes de territórios ocupados encontram-se no Artigo 52 da Convenção de Haia” de 1907¹²¹.

104. Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberga concluiu que “a política das autoridades de ocupação alemã estava em flagrante violação com os termos da [Convenção de Haia de 1907]” e que uma “ideia dessa política pode ser ilustrada a partir das declarações feitas por Hitler em seu discurso em 9 de novembro de 1941”, afirmando que “as autoridades de ocupação alemãs tiveram sucesso em forçar muitos habitantes de territórios ocupados ao trabalho para o esforço de guerra da Alemanha, e em deportar pelo menos 5.000.000 pessoas para a Alemanha para servir na indústria e agricultura alemãs”. Também foi observado que “os habitantes dos países ocupados foram recrutados e compelidos ao trabalho em ocupações locais, para auxiliar a economia de guerra da Alemanha” e que “em muitos casos eles eram forçados a trabalhar em fortalezas alemãs e instalações militares”¹²².

105. A partir das declarações acima feitas por Hitler, apontadas pelo próprio Tribunal de Nuremberga, não restam dúvidas que o trabalho forçado por habitantes de territórios ocupados era uma política bastante difundida na indústria de guerra alemã durante a Segunda Guerra Mundial, e era uma política do Estado Nazista alemão. Tal política estatal estava em flagrante violação do direito internacional, tanto convencional quanto costumeiro.

106. De fato, o Tribunal de Nuremberga também observou que uma campanha propagandista vigorosa foi criada com vistas a induzir trabalhadores a se voluntariar ao trabalho na Alemanha, e, em algumas instâncias, trabalhadores e suas famílias foram ameaçados pela polícia em caso de recusa em ir para a Alemanha¹²³. As provas perante o Tribunal demonstraram que os trabalhadores eram mandados sob escolta para a Alemanha e muitas vezes foram amontoados em comboios sem comida, aquecimento, roupa e instalações sanitárias adequadas, e que o tratamento dos trabalhadores na Alemanha foi, em muitos casos, brutal e degradante; o Tribunal também descobriu que muitos prisioneiros de guerra foram alocados em trabalhos ligados diretamente às operações militares, em violação do Artigo 31 da Convenção de Genebra de 1929¹²⁴.

¹²¹ Tribunal Militar Internacional, julgamento de 1.º de outubro de 1946, no *Julgamento dos Principais Criminosos de Guerra: Anais do Tribunal Militar Internacional Realizado em Nuremberga, Alemanha*, Parte 22 (22 de Agosto de 1946-1.º de outubro de 1946), p. 460.

¹²² *Ibid.*, p. 460.

¹²³ *Ibid.*, p. 461.

¹²⁴ *Op. cit. supra*, nota 121, p. 462.

107. Quanto à natureza costumeira das regras aplicadas, o Tribunal de Nuremberga acrescentou que:

“O Artigo 6.º do Estatuto dispõe:

(b) Crimes de guerra: nomeadamente, violações das leis ou costumes de guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a, assassinato, maus-tratos ou deportação, para o trabalho escravo ou qualquer outro propósito, da população civil de ou em territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas nos mares, assassinato de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias ou devastação não justificada por necessidade militar;

(c) Crimes contra a humanidade: nomeadamente, assassinato, extermínio, escravidão, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições políticas, raciais ou com fundamentos religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal, em violação ou não de leis domésticas do país onde foram perpetrados (...).”

O Tribunal é, por óbvio, vinculado pelo Estatuto [de Nuremberga], na definição que ele dá tanto dos crimes de guerra como dos crimes contra a humanidade. Com respeito aos crimes de guerra, entretanto, conforme já dito anteriormente, os crimes definidos no Artigo 6.º, Secção (b), do Estatuto [de Nuremberga] já eram reconhecidos como crimes de guerra no âmbito do direito internacional. Eles estavam cobertos pelos Artigos 46, 50, 52 e 56 da Convenção de Haia de 1907, e pelos Artigos 2.º, 3.º, 4.º, 46 e 51 da Convenção de Genebra de 1929. Não há dúvidas de que as violações dessas disposições constituíam crimes para os quais os indivíduos culpados eram puníveis”¹²⁵.

108. O Tribunal de Nuremberga verificou ainda que, em 1939, as regras estabelecidas na Convenção de Haia de 1907 eram reconhecidas por todas as “nações civilizadas”, e eram consideradas como sendo declaratórias das leis e costumes de guerra referidos no Artigo 6.º (b) do Estatuto de Nuremberga. Quanto aos crimes contra a humanidade, o Tribunal de Nuremberga concluiu que “a política de terror certamente foi praticada em grande escala, e em muitos casos foi organizada e sistemática” e que “a política de perseguição, repressão e assassinato de civis supostamente hostis ao Governo na Alemanha antes da guerra de 1939”, tinha sido “ímpiedosamente implementada”. O Tribunal concluiu, assim, que “desde o começo da guerra em 1939, foram cometidos em grande escala crimes de guerra, que também

¹²⁵ *Ibid.*, p. 467. O julgamento também afirmou, em relação aos crimes cometidos na Tchecoslováquia, que: “Apesar de a Tchecoslováquia não ser Parte na Convenção de Haia de 1907, as regras da guerra terrestre expressas na presente Convenção são declaratórias do direito internacional em vigor e, portanto, aplicáveis”, p. 524 (ênfase dada).

eram crimes contra a humanidade” e considerou que “eles foram todos cometidos em execução de, ou em conexão com, a guerra agressiva, e, portanto, constituíram crimes contra a humanidade”¹²⁶.

109. Por sua vez, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (o Tribunal de Tóquio), em seu julgamento de 12 de novembro de 1948, expressou igualmente sua preocupação quanto ao uso do trabalho forçado, o método de recrutamento, o confinamento dos trabalhadores nos campos; o Tribunal de Tóquio também se preocupou com a pouca ou a falta de distinção feita “entre esses trabalhadores recrutados, por um lado, e os prisioneiros de guerra e internados civis, por outro lado”, todos considerados como “trabalhadores escravos”¹²⁷.

110. Em nossos dias, no recente julgamento do caso *Kononov c. Latvia* (2008-2010), interposto junto da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) por um sobrevivente da Segunda Guerra Mundial, a Corte EDH (antiga Seção III, julgamento de 24 de julho de 2008), considerou relevante realizar o exame da evolução do direito internacional humanitário, desde as Primeira e Segunda Conferências de Paz de Haia (1899 e 1907) ao rescaldo da Segunda Guerra Mundial (os julgamentos dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio e a Convenção de Genebra de 1949), para determinar que a subjugação e os maus-tratos dos civis já eram proibidos bem antes da Segunda Guerra Mundial (parágrafos 55-70).

111. Nessa mesma linha de raciocínio, a Corte EDH, em um julgamento posterior (Grande Seção, de 17 de maio de 2010), no caso *Kononov c. Latvia*, aprofundou-se ainda mais no exame da evolução do direito internacional humanitário, desta vez desde as primeiras codificações do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial (parágrafos 206-217), para descobrir que “os maus-tratos, ferimentos e mortes” dos aldeões (em todo caso *hors de*

¹²⁶ *Op. cit. supra*, nota 121, p. 468.

¹²⁷ Nas palavras do Tribunal:

“Após terem decidido uma política de emprego de prisioneiros de guerra e civis no trabalho contribuindo diretamente para o prosseguimento da guerra, e tendo constituído um sistema para levar a cabo a política em questão, os japoneses foram além e complementaram essa fonte de mão-de-obra, recrutando trabalhadores da população nativa dos territórios ocupados. Esse recrutamento de trabalhadores foi realizado por meio de falsas promessas, e com uso da força. Após serem recrutados, os trabalhadores eram transportados para e confinados em campos. Pouca ou nenhuma distinção foi feita entre esses trabalhadores recrutados, por um lado, e os prisioneiros de guerra e civis, por outro lado. Eles foram todos considerados trabalhadores escravos utilizados até o limite de sua resistência. Por essa razão, incluímos esses trabalhadores recrutados nos “internados civis” (...). O destino desses trabalhadores recrutados foi agravado pelo fato de que, via de regra, eram ignorantes acerca dos princípios de higiene [*sic*] aplicáveis às suas condições incomuns de superlotação e eles sucumbiam mais facilmente às doenças resultantes de condições insalubres de confinamento e trabalho forçado imposto pelos captores japoneses” (Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, julgamento de 12 de novembro de 1948, in J. Pritchard e S. M. Zaide (eds.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, pp. 693-694).

combat) constituíam, já ao tempo dos Regulamentos de Haia de 1907, “um crime de guerra” (parágrafo 216). A Corte ponderou, *inter alia*, que:

“Enquanto a noção de crimes de guerra pode ser rastreada séculos atrás, os meados do século dezanove viram um período de sólida codificação dos atos constituindo um crime de guerra e para o qual um indivíduo poderia ser penalmente responsável. O Código Lieber [de] 1863, [o Manual Oxford de 1880 (...)], e em particular o projeto de Declaração de Bruxelas [1874] (...) inspiraram a Convenção e os Regulamentos de Haia [de] 1907. Esses últimos instrumentos foram os que mais influenciaram as primeiras codificações e foram, em 1907, declaratórios das leis e costumes de guerra: eles definiram, *inter alia*, conceitos-chave relevantes (*combatentes*, *levée en masse*, *hors de combat*), eles listaram ofensas detalhadas contra as leis e costumes de guerra e proporcionaram uma defesa residual por meio da cláusula Martens, aos habitantes e beligerantes para casos não cobertos por disposições específicas da Convenção e do Regulamento de Haia [de] 1907. A responsabilidade, nesse sentido, recaía sobre os Estados, que deviam dar instruções às suas forças armadas, e pagar uma indenização se as suas forças armadas violassem tais regras” (parágrafo 207).

112. Após revisar os ramos de direito humanitário de “Haia” e de “Genebra”, “o segundo complementando o primeiro”, no curso da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, a Corte Europeia ainda lembrou que o Estatuto do Tribunal de Nuremberga forneceu uma “definição não exaustiva dos crimes de guerra” e, em seu julgamento, foi da opinião de que as regras humanitárias consagradas na Convenção e nos Regulamentos de Haia de 1907 eram reconhecidas como sendo “declaratórias das leis e dos costumes de guerra em 1939 e que as violações dessas disposições constituíam crimes pelos quais os indivíduos eram passíveis de punição” (parágrafo 207).

113. A Corte EDH posteriormente acrescentou que “tanto o direito internacional quanto o direito nacional (este último incluindo a transposição de normas internacionais) serviram como base para os processos e para a determinação da responsabilidade no âmbito nacional” (parágrafo 208)¹²⁸. Em suma, pelo dito acima, resta claro que também houve um reconhecimento judicial de que, antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, maus-tratos de civis (tal como trabalho forçado) eram ilícitos – eram crimes de guerra – e implicavam a responsabilidade do Estado como a responsabilidade individual.

¹²⁸ Cf. também parágrafo 212.

3. A Proibição em Vias de Codificação

114. A proibição do trabalho forçado como forma de escravidão não deve ser tomada de ânimo leve, tendo em consideração o longo período de tempo para erradicar este fenómeno, e o fato de que ainda sobrevive nos dias de hoje. De tempos em tempos, atenção tem sido direcionada a esse assunto em razão das lutas contra o trabalho forçado como forma de trabalho escravo. A esse respeito, em 1958, por exemplo, J.H.W. Verzijl ressaltou ser “chocante ter de reconhecer” que as tentativas de lidar com abusos estigmatizados e desgraças do passado são “relativamente recentes”. Assim:

“Basta lembrar as evidências históricas humilhantes de que a abolição formal da escravidão somente foi relutantemente alcançada, pouco a pouco, durante o século dezanove, e que formas ocultas ou até mesmo evidentes ainda florescem (...), que ainda foi necessário em 1956 concluir a Convenção suplementar relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, (...) um mal ainda existente que sobrevive ao passado”¹²⁹.

115. Quando, no início de sua existência, e na era da própria Organização das Nações Unidas, a CDI formulou os *Princípios de Direito Internacional Reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberga e pelos Julgamentos desse Tribunal* (1950), e incluiu, entre os “*crimes de guerra*”, a “deportação, para o trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, da população civil de ou em territórios ocupados” (Princípio VI (b)); e igualmente incluiu, entre os “*crimes contra a humanidade*”, a “escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil” (Princípio VI (c))¹³⁰. Codificados em 1950, esses princípios já estavam profundamente gravados na consciência jurídica universal. Esses crimes já estavam proibidos pelo direito internacional desde muito tempo.

116. Permanece o fato de que a proibição do trabalho forçado como forma de escravidão rapidamente marcou sua presença nos esforços de codificação, não apenas da CDI, em meados do século XX, mas também no Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) em meados da década passada. De fato, de acordo com o estudo realizado pelo CICV intitulado *Direito Internacional Humanitário Costumeiro*, publicado em 2005, trabalho forçado sem compensação e abusivo é proibido; o estudo afirma que tal proibição de trabalho

¹²⁹ J.H.W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, pp. 5-6.

¹³⁰ ONU, *The Work of the International Law Commission*, 7.º ed. Vol. I, Nova Iorque, 2007, p. 265.

forçado alcançou o estatuto de “norma costumeira de direito internacional aplicável em conflitos armados tanto internacionais quanto não internacionais”¹³¹ (Regra 95).

4. Os Crimes Internacionais e as Proibições de *Jus Cogens*

117. Permanece o fato de que, ao tempo da Segunda Guerra Mundial, o trabalho forçado como forma de trabalho escravo já era proibido pelo direito internacional. Bem antes da Segunda Guerra Mundial, e de fato antes da Primeira Guerra Mundial, sua ilicitude já era amplamente conhecida. O fato de práticas ilícitas terem todavia persistido em tempos de paz e de conflito armado – tal como persistem hoje – não significa que havia um vácuo jurídico a esse respeito. As proibições do direito internacional não cessam de existir porque ocorrem violações. Pelo contrário, tais violações ocasionam consequências jurídicas para os responsáveis.

118. Já no início do século XX, a IV Convenção de Haia de 1907 continha, em seu preâmbulo, a *célèbre cláusula Martens* (cf. *supra*), invocando, para os casos não incluídos no Regulamento anexo, “os princípios da humanidade” e “as exigências da consciência pública” (parágrafo 8). Cuidado foi tomado para garantir que ninguém seja privado da proteção conferida pelo *corpus juris gentium* – pelo direito internacional convencional ou costumeiro – contra o trabalho forçado e escravo na indústria de armamento. Tal proteção foi estendida pelo *jus genti una* todos os seres humanos, bem antes do sinistro pesadelo e dos horrores do Terceiro Reich.

119. Nessa linha de pensamento, em minha opinião dissidente anterior (parágrafos 144-146), junta ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010, no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália)* (pedido reconvenicional), eu chamei atenção (à luz das alegações das próprias Partes litigantes no presente caso, não necessariamente divergindo aqui) sobre a incidência do *jus cogens*, no que diz respeito à proibição absoluta do trabalho forçado e escravo na indústria de guerra. A esse respeito, eu ponderei que:

“De fato, podemos voltar atrás – até mesmo antes da Segunda Conferência de Paz de Haia (1907) – ao tempo da Primeira Conferência de Paz de Haia (1899) (...). Ao final do

¹³¹ CICV, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: *Rules* (eds. J.-M. Henckaerts e L. Doswald-Beck), Genebra/Cambridge, CICV/Cambridge University Press, 2005, p. 330 e cf. pp. 331-334; e também cf. CICV, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: *Practice – Parte I* (eds. J.-M. Henckaerts e L. Doswald-Beck), Genebra/Cambridge, CICV/Cambridge University Press, 2005, pp. 2225-2262.

século dezanove, na época da Primeira Conferência de Paz de Haia, havia um consenso de que os Estados podiam incorrer em responsabilidade delitual por maus-tratos a pessoas (por exemplo, transferência de civis para trabalhos forçados); isto anunciava a subsequente época da responsabilidade penal dos agentes individuais do Estado, com a consagração dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O gradual despertar da consciência humana levou a uma evolução desde a conceituação dos *delicta juris gentium* para a das violações do direito internacional humanitário (na forma de crimes de guerra e crimes contra a humanidade) – o legado de Nuremberga – e destas últimas para as *graves* violações do direito internacional humanitário (com as quatro Convenções de Genebra de 1949 relativas ao direito internacional humanitário, e seu Protocolo Adicional I de 1977)¹³². Com esse gradual despertar da consciência humana, igualmente, os seres humanos deixaram de ser *objetos* de proteção e passaram a ser reconhecidos como *sujeitos* de direitos, começando com o direito fundamental à vida, englobando o *direito de viver* em condições dignas.

Os seres humanos foram reconhecidos como *sujeitos* de direitos em quaisquer circunstâncias, em tempos de paz bem como em tempos de conflito armado. Quanto a esse respeito, pode-se brevemente recordar aqui que, antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no período entre guerras, as experiências pioneiras dos sistemas de minorias e do sistema de mandatos sob a Liga das Nações concederam um acesso direto dos indivíduos em causa às instâncias internacionais (o Comitê das Minorias e a Comissão Permanente de Mandatos, respetivamente), a fim de reivindicar os direitos emanados *diretamente* do direito das gentes (o *jus gentium* em desenvolvimento). Quanto a este último, igualmente, a partir da Segunda Conferência de Paz de Haia de 1907 em diante, os seres humanos viram-se reconhecer o direito de reivindicar reparações de guerra” (*Relatório da CIJ de 2010 (I)*, pp. 385-386, parágrafos 144-146).

120. Sendo assim, tal direito a reparações de guerra, tendo sido reconhecido bem antes do final da Segunda Guerra Mundial, não podia ser renunciado pelos Estados em seus acordos

¹³² Convenção de Genebra I, artigos 49-50; Convenção de Genebra II, artigos 50-51; Convenção de Genebra III, artigos 129-130; Convenção de Genebra IV, artigos 146-147; Protocolo Adicional I, artigos 85-88. O Protocolo Adicional I de 1977 (artigo 85) preferiu ficar com a terminologia das quatro Convenções de Genebra de 1949 a este respeito, e manteve a expressão de “graves violações” do direito internacional humanitário, tendo em vista os “objetivos puramente humanitários” desses tratados humanitários; ainda, entendeu-se pertinente que “graves violações” desses tratados (as quatro Convenções de Genebra e o Protocolo Adicional I) “devem ser consideradas como crimes de guerra” (artigo 85 (5)). Cf. Y. Sandoz, C. Swinarski e B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Genebra/Leiden, CICV/Nijhoff, 1987, pp. 990 e 1003.

com outros Estados; eram direitos inerentes aos seres humanos vitimados pela crueldade e pelo sofrimento humano incalculável por detenções arbitrárias, deportações e trabalhos forçados na indústria de guerra. Eu já considerei este ponto na presente opinião dissidente (cf. sessão VII *supra*). Em uma sequência lógica, entendo agora apropriado voltar a dar atenção às alegações orais das Partes litigantes, e do Estado interveniente, sobre o *jus cogens* e a remoção da imunidade, e depois ao problema da oposição da imunidade estatal com o direito individual de acesso à justiça.

XIII. Alegações Oraís das Partes, e do Estado Interveniente, sobre o *Jus Cogens* e a Remoção da Imunidade: Avaliação

121. Quanto ao *jus cogens* e à *imunidade do Estado*, a Alemanha argumenta que o *jus cogens* diz respeito às regras primárias e não às regras secundárias do direito internacional (tais como as consequências das violações)¹³³. A Alemanha alega que não pode haver um conflito entre duas regras do direito internacional geral, sendo a questão apenas a de saber se uma delas foi modificada por outra, e no presente caso, em seu entendimento, a prática dos Estados não indica que as regras sobre a imunidade do Estado tenham sido modificadas de alguma forma¹³⁴.

122. A Itália, por seu turno, reivindica que as normas de *jus cogens* possuem efeitos no reino da responsabilidade estatal, também para a prevenção de violações do direito internacional¹³⁵. A posição da Itália é que, em alguns casos específicos, existe um direito de afastar a imunidade para cumprir as normas de *jus cogens*¹³⁶. Daí, a justeza da decisão da Corte de Cassação italiana em levantar a imunidade em tais casos de violação de regras de *jus cogens*, colocando um ponto final à contínua violação pela Alemanha¹³⁷.

123. A Grécia, por outro lado, argumentou que, de acordo com os tribunais gregos, se regras dotadas de um caráter imperativo tinham sido violadas, a imunidade estatal não podia ser invocada¹³⁸; em seu entendimento, a tentativa de distinguir entre uma norma material (*jus cogens*) e uma norma processual (imunidade estatal) não tem valor jurídico. Uma norma

¹³³ CR 2011/17, pp. 49-50, parágrafo 3; argumenta ainda que o *jus cogens* não pode ser entendido como a expressão de princípios de direito de maior valor sobrepondo-se a todos os outros princípios que expressam valores menos elevados.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 53, parágrafo 6.

¹³⁵ CR 2011/18, pp. 47-48, parágrafo 25.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 49, parágrafo 28.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 56-58, parágrafos 16-18.

¹³⁸ CR 2011/19, p. 36, parágrafo 98.

processual não pode prevalecer sobre uma regra material de *jus cogens*, já que seria inconsistente com o propósito e o *ratio* da norma material, e resultaria na impunidade para os Estados que cometeram graves violações às normas imperativas¹³⁹. Além disso – ela adicionou – tal distinção prejudicaria o direito a um recurso efetivo, conforme previsto nos instrumentos internacionais¹⁴⁰; portanto, o efetivo acesso aos tribunais com vistas ao cumprimento de tais normas (sem qualquer barreira à jurisdição devido à imunidade) deve ser reconhecido¹⁴¹.

124. A Alemanha contestou que a decisão de afastar a imunidade desestabilizaria os acordos de paz e o princípio *pacta sunt servanda*, já que todos os tratados de paz seriam prejudicados por demandas judiciais individuais almejando compensação (e até mesmo a própria Itália poderia enfrentar tais processos)¹⁴². Também reivindicou que o bem coletivo não deve ser prejudicado em função do bem individual – e, portanto, que os direitos humanos não podem ser reconhecidos como capazes de colocar em risco a estrutura da sociedade internacional.

125. A Itália respondeu que o que é requerido à Corte é o exame da legalidade de certas decisões dos tribunais italianos baseadas em um contexto fatural muito específico, o que torna este caso único. Assim, a decisão da Corte não poderia ter as consequências catastróficas, alegadas pela Alemanha, para a totalidade do sistema jurídico internacional¹⁴³. A Itália acrescentou que a sua visão se aproximava do “princípio da complementaridade”, na medida em que sustentava que um indivíduo tem o direito de se dirigir aos seus tribunais nacionais, apenas se não for bem-sucedido perante os tribunais do Estado autor da violação¹⁴⁴.

126. Quanto ao julgamento do *Areios Pagos* no caso do *Massacre de Distomo*, a Grécia relata os processos perante os tribunais gregos e as decisões dos mesmos, e argumenta que o Supremo Tribunal Especial grego não é uma “corte constitucional”; ele pretende analisar a constitucionalidade das leis em situações limitadas e não é comparável com os

¹³⁹ *Ibid.*, p. 37, parágrafo 102.

¹⁴⁰ CR 2011/19, p. 38, parágrafo 106.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² CR 2011/17, pp. 55-56, parágrafo 13. Também alegou que há um risco de criação de uma cultura de “*forum shopping*”, que poderia causar sérios problemas nas relações internacionais e criar um problema para a propriedade de bens no estrangeiro; *ibid.*, p. 59, parágrafo 18.

¹⁴³ CR 2011/21, pp. 14-16, parágrafos 4-7. A Itália também contestava a existência, como sustentado pela Alemanha, de um risco real de “*forum shopping*”; para a Itália, sua posição e a do Tribunal de Cassação italiano não tinham nada a ver com qualquer “jurisdição civil universal”; *ibid.*, pp. 49-50, parágrafos 31-33.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 49-50, parágrafos 31-33.

tribunais de outros Estados, cujas decisões têm primazia dentro de sua ordem jurídica¹⁴⁵. Assim, o impacto da decisão na ordem jurídica grega levanta algumas questões, mas não pode ser considerada como tendo invertido a decisão do *Areios Pagos* no caso do *Massacre de Distomo*¹⁴⁶.

127. A esse respeito, a Alemanha sustenta que, não obstante os argumentos levantados pela Grécia, é fato que, na sequência da decisão do Supremo Tribunal Especial grego no caso *Margellos*, a ordem jurídica grega não reconhece qualquer limitação à imunidade soberana por atos *jure imperii*, uma vez que a decisão daquele tribunal vincula todos os tribunais gregos¹⁴⁷. A Alemanha também alega que o reconhecimento e o cumprimento da decisão grega no caso *Distomo* pelos tribunais italianos violaram a imunidade alemã¹⁴⁸. A esse respeito, a Alemanha nota a aceitação do advogado italiano quanto à ilegalidade da hipoteca judicial na Villa Vigoni e o desejo de a Itália remediar a situação¹⁴⁹.

128. A Itália argumenta que o cumprimento do julgamento do *Massacre de Distomo* não foi uma consequência do alegado “*forum shopping*” criado pela decisão *Ferrini*, e que não há qualquer princípio que torna obrigatório o reconhecimento processual de qualquer tipo de imunidade de Estado estrangeiro. Além disso, defende que desde que os tribunais gregos não reconheceram a imunidade da Alemanha com base nas mesmas justificativas e em circunstâncias similares àsquelas do caso *Ferrini*, a Itália não era obrigada a conceder imunidade à Alemanha¹⁵⁰.

129. Em meu entendimento, o que coloca em risco ou desestabiliza a ordem jurídica internacional são os crimes internacionais e não as ações de indenização intentadas por indivíduos que buscam justiça. Em minha percepção, o que perturba a ordem jurídica internacional são os encobrimentos de tais crimes internacionais, acompanhados pela impunidade dos perpetradores, e não as vítimas em busca de justiça. Quando um Estado coloca em prática políticas criminais de assassinato de segmentos de sua própria população, e da população de outros Estados, não pode depois colocar-se por trás do escudo das imunidades soberanas, estas últimas nunca tendo sido concebidas para esse propósito. Graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, no que diz respeito a crimes internacionais, não são todos atos *jure imperii*. Elas são atos antijurídicos, violações do

¹⁴⁵ CR 2011/19, pp. 23-24.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 23-24, parágrafos 43 e 46.

¹⁴⁷ CR 2011/20, p. 19, parágrafo 10.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 28-29, parágrafos 28-30.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 29, parágrafo 31.

¹⁵⁰ CR 2011/21, pp. 28-29, parágrafos 1-4.

jus cogens, que não podem ser simplesmente removidas ou jogadas ao esquecimento por conta da imunidade do Estado. Isso bloquearia o acesso à justiça e resultaria na impunidade. É, de fato, o oposto que deve prevalecer: violações do *jus cogens* afastam as reivindicações da imunidade soberana, para que a justiça seja feita.

XIV. A Imunidade do Estado Contra o Direito de Acesso à Justiça

1. A Tensão Existindo na Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

(a) O Caso Al-Adsani (2001)

130. A tensão entre o direito de acesso à justiça e a imunidade do Estado esteve presente na recente jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH). O importante caso *Al-Adsani c. Reino Unido* (2001) tinha sua origem na reivindicação de um cidadão com dupla cidadania britânica e kuwaitiana contra o Reino Unido, que alegava que os tribunais britânicos tinham falhado, em violação dos Artigos 6.º e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em proteger seu direito de acesso a um tribunal ao conceder a imunidade estatal ao Kuwait, contra o qual tinha iniciado uma ação civil por tortura sofrida enquanto estava detido pelas autoridades do Kuwait.

131. Em seu julgamento em 21 de novembro de 2001, a Corte EDH (Grande Câmara), aceitando que a proibição da tortura adquiriu o estatuto de norma de *jus cogens* no direito internacional, viu-se, no entanto, incapaz de discernir qualquer base sólida para concluir que um Estado “não goza mais de imunidade em processos civis interpostos em tribunais de outro Estado onde os atos de tortura são alegados”¹⁵¹. Esta decisão da Corte EDH (Grande Câmara) foi proferida por nove votos contra oito¹⁵². As deficiências no raciocínio da maioria foram bem delineadas na opinião dissidente conjunta dos Juízes Rozakis e Caflisch, acompanhados pelos Juízes Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajić; eles acertadamente concluíram que, quando há um conflito entre uma norma de *jus cogens* e qualquer outra norma de direito internacional, a primeira prevalece, com a consequência de que a norma conflituante não possui efeitos jurídicos que contradigam o conteúdo da norma imperativa¹⁵³.

¹⁵¹ Corte EDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, processo n.º 35763/97, julgamento de 21 de novembro de 2001, parágrafos 59-61.

¹⁵² Sobre a questão da alegada violação do artigo 6 da Convenção.

¹⁵³ Corte EDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, processo n.º 35763/97, julgamento de 21 de novembro de 2001, opinião dissidente dos juízes Rozakis e Caflisch, acompanhados pelos juízes Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajić, parágrafo 1.

132. Em meu entendimento, os juízes dissidentes tocaram no ponto crucial do problema do raciocínio da maioria. Diferentemente da maioria, eles deram a devida atenção à necessária consequência derivando da constatação de que a proibição da tortura alcançou o estatuto de *jus cogens*, ou seja: um Estado não pode esconder-se por detrás das normas de imunidade do Estado, para evadir-se das consequências de suas ações e evitar processos civis por tortura perante uma jurisdição estrangeira¹⁵⁴. Os juízes dissidentes também fundamentaram que a distinção feita pela maioria entre processo penal e processo civil não está em consonância com a própria essência da racionalidade das normas de *jus cogens*: de fato, a natureza penal ou civil dos procedimentos em questão não é material, posto que o que realmente importa é o fato de que houve violação de uma norma de *jus cogens* e que, portanto, qualquer barreira jurisdicional tem de ser levantada “pela própria interação das normas internacionais envolvidas”¹⁵⁵.

133. Similarmente, em sua opinião dissidente, o Juiz Loucaides ponderou que, uma vez que se aceita que a proibição da tortura é efetivamente uma norma de *jus cogens*, a consequência é que nenhuma imunidade pode ser invocada acerca dos procedimentos cujo objeto é a atribuição de responsabilidade por atos de tortura¹⁵⁶. É realmente lamentável que o raciocínio da maioria dos membros da Corte falhou em extrair as devidas conclusões da constatação de que a proibição da tortura é uma norma de *jus cogens*, o que teria implicado, nas circunstâncias do caso *Al-Adsani*, um efeito invalidador do pedido da imunidade do Estado¹⁵⁷. Porém, a maioria dos membros da Corte ao menos aceitou a natureza consuetudinária das normas da imunidade estatal, com o reconhecimento de seu estado de transição e da possibilidade de imposição de limitações sobre elas (mesmo quando os Estados agem *jure imperii*), o que me parece deixar aberta uma porta para melhores entendimentos futuros¹⁵⁸.

134. No presente caso da *Alemanha c. Itália* perante esta Corte, os tribunais italianos corretamente extraíram as devidas conclusões jurídicas acerca do efeito das violações das normas com carácter de *jus cogens* sobre o pedido de imunidade do Estado em relação aos processos civis. Os fatos subjacentes ao presente caso constituem violações de normas imperativas, e a responsabilidade da Alemanha por essas violações não é contestada. Deste

¹⁵⁴ *Ibid.*, parágrafo 3.

¹⁵⁵ *Ibid.*, parágrafo 4.

¹⁵⁶ *Ibid.*, opinião dissidente do juiz Loucaides, parágrafo 1.

¹⁵⁷ Cf. C.L. Rozakis, “The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights”, 61 *Revue hellénique de droit international* (2008), pp. 579-680.

¹⁵⁸ Cf. *Ibid.*, p. 593.

modo, à luz do correto raciocínio dos juízes dissidentes no caso *Al-Adsani* perante a Corte EDH, a consequência é que a Alemanha não pode esconder-se por detrás das normas de imunidade do Estado a fim de evitar processos relativos a reparações por violações de normas de *jus cogens* perante uma jurisdição estrangeira (Itália). A este respeito, não se deve passar despercebido que, ao contrário do caso *Al-Adsani*, no qual o comportamento denunciado não ocorreu no Estado do foro (mas sim no Kuwait), algumas das reivindicações apresentadas aos tribunais italianos diziam respeito a crimes cometidos no todo ou em parte no próprio território italiano¹⁵⁹.

(b) O Caso McElhinney (2001)

135. O caso *McElhinney c. Irlanda* (2001) refere-se a uma reivindicação por danos, a partir de uma demanda judicial apresentada na Irlanda contra um soldado britânico que atirou no reclamante e no Secretário de Estado da Irlanda do Norte. Os tribunais domésticos rejeitaram seu pedido com base na imunidade invocada pelo Reino Unido. A Corte EDH (Grande Câmara), em seu julgamento em 21 de novembro de 2001, considerou que, enquanto parecia haver “uma tendência no direito internacional e no direito comparado com vistas a limitar a imunidade do Estado” por danos pessoais causados por atos ou omissões cometidos no território do Estado do foro, a prática não era considerada “como universal” (parágrafo 38). Em seguida, proferiu, por doze votos contra seis, que as decisões dos tribunais irlandeses não excederam “a margem de apreciação quanto à limitação do direito individual de acesso ao tribunal” (parágrafo 40).

136. Dois dos cinco juízes dissidentes (Rozakis e Loucaides), em suas respectivas opiniões dissidentes, argumentaram que a decisão da maioria não levou em consideração a evolução do direito internacional e desproporcionalmente restringiu o direito de acesso aos tribunais, afetando e prejudicando indevidamente a essência desse direito. O Juiz Loucaides acrescentou que:

“O direito internacional das imunidades originou-se em uma época quando os direitos individuais eram praticamente inexistentes e quando os Estados precisavam de maior proteção contra possíveis assédios por meio de processos judiciais abusivos. A doutrina sobre a imunidade do Estado tem sido nos tempos modernos objeto de um crescente número de restrições, a tendência sendo de reduzir a sua aplicação com vistas a

¹⁵⁹ CR 2011/18, pp. 41-46.

ter em conta os desenvolvimentos na área dos direitos humanos que fortalecem a posição do indivíduo” (parágrafo 4.º).

137. Os outros três juízes dissidentes (Caflisch, Cabral Barreto e Vajić), em sua opinião dissidente conjunta, também apoiaram o respeito do direito de acesso à justiça consagrado no Artigo 4.º (1.º) da Convenção Europeia (desproporcionalmente restrito no presente caso), indicando que, nos termos do Artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens, não havia “qualquer *obrigação* internacional, por parte dos Estados, em conceder imunidade a outros Estados em matéria de atos ilícitos causados por agentes deste último”. Eles igualmente acrescentaram que:

“O princípio da imunidade do Estado há muito deixou de ser uma regra geral que isenta os Estados da jurisdição dos tribunais de justiça. (...). O edifício da absoluta imunidade de jurisdição (e até de execução) começou a se desfazer, no primeiro quartel do século vinte, com o advento do comércio entre os Estados (...).

(...) Isenções à absoluta imunidade foram gradualmente reconhecidas pelos legisladores e tribunais nacionais, inicialmente na Europa Ocidental continental e, posteriormente, nos países de *common law* (...).

As exceções em questão também encontraram seu caminho no direito internacional sobre imunidade do Estado, especialmente a *tort exception*” (parágrafos 2.º-4.º).

138. No presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado* perante esta Corte, foi dito – pela Itália – que os reclamantes prosseguiram com suas ações perante os tribunais alemães, que não decidiram a seu favor. Deste modo, o raciocínio da Corte EDH no caso *McElhinney*, no qual o requerente tinha direito de acesso à justiça na Irlanda do Norte (e exercê-lo), não é prontamente aplicável às circunstâncias do presente caso perante esta Corte, na medida em que o requerente original buscou medidas alternativas antes de ir aos tribunais italianos: no presente caso, não havia qualquer alternativa razoável de modo a proteger efetivamente os direitos em jogo¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Cf. Contra Memorial da Itália, parágrafo 4.100. Cf. também a Resposta Escrita da Itália às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade (...) ao Final da Sessão Pública de 16 de setembro de 2011, p. 9, na qual a Itália afirma que “não tivessem os juízes domésticos removido a imunidade, nenhuma outra alternativa restaria disponível às vítimas de crimes de guerra na obtenção de reparação”.

(c) O Caso Fogarty (2001)

139. O caso *Fogarty c. Reino Unido* (julgamento de 21 de novembro de 2001) diz respeito a uma disputa trabalhista (uma alegação de vitimização e discriminação por um antigo empregado da Embaixada dos Estados Unidos em Londres). A Corte EDH observou, neste caso, que havia uma tendência do direito internacional e do direito comparado em direção à limitação da imunidade do Estado no que diz respeito a disputas envolvendo questões trabalhistas. Também notou que a CDI não tinha a intenção de excluir a aplicação da imunidade do Estado quando o objeto do processo fosse recrutamento, incluindo recrutamento numa missão diplomática.

140. A Corte EDH concluiu que a prática do Estado relativa ao emprego de indivíduos por uma embaixada de um Estado estrangeiro não é uniforme. A Corte EDH observou que as limitações aplicadas ao direito de acesso aos tribunais “não devem restringir ou reduzir o acesso desses indivíduos, de modo que a própria essência deste direito seja prejudicada” (parágrafo 33), mas decidiu conforme os demais casos já mencionados. Nas circunstâncias do presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado* perante a Corte, parece, todavia, conforme sustentado pela Itália que “nenhuma alternativa estava disponível para as vítimas de crimes de guerra na obtenção de uma reparação”¹⁶¹.

(d) O Caso Kalogeropoulou e Outros (2002)

141. Por último, mas não menos importante, o caso *Kalogeropoulou e Outros* (2002) foi trazido por requerentes que eram familiares das vítimas do massacre de Distomo. Os requerentes levantaram reivindicações de acordo com o Artigo 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Câmara da Corte EDH declarou a demanda inadmissível (decisão de 12 de dezembro de 2002), apesar de, ao contrário do caso *Al-Adsani*, o caso *Kalogeropoulou e Outros* dizer respeito a crimes contra a humanidade cometidos no território do Estado do foro (isto é, a Grécia). Não obstante, a decisão da Câmara da Corte partiu da premissa de que o direito de acesso ao tribunal pode ser sujeito a certas limitações (proporcional à reivindicação perseguida). Tais limitações, entretanto, em meu entendimento, não podem prejudicar a própria essência do direito de acesso a um tribunal.

¹⁶¹ Resposta Escrita da Itália às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade (...) ao Final da Sessão Pública de 16 de setembro de 2011, p. 9.

142. A conclusão alcançada pela Câmara da Corte foi que algumas restrições a respeito do acesso a um tribunal deveriam ser consideradas como inerentes a um julgamento justo, e referiu-se à imunidade do Estado; mas acrescentou que isso “não impede um desenvolvimento do direito internacional costumeiro no futuro” (p. 9). Essa declaração parece ir um pouco mais longe do que os precedentes *Al-Adsani* e *McElhinney*, que não articularam expressamente essa “porta aberta” para futuros desenvolvimentos. Mesmo se essa “porta aberta” pela Câmara da Corte EDH para futuros desenvolvimentos possa não aparecer suficiente, pelo menos reconheceu, há uma década (2002), que o direito sobre o assunto em questão estava passando por um processo de transição¹⁶².

2. A Tensão Existindo na Jurisprudência dos Tribunais Nacionais

143. A já mencionada tensão, existindo igualmente na jurisprudência dos tribunais nacionais, foi objeto de atenção pelas Partes litigantes em suas audiências orais perante a Corte, particularmente em suas respectivas opiniões acerca do julgamento da Corte de Cassação italiana no caso *Ferrini* (2004). A Alemanha alegou que a *Corte di Cassazione* decidiu substituir-se ao legislador e introduziu uma nova norma, que ainda não recebeu suporte internacional nas práticas do Estado e decisões judiciais de outros Estados¹⁶³; argumentou também que a prática dos tribunais domésticos demonstra o reconhecimento da norma da imunidade do Estado, mesmo em casos de crimes internacionais¹⁶⁴. Sobre esse ponto, a Alemanha concluiu que o julgamento *Ferrini* da *Corte di Cassazione* permaneceu, em sua opinião, uma decisão isolada na prática estatal, e que a imunidade jurisdicional no que diz respeito a atos *jure imperii* mantém-se uma firme norma de direito internacional¹⁶⁵.

144. A Itália, por sua vez, alegou que a decisão *Ferrini* não feriu a regra da imunidade, que ainda permanece fundamental, mas a redefiniu a fim de assegurar o cumprimento das

¹⁶² A Sessão da Corte deu muita ênfase ao fato de que era necessário, sob as leis gregas, que o Ministro da Justiça desse a sua autorização aos procedimentos de execução (Artigo 923 do Código de Processo Civil grego), a qual não foi obtida no caso em questão (cf. pp. 11-12). Nesse sentido, o caso *Ferrini*, julgado na Itália, é diferente, na medida em que na Itália o consentimento do Ministro da Justiça não parece ser necessário para iniciar um procedimento de execução.

¹⁶³ CR 2011/17, pp. 21-22 e pp. 29-31, parágrafos 16-17, e pp. 27-28, parágrafos 13-14.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 33, parágrafo 27; e cf. parágrafo 26. Ela argumentou também que o julgamento *Ferrini* não distinguiu entre normas materiais e processuais, além de desconsiderar as reparações de guerra, que, alegadamente, caíam na exclusiva competência dos Estados e estão baseadas em acordos mútuos (ou na ação do Conselho de Segurança); *ibid.*, p. 25, parágrafo 9. A Alemanha reivindicou, além disso, que o julgamento do caso *Ferrini* confundiu os conceitos de imunidade pessoal e estadual; *ibid.*, pp. 26-27, parágrafos 10-12.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 61-62.

obrigações básicas diante da comunidade internacional¹⁶⁶; a imunidade soberana por atos *jure imperii* não deve ser considerada como absoluta, já que é passível de exceções tal como a *tort exception*. Cumpre, em seu entendimento, aos tribunais nacionais classificar e definir os atos de um Estado estrangeiro a fim de decidir se estão cobertos ou não pela imunidade¹⁶⁷. A Itália ainda argumentou que, no caso *Ferrini*, a *Corte di Cassazione* garantiu às vítimas das violações o efetivo acesso à justiça, o qual tem dois elementos constitutivos: o direito a um julgamento justo e o direito a uma reparação. Considerando que nos tribunais alemães o Sr. Ferrini e as outras vítimas não tiveram direito às reparações com base na legislação alemã, eles só poderiam recorrer aos tribunais italianos, e a *Corte di Cassazione* teve, portanto, que ajustar o princípio da imunidade de modo a preservar a coerência das normas internacionais que se aplicam ao caso¹⁶⁸.

145. A decisão da *Corte di Cassazione* no caso *Ferrini* (2004) foi apenas uma das várias decisões relevantes de tribunais nacionais invocadas pelas Partes litigantes (Alemanha e Itália) e pelo Estado interveniente (Grécia) no curso dos procedimentos do presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado* perante a Corte. No curso dos procedimentos, as Partes litigantes, bem como o Estado interveniente, referiram-se a outras decisões pertinentes de tribunais domésticos a fim de fundamentar seus argumentos acerca do assunto em questão. Assim, no que diz respeito à prática dos tribunais nacionais relativa à imunidade do Estado, a Alemanha mencionou, para apoiar seus argumentos, por exemplo, uma recente decisão da Corte Distrital israelense de Tel Aviv-Yafo¹⁶⁹, uma decisão da Corte Federal do Rio de Janeiro¹⁷⁰ e outra decisão da Suprema Corte Polonesa¹⁷¹.

146. A Itália, por sua vez, contrapôs o argumento do requerente, alegando que “quando confrontado com reivindicações decorrentes de violações de normas de *jus cogens*, os tribunais domésticos vêm adotando diferentes posicionamentos quanto à questão da

¹⁶⁶ CR 2011/18, p. 60, parágrafo 24.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 13, parágrafo 9, e p. 16, parágrafo 3.

¹⁶⁸ CR 2011/18, pp. 61-62, parágrafo 27.

¹⁶⁹ Caso *Orith Zemach et al. c. República Federal da Alemanha*, Suprema Corte Distrital de Tel Aviv-Yafo, decisão de 31 de dezembro de 2009, caso 2143-07, mencionado pela Alemanha em suas alegações orais: CR 2011/17, p. 32, parágrafo 24.

¹⁷⁰ Caso *Barreto c. República Federal da Alemanha*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Procedimento Ordinário n.º 2006.5101016944-1, de 9 de julho de 2008, mencionado pela Alemanha em suas alegações orais: CR 2011/17, p. 32, parágrafo 23. Esta decisão encontra-se pendente de apelação até o presente momento.

¹⁷¹ Caso *Natoniewski c. República Federal da Alemanha*, Suprema Corte Polonesa, decisão de 29 de outubro de 2010, caso IV CSK 465/09, mencionado pela Alemanha em suas alegações orais: CR 2011/17, p. 33, parágrafo 25.

imunidade desfrutada pelo Estado delituoso”¹⁷². Em suporte a esta tese, a Itália cita, adicionalmente aos já comentados julgamentos do *Areais Pagos* grego no caso do *Massacre de Distomo* e da *Corte di Cassazione* italiana no caso *Ferrini*, dois outros julgamentos recentes, respetivamente da Corte Superior de Québec¹⁷³ e da *Cour de Cassation* francesa¹⁷⁴, que, em seu entendimento, vão “no sentido do reconhecimento de que o princípio da imunidade por atos *iure imperii* pode ser sujeito a restrições em casos como este”¹⁷⁵.

147. A Grécia, por outro lado, aponta que “o argumento fundamental no posicionamento dos tribunais gregos baseia-se no reconhecimento de que há um direito individual à reparação em caso de graves violações do direito humanitário”¹⁷⁶. Alega que:

“a obrigação do Estado em compensar os indivíduos por violações das normas de direito humanitário nos parece derivar do Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907 (...). E isso torna-se claro pelo fato de os indivíduos não serem excluídos do texto do Artigo 3.º. Esta linha de raciocínio também emerge dos *travaux préparatoires* da Segunda Conferência de Haia”¹⁷⁷.

A Grécia acrescenta que a obrigação de pagar uma reparação, por parte do Estado que cometeu um ato ilícito é, em sua opinião, bem estabelecida no direito internacional”¹⁷⁸. Os tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário contêm algumas normas específicas que estabelecem uma obrigação de reparação do Estado em benefício das vítimas individuais de violações.

148. O quadro geral resultante das alegações perante a Corte demonstra a tensão decorrente da jurisprudência dos tribunais nacionais, no que diz respeito à imunidade do Estado e ao direito de acesso à justiça. Assim, a Corte não pode basear o seu raciocínio tão-somente a partir da prática dos tribunais nacionais. Ela tem de recorrer às tendências atuais do direito internacional, tais como aquelas listadas no Artigo 38 do seu Estatuto (as “fontes” formais do direito internacional), e ir além disso, como já o fez no passado. Só assim ela

¹⁷² CR 2011/18, p. 40, parágrafo 7.

¹⁷³ Caso *Kazemi (Estado do) e Hashemi c. Irã, Ayatollah Ali Khamenei e Outros*, Corte Superior de Québec, 25 de janeiro de 2011, 2011 QCCS 196, mencionado pela Itália em suas alegações orais: CR 2011/18, p. 40, parágrafo 7.

¹⁷⁴ *Cour de Cassation, Primeira Câmara Civil*, França, 9 de março de 2011, n.º 09-14743, caso mencionado pela Itália em suas alegações orais: CR 2011/18, p. 40, parágrafo 7.

¹⁷⁵ CR 2011/18, p. 40, parágrafo 7.

¹⁷⁶ CR 2011/19, p. 22 (tradução).

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 22-23 (tradução).

¹⁷⁸ Cf. As passagens mencionadas na página 4 da presente opinião. A Grécia refere-se à Comissão de Reclamações da Etiópia-Eritreia em apoio à sua alegação de que “indivíduos são considerados como os titulares de direitos secundários, no âmbito do direito internacional humanitário”; CR 2011/19, p. 26 (tradução).

poderá executar adequadamente sua função, na resolução de um caso contencioso como este, porquanto “principal órgão judicial das Nações Unidas” (Artigo 92 da Carta das Nações Unidas).

3. A Referida Tensão na Era do Estado de Direito aos Níveis Nacional e Internacional

149. Isso é ainda mais convincente se considerarmos a já mencionada tensão, nos dias atuais, do estado de direito nos âmbitos nacional e internacional. As origens desse conceito (de estado de direito, essencialmente ao nível nacional), em ambos os sistemas de *civil law* e *common law*, podem ser resgatadas ao final do século XVIII, e gradualmente toma forma ao longo do século XIX. A partir do século XX, passa a ser visto como sendo formado por um conjunto de princípios e valores fundamentais, com a ideia subjacente de uma necessária *limitação* do poder. Um desses princípios é a *igualdade* de todos perante a lei.

150. A noção de estado de direitos e afasta da miopia do positivismo jurídico (com sua característica subserviência ao poder estabelecido), e se aproxima da ideia de uma justiça “objetiva”, nos âmbitos nacional e internacional, em consonância com o pensamento jurídico *jusnaturalista*. Sob o reinado deste último, fica-se atento à proteção dos direitos humanos, anteriores e superiores ao Estado. Não é surpreendente que o conceito de estado de direito também marcou da sua presença o moderno domínio do direito das organizações internacionais, no qual ganhou notoriedade nos últimos anos.

151. Somos atualmente os testemunhas, no âmbito do fenômeno geral de nossos tempos, da jurisdicionalização da própria ordem jurídica internacional, com a expansão da jurisdição internacional (tal como evidenciado pela criação e coexistência de diversos tribunais internacionais contemporâneos)¹⁷⁹, e com o alargamento do *access to justice* – a nível internacional – a um número crescente de *justiciables*¹⁸⁰. Não é de surpreender que o tema do estado de direito (*prééminence du droit*), nos âmbitos nacional e internacional,

¹⁷⁹ Cf., por exemplo, Société Française pour le Droit International (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (Colloque de Lille de 2002), Paris, Pedone, 2003, pp. 3-545; A.A. Cançado Trindade, “Le développement du droit international des droit de l’Homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droit de l’Homme”, 16 *Revue universelle des droits de l’Homme* (2004), pp. 177-180.

¹⁸⁰ Cf., a esse respeito, A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECOHLIBROTECNIA, 2008, pp. 61-407.

recentemente passou a ser um dos itens da Assembleia Geral das Nações Unidas (a partir de 2006), em que tem vindo a atrair cada vez mais atenção¹⁸¹.

152. Chamei a atenção para essa evolução em minha opinião dissidente no caso relativo às *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica c. Senegal)*, medidas provisórias, Despacho de 28 de maio de 2009, *Relatório da CIJ de 2009* (p. 185, parágrafo 55 e p. 199, parágrafo 101). Um impulso para essa evolução foi dado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2005 com a implementação da Declaração do Milênio de 2000 e dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Atenção foi dada, em seguida, a um grupo de tratados multilaterais fundamentais¹⁸², relativos, em última análise e em grande medida, aos direitos da pessoa humana.

153. O Documento Final da Cimeira Mundial, adotado em Setembro de 2005, reconheceu a necessidade de respeitar e fazer respeitar o estado de direito aos níveis nacional e internacional. Os traços mais marcantes dessa memorável cimeira podem ser apontados como sendo: em primeiro lugar, o já mencionado foco nos tratados multilaterais; e, em segundo lugar, a busca da supremacia do estado de direito; em terceiro lugar, a afirmação do primado do mesmo tanto no âmbito nacional quanto no internacional; e, em quarto lugar, a superação da visão meramente interestatal da matéria.

154. Isso, em meu entendimento, incide em diversas áreas do direito internacional contemporâneo. No que diz respeito às imunidades estatais, por exemplo, a Convenção Europeia sobre a Imunidade do Estado de 1972 (Artigo 11) e a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de Seus Bens de 2004 (Artigo 12) incluem a *tort exception*. Ambas as Convenções reconhecem, portanto, que seu objeto não se esgota em si mesmo nas relações puramente interestatais.

155. Vai, de fato, para além delas, ao englobar o modo pelo qual os Estados tratam os seres humanos dentro de suas respectivas jurisdições. As imunidades estatais não foram concebidas para permitir que os Estados que cometem atrocidades (*delicta imperii*), se escondam por detrás desse escudo. Antes de voltar a esse ponto, devo tratar, nos parágrafos

¹⁸¹ Cf., a esse respeito, “The Rule of Law at the National and International Levels”, e as seguintes resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas: A/RES/61/39, de 4 de dezembro de 2006; A/RES/62/70, de 6 de dezembro de 2007; A/RES/63/128, de 11 de dezembro de 2008; A/RES/64/116, de 16 de dezembro de 2009; A/RES/65/32, de 6 de dezembro de 2010. Para um exame recente da questão, à luz das resoluções acima mencionadas da Assembleia Geral das Nações Unidas, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Obrigações Internacionais*, 4.º ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2009, pp. 584-587 e 645-651.

¹⁸² Cf. *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation – Focus 2005: Responding to Global Challenges*, Nova Iorque, ONU, 2005, pp. 1-154.

seguintes, de uma velha dicotomia entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* (tal como considerada no presente caso), e do tratamento da pessoa humana face às imunidades estatais, revelando a miopia e a superação de uma perspectiva restrita das relações interestatais.

XV. As Alegações das Partes Quanto aos Atos *Jure Imperii* e aos Atos *Jure Gestionis*

156. No presente caso perante a Corte, opondo a Alemanha à Itália, as Partes litigantes apresentam distintas linhas de argumentos quanto à distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* para fins de aplicação da imunidade soberana, e, mais amplamente, quanto a questão da evolução da imunidade de absoluta para relativa. A Alemanha basicamente argumentou que durante sua presença em solo italiano de 1943 a 1945 “a doutrina da imunidade absoluta era incontestável”. Ela informou que foi a *Tate Letter* dos Estados Unidos, “baseada em um consenso geral, [que] provocou uma reviravolta fundamental em 1952”. Também argumentou que, desde então, “a prática judicial vem distinguindo entre as duas categorias de atividades do Estado, *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*”¹⁸³.

157. Por sua vez, a Itália alegou que, em princípio, o exercício da jurisdição foi feito exclusivamente com base na distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestiones* e que “mais recentemente a lei e a prática de alguns Estados” comportaram “exceções à imunidade do Estado para algumas atividades no domínio dos atos soberanos”¹⁸⁴. A Itália sustentou que a evolução de uma imunidade absoluta para uma imunidade relativa tem sua origem nas sucessivas decisões dos tribunais nacionais. E a Grécia reiterou esse entendimento em suas “alegações escritas”, em 4 de agosto de 2011 (parágrafos 43-49). A esse respeito, a Itália fez menção à jurisprudência belga como pioneira na evolução da exceção à imunidade em relação a atos privados e argumentou que a jurisprudência italiana, desde o século XIX, “tem sido consistente em distinguir o Estado enquanto entidade política exercendo poderes soberanos e com direito à imunidade e o Estado enquanto pessoa jurídica sem direito a essa imunidade”¹⁸⁵.

158. A Itália acrescentou que “as jurisprudências belga e italiana não se mantiveram isoladas por muito tempo”, e que houve repercussões nesse mesmo sentido na doutrina jurídica a partir do final do século XIX¹⁸⁶. A Itália igualmente esclareceu que a reviravolta

¹⁸³ Memorial da Alemanha, parágrafos 91-92.

¹⁸⁴ Contra Memorial da Itália, p. 45, parágrafo 4.13.

¹⁸⁵ Contra Memorial da Itália, parágrafos 4.15-4.16.

¹⁸⁶ Cf. *ibid.*, parágrafo 4.17.

que distinguiu o *acta jure imperii* do *acta jure gestionis*, não foi, como defendeu a Alemanha, representada pela *Tate Letter* dos Estados Unidos em 1952, mas que “bem antes da Segunda Guerra Mundial, a negação da imunidade do Estado perante tribunais municipais não foi considerada prejudicial à dignidade ou soberania de um Estado estrangeiro” e “a evolução no sentido de uma imunidade restritiva tem seu *ratio* na necessidade de proteger os particulares”. Adicionou também que “exceções às imunidades não são limitadas a *acta jure gestionis*”¹⁸⁷.

159. No curso das audiências orais perante a Corte, voltando para os danos pessoais (*tort exception*) – tal como disposto no Artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de Seus Bens de 2004 –, a Alemanha alegou que tal disposição não codifica o direito costumeiro, e não se aplica às ações das forças armadas, e que a prática internacional do Estado exclui as forças armadas de qualquer exceção à imunidade¹⁸⁸. A Itália, por sua vez, afirmou que a *tort exception* permite o afastamento da imunidade se o ato tortuoso ocorreu, no todo ou em parte, dentro do Estado do foro, tal como ocorreu no presente caso¹⁸⁹. Alegou ainda que o Artigo 12 da Convenção das Nações Unidas de 2004 não faz qualquer distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*. E acrescentou que as infrações específicas cometidas pela Alemanha na Itália não foram apenas delitos, mas graves violações do *jus cogens*; ademais, a tendência em reconhecer a *tort exception* como forma de propiciar alívio e acesso à justiça, em conjunto com a tendência em afastar a imunidade em casos de violações de normas imperativas, significa que não há qualquer obrigação da Itália em conceder imunidade à Alemanha por conta desses atos¹⁹⁰.

160. Este debate entre as Partes litigantes ficou confinado ao paradigma das relações interestatais. Não se libertou das correntes do léxico tradicional do direito internacional, com a exceção de uma única referência ao *jus cogens*. A evolução do direito evocada pelas duas Partes litigantes – cada uma tendo uma leitura e uma interpretação totalmente diferentes – pode ser mais bem apreciada em um quadro mais amplo, que vai além da perspectiva restrita de uma ordem jurídica interestatal. Eu pretendo chamar a atenção, nos próximos parágrafos, a esse ponto, de modo a chegar a um melhor entendimento do problema em questão.

¹⁸⁷ *Ibid.*, parágrafos 4.20-4.50.

¹⁸⁸ CR 2011/17, pp. 37-28, parágrafos 2-3.

¹⁸⁹ CR 2011/18, p. 41, parágrafos 9-11.

¹⁹⁰ CR 2011/21, pp. 35-36, parágrafos 16-17.

XVI. A Pessoa Humana e as Imunidades Estatais:

A Falta de Visão das Perspetivas Interestatais

161. Para esse fim, convém começar por identificar as distorções da visão da ordem jurídica centrada nos Estados, para chegar a uma tomada de consciência do mito em torno do papel do Estado. Sacudidos pelos horrores da Segunda Guerra Mundial e o colapso da razão (o pensamento racional) nas relações europeias, o pensador Ernst Cassirer (1874-1945), estudou o papel desempenhado pelo mito naquele colapso. Ele concluiu, pouco antes de falecer, que a civilização – diferentemente do que a maioria das pessoas acha – não era sólida, mas sim uma frágil camada, abaixo da qual jaziam extrema violência e massacres recorrentes, bem como atrocidades ao longo da história¹⁹¹. Cassirer, focando no mito do Estado no século XX, identificou a influência perniciosa de traços do pensamento maquiavélico (ausência, ou indiferença, de considerações éticas), do pensamento hobbesiano (vínculos indissolúveis entre legisladores e legislados, com a subjugação destes para aqueles), e do pensamento hegeliano (o Estado como realidade histórica suprema que tem de se preservar a si próprio, seus interesses estando acima de tudo, independentemente de qualquer consideração ética)¹⁹².

162. É preciso ter cuidado com mitos – E. Cassirer advertiu – incluindo os “mitos políticos”, em particular aqueles que levaram, no século XX, à extrema violência e ao totalitarismo¹⁹³. Outro pensador eminente, o historiador Arnold Toynbee, igualmente expôs a mesma visão neste aspeto particular. Em um ensaio perspicaz publicado em 1948, Toynbee questionou as próprias bases do que era entendido por *civilização* (como “um movimento e não uma condição”), caracterizando-a como nada mais do que ganhos modestos nos âmbitos social e ético. Debaixo da sua fina camada – ele acrescentou – a barbárie infelizmente persistia¹⁹⁴, conforme demonstrado pela violência extrema e incontrolável de seu tempo.

163. O pensamento centrado no Estado, excluindo-se os seres humanos, fez gradualmente incursões no pensamento jurídico internacional – com desastrosas consequências, tal como ilustrado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, e as sucessivas atrocidades ao longo do século XX e no início do século XXI. O termo “soberania”, por

¹⁹¹ E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1996 [reed.], pp. 338-339, e cf. pp. 347 e 350. Seu livro *The Myth of State* foi publicado postumamente em diferentes idiomas (de 1946 em diante).

¹⁹² *Ibid.*, pp. 168 (Maquiavel), 207 (Hobbes) e 311 e 313 (Hegel), e cf. p. 323.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 333-336, 341-342, 344-345 e 351.

¹⁹⁴ A.J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford, Oxford University Press, 1948, pp. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 e 234.

exemplo, tem uma duradoura e preocupante história: desde o tempo de Jean Bodin (1530-1596) e de Emerich de Vattel (1714-1767) até o presente, em nome da soberania do Estado – indevidamente e inadvertidamente desviada de relações interestatais para relações intraestatais – milhares de seres humanos foram sacrificados. Os abusos da linguagem, tendo repercussões no pensamento jurídico internacional, procuraram exercer influência no cenário internacional, para qualquer finalidade, sem considerações éticas.

164. Logo se percebeu que deveria haver limites a certas ações, especialmente na esfera das relações interestatais. A linguagem jurídica internacional passou, assim, a estar envolvida no reconhecimento e na construção do princípio de igualdade entre os Estados, mas ainda dentro de uma perspectiva de soberania (interna e externa), de acordo com uma perspectiva e um raciocínio essencialmente centrado no Estado¹⁹⁵. Foi na perspectiva interestatal distorcida de soberanias potencial ou realmente em confronto que um certo jargão, recordando o paradigma de Vestefália, começou a florescer. Tal foi o caso das imunidades dos Estados.

165. De fato, a origem do termo “imunidade” (do latim *immunitas*, decorrendo de *immunis*) data de meados do século XIX; a palavra foi usada, dali em diante, para se referir às condições pelas quais alguém era isento de impostos, ou de quaisquer outros encargos ou obrigações. Ao final do século XIX, o termo “imunidade” foi introduzido no léxico do direito constitucional e do direito internacional (em relação aos parlamentares e diplomatas, respetivamente)¹⁹⁶. No direito penal, o termo foi associado às “causas de impunidade”¹⁹⁷. No direito internacional, o termo veio a ser usado para expressar “prerrogativas” do Estado soberano¹⁹⁸.

166. Em qualquer caso, como tal, o termo “imunidade” sempre pretendeu referir-se a algo completamente excecional, uma isenção de jurisdição ou de execução¹⁹⁹. Nunca teve o intuito de ser um “princípio”, ou uma norma de aplicação geral. E certamente nunca foi destinado, por sua invocação, a isentar a jurisdição, ou encobrir crimes internacionais, para

¹⁹⁵ S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 154-155 e 188, e cf. pp. 29, 190-191 e 196.

¹⁹⁶ *Dictionnaire historique de la langue française* (ed. A. Rey), 3.º ed., Paris, Le Robert, 2000, pp. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (prep. J.A. Simpson e E.S.C. Weiner), 2.º ed., Vol. III, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (eds. C.T. Onions *et al.*), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français* (eds. J. Dubois, H. Mitterand e A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

¹⁹⁷ G. Cornu/Associação Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8.º ed. Paris, PUF, 2007, p. 467.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 468.

¹⁹⁹ *Dictionnaire de droit international public* (ed. J. Salmon), Bruxelas, Bruylant, 2001, pp. 559-560.

não mencionar as atrocidades ou graves violações dos direitos humanos ou do direito internacional humanitário. Também certamente não tinha a intenção de excluir reparações às vítimas de tais atrocidades e graves violações. Argumentar o contrário não só iludiria a questão, como também seria uma grave distorção do termo “imunidade”.

167. A teoria da imunidade do Estado foi erigida em uma época e em uma atmosfera que pouca preocupação demonstrava com o tratamento dispensado pelo Estado aos seres humanos em suas próprias jurisdições. Gradualmente, considerando a visão distorcida das relações interestatais, começou a ser introduzida, ao final do século XIX – devido em grande parte ao trabalho dos tribunais italianos e belgas, e dos tribunais nacionais das principais nações comerciais – a distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*: a imunidade do Estado restringia-se apenas ao primeiro, ou seja, ao chamado *acta jure imperii*.

168. Ao passo que este desenvolvimento se foi moldando, os responsáveis por essa evolução não tinham em consideração os crimes internacionais: as suas preocupações viravam-se, principalmente, para as transações comerciais, de modo a excluir a incidência da imunidade quando o Estado estava agindo como particular. A importância dessa distinção nos esforços legislativos, incluindo a elaboração das convenções sobre as imunidades estatais – tal como a Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado de 1972, adotada em Basileia quatro décadas atrás e em vigor desde 1976 – serviu, no mínimo, para pôr fim à noção de imunidade absoluta²⁰⁰. Da mesma forma, no continente americano, a Comissão Jurídica Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA) concluiu, em 1983, o projeto da Convenção Interamericana sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados, que levou em consideração a evolução em curso a fim de restringir a imunidade estatal.

169. Tal evolução foi motivada pelo envolvimento dos Estados em relações comerciais, excluídas do âmbito da imunidade estatal. A Comissão Jurídica Interamericana questionou a “rigidez” da clássica distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, e

²⁰⁰ Cf., em geral, *inter alia*, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2.º ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, pp. 203-403; T.R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity – An Analysis of Legal Interpretation*, Londres, Praeger Publs., 1970, pp. 63-142; I. Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity – Recent Developments”, 167 *RCADI* (1980), pp. 121-217 e 243-266; P.D. Trooboff, “Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles”, 200 *RCADI* (1986), pp. 252-274; W.W. Bishop Jr., “New United States Policy Limiting Sovereign Immunity”, 47 *American Journal of International Law* (1953), pp. 93-106; J. Combacau, “L’immunité de l’État étranger aux États-Unis : la lettre Tate vingt ans après”, 18 *Annuaire français de droit international* (1972), pp. 455-468.

recusou-se a fazer referência à categorização tradicional de tais atos²⁰¹. Em todo caso, afastou deliberadamente a imunidade absoluta. Entretanto, permanece o fato de que a imunidade restritiva entrou no léxico do direito internacional moderno; mas novamente, a maior preocupação subjacente, e a principal motivação, foi o comércio, essencialmente com as relações e transações comerciais, excluídas da imunidade.

170. Em sua crítica afiada sobre as imunidades estatais em 1951, Hersch Lauterpacht desafiou as prerrogativas do Estado soberano que negavam recursos jurídicos aos indivíduos para a defesa dos seus direitos; para ele, a imunidade absoluta levava à injustiça, e a transição para uma imunidade restrita, no terreno da distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, também não era uma solução, porquanto falhava em propiciar um guia ou uma base para o desenvolvimento do direito internacional²⁰². Para H. Lauterpacht, o conceito de imunidade do Estado era um tanto “absolutista”, uma manifestação do conceito hobbesiano de Estado; ao invés de um princípio, era uma “anomalia”, a ser reavaliada em uma gradual “progressão no sentido do estado de direito dentro do Estado”²⁰³. Afinal de contas, não se pode mais “tolerar a injustiça”, que surge sempre quando o Estado “se esconde por detrás do escudo da imunidade, a fim de afastar uma reivindicação legítima”²⁰⁴.

171. E isso se torna mais claro se nos afastarmos do contexto histórico circunscrito que motivou a formulação da distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, nomeadamente, as relações e transações comerciais. Se entrarmos no domínio do tratamento dispensado pelo Estado aos seres humanos, em suas respectivas jurisdições, esta distinção tradicional aparecerá ainda mais ineficiente e inadequada. Assim, deve-se proceder à superação definitiva da perigosa e restrita perspectiva exclusivamente interestatal do passado.

XVII. A Perspetiva Interestatal Distorcida em Face dos Imperativos de Justiça

172. O início da personificação do Estado – de fato, da moderna teoria do Estado – no domínio do direito internacional teve lugar, em meados do século XVIII, com o trabalho de Emer de Vattel (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), e teve muitas repercussões na prática

²⁰¹ Cf. Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, Vol. XV (1983), Washington DC, OEA/Secretaria Geral, 1983, p. 48.

²⁰² H. Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, 28 *British Yearbook of International Law* (1951), pp. 220 e 226-227.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 232-233 e 249-250.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 235.

jurídica internacional de sua época. A ênfase na personalidade e soberania do Estado levou à conceção de um direito internacional aplicável estritamente às relações entre os Estados (o *jus inter gentes*, ao invés do *jus gentium*), ou seja, uma ordem jurídica interestatal; isso equivalia a uma visão reducionista dos sujeitos do direito das gentes, admitindo tão-somente e exclusivamente os Estados como tal²⁰⁵.

173. As consequências dessas distorções focadas no Estado se revelaram desastrosas para os seres humanos, como tão amplamente reconhecido em meados do século XX. No auge do frenesi interestatal, os indivíduos foram relegados a um segundo plano. Para G.W.F. Hegel (1770-1831), apologista do Estado prussiano, por exemplo, o indivíduo foi completamente subsumido ao Estado; a sociedade propriamente dita também foi subordinada ao Estado²⁰⁶. O Estado era um fim em si mesmo (*Selbstzweck*), e a liberdade somente poderia ser aquela concedida pelo próprio Estado²⁰⁷. Hegel endossou e justificou uma soberania autoritária e absoluta do Estado; para ele, o Estado devia ser mais forte do que a sociedade, e os indivíduos só podiam perseguir seus interesses no contexto do Estado soberano²⁰⁸.

174. Desde o final do século XIX em diante, o positivismo jurídico personificou totalmente o Estado, dotando-o de uma “vontade própria”, e reduzindo os direitos dos seres humanos a somente aqueles “concedidos” pelo Estado. A noção de “vontade” dos Estados (de acordo com o positivismo voluntarista) foi erigida sobre um suposto critério predominante no direito internacional, denegando o *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos; esse entendimento dificultava um entendimento apropriado da comunidade internacional, e minava o próprio direito internacional, reduzindo sua dimensão a um direito estritamente interestatal, não mais *acima* mas sim *entre* Estados soberanos²⁰⁹. De fato, quando a ordem jurídica internacional se afasta da visão universal dos chamados “pais fundadores” do direito das gentes (*droit des gens – supra*), sucessivas atrocidades são cometidas contra os seres humanos, contra a humanidade.

175. Tais sucessões de atrocidades – crimes de guerra e crimes contra a humanidade – ocorreram enquanto dominava o mito do Estado todo-poderoso, e até mesmo o meio social foi mobilizado para esse fim. As políticas criminais do Estado – gradualmente tomando forma a

²⁰⁵ Cf., por exemplo, E. Jouannet, *Emer de Vattel et l’emergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, pp. 255, 311, 318-319, 344 e 347.

²⁰⁶ E. Weil, *Hegel et l’État* [1950], 4.º ed., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1974, pp. 11, 24 e 44.

²⁰⁷ *Ibid.*, pp. 45 e 53.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 55-56, 59, 62, 100 e 103.

²⁰⁹ P.P. Remec, *The Position of the Individuals in International Law According to Grotius and Vattel*, Leiden, Nijhoff, 1960, pp. 36-37.

partir da eclosão da Primeira Guerra Mundial em diante – contaram com a “racionalidade técnica” e a organização burocrática; em face dos crimes acima mencionados, na ausência de responsabilidade, os indivíduos tornaram-se cada vez mais vulneráveis²¹⁰, senão indefesos. Logo restou claro que havia uma necessidade de justiça, não apenas para as vítimas de crimes e seus parentes, mas para o meio social como um todo; caso contrário, a vida tornar-se-ia insuportável, dada a negação da pessoa humana, sua aniquilação, perpetrada pelos sucessivos crimes cometidos pelo Estado²¹¹.

176. Foi na época da prevalência da miopia interestatal que as práticas da imunidade do Estado tomaram forma e encontraram seu maior desenvolvimento, rejeitando ações judiciais por parte de indivíduos contra o que acabou por ser considerado como “atos do Estado” soberano. Todavia, a submissão do indivíduo à “vontade” do Estado nunca foi convincente, e logo foi desafiada pela doutrina mais lúcida. A ideia de soberania estatal absoluta – que levou à irresponsabilidade e à suposta onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades cometidas por ele (ou em seu nome) contra seres humanos –, com o passar do tempo, restou inteiramente infundada. O Estado – como atualmente reconhecido – é responsável por todos os seus atos – *jure gestionis* e *jus imperii* – bem como por todas as suas omissões²¹². Em caso de (graves) violações de direitos humanos, o *acesso direto* dos indivíduos à jurisdição internacional é plenamente justificado, a fim de reivindicar tais direitos, mesmo contra seu próprio Estado²¹³.

XVIII. A Pessoa Humana e as Imunidades Estatais:

A Superação da Perspetiva Estritamente Interestatal

177. No presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))* perante esta Corte, nos deparamos com uma questão totalmente diferente daquela enfrentada pelas doutrinas tradicionais do passado. Nós estamos aqui perante a invocação da imunidade do Estado no que diz respeito à perpetuação de crimes internacionais (de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário), e ao direito dos indivíduos ao acesso à justiça, a fim de reivindicar seus direitos

²¹⁰ G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage ? D'un bon usage de la mémoire*, 9.º ed., Paris, Mille et Une Nuits, 2006, pp. 174, 183, 187, 197 e 246.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 247-259.

²¹² *Ibid.*, pp. 247-259.

²¹³ S. Glaser, “Les droits de l’Homme à la lumière du droit international positif”, *Mélanges offerts à H. Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 117-118, e cf. pp. 105-106 e 114-116.

de reparação no contexto do direito internacional geral. Qual é a relevância dessa distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* para a apreciação do presente caso perante a Corte? Nenhuma.

178. Crimes de guerra e crimes contra a humanidade não devem ser considerados como *acta jure gestionis*, ou então “atos privados”; eles são crimes. Também não devem ser considerados como *acta jure imperii*; eles são graves *delicta*, crimes. A distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, entre soberania ou atos oficiais do Estado e atos de natureza privada, é um resquício de doutrinas tradicionais que são completamente inapropriadas ao exame do presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado* perante a Corte. Tais teorias tradicionais, em sua miopia centrada no Estado, esqueceram as lições dos pais fundadores do direito das gentes, que apontavam para o reconhecimento de que os indivíduos são os sujeitos desse direito (*droit des gens*).

179. Nenhum Estado pode, e nem nunca foi permitido, invocar sua soberania com vistas a escravizar e/ou exterminar seres humanos, e posteriormente evitar as consequências jurídicas escondendo-se por detrás do escudo da imunidade estatal. Não há qualquer tipo de imunidade por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A imunidade jamais foi concebida para tal perversidade. A insistência na procura de uma abordagem estritamente interestatal nas relações de responsabilidade leva a uma manifesta injustiça. O presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))* é um eloquente testemunho desta realidade.

180. Os indivíduos são, de fato, sujeitos de direito internacional (não meramente “atores”), e quando a doutrina se afasta dessa premissa, as consequências e resultados são catastróficos. Os indivíduos são *titulaires* dos direitos e deveres que emanam *diretamente* do direito internacional (o *jus gentium*). A evolução, nas últimas décadas, do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, e do direito internacional dos refugiados, seguidos pelo direito internacional penal, é um inequívoco testemunho desta realidade.

181. A doutrina sobre imunidades soberanas, que floresceu a partir da miopia da abordagem centrada exclusivamente no Estado – que somente contemplava as relações interestatais – indevidamente subestimou e negligenciou de forma irresponsável a posição da pessoa humana no direito internacional, no direito das gentes (*droit des gens*). A distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* não ajuda, em qualquer aspeto, a solucionar o

presente caso perante a Corte. Crimes internacionais não são atos de Estado, também não são “atos privados”; um crime é um crime, independentemente de quem o cometeu.

182. A história nos mostra que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade são cometidos, geralmente, por indivíduos com o apoio dos chamados serviços de “inteligência” do Estado (com toda a sua crueldade), abuso de linguagem, recursos materiais e o aparelho do Estado, nos termos de políticas estatais. As responsabilidades individuais e do Estado por tais crimes são complementares, uma não exclui a outra; não há espaço para a invocação de imunidades estatais em face desses crimes.

183. Perpetuadores desses crimes – tanto indivíduos quanto Estados – não podem gozar de imunidade, com vistas a evitar as consequências jurídicas desses atos antijurídicos, dessas violações do *jus cogens*. A doutrina jurídica internacional do nosso tempo parece estar preparada para reconhecer as obrigações dos Estados *vis-à-vis* dos indivíduos sob suas respectivas jurisdições²¹⁴. Isto deveria ser a principal preocupação no julgamento do presente caso perante a Corte.

XIX. Não às Imunidades Estatais em Casos de *Delicta Imperii*

184. Isso me leva ao meu próximo ponto, nomeadamente, a ausência ou inadmissibilidade de imunidades estatais em face de *delicta imperii*, por crimes internacionais em caso de violação do *jus cogens*. Eu me referirei a duas ilustrações de tais *delicta imperii*, frequentemente referidas no âmbito do processo no *cas d'espèce*, nomeadamente, a perpetuação de massacres de civis em situações de desproteção (conforme ilustrado, *inter alia*, pelo massacre de Distomo na Grécia, e o massacre de Civitella na Itália), e a prática de deportação e sujeição ao trabalho forçado na indústria de guerra, que ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial. Tais *delicta imperii*, marcando a origem fatural da reivindicação da imunidade do Estado perante a Corte, foram cometidos dentro de um padrão de extrema violência que levou a diversos outros episódios desse tipo, não apenas na Grécia e na Itália, mas também em outros territórios ocupados, durante a Segunda Guerra Mundial.

²¹⁴ Cf., por exemplo, J. Stigen, “Which Immunity for Human Rights Atrocities?”, *Protecting Humanity – Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 e 787; M. Panezi, “Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms”, 56 *Revue hellénique de droit international* (2003), pp. 208-210 e 213-214; P. Gaeta, “Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?”, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (ed. O. Ben-Naftali), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 319-320 e 325.

1. Massacres de Civis em Situações de Desproteção

(a) O Massacre de Distomo

185. Em minha opinião separada numa fase anterior ao presente caso que opõe a Alemanha e a Itália, com a intervenção da Grécia (Despacho da Corte de 4 de julho de 2011, sobre o pedido de Intervenção da Grécia), já tinha feito referência ao massacre de Distomo (em 10 de junho de 1944) – quando 218 aldeões (homens, mulheres e crianças) foram mortos por Forças Nazistas – um massacre que foi trazido à atenção da Corte no curso deste processo. Nessa opinião separada, evoquei relatos históricos deste caso (parágrafo 29).

186. Além disso, há outros relatos históricos deste massacre, incluindo devastações e desolações na aldeia grega de Distomo, logo após sua perpetração: isso foi lembrado por Sture Linnér, o (então) Chefe da Missão do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) na Grécia, que chegou à aldeia logo após o já mencionado massacre, com o objetivo de oferecer assistência. O relato que segue (trecho) descreve a brutalidade das Forças Nazistas, conforme verificado nos corpos das vítimas encontradas na aldeia de Distomo no caminho à mesma:

“Nós precisávamos de muito tempo para atravessar as estradas destruídas e cheias de bloqueios para, ao amanhecer, chegar à estrada central que leva à Distomo. À beira da estrada, os abutres sobrevoavam, de forma lenta, quando nos ouvia aproximar. Em cada árvore, ao longo da estrada e por centenas de metros, corpos humanos estavam pendurados, estabilizados com baionetas, alguns ainda vivos. Eles eram aldeões que foram punidos desta maneira: eles eram suspeitos de ajudar partidários da região, que atacaram uma patrulha da SS. O cheiro era insuportável.

Dentro da aldeia, o fogo ainda queimava entre as cinzas das casas. Milhares de pessoas, de todas as idades, de idosos a recém-nascidos, estavam deitados no chão. Eles [os Nazistas] rasgaram o útero e retiraram os seios de muitas mulheres; outros estavam deitados estrangulados em seus próprios intestinos ainda amarrados ao redor do pescoço. Parecia que ninguém havia sobrevivido.

Mas! Um idoso ao final da aldeia, tinha milagrosamente sobrevivido ao massacre! Ele estava chocado pelo terror, seu olhar estava vazio e sua fala era incompreensível. Nós

saímos do carro no meio do desastre e gritamos em grego: ‘A Cruz Vermelha, a Cruz Vermelha! Nós viemos para ajudar’²¹⁵.

187. No julgamento do caso do *Massacre de Distomo*, o legado das decisões do Tribunal de Primeira Instância de Livadia (caso da *Prefeitura de Voiotia c. República Federal da Alemanha*, de 1997) e do *Areios Pagos* (2001, em fase de apelação da Alemanha) – que se concorde plenamente ou não com o seu raciocínio – é que os atos do Terceiro Reich (de suas forças armadas) levados a cabo no território do Estado do foro (isto é, o massacre de Distomo, na Grécia) não foram atos *jure imperii*, mas, pelo contrário, claras violações do *jus cogens* (violações das obrigações impostas pelo Regulamento anexo à IV Convenção de Haia de 1907 relativa às Leis e Costumes de Guerra), descartando assim a possibilidade de qualquer invocação da imunidade soberana²¹⁶.

188. Além disso, não deve passar despercebido que, no curso do julgamento do presente processo perante a Corte relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, a Alemanha tomou a louvável iniciativa – em sinal de maturidade – de reconhecer a responsabilidade do Estado pelo massacre de Distomo. Para esse efeito, na audiência pública perante a Corte, após relembrar as origens da reivindicação contra a Alemanha “tratada no

²¹⁵ “Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκόνονταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο : θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαΐδια των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερήλικες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρέσει τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού! Από θαύμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά : ‘Ερυθρός Σταυρός! Ερυθρός Σταυρός! Ήρθαμε να βοηθήσουμε’” (Sture Linnér, *Min Odysse* (1982); cf. reimpressão em: P. Antaios *et al.* (eds.), (*O Livro Negro da Ocupação*), 2^o ed. Atenas, National Council for the Claim of Reparations Owed by Germany to Greece, 2006, pp. 114-115) [tradução não oficial].

²¹⁶ Para a visão de que o foco na territorialidade (das duas decisões dos tribunais gregos, bem como da decisão da *Corte di Cassazione* italiana no caso *Ferrini* de 2004) poderia ter rendido a uma maior pressão sobre os *valores universais* compartilhados pela comunidade internacional, cf. X. Yang, “*Jus Cogens* and State Immunity”, 3 *New Zealand Yearbook of International Law* (2006), pp. 163-164 e 167-169. E, quanto à divergência da prática estatal causando a erosão das imunidades do Estado, em face da crescente demanda pela proteção dos direitos da pessoa humana, cf. R. Garnett, “Should Foreign State Immunity Be Abolished?”, 20 *Australian Yearbook of International Law* (1999), pp. 175-177 e 190.

juízo do Tribunal de Livadia” relativo ao caso do *Massacre de Distomo*, a Alemanha – embora alegando que a questão da imunidade do Estado era distinta – afirmou:

“(…) Deixe-me enfatizar novamente: isso foi um crime abominável. Nós, enquanto advogados da Alemanha, em nome da Alemanha, deploramos profundamente o que aconteceu em Distomo, sendo que somos incapazes de compreender como as forças militares podem ultrapassar quaisquer limites da lei e da humanidade matando mulheres, crianças e idosos (...)”²¹⁷.

(b) O Massacre de Civitella

189. Outro massacre, no mesmo padrão de extrema violência, foi perpetrado, em 29 de junho de 1944, pelas Forças Nazistas na cidade de Civitella (perto da cidade de Arezzo), na Itália, na qual 203 civis foram mortos. A questão foi novamente trazida ao conhecimento da Corte de Cassação italiana, meia década após sua decisão de 2004 no caso *Ferrini*. Assim, em 29 de maio de 2008, a *Corte di Cassazione* proferiu doze decisões idênticas reiterando o posicionamento adotado no caso *Ferrini*²¹⁸, no sentido de que a imunidade do Estado não se aplica em casos de crimes internacionais (graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário) e nos casos de violações do *jus cogens*.

190. Pouco tempo depois, em 13 de janeiro de 2009, a Corte de Cassação italiana novamente confirmou sua posição (juízo de 21 de outubro de 2008), no caso do *Massacre de Civitella*. Na realidade, o caso *Milde c. Civitella* relativo a procedimentos criminais contra um oficial nazista, antigo membro da *Wehrmacht* (forças armadas), que participou do massacre, foi conduzido pela divisão de tanques de Hermann Göring, em 29 de junho de 1944. A *Corte di Cassazione*, entendendo que o *Massacre de Civitella* era um crime internacional, negou imunidade de jurisdição civil, e confirmou o direito de reparação às vítimas ou parentes sobreviventes, pela República Federal da Alemanha e por Milde (devedores em conjunto).

²¹⁷ CR 2011/20, p. 28, parágrafo 28.

²¹⁸ Cf. R. Pavoni e S. Beaulac, “L’immunité des États et le *jus cogens* en droit international – Étude croisée Italie/Canada”, 43 *Revue juridique Thémis* (2009), pp. 503-506 e 515-516; e A. Atteritano, “Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years”, 19 *Italian Yearbook of International Law* (2009), p. 35.

191. O ponto-chave da decisão da Corte de Cassação italiana, na linha das orientações interpretativas do julgamento do *Ferrini*²¹⁹, foi a negação da imunidade ao Estado que segue uma política criminal propícia para a prática de crimes contra a humanidade. A decisão da *Corte di Cassazione*, no caso do *Massacre de Civitella*, tinha claramente um caráter axiológico, no sentido de que o Estado não pode valer-se da imunidade em caso de graves violações dos direitos humanos; ênfase foi dada, nessas circunstâncias, ao direito individual das vítimas à reparação²²⁰.

2. Deportação e Sujeição ao Trabalho Forçado na Indústria de Guerra

192. Atenção já foi anteriormente dada à proibição, de longa data, no âmbito do direito internacional humanitário, de maus-tratos de civis, deportados e sujeitos a trabalhos forçados na indústria de guerra, em condições desumanas. Essa proibição, conforme já indicado, foi estabelecida a nível normativo, e está em fase de codificação no direito internacional. Ela equivale a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (no âmbito do direito internacional dos direitos humanos), e pertence ao domínio do *jus cogens*.

193. Tal crime internacional logo encontrou reconhecimento judicial, não somente em tribunais penais internacionais, tais como nos pioneiros julgamentos dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, mas também em tribunais internacionais de direitos humanos, tal como evidenciado no julgamento recentemente proferido pela Corte EDH no caso *Kononov c. Látvia* (2008-2010). Tal crime não é um ato *jure imperii* nem um ato *jure gestionis*; é um crime internacional, independentemente de quem o cometeu, resultando em responsabilidade tanto do indivíduo quanto do Estado.

194. Paralelamente aos campos de concentração (de extermínio), no curso da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha Nazista estabeleceu uma rede de campos de trabalho forçado, pouco estudado por historiadores até o momento. Eles tinham a intenção de explorar o trabalho forçado de detidos de países ocupados. Havia inúmeros campos desse tipo, erigidos por empresas particulares, dentro de suas instalações; nesse sistema “privatizado”, o trabalho

²¹⁹ Cf. A. Gianelli, “Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*”, 87 *Rivista di diritto internazionale* (2004), pp. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 e 683-684.

²²⁰ A. Ciampi, “The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case relating to the Second World War – The *Civitella* Case”, 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 605 e 607-608; e cf. pp. 599-601, sobre a singularidade do caso *Civitella*.

forçado de detidos foi explorado²²¹, até mesmo sem remuneração, e em condições *infra-humanas* de vida, ou melhor, de sobrevivência.

195. Aqueles submetidos a esta provação eram civis detidos e prisioneiros de guerra de países ocupados, que foram deportados com o objetivo de trabalhar na indústria privada da Alemanha Nazista; lá, eram sujeitos a trabalhos forçados na produção de armas, em condições sub-humanas de trabalho²²². Eles se tornaram parte de uma vasta empresa produtiva destinada à destruição planejada de inimigos e à perpetração de massacres, em uma campanha de extermínio na chamada *guerra total*²²³. Civis, e prisioneiros de guerra que se tornaram trabalhadores forçados²²⁴, foram todos subsumidos neste processo de desumanização.

196. O regime de trabalho forçado durante a Segunda Guerra Mundial – insuficientemente estudado até o presente momento – foi marcado por manipulações, distorções e mentiras; de acordo com os fatos históricos disponíveis, os trabalhadores eram constantemente ameaçados, e o trabalho forçado foi reduzido ao trabalho escravo na indústria de guerra da Alemanha Nazista²²⁵. De 1943 em diante, o trabalho forçado tornou-se vital para os esforços de guerra da Alemanha Nazista; trabalhadores escravos esperavam sobreviver participando, sob coerção e dominação, na indústria de guerra de seus perseguidores²²⁶. Trabalhos forçados em territórios ocupados foram colocados em prática pelo Terceiro Reich, com projeção a longo prazo, a fim de sustentar a economia de guerra²²⁷.

197. Os civis dos países ocupados durante a Segunda Guerra Mundial foram deportados e sujeitos a condições de trabalho escravo na indústria de guerra na Alemanha. Igualmente – como se revela no presente caso – além dos civis, os membros das forças

²²¹ C.R. Browning, *À l'intérieur d'un camp de travail nazi – Récits des survivants : mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

²²² E. Traverso, *La Violencia Nazi – Una Genealogía Europea*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 42-43, e cf. p. 92.

²²³ O sinistro livro de E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 (reed.), pp. 49-286), é uma incitação brutal à guerra total (de extermínio) envolvendo toda a população; lançado em 1935, em 1939 já se tinha vendido cerca de 100.000 cópias, em antecipação à guerra total de Hitler de 1939-1945, com todas as suas consequências devastadoras.

²²⁴ E. Traverso, *op. cit. supra*, nota 222, pp. 96 e 100.

²²⁵ C.R. Browning, *op. cit. supra*, nota 221, pp. 34 e 197.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 350-351.

²²⁷ A esse respeito, relata-se que Himmler teria realçado, em um discurso proferido perante os oficiais superiores da SS em junho de 1942, que “se não preencheremos os nossos campos com escravos (...), então, mesmo depois de anos de guerra não teremos dinheiro suficiente para sermos capazes de equipar as nossas colônias, para que o verdadeiro povo germânico possa lá viver e criar raízes desde a primeira geração”; citado in M. Mazower, *Hitler's Empire – Nazi Rule in Occupied Europe*, Londres, Penguin Books, 2009, p. 309.

armadas italianos foram negados e privados do estatuto de prisioneiros de guerra (e da proteção proveniente desse estatuto), sendo usados como trabalhadores forçados na indústria de guerra da Alemanha. Esses crimes, perpetrados com a maior crueldade²²⁸, geraram, sem surpresa, ressentimento nos países ocupados, e incitaram movimentos organizados de resistência a lutar contra essa situação²²⁹.

198. É estimado que, “no outono de 1944, 7,7 milhões de trabalhadores estrangeiros estavam na Alemanha”²³⁰. As condições de “trabalho escravo” e de “trabalho forçado” foram assim definidas pela lei alemã sobre as reparações²³¹:

“[*Trabalho escravo*]: trabalho realizado por meio da força em campos de concentração (conforme definido na Lei de indenização alemã) ou em gueto ou outro lugar de confinamento em condições de sofrimento, conforme determinado pela Fundação Alemã.

[*Trabalho forçado*]: trabalho realizado por meio da força (que não seja ‘trabalho escravo’) no território do Reich alemão ou em áreas ocupadas pela Alemanha, e fora do território da Áustria, em condições que se assemelham a prisão ou condições de vida extremamente duras; ou trabalho realizado por meio da força sob o programa de implementação da política Social Nacionalista de ‘extermínio por meio do trabalho’ (*Vernichtung durch Arbeit*) fora do território da Áustria”²³².

XX. A Prevalência do Direito Individual de Acesso à Justiça:

A Invocação pelas Partes Litigantes do Caso *Goiburú et Al.* (Corte IDH, 2006)

199. Por todo o exposto, resulta, em minha percepção, que não é a imunidade estatal que não pode ser afastada, como alguns *droit-d'étatistes* continuam a afirmá-lo até hoje,

²²⁸ Em um dos depoimentos que lhes dizem respeito, de Maideneck (*Communiqué* da Comissão extraordinária polonês-soviética), foi relatado que:

“Os alemães forçaram numerosos grupos (1.200 pessoas) de professores, doutores, engenheiros e outros especialistas trazidos da Grécia para realizar trabalhos além de suas capacidades físicas – o transporte de pedras pesadas. Os SS batiam até a morte em qualquer um que se sentisse exausto por esse trabalho extenuante. Todo o grupo de intelectuais gregos foi dizimado em um período de cinco semanas por conta da fome, trabalho à exaustão, espancamentos e assassinatos”. In: *Paroles de déportés – Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 (reed.), p. 113.

²²⁹ J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial – Una Historia de las Víctimas*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43, e cf. pp. 144 e 175.

²³⁰ J. Authers, “Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Labourers”, *Handbook of Reparations* (ed. P. de Greiff), Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 421-422.

²³¹ Lei de 2000, Artigo 11 (sobre as “Pessoas elegíveis”).

²³² J. Authers, *op. cit. supra*, nota 230, p. 435.

sendo aparentemente incapazes de aprender as lições da história (inclusive da história jurídica internacional). Não há qualquer imunidade por crimes contra a humanidade. Em casos de crimes internacionais, de *delicta imperii*, o que não pode ser renunciado, em meu entendimento, é o direito individual de acesso à justiça, englobando o direito à reparação por graves violações dos direitos inerentes ao ser humano. Sem esse direito, não há absolutamente nenhum sistema jurídico crível, nos níveis nacional ou internacional.

200. Algumas décadas atrás, fundamentado em um aforismo kantiano (“Da madeira torta da humanidade jamais se há de fazer uma obra reta”), Isaiah Berlin ponderou que “a primeira obrigação pública é evitar extremos de sofrimento”²³³. Ao forçar pessoas a utilizar “uniformes asseados” conforme exigido pelo dogmatismo – ele acrescentou – é “quase sempre o caminho para a desumanidade”; as atrocidades sem precedentes do século XX mostram que é possível atingir “um elevado grau de conhecimento e habilidades científicos” e ainda subjugar, humilhar e “destruir outros sem piedade”²³⁴.

201. A tragédia – diferentemente do mero desastre – é devida a “erros humanos evitáveis”, alguns com consequências devastadoras. Ao final, concluiu I. Berlin, sempre se volta à ideia de justiça “objetiva”, a princípios universais – na linha de pensamento do direito natural, proibindo-se o tratamento dos seres humanos “como meio para os fins”²³⁵. A esse respeito, outra grande pensadora do século XX, Simone Neil, ponderou, em um ensaio esclarecedor (de 1934, e desde então publicado em diferentes países e idiomas)²³⁶, que, desde o tempo de *A Ilíada* de Homero até os dias atuais, a influência da guerra sobre os seres humanos se tem revelado constantemente como um “mau necessário” à humanidade, isto é “a substituição dos fins pelos meios”; a busca pelo poder toma o lugar dos fins, e transforma a vida humana em um meio, podendo ser sacrificado²³⁷.

202. Da *Ilíada* de Homero até hoje – ela acrescentou – as exigências descabidas da luta pelo poder não deixa tempo para pensar sobre o que é verdadeiramente importante; os indivíduos estão “completamente abandonados a uma coletividade cega”, incapazes de

²³³ I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity – Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton University Press, 1991, p. 17 e cf. pp. 18-19.

²³⁴ *Ibid.*, pp. 19 e 180.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 185, 204-205 e 257.

²³⁶ S. Weil, “Réflexions sur les causes de la liberté et de l’oppression sociale”, *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 273-347.

²³⁷ S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opression Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82.

“submeter suas ações aos seus pensamentos”, incapazes de raciocinar²³⁸. Os termos, e a distinção entre “opressores e oprimidos”, quase perdem sentido, dada a “impotência” de todos os indivíduos face à “máquina social” de destruição do espírito e fabricação da inconsciência; se começa a viver – ou melhor, sobreviver – no doloroso domínio do desumano, em um mundo no qual “nada é a medida do Homem”, no qual não se dá atenção às necessidades do espírito²³⁹.

203. A prevalência do direito individual de acesso à justiça não pode ser contestada, mesmo à luz do mecanismo interestatal estratificado de litígio perante a CIJ. A esse respeito, em minha opinião dissidente no caso das *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica c. Senegal)*, entendi por bem ponderar que:

“Os fatos tendem a vir antes das regras, exigindo destas últimas a aptidão para cobrir novas situações que se destinam a regular, com a devida atenção aos valores superiores²⁴⁰. Perante esta Corte, os Estados se mantêm no monopólio do *jus standi*, bem como do *locus standi in judicio*, no que diz respeito às medidas provisórias, mas isso não se mostrou incompatível com a preservação dos direitos da pessoa humana, em conjunto com os dos Estados. Os beneficiários finais dos direitos a serem preservados são, muitas vezes e em última análise, os seres humanos, juntamente com os Estados onde vivem. Inversamente, os próprios Estados requerentes foram, em seus argumentos perante a Corte, além da perspectiva estritamente interestatal do passado, invocando princípios e normas de direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

No que diz respeito às normas materiais ou substantivas, a estrutura interestadual dos litígios perante a Corte nunca tem sido um obstáculo intransponível, impedindo defender a observância de princípios e normas de direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário (...)” (*Medida Provisória, Despacho de 28 de maio de 2009, Relatórios da CIJ 2009*, pp. 174-175, parágrafos 23-24).

204. Além disso, em minha opinião separada anexada ao parecer consultivo de anteontem da Corte, no *Julgamento n.º 2867 do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho acerca da Denúncia Apresentada contra o Fundo Internacional para o Desenvolvimento Agrícola*, debrucei-me melhor acerca deste ponto em particular. Não

²³⁸ *Op. cit. supra*, nota 237, pp. 84 e 130.

²³⁹ *Ibid.*, pp. 130-131.

²⁴⁰ Cf., *inter alia*, G. Morin, *La révolte du droit contre le code – La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Sirey, 1945, pp. 2, 6-7 e 109-115.

é minha intenção repetir aqui as reflexões críticas desenvolvidas há dois dias (levando em consideração a missão da Corte enquanto principal órgão judicial das Nações Unidas) em minha opinião separada naquele parecer consultivo. Eu, portanto, limitar-me-ei apenas a mencionar tais reflexões aqui, para os propósitos da presente opinião dissidente.

205. No curso do presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, tanto a Alemanha quanto a Itália expressamente se referiram ao julgamento de 22 de setembro de 2006 da Corte IDH, que diz respeito ao caso *Goiburú et al. c. Paraguai*. A Itália foi a primeira a invocar esse julgamento da Corte IDH, no seu Contra Memorial, de 22 de dezembro de 2009, com vistas a dar suporte aos seus argumentos de que o direito de acesso à justiça “foi concebido em todos os sistemas de proteção dos direitos humanos como um complemento necessário dos direitos materialmente concedidos” (parágrafo 4.94). A Itália acrescentou que:

“Por conseguinte, não é surpreendente que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha descrito o acesso à justiça como uma norma imperativa de direito internacional nos casos em que os direitos substantivos violados também são de *jus cogens*”²⁴¹ (parágrafo 4.94).

206. Por sua vez, a Alemanha referiu-se ao julgamento da Corte IDH no caso *Goiburú et al.*, na primeira rodada das audiências orais, com vistas a responder ao argumento da Itália relativo à esta questão. A Alemanha, primeiro, alega que o caso *Goiburú et al.* (na mesma linha de pensamento de outros casos julgados da Corte IDH), em sua opinião, “não dizia respeito a danos de guerra” (parágrafo 25). A Alemanha complementou que esse caso dizia respeito ao acesso à justiça no Estado responsável pelo ato ilícito e não tratava, portanto, da regra de imunidade do Estado estrangeiro (parágrafo 25)²⁴².

207. O caso *Goiburú et al.* tinha a ver com a “Operação Condor”, na qual os Estados do cone sul da América do Sul, durante o período ditatorial dos anos 1970, montaram uma rede de colaboração dos seus chamados “serviços de inteligência”, para prosseguir, no âmbito interestatal, políticas conjuntas criminosas de repressão. Essas últimas eram coordenadas por políticas estatais de extermínio de segmentos-alvo de suas respectivas populações, consistindo em operações transfronteiriças de “anti-insurreição”, que compreenderam detenções ilegais e arbitrárias, sequestros, torturas, assassinatos e execuções extrajudiciais, bem como

²⁴¹ Contra Memorial da Itália, pp. 76-77.

²⁴² CR 2011/17, p. 44, parágrafo 25; a Alemanha também se referiu a “uma abordagem similar àquela da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, feita um ano atrás, pelo Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu “Comentário geral” n.º 32, sobre o Artigo 14 da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos.

desaparecimentos forçados de pessoas. Planificada ao mais alto nível do Estado, a “Operação Condor” também garantiu o acobertamento das operações e, com isso, a irresponsabilidade e absoluta impunidade das autoridades estatais responsáveis²⁴³.

208. No *cas d'espèce* perante a Corte IDH, o Estado demandado reconheceu, em um louvável espírito de cooperação processual, a sua própria responsabilidade internacional quanto à existência, no momento em que as graves violações ocorreram, de uma *política criminosa do Estado*. Essas foram *crimes de Estado*, de mesma gravidade daqueles perpetrados na Ásia, também nos anos 1970, e na África, duas décadas depois. Repetidas vezes, as sucessivas gerações testemunharam, em diversas regiões do mundo, a perpetuação de verdadeiros *crimes de Estado* (que certos segmentos da doutrina jurídica internacional gostem ou não dessa expressão).

209. No seu acórdão de 22 de setembro de 2006 no caso *Goiburú et al.*, relativo ao Paraguai, a Corte IDH determinou que graves violações de direitos humanos tinham ocorrido e, por conseguinte, ordenou que sejam reparadas. Em um *obiter dictum*, a Corte IDH observou que, o Estado, por meio de suas instituições, mecanismos e poderes, deve funcionar “de modo a garantir a proteção contra ações criminosas”; no presente caso, entretanto, a instrumentalização do poder do Estado foi uma forma de violar os direitos que deveriam ser garantidos, pior ainda, tais violações contavam com “a colaboração interestatal”, o Estado constituindo por si próprio o “principal fator dos graves crimes cometidos, dando lugar a uma situação clara de ‘terrorismo estatal’” (parágrafos 66-67).

210. Em minha opinião separada no caso *Goiburú et al.*, eu procurei, *inter alia*, identificar os elementos de proximidade e complementaridade (insuficientemente tratados pela doutrina jurídica internacional até o momento) entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal, a saber: (a) a personalidade jurídica internacional (ativa e passiva) do indivíduo; (b) a complementaridade da responsabilidade internacional do Estado e do indivíduo; (c) a conceituação dos crimes contra a humanidade; (d) a prevenção e a garantia de não-repetição (de graves violações dos direitos humanos); e (e) a justiça reparadora na confluência entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal (parágrafo 34)²⁴⁴.

211. Apesar de a “Operação Condor” pertencer ao passado, as cicatrizes ainda não estão curadas, e provavelmente nunca o estarão. Os países envolvidos ainda lutam com o seu

²⁴³ A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens – L'accès des individus à la justice internationale : le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 174-175.

²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 139 e 167.

passado, cada um à sua maneira. Todavia, sendo uma região com forte tradição de pensamento jurídico internacional, avanços ocorreram na justiça internacional, e outras situações da mesma espécie foram levadas à justiça internacional (perante a Corte IDH), e nenhum Estado da região ousa, hoje em dia, invocar a imunidade do Estado em relação a esses crimes. Vale aqui lembrar, sob uma perspectiva histórica, que o Artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 relativo ao direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais competentes em vista a salvaguardar direitos fundamentais, tem, como revelaram os *travaux préparatoires*, uma origem latino-americana, sendo assim uma contribuição da América Latina à Declaração Universal.

212. Com efeito, manter a imunidade do Estado em casos de extrema gravidade equivale a uma farsa ou negação da justiça, não só da perspectiva da vítima (e de seus parentes), mas também da do meio social em causa no seu conjunto. Manter a imunidade do Estado, fazendo abstração da gravidade das violações em causa, equivale à negação da justiça a todas as vítimas (inclusive seus parentes indiretamente – ou mesmo diretamente). Além disso, impede injustamente que a ordem jurídica reaja na devida proporção ao dano causado pelas atrocidades perpetradas, e que estavam alinhadas com as políticas do Estado.

213. A descoberta das particularmente graves violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário fornece, em meu entendimento, um teste valioso para a remoção de qualquer barreira à jurisdição, em cumprimento da necessária realização da justiça. Em suma e em conclusão sobre esse ponto: (a) não há imunidade estatal em casos de extrema gravidade, casos de *delicta imperii*; e (b) graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário implicam inevitavelmente o dever de prestar uma reparação às vítimas.

XXI. O Direito de Acesso à Justiça do Indivíduo:

A Evolução da Jurisprudência em Direção ao *Jus Cogens*

214. Ao contrário da Corte IDH, a Corte EDH abordou um direito fundamental, a saber: o acesso à justiça – e a um julgamento justo – (Artigos 6.º (1.º) e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), com a atenção voltada às limitações permitidas ou implícitas. Assim, em sua *jurisprudência constante* (julgamentos nos casos *Ashingdane c. Reino Unido*, de 28 de maio de 1985; *Waite e Kennedy c. Alemanha*, de 18 de fevereiro de 1999; *T.P. e K.M. c. Reino Unido*, de 10 de maio de 2001; *Z. e Outros c. Reino Unido*, de 10 de maio de 2001; *Córdova c. Itália*, de 30 de janeiro de 2003; *Ernst c. Bélgica*, de 15 de julho de 2003;

entre outros), a Corte EDH enunciou os critérios aplicados para determinar se uma restrição é permitida, isto é a busca de um objetivo legítimo, a proporcionalidade, e a ausência de prejuízo à essência do direito.

215. Essa flexibilidade foi útil para a maioria da Corte EDH (Grande Câmara) nas decisões nos casos relacionados com imunidades (cf. seção XII *supra*). Mas deve-se notar que o caso *Ashingdane*, o primeiro no qual a Corte EDH adotou esta abordagem insuficiente para um direito fundamental como o direito de acesso à justiça, não era um caso de graves violações de direitos humanos com várias vítimas, mas sim um único caso individualizado de alegadas violações dos Artigos 5.º (1.º) e (4.º) e 6.º (1.º) da Convenção Europeia, no qual a Corte EDH entendeu não ter havido violação dessas disposições. Em suma, um direito fundamental deve, em meu ponto de vista, ser abordado enquanto tal, e não a partir de limitações permitidas ou “implícitas”.

216. Por sua vez, do outro lado do Atlântico, a Corte IDH focou, em grande medida, na essência do direito fundamental do acesso à justiça propriamente dito, e não em suas “limitações”. Esse último não vem sendo utilizado, ou invocado, com vistas a manter a imunidade do Estado – não até agora. A Corte EDH permitiu uma “margem de apreciação” aos Estados Contratantes, mas a Corte IDH não o fez (pelo menos, não enquanto eu estava atuando lá). O resultado foi a abordagem, pela Corte IDH, do direito de acesso à justiça (Artigos 8.º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos) como um direito verdadeiramente *fundamental*, com muito pouco espaço para a consideração de “limitações”. A maior preocupação era garantir esse direito.

217. O julgamento, pela Corte IDH, de casos de *graves* violações dos direitos humanos, levou a um desenvolvimento jurisprudencial destacando o caráter fundamental do direito de acesso à justiça. Esse direito assume um caráter imperativo diante de um crime de Estado: é um verdadeiro *droit au Droit*, um direito a uma ordem jurídica que efetivamente protege os direitos fundamentais da pessoa humana²⁴⁵ e que assegura a intangibilidade das garantias judiciais (Artigos 8.º e 25 da Convenção Americana) em qualquer circunstância. Nós estamos aqui, em suma, no âmbito do *jus cogens*²⁴⁶, como a própria Corte IDH

²⁴⁵ Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (julgamento de 25 de novembro de 2003), opinião separada do juiz Cançado Trindade, parágrafos 9-55.

²⁴⁶ Corte IDH, caso *Massacre de Pueblo Bello*, relativo à Colômbia (julgamento de 31 de janeiro de 2006), opinião separada do juiz Cançado Trindade, parágrafos 60-62 e 64.

reconheceu em seus acórdãos nos casos *Goiburú et al. c. Paraguai* (de 22 de setembro de 2006) e *La Cantuta c. Peru* (de 29 de novembro de 2006)²⁴⁷.

218. A Corte EDH poderia ter chegado à mesma conclusão se a sua maioria tivesse desenvolvido melhor seu raciocínio acerca dos dispositivos correspondentes (Artigos 6.º (1.º) e 13 da Convenção Europeia) com atenção voltada à essência do direito de acesso à justiça, e não às “limitações” permitidas ou implícitas. Se assim tivesse agido – como deveria – a maioria dos membros da Corte não teria mantido a imunidade do Estado como o fez (cf. sessão XII *supra*). Em minha percepção, os Artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia – tal como os Artigos 8.º e 25.º da Convenção Americana – apontam para uma direção completamente diferente, e não são nada “limitados” no que diz respeito à imunidade do Estado.

219. Caso contrário, os Estados poderiam perpetrar graves violações dos direitos humanos (tal como massacrar ou sujeitar pessoas a trabalhos forçados) e restar impunes, apoiando-se na imunidade do Estado, em um cenário de total ilicitude. Muito pelo contrário, os Estados Partes estão vinculados, pelos Artigos 6.º e 13 da Convenção Europeia, em prover recursos (domésticos) efetivos e um julgamento justo, com todas as garantias judiciais necessárias, em *qualquer* circunstância. Isto é uma característica do direito das gentes, referido no preâmbulo da Convenção Europeia. Não há espaço aqui para privilegiar a imunidade do Estado²⁴⁸; onde não existe o direito de acesso à justiça, não há que se falar em sistema jurídico. A observância do direito de acesso à justiça é obrigatória, este não está “limitado” pela imunidade do Estado; estamos no âmbito do *jus cogens*.

220. É irrelevante se o ato lesivo que viola gravemente os direitos humanos foi um ato governamental (*jure imperii*), ou um ato privado perpetrado com a aquiescência do Estado (*jus gestionis*), ou se foi cometido integralmente ou não no Estado do foro (deportação para

²⁴⁷ Parágrafos 131 e 160, respetivamente. Sobre essa construção jurisprudencial, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights”, *La Convention européenne des droits de l’Homme, un instrument vivant – Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis* (eds. D. Spielmann *et al.*), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law”, *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2008*, Washington DC, Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29; A.A. Cançado Trindade, “La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*”, *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2007*, Washington DC, Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15.

²⁴⁸ Cf., para este efeito, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Leiden, Nijhoff, 1997, pp. 164, 181 e 186-188; W.P. Pahr, “Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *Mélanges offerts à Polys Modinos – Problèmes des droits de l’Homme et de l’unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 222-232.

trabalhos forçados é um crime transfronteiriço). Essa linguagem tradicional – cuja pobreza conceitual é evidente – é alheia com o que estamos aqui preocupados, a saber, o imperativo da realização da justiça em casos de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. A imunidade do Estado não está no âmbito da reparação por graves violações dos direitos fundamentais da pessoa humana.

XXII. Sair da Ilegalidade: O Direito Individual da Vítima ao Direito (*Droit au Droit*)

221. Isso me leva ao direito de acesso à justiça em sua dimensão apropriada: o direito de acesso à justiça *lato sensu* compreende não somente o acesso à justiça formal (o direito de ação), através de um recurso eficaz, mas também as garantias do devido processo legal (com igualdade de armas, em conformidade com o *procès équitable*) até o julgamento final (enquanto *prestation juridictionnelle*), com a sua fiel execução, e com a disponibilização da devida reparação. A realização da justiça propriamente dita já é uma forma de reparação, concedendo *satisfação* à vítima. Nesse sentido, as vítimas da opressão podem reivindicar seu *droit au Droit*.

222. Não é minha intenção debruçar-me muito além sobre esse ponto – o que já fiz em outro momento²⁴⁹ – mas somente me referir a ele para reforçar meu raciocínio na presente opinião dissidente. Deixe-me apenas lembrar que, na sua *jurisprudence constante*, a Corte IDH interpretou corretamente as disposições interrelacionadas relativas ao direito a um recurso efetivo e às garantias do devido processo legal (Artigos 8.º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos), enquanto a Corte EDH começou apenas recentemente – na última década – a partir do caso *Kudla c. Polônia* (julgamento de 18 de outubro de 2000) em diante – seguindo a mesma abordagem, e interpretando em conjunto os Artigos 6.º (1.º) e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isto é reconfortante, na medida em que ambos os artigos reforçam um ao outro, em benefício das pessoas protegidas. A construção jurisprudencial dos dois tribunais internacionais de direitos humanos está atualmente convergindo, no que diz respeito ao direito de acesso à justiça *lato sensu*.

223. O direito individual à reparação, conforme já apontado anteriormente, é um de seus componentes. No caso *Hornsby c. Grécia* (julgamento de 19 de março de 1997), a Corte EDH, depois de ter lembrado o direito de recorrer a um tribunal e o direito às garantias processuais, acrescentou que o direito de acesso à justiça seria “ilusório” se o sistema jurídico

²⁴⁹ A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens – L'accès des individus à la justice internationale (...)*, op. cit. supra, nota 243, pp. 113-119.

não permitisse uma decisão judicial final e obrigatória; na visão da Corte EDH, um julgamento não executado devidamente levaria à uma situação incompatível com o estado de direito que os Estados Partes comprometeram-se a respeitar quando ratificaram a Convenção Europeia.

224. A construção jurisprudencial trazendo o direito de acesso à justiça para o domínio do *jus cogens* (*supra*) é, em meu entendimento, de extrema relevância, a fim de assegurar a já existente evolução do direito internacional contemporâneo com bases em fundamentos humanistas. A partir desta perspectiva, é lamentável que a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de Seus Bens de 2004 tenha ignorado a incidência do *jus cogens*. Em seus *travaux préparatoires*, teve a oportunidade de levantar essa questão, mas preferiu não o fazer: seus redatores deixaram de lado o assunto em 1999, quando o Grupo de Trabalho da CDI da ONU foi evasivo sobre essa temática, e o Grupo de Trabalho do Sexto Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas argumentou que o problema “não estava maduro o suficiente” para ser codificado (como lembrou, e aprovou, a Corte no presente julgamento, parágrafo 89).

225. Isso simplesmente não é verdadeiro, pois, naquele tempo, a Corte IDH e o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (TPII) já estavam engajados na construção jurisprudencial sobre o conteúdo concreto do *jus cogens* (sendo os dois tribunais internacionais contemporâneos que mais contribuíram para tal desenvolvimento até a presente data)²⁵⁰. Houve, entretanto, outras manifestações do direito internacional contemporâneo que poderiam ter sido levadas em consideração, mas não o foram. A Convenção das Nações Unidas de 2004, que ainda não entrou em vigor, foi duramente criticada²⁵¹, por não ter sido abordado o problema das imunidades jurisdicionais dos Estados em face às *graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário*.

226. Seus redatores estavam cientes do problema, mas os Grupos de Trabalho da CDI e do VI Comitê da Assembleia Geral, entendendo que a questão “não estava madura” o suficiente para ser levada em consideração, tomaram o caminho mais fácil ao finalizar e aprovar a Convenção, deixando o problema não resolvido, e continuando a levantar

²⁵⁰ Cf. nota 247 *supra*.

²⁵¹ Por exemplo, L. Caflisch, “Immunité des États et droits de l’Homme : évolution récente”, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht – Festschrift für G. Ress*, Colônia/Berlim, Verlag, 2005, pp. 937-938, 943 e 945; C. Keith Hall, “UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol”, *55 International and Comparative Law Quarterly* (2006), pp. 412-413 e 426; L. McGregor, “Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty”, *18 European Journal of International Law* (2007), pp. 903-904, 914 e 918-919; L. McGregor, “State Immunity and *Jus Cogens*”, *55 International and Comparative Law Quarterly* (2006), pp. 437-439 e 445.

incertezas, – tal como no presente caso perante a Corte relativamente às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Pior ainda, a maioria da Corte EDH (Grande Câmara) no caso *Al-Adsani* e valeu dessa omissão dos redatores da Convenção das Nações Unidas de 2004 para chegar à tão criticada decisão de 2001²⁵², e, uma década após, a maioria da Corte faz o mesmo no presente caso (parágrafos 89-90). Eu não posso aceitar, de jeito algum, que o direito internacional contemporâneo seja “congelado”, o que explica o cuidado que tomei para elaborar e apresentar esta opinião dissidente.

XXIII. Para que o Primado da *Recta Ratio* Nunca Desapareça

227. Graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário equivalem a violações do *jus cogens*, o que implica a responsabilidade estatal com circunstâncias agravantes, bem como o direito à reparação para as vítimas. Isto está em sintonia com a ideia de *retidão* (em conformidade com a *recta ratio* do direito natural), subjacente à conceção do direito (nos diferentes sistemas jurídicos – *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) como um todo. Antes de seguir para o próximo ponto, gostaria, nesta fase da presente opinião dissidente, levantar algumas questões, que achei apropriadas: quando é que os seres humanos aprenderão com as lições do passado, quando é que aprenderão com os terríveis sofrimentos das gerações passadas, do tipo dos que se encontram nas origens fatuais do presente caso? Como eles não aprenderam até hoje (como parece), talvez nunca aprenderão.

228. Quando é que irão parar de desumanizar os demais seres humanos? Uma vez que não pararam até o presente momento, talvez nunca o vão fazer. Quando é que irão refletir em suas próprias leis os valores superiores (*neminem laedere*) necessários para viver em paz e com justiça? Uma vez que ainda não o fizeram, talvez nunca o vão fazer. Em todas as probabilidades, continuarão a viver com o mal, sujeitando-se a ele. No entanto, mesmo neste horizonte sombrio, os esforços no sentido da primazia da *recta ratio* também parecem nunca desaparecer, sugerindo que ainda há esperança, na constante busca pela justiça, sem nunca chegar ao fim, como no mito de Sísifo.

229. Não é surpreendente descobrir que o problema subjacente do mal tem sido e continua sendo uma das principais preocupações, ao longo da história do pensamento humano. Como lucidamente alertou R.P. Sertillanges, no rescaldo da Segunda Guerra

²⁵² A Corte EDH (Tribunal Pleno) se referiu em detalhes a essa omissão do Grupo de Trabalho da CDI em 1999, nos parágrafos 23-24, 62-63 e 65-67 de seu julgamento de 21 de novembro de 2001 no caso *Al-Adsani*.

Mundial, por séculos, filósofos, teólogos e escritores chamaram atenção para esse problema, sem, contudo, proporcionar uma resposta totalmente satisfatória ou definitiva a respeito. Em suas próprias palavras, “todas as almas, todos os grupos e todas as civilizações temem o mal (...). O problema do mal põe em causa o destino de todos, o futuro da humanidade”²⁵³.

230. Os efeitos da política estatal criminal planejada do Terceiro Reich sobre a população foram abordados por vários contemporâneos daqueles anos de escuridão. Os romances históricos da década de 1930, de uma pessoa sensível como Klaus Mann, por exemplo, enquanto criticava os intelectuais que se deixaram levar pelo Nazismo (em *Mephisto*, publicado em 1936), ou então aqueles que escreveram sobre o drama daqueles que emigraram para o exílio com vistas a escapar às perseguições (como em *Le volcan*, publicado em 1939), são permeados de premonições do cataclismo social que logo aconteceria (como um vulcão prestes a entrar em erupção), e vitimaria milhões de seres humanos²⁵⁴ –entre os quais os trabalhadores forçados dos países ocupados.

231. De fato, ao longo do último século, houve Estados que adotaram políticas criminais – por meio de pessoas que falaram e agiram em seu nome (na medida em que as instituições não têm consciência moral) – e vitimou milhões de seres humanos, incorrendo em responsabilidade por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário de vários tipos. Os fatos foram devidamente documentados por historiadores. O que deve continuar a ser desenvolvido, pelos juristas, é a responsabilidade dos próprios Estados (além de seus agentes oficiais) pelos crimes perpetrados, que, de tempos em tempos, por décadas, se tornaram objeto de alguns estudos bastante singulares e penetrantes²⁵⁵.

232. O sofrimento humano que se seguiu a essas atrocidades (narrados em relatos históricos e depoimentos das vítimas sobreviventes) dificilmente pode ser mensurado, vai além da imaginação, e é simplesmente devastador. Além disso, o sofrimento *se projeta no tempo*, especialmente se vítimas de graves violações dos seus direitos não encontraram justiça. Em minha própria experiência em julgamentos internacionais (na Corte IDH), em casos de massacres, houve episódios em que, muitos anos após sua ocorrência, os sobreviventes (ou seus *ayants droit*) permaneciam na busca de um reconhecimento judicial

²⁵³ A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal – L’histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5.

²⁵⁴ Cf. K. Mann, *Mefisto [Mephisto]*, 1936], Barcelona, Debolsillo, 2006 (reed.), pp. 31-366; K. Mann, *Le volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, p. 9-404.

²⁵⁵ Cf., *inter alia*, V.V. Pella, *La criminalité collective des États et le droit pénal de l’avenir*, Bucarest, Imprimerie de l’État, 1925, pp. 1-340; R. Ago, “Le délit international”, 68 *RCADI* (1939), pp. 419-545; P.N. Drost, *The Crime of State – Book I: Humanicide*, Leiden, Sijthoff, 1959, pp. 1-352; J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg – Acquis et régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 3-222.

dos seus sofrimentos²⁵⁶. Ao contrário do que se pode pensar, o sofrimento humano nem sempre se apaga ao longo dos anos: é passível de aumento, em face de uma injustiça manifesta – e particularmente em culturas que cultivam com sabedoria as ligações dos vivos com os mortos. O sofrimento humano, em casos de injustiças persistentes, pode projetar-se em uma escala intergeracional.

233. Um pensador lúcido alemão Max Scheler (1874-1928), em um ensaio publicado postumamente (*Le sens de la souffrance*, 1951), expressou sua crença de que todos os sofrimentos humanos têm uma razão de ser, e, por mais profundos que sejam, o mais difícil é lutar contra suas causas²⁵⁷. E em um dos seus escritos nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial (um ensaio originalmente publicado em 1953), o filósofo alemão Karl Jaspers (1883-1969) ponderou que a razão só existe “por decisão”, que “surge da liberdade”, e é inseparável da existência em si; apesar de sabermos que estamos todos à mercê de eventos fora de nosso controle, “a razão pode manter-se firme apenas com a força da própria Razão”²⁵⁸.

234. Pouco tempo depois, em seu livro *Origine et sens de l’histoire* (1954), Karl Jaspers expressou claramente sua crença que:

“(…) É no [direito natural] que o direito das gentes é fundado, é no [direito natural] que um tribunal deve ser constituído, dentro da ordem mundial, com vistas a proteger um indivíduo contra os abusos do Estado, permitindo-lhe o recurso a uma justiça efetiva, exercida em nome da soberania humana.

(…) É possível depreender que um Estado totalitário e um estado de guerra total são contrários ao direito natural, não somente porque eles tratam como um fim, o que são os meios e condições de vida, mas também porque eles proclamam o valor absoluto dos meios, destruindo, assim, o sentido do coletivo, dos direitos humanos.

O direito natural se limita a organizar as condições de vida (...) representando todos os aspetos das condições humanas nesse mundo”²⁵⁹.

235. Em um esclarecedor ensaio publicado na Alemanha imediatamente após a guerra, em 1946 (intitulado *Die Schuldfrage/La question de la culpabilité*) – decorrente de um curso dado por ele no inverno de 1945-1946 na Universidade de Heidelberg, que foi reeditado e tem sobrevivido ao longo do tempo –, K. Jaspers distinguiu entre culpa criminal, culpa política,

²⁵⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, pp. 159-165.

²⁵⁷ M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, 1951, pp. 5 e 27.

²⁵⁸ K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 (reed.), pp. 50, 59 e 84.

²⁵⁹ K. Jaspers, *Origine et sens de l’histoire*, Paris, Plon, 1954, p. 245.

culpa moral e culpa metafísica, buscando estabelecer graus de responsabilidade pessoal proporcional à participação nos fatos. Em uma passagem deste ensaio, abordando a “diferenciação da culpa da Alemanha”, K. Jaspers, descartando desculpas baseadas na soberania da Alemanha, afirmou, a respeito da Segunda Guerra Mundial, que:

“Neste momento, não resta dúvida que a Alemanha planejou e preparou esta guerra e a iniciou sem provocação de qualquer outra parte. É completamente diferente de 1914. (...) A Alemanha, ao violar o direito internacional, cometeu numerosos atos resultando no extermínio das populações e outras desumanidades”²⁶⁰.

236. Ele formulou então a seguinte questão: “como podemos falar em crimes no âmbito da soberania política?” – evocando um “um hábito de pensamento decorrente da tradicional vida política na Europa”. E ele acrescentou que:

“os chefes dos Estados (...) são homens e respondem por seus atos. (...) Os atos dos Estados são também atos de pessoas. Os homens são individualmente responsáveis por eles. (...) No sentido da humanidade, dos direitos humanos e do direito natural, (...) as leis já existiam e os crimes podiam ser determinados”²⁶¹.

De fato, ao longo de todo o procedimento perante a Corte no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, a Alemanha reconheceu sua responsabilidade estatal (cf. parágrafos 34-31) pelos fatos históricos que deram origem ao *cas d’espèce*.

237. Além disso, no curso das últimas décadas, compensações foram concedidas em ocasiões e circunstâncias distintas. Adicionalmente, em várias ocasiões, a Alemanha – pátria dos principais pensadores e escritores universais, por exemplo, I. Kant (1724-1804) e J.W. Goethe (1749-1832) – apresentou desculpas públicas, tal como a renovação silenciosa do pedido de desculpa do ex-Chanceler Willy Brandt em Varsóvia, Polônia, no dia 7 de dezembro de 1970, entre outros e sucessivos atos de contrição. Sendo assim, eu me pergunto por que a Alemanha ainda não ofereceu uma reparação àqueles sobreviventes que ainda não a receberam até hoje (cf. *infra*), ao invés de ter trazido à Corte o presente caso.

238. Em meu entendimento, no presente julgamento, a Corte poderia e deveria ter ido além, expressando sentimentos de “surpresa” e “pesar” (parágrafo 99), tendo em vista a persistência de uma situação ainda não resolvida para alguns dos sobreviventes. Com efeito, a tentativa de se fazer abstração de graves violações dos direitos humanos ou do direito

²⁶⁰ K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, Nova Iorque, Fordham University Press, 2001 (reed.), p. 47 e cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Éditions de Minuit, 2007 (reed.), pp. 64-65.

²⁶¹ K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra*, nota 260, pp. 49-50. E cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra*, nota 260, p. 66.

internacional humanitário, ou a tentativa de assimilá-los a qualquer tipo de “dano”, é o mesmo que tapar o sol com uma peneira. Até mesmo no âmbito das imunidades estatais, há relatos sobre as mudanças sofridas por elas ao longo do tempo, no sentido de restringir ou descartar tais imunidades na ocorrência dessas graves violações, devido ao advento do direito internacional dos direitos humanos, com a atenção focada no direito de acesso à justiça e na responsabilidade internacional²⁶².

239. Há atualmente na opinião uma crescente tendência favorável à remoção da imunidade em casos de crimes internacionais, cujas vítimas buscam obter uma reparação²⁶³. Com efeito, admitir a remoção da imunidade do Estado no âmbito das relações comerciais, ou em relação aos quase-delitos (por exemplo, acidentes de trânsito), e ao mesmo tempo insistir na blindagem dos Estados com imunidade, em casos de crimes internacionais – marcados por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário – em cumprimento de políticas (criminais) do Estado, em minha opinião, equivale a um absurdo jurídico.

XXIV. O Direito dos Indivíduos à Reparação Enquanto Vítimas de Graves Violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário

1. O Dever do Estado em Proporcionar uma Reparação às Vítimas Individuais

240. Já em 1927-1928, a CPJI deu reconhecimento judicial expresso a um preceito de direito internacional costumeiro, refletido em um princípio fundamental do direito internacional, no sentido de que:

“a violação de um acordo envolve uma obrigação em reparar de forma adequada. A reparação é, portanto, um complemento indispensável quando não se cumpre uma convenção” (*Fábrica de Chorzów, Jurisdição, Julgamento n.º 8, 1927, CPJI, Série A, n.º 9, p. 21*).

A CPJI acrescentou que essa reparação “deve, tanto quanto possível, acabar com todas as consequências dos atos ilícitos e restabelecer a situação que, em todas as probabilidades,

²⁶² Cf. [vários autores], *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* (Colloque de Paris de 2003, ed. J. Verhoeven), Paris/Bruxelas, LGDJ/Larcier, 2004, pp. 6-7, 52-53 e 55.

²⁶³ Cf. *ibid.*, p. 121, e cf. pp. 128-129, 138 e 274. E cf. também: M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali – L'Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2007, pp. 135, 140 e 307-309; [vários autores], *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (Colloque de Paris de 2004, ed. I. Pingel), Paris, Pedone, 2004, pp. 20, 31, 150 e 152.

existiria se tal ato não tivesse sido cometido” (*Fábrica de Chorzów, Méritos, Julgamento n.º 13, 1928, CPJI, Série A, n.º 17*, pp. 29 e 47-48).

241. No presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, conforme já indicado anteriormente, a Alemanha reconheceu sua própria responsabilidade pelas graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário que reside nas origens fatuais do *cas d’espèce* (cf. seção III *supra*). A obrigação de reparar do *Estado* inevitavelmente origina-se aí como “complemento indispensável” dessas graves violações. Tal como a *jurisprudence constante* da antiga CPJI indicou, já no período entre guerras, a obrigação era regida pelo direito internacional em todos os seus aspetos (por exemplo, escopo, forma, beneficiários); sua observância não deve estar sujeita a modificações ou suspensões pelo Estado demandado, por meio da invocação de disposições, interpretações ou alegadas dificuldades em suas próprias leis domésticas (*Jurisdição dos Tribunais de Dantzig, Parecer Consultivo, 1928, CPJI, Série B, n.º 15*, pp. 26-27; *Comunidades Greco-Búlgaras, Parecer Consultivo, 1930, CPJI, Série B, n.º 17*, pp. 32 e 35; *Zonas Livres da Savóia Superior e o Distrito de Gex, Julgamento, 1932, CPJI, Série A/B, n.º 46*, p. 167; *Tratamento dos Cidadãos Poloneses e Outras Pessoas de Origem Polonesa ou Que Falam Polonês no Território de Dantzig, Parecer Consultivo, 1932, CPJI, Série A/B, n.º 44*, p. 24).

242. O direito à reparação dos indivíduos enquanto vítimas de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário foi muito discutido perante esta Corte neste caso. A este respeito, a Alemanha sustentou que, segundo o direito internacional geral, não era concedido aos indivíduos um direito à reparação, “e certamente não por danos de guerra”²⁶⁴. Em seu entendimento, “o Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907, bem como o Artigo 91 do Primeiro Protocolo Adicional (de 1977) às quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949, dada a própria estrutura das Convenções, só podem lidar com a responsabilidade do Estado no âmbito interestatal e, por conseguinte, não podem ter efeitos diretos nos indivíduos”²⁶⁵. Mais especificamente, a respeito do ponto de saber se as vítimas individuais têm direitos que podem ser invocados perante os tribunais de justiça, a Alemanha alegou que

“é difícil ver como a mistura indevida de dois conceitos diferentes, um dos quais – o direito de acesso à justiça – é sujeito a várias limitações, e o outro – o alegado direito de

²⁶⁴ CR 2011/17, p. 42.

²⁶⁵ *Ibid.*

ação como uma consequência de um crime de guerra – simplesmente não existe *de lege lata*, podem em conjunto criar uma super regra de *jus cogens*”²⁶⁶.

243. Por sua vez, a Itália afirmou que o objetivo em “preservar o direito individual de um injusto privilégio e conceder o direito individual de acesso à justiça e em reparar danos também caracteriza novos desenvolvimentos da regra sobre a imunidade e suas exceções”²⁶⁷. Alegou ainda que

“a restrição à imunidade em casos de indivíduos propondo ações judiciais para obter reparações por uma grave violação dos princípios mais fundamentais da dignidade humana determinados pelas normas de *jus cogens*, nos parece ser uma solução razoavelmente equilibrada”²⁶⁸.

Além disso, também argumentou que “quando as vítimas de violações de normas fundamentais do sistema jurídico internacional são privadas de quaisquer outros meios de recurso, ou até mesmo de recorrer aos tribunais nacionais, as barreiras processuais da imunidade do Estado não podem ter como efeito privar as vítimas do único recurso disponível”²⁶⁹.

244. Por sua parte, a Grécia também considerou, a esse respeito, que “o principal argumento no posicionamento dos tribunais gregos está baseado no reconhecimento de que é possível o direito individual de reparação em caso de graves violações do direito humanitário”²⁷⁰. A Grécia reivindicou que

“a obrigação do Estado em indemnizar os indivíduos por violações das normas do direito humanitário nos parece decorrer do Artigo 3.º da IV Convenção de Haia de 1907, mesmo se não está expressamente estabelecido naquele artigo e mesmo se os indivíduos precisam da mediação dos Estados por meio de tratados interestatais. (...) E isso torna-se claro pelo fato de que os indivíduos não estão excluídos do texto do Artigo 3.º. Essa linha de argumentação também emerge dos *travaux préparatoires* da Segunda Conferência [de Paz] de Haia”²⁷¹.

245. O direito individual à reparação é bem delineado no direito internacional dos direitos humanos, que conta com uma considerável jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos (tal como a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos

²⁶⁶ CR 2011/17, p. 45.

²⁶⁷ Contra Memorial da Itália, parágrafo 4.22.

²⁶⁸ *Ibid.*, parágrafo 4.101.

²⁶⁹ *Ibid.*, parágrafo 4.103.

²⁷⁰ CR 2011/19, p. 22 (tradução).

²⁷¹ *Ibid.*, pp. 22-23 (tradução).

Humanos)²⁷². Além disso, o direito internacional público vem passando por um contínuo desenvolvimento em relação às reparações em caso de reivindicações individuais relacionadas à guerra, tradicionalmente consideradas como incluídas nos acordos internacionais interestatais. A partir do século XIX em diante, houve tentativas de reestruturar tal abordagem clássica para uma nova linha de pensamento vigente nos julgamentos das ações individuais pelos “tribunais comuns”²⁷³. Afinal, as vítimas finais das violações do direito internacional humanitário são os indivíduos, e não os Estados.

246. Os indivíduos sujeitos ao trabalho forçado na indústria de guerra alemã (1943-1945), ou os parentes mais próximos daqueles mortos em Distomo, na Grécia, ou em Civitella, na Itália, em 1944, durante a Segunda Guerra Mundial, ou vitimados pelas atrocidades de outros Estados, são os *titulaires* (com seus *ayants-droits*) do correspondente direito à reparação. As vítimas são os verdadeiros titulares de direitos, incluindo o direito à reparação, como é geralmente reconhecido atualmente. Ilustrações existem hoje também no domínio do direito internacional humanitário. Um estudo do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) acerca das normas de direito internacional costumeiro²⁷⁴ pode ser evocado a esse respeito. A Regra 150 diz o seguinte: “Um Estado responsável por violações do direito internacional humanitário é obrigado a reparar integralmente pela perda ou dano causado”²⁷⁵. No que diz respeito, especificamente, à questão da “reparação procurada diretamente pelos indivíduos”, a Regra 150 refere-se a “uma tendência crescente no sentido de permitir que as vítimas individuais de violações do direito internacional humanitário busquem reparações diretamente por parte do Estado responsável”²⁷⁶.

²⁷² A jurisprudência da Corte IDH sobre o assunto tem sido particularmente destacada pela *diversidade das formas* de reparação concedida às suas vítimas; cf., por exemplo, [vários autores], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'Homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, op. cit. supra, nota 67, pp. 17-334; [vários autores], *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme* (eds. L. Hennebel e H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, pp. 7-413; [vários autores], *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity – Systems in Place and Systems in the Making* (eds. C. Ferstman, M. Goetz e A. Stephens), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 217-282.

²⁷³ R. Dolzer, “The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim’s Private Right of Action? Lessons After 1945”, 20 *Berkeley Journal of International Law* (2002), p. 296.

²⁷⁴ *Customary International Humanitarian Law* (eds. J.-M. Henckaerts e L. Doswald-Beck), Vol I: Rules, Genebra/Cambridge, CICV/Cambridge University Press, 2005, pp. 537-550.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 537, de acordo com o sumário anexado, a prática do Estado determina essa Regra como sendo de “direito internacional consuetudinário aplicável em conflitos armados tanto nacionais quanto internacionais”.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 541; a esse respeito, a Regra 150 refere-se ao Artigo 33 (2) dos Artigos sobre Responsabilidade do Estado da CDI e a seu comentário, e afirma que reparações foram concedidas diretamente às vítimas individuais por meio de diferentes procedimentos, que vão desde mecanismos criados por acordos interestatais às reparações realizadas por pessoas que recorrem diretamente aos tribunais nacionais.

247. Além disso, o Relatório de 2004 da Comissão Internacional de Inquérito sobre o Tufur do Secretário-geral das Nações Unidas, após afirmar que as graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário “podem implicar não só a responsabilidade penal individual do perpetrador, mas também a responsabilidade internacional do Estado (ou da entidade quase estatal) em nome do qual o perpetrador estava atuando”, acrescentou que tal responsabilidade internacional requer que o “Estado (ou a entidade quase estatal) deverá pagar uma indemnização à vítima” (parágrafo 593).

248. Após destacar o impacto do direito internacional dos direitos humanos no âmbito da responsabilidade do Estado, o Relatório de 2004 constatou que atualmente há “uma forte tendência no sentido da indemnização não somente para os Estados, mas também para os indivíduos com base na responsabilidade do Estado” (p. 151, nota 217). O já mencionado Relatório da Comissão de Darfur então concluiu que, sob o impacto do direito internacional dos direitos humanos,

“a proposição se justifica e que, neste momento, sempre que uma grosseira violação dos direitos humanos é cometida, esta também equivale a um crime internacional; o direito internacional costumeiro não só reconhece a responsabilidade penal do indivíduo que cometeu tal violação, mas também impõe uma obrigação sobre o Estado, do qual os perpetradores são nacionais ou para o qual eles agiram como órgãos *de jure* ou *de facto*, de efetuar uma reparação (inclusive indemnização) pelo dano causado” (parágrafo 598).

249. Referência também pode ser feita ao regime jurídico da Comissão de Reclamações da Etiópia-Eritreia: de acordo com o Artigo 5.º (1.º) do Acordo de 12 de dezembro de 2000 entre os Governos do Estado da Eritreia e a República Democrática Federal da Etiópia. A Comissão foi criada com a finalidade de

“julgar no âmbito de uma arbitragem obrigatória todas as reivindicações em relação às perdas, danos e prejuízos formuladas por um Governo contra o outro, e por nacionais (...) de uma parte contra o Governo da outra Parte ou de entidades detidas ou controladas pela outra Parte”.

Além disso, a respeito do projeto de 2010 relativo à Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre a Reparação para as Vítimas de Conflito Armado (questões de fundo), o Comitê Internacional sobre a Reparação para as Vítimas de Conflito Armado da ADI, quando considera o direito à reparação (nos termos do Artigo 6.º), reconhece que os indivíduos estão em uma situação melhor diante do direito internacional dos direitos humanos, e não vê qualquer razão para que a sua situação seja mais precária sob as normas do direito internacional aplicáveis aos conflitos armados.

250. Na mesma linha, os Princípios e Diretrizes Básicas de 2005 sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Graves do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário²⁷⁷, estabelecem, no Artigo 15, o dever dos Estados em prover uma reparação às vítimas:

“Em conformidade com a sua legislação interna e as suas obrigações jurídicas internacionais, um Estado deverá assegurar a reparação das vítimas por atos ou omissões que possam ser imputáveis ao Estado e constituam violações flagrantes de normas internacionais de direitos humanos ou violações graves do direito internacional humanitário.”

Todos esses recentes desenvolvimentos vão além das dimensões interestatais tradicionais, estabelecendo o direito dos indivíduos à reparação enquanto vítimas de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

251. Pareceria estranho, senão surreal, se o âmbito da imunidade do Estado permanecesse alheio a tais desenvolvimentos significativos dos últimos anos. Os *titulaires* do direito à reparação por graves violações são as vítimas individuais que as sofreram. Como eu sustentei em minha opinião dissidente (parágrafo 178) junta ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 (rejeitando o pedido reconvenicional italiano) no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, os Estados não podem, de jeito algum, renunciar a direitos que não lhes pertencem. Também não podem virar as costas aos significativos desenvolvimentos do direito internacional, em particular do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, de forma a privar a pessoa humana do seu direito à reparação. Isso levaria a uma manifesta injustiça.

252. Parece-me sem fundamento que a alegação de que o regime das reparações por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário se esgotaria em si mesmo no âmbito interestatal, em detrimento dos indivíduos que sofreram as consequências dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Afinal, aqueles indivíduos são os *titulaires* do direito à reparação, como consequência das graves violações do direito internacional *infligidas sobre eles*. Uma interpretação do regime das reparações como pertencendo puramente às relações interestatais equivaleria a um completo equívoco da posição do indivíduo na ordem jurídica internacional. Em minha percepção, “a pessoa humana emancipou-se de seu próprio Estado, com o conhecimento de seus direitos, que são anteriores

²⁷⁷ Adotado e proclamado pela Resolução n.º 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 2005.

e superiores ao deste último”²⁷⁸. Ainda, o regime de reparações por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário não pode esgotar-se em si mesmo no âmbito interestadual, em que o indivíduo é deixado de lado sem qualquer tipo de reparação.

253. O que deve ser também levado em consideração é que os tribunais nacionais não são os únicos meios que os indivíduos têm com vistas à obtenção de uma reparação por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. Também há, de fato, outros meios, no foro internacional, para indivíduos que procuram obter reparação. Estes incluem Tribunais e Comissões Mistas de Reclamações, bem como órgãos quase-judiciais estabelecidos quer pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, quer por meio de tratados de paz, ou por iniciativa de Estados ou sociedades, e arbitragens relativas a “reivindicações dormentes”²⁷⁹. Desta maneira, os tribunais nacionais são meios de as vítimas obterem reparação, dependendo das circunstâncias do caso, mas não são os únicos. No direito internacional contemporâneo, os tribunais nacionais e internacionais estão cada vez mais estreitamente em contato uns com os outros, em distintos domínios.

254. Por exemplo, na proteção dos direitos individuais, há uma convergência entre o direito nacional e o direito internacional; ambos têm a obrigação de fornecer recursos jurídicos efetivos²⁸⁰. No âmbito do direito de integração regional, o processo do reenvio prejudicial (por exemplo, nos termos do Artigo 234 do Tratado da CE) proporciona outro exemplo nesse sentido. No direito internacional penal, o princípio da complementaridade também proporciona outra ilustração. E os exemplos se multiplicam, revelando, finalmente, a *unidade da lei*. De fato, o que realmente importa é a *realização da justiça* nos âmbitos nacional e internacional. Afinal de contas, os crimes internacionais não são atos *jure imperii*, eles permanecem como *crimes*, independentemente de quem os cometeu; eles são graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário que demandam reparações para as vítimas; reivindicações de imunidade estatal não podem ignorar o dever do Estado em fornecer reparação às vítimas individuais.

²⁷⁸ A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 209; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens – L'accès des individus à la justice internationale (...)*, *op. cit. supra*, nota 243, pp. 29 e 146.

²⁷⁹ Cf., por exemplo, E.-C. Gillard, “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, 85 *International Review of the Red Cross* (setembro de 2003), nota 851, pp. 539-545; e, cf., de forma geral, [vários autores], *Redressing Injustices through Mass Claims Processes – Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford, Oxford University Press/PCA, 2006, pp. 3-425.

²⁸⁰ A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and The Role of National Courts”, 17 *Archiv des Volkerrechts* (1977-1978), pp. 333-370.

255. Na realidade, o reconhecimento do direito *individual* à reparação (correspondente à obrigação do Estado), como componente do direito individual de acesso à justiça *lato sensu* – com o reconhecimento judicial atual de ambas as cortes, a Corte IDH e a Corte EDH – é ainda maior quando se trata de *graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário*, tais como as que formam o contexto fático do caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado* em apreço perante a Corte. As imunidades dificilmente podem ser consideradas em um *vácuo* jurídico. Desde o início do presente caso, na fase escrita dos procedimentos, até a conclusão da fase oral, o *punctum pruriens* da maior diferença entre as Partes demandantes foi precisamente a contraposição das imunidades do Estado frente à obrigação do Estado em fornecer reparação às vítimas de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

256. A tese da Alemanha, claramente exposta no Memorial, é que a “Itália está obrigada a respeitar o princípio da imunidade soberana que impede os particulares processar outro Estado perante os tribunais do Estado do foro” (parágrafo 47). Em sua visão, a “Itália não pode contar com qualquer justificção para desconsiderar a imunidade da qual goza a Alemanha sob aquele princípio” (parágrafo 47). De forma contrária, a tese da Itália, conforme exposta em seu Contra Memorial, é que

“o Estado que cometeu graves violações das normas fundamentais não pode ser considerado como detentor do direito de invocar imunidade por seus atos ilegais, mesmo se esses atos são qualificados como *acta jure imperii*. Se concedida, a imunidade equivaleria a uma total negação da justiça para as vítimas e à impunidade para o Estado” (parágrafo 4.110).

Em sua visão,

“a ordem jurídica internacional não pode, por um lado, estabelecer que haja algumas normas materiais fundamentais, que não podem ser derogadas e cuja violação não pode ser tolerada, e, por outro lado, conceder imunidade ao autor das violações dessas normas fundamentais em situações nas quais resta claro que a imunidade em sua essência equivaleria à impunidade” (parágrafo 4.111).

257. Considerações sobre esse assunto – o dever do Estado em prover reparação às vítimas individuais de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário – não podem ser afastadas. É um dever do Estado sob o direito internacional costumeiro e de acordo com os princípios gerais do direito. Isso me leva agora a uma questão sobre o cumprimento ou não, pelo Estado responsável, do dever de prover reparação às vítimas – conforme referido pela Itália – por aquelas graves violações que ocorreram na

Segunda Guerra Mundial. Os pontos seguintes serão abordados sucessivamente: em primeiro lugar, as categorias das vítimas no *cas d'espèce*; em segundo lugar, o contexto jurídico da Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro” (2000); e, em terceiro lugar, a avaliação das alegações das Partes.

2. As Categorias de Vítimas no *Cas d'Espèce*

258. De acordo com a Itália, existem três categorias de vítimas das já mencionadas violações²⁸¹, titulares do direito de receber reparação, nomeadamente:

“(i) soldados que foram aprisionados, para os quais foi negado o estatuto de prisioneiros de guerra, e que foram enviados para trabalhos forçados [os chamados ‘militares italianos internados’]; (ii) civis que foram detidos e transferidos para campos de detenção, e que foram levados para trabalho forçado; (iii) população civil que foi massacrada como parte da estratégia de terror e represálias contra as ações dos combatentes da liberdade”²⁸².

259. A Itália afirma que “nenhum, ou poucos, deles obteve [obtiveram] [reparação] até agora”²⁸³. A Itália também arguiu, no que diz respeito ao Sr. Ferrini em particular, que ele pertencia à categoria do item (ii), ou seja, civis que foram detidos e transferidos para campos de detenção, e que foram levados para trabalho forçado²⁸⁴. Embora o Sr. Ferrini já tivesse iniciado um processo judicial perante o *Tribunale di Arezzo* em 1998, ele também procurou obter reparação por parte das autoridades alemãs. A Itália alegou que o Sr. Ferrini decidiu não submeter um pedido de indemnização nos termos da Lei de 2 de agosto de 2000 (que estabeleceu a Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro”) “já que ele não havia sido detido em “outro local de confinamento” na aceção da seção 11, parágrafo 1 da Lei que

²⁸¹ A Alemanha igualmente classificou as vítimas nas mesmas três categorias descritas pela Itália; cf. Memorial da Alemanha, parágrafo 13.

²⁸² Contra Memorial da Itália, parágrafo 2.8.

²⁸³ Contra Memorial da Itália, parágrafo 2.8.

²⁸⁴ Nas palavras da Itália:

“Os crimes de guerra eram largamente cometidos contra a população civil, e milhares de civis em idade militar, entre eles o Sr. Ferrini, o Sr. Mantelli, e o Sr. Maietta (cujos casos foram referidos pelo Requerente em seu Memorial), foram também transferidos para campos de detenção na Alemanha, ou em territórios controlados pela Alemanha, onde foram empregados para trabalho forçado como outra forma de retaliação contra a população civil italiana” (*Ibid.*, parágrafo 2.7).

instituiu a Fundação e, além disso, não estava em posição de demonstrar que ele preenchia os requisitos estabelecidos pela Fundação”²⁸⁵.

260. A Itália acrescentou que “em 2001, o Sr. Ferrini, juntamente com outros demandantes, também apresentou uma queixa constitucional contra as seções 10, parágrafo 1.º, 11, parágrafo 3.º, e 16, parágrafos 1.º e 2.º da Lei que instituiu a Fundação diante da Corte Constitucional Federal”, e que “essa queixa foi posteriormente rejeitada pela Corte Constitucional Federal”²⁸⁶. Mantendo esse histórico em mente, atenção deve ser voltada agora ao contexto jurídico da Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro”, estabelecida em 2000.

3. O Contexto Jurídico da Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro” (2000)

261. Nos anos 1999-2000, a Alemanha conduziu negociações diplomáticas com vários Estados – que anteriormente eram os beligerantes na Segunda Guerra Mundial – com vistas a indenizar os indivíduos que foram submetidos, durante a guerra, ao trabalho forçado em empresas alemãs e no setor público²⁸⁷. De acordo com a Itália, essas negociações foram desencadeadas por ações judiciais movidas por ex-trabalhadores forçados contra empresas alemãs em tribunais norte-americanos, e, diante desse cenário, a Alemanha e os Estados Unidos celebraram acordos que visavam criar mecanismos para lidar com as reivindicações de reparação por ex-trabalhadores forçados²⁸⁸.

262. Após a conclusão de tal acordo, em 2 de agosto de 2000, foi adotada uma lei federal alemã criando a Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro”²⁸⁹. O propósito da Fundação era tornar fundos disponíveis para pessoas que foram vítimas de trabalho forçado e de “outras injustiças no período nacional-socialista” (Artigo 2.º (1.º) da Lei que instituiu a Fundação). A Fundação não proporcionou indenizações diretamente aos indivíduos

²⁸⁵ *Ibid.*, parágrafo 2.43 (nota 43). Cf. sumário dos fatos relatados in *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall’Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) e 275 Outros c. Alemanha*, p. 5 (Anexo 10 do Contra Memorial da Itália).

²⁸⁶ Contra Memorial da Itália, parágrafo 2.43 (nota 43).

²⁸⁷ *Ibid.*, parágrafo 2.27; e cf., de maneira geral, J. Authers, *op. cit. supra*, nota 230, pp. 420-449.

²⁸⁸ Contra Memorial da Itália, parágrafo 2.27.

²⁸⁹ A seguir, designada como “a Fundação”.

definidos pela Lei, mas sim às chamadas “organizações parceiras”, que receberam montantes globais específicos (Artigo 9.º da Lei que instituiu a Fundação)²⁹⁰.

263. As categorias de pessoas com direito a receber reparação, de acordo com o Artigo 11 da Lei que instituiu a Fundação, foram assim definidas: (a) indivíduos “detidos em campo de concentração, ou em qualquer outra prisão ou campo, ou em um gueto em condições similares, e sujeitos ao trabalho forçado” (Artigo 11 (1.º)); (b) indivíduos “deportados de suas terras natais para a Alemanha em meados de 1937, ou para um território ocupado pela Alemanha, e submetidos ao trabalho forçado em uma empresa privada ou no setor público, e (...) detidos (...) ou submetidos a condições de vida particularmente ruins” (Artigo 11 (2.º)); e (c) foi expressamente declarado – o que é importante para o processo no presente caso – que o estatuto de um prisioneiro de guerra não dá direito a pagamentos ou benefícios nos termos da Lei (Artigo 11 (3.º))²⁹¹.

264. Deste modo, apesar de a Lei que instituiu a Fundação ter a específica intenção de cobrir categorias de vítimas que foram deixadas de lado em outros acordos de reparação concluídos pela Alemanha, o Artigo 11 (3.º) dessa Lei expressamente excluiu os prisioneiros de guerra, indicando que a “elegibilidade não pode estar associada ao estatuto de prisioneiros de guerra”. Quanto ao âmbito desta disposição, foi apontado que, na exposição dos motivos da Lei que instituiu a Fundação,

“o Governo Federal explicou as cláusulas excludentes conforme segue:

‘Prisioneiros de guerra sujeitos ao trabalho forçado não têm, em princípio, direito a pagamentos porque as normas de direito internacional permitiam à potência detentora mobilizar prisioneiros de guerra como trabalhadores, Contudo, as pessoas libertadas como prisioneiros de guerra que se tornaram ‘trabalhadores civis’ (*Zivilarbeiter*) podem ter um direito a indemnização nos termos da [Lei que instituiu a Fundação] se os outros requisitos forem cumpridos.

Entretanto, nas ‘diretrizes’ adotadas em agosto de 2001, em um acordo celebrado com o Ministro das Finanças, a Diretoria da Fundação limitou o efeito excludente da cláusula, determinando que os ‘prisioneiros de guerra que foram levados a campos de concentração’ não serão excluídos dos benefícios da Lei ‘porque neste caso especial a discriminação e os maus-tratos por conta da ideologia Nacional Socialista são relevantes, e

²⁹⁰ Cf. B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000”, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), pp. 244-245; cf. também Contra Memorial da Itália, parágrafos 2.27-2.28.

²⁹¹ Cf. B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II (...)”, *op. cit. supra*, nota 290, p. 246.

a detenção em campo de concentração não pode ser considerada como um destino habitual em tempos de guerra (...)”²⁹².

265. Neste contexto, a opinião de um perito (C. Tomuschat) relativa à questão do direito à reparação dos “militares italianos internados” nos termos da Lei que instituiu a Fundação²⁹³ não pode passar despercebida. De acordo com esta opinião dirigida ao Governo Alemão, apesar de a Alemanha ter tratado prisioneiros de guerra (PDG) como trabalhadores forçados, o estatuto deles era, na realidade, o de prisioneiros de guerra. Nas palavras do perito, os “militares italianos internados” “possuíam, até o momento de sua libertação após o fim da Segunda Guerra Mundial, o estatuto de PDG, de acordo com as regras de direito internacional, apesar de o Reich alemão ter maciçamente infringido esse estatuto. Portanto, a cláusula excludente [Artigo 11 (3.º) da Lei que instituiu a Fundação] pode, em princípio, lhes ser aplicada”²⁹⁴.

266. Ademais, a opinião do especialista deu prioridade ao estatuto *de jure* dos militares internados – um estatuto (com todos os direitos a ele inerentes) que, de fato, lhes foi negado– sobre o seu tratamento *de facto*. Com base na recomendação dada pela acima mencionada opinião do especialista, muitas vítimas caíram na exceção da seção 11 (3) da Lei que instituiu a Fundação (*supra*) e foram, por conseguinte, excluídos do regime de reparação. Neste contexto, a Itália alegou que, desde 2000, “milhares de [militares internados italianos] e civis italianos submetidos a trabalho forçado apresentaram pedidos de indenização”, nos termos da Lei que instituiu a Fundação e esses pedidos “foram quase todos rejeitados”. Acrescentou que

“em 2003, os tribunais administrativos alemães rejeitaram as demandas judiciais interpostas por um certo número de [militares internados italianos]. Com a única exceção do caso *Ferrini*, todas as demandas submetidas aos tribunais italianos foram introduzidas a partir de 2004. Naquele momento, já era evidente que os trabalhadores forçados italianos não tinham qualquer possibilidade na obtenção de uma reparação por parte das autoridades alemãs”²⁹⁵.

²⁹² *Op. cit. supra*, nota 290, p. 246.

²⁹³ Contra Memorial da Itália, Anexo 8.

²⁹⁴ A opinião do especialista concluiu, no entanto, que uma diferente avaliação deveria ser dada no que diz respeito aos “militares internados italianos”, a quem, adicionalmente à violação de seu estatuto de prisioneiros de guerra, sofreram medidas de perseguição racista.

²⁹⁵ Contra Memorial da Itália, parágrafo 2.43. A asserção de que os militares internados italianos não receberam reparação por seus trabalhos forçados pode ser encontrada nos escritos de outros especialistas; cf. R. Buxbaum, “German Reparations After the Second World War”, 6 *African-American Law and Policy Report* (2004), p. 39.

267. Em meu entendimento, é lamentável que os “militares internados italianos” tenham sido impedidos de obter reparação, com base num estatuto que lhes foi negado. Isso foi justamente uma das muitas violações cometidas pela Alemanha Nazista contra aquelas pessoas: a negação do seu direito, no âmbito do direito internacional, a serem tratados como prisioneiros de guerra. Invocar essa violação com vistas a cometer outra violação – a negação à reparação – equivale, conforme coloca a Itália, a “um buraco negro kafkiano do direito”²⁹⁶, bem como a uma dupla injustiça²⁹⁷.

4. A Avaliação das Alegações das Partes Litigantes

268. Deixe-me voltar aos argumentos das Partes litigantes no que diz respeito à questão das reparações devidas às vítimas referidas pela Itália, apresentada por ela nas fases escritas e orais dos procedimentos perante a Corte no presente caso. Os materiais e submissões por parte da Alemanha não abordam quais vítimas específicas receberam, de fato, uma reparação. Enquanto a Alemanha não fornece um relatório completo das reparações pagas depois de 1945, afirmando que “este não é o local para fornecer um relatório completo de todas as reparações que os Poderes Aliados receberam da Alemanha após 1945”, ela, entretanto, argumenta que, nos termos dos dois Acordos de 1961 entre a Alemanha e a Itália, “pagamentos consideráveis foram feitos à Itália”²⁹⁸; ela acrescenta que fez os pagamentos à Itália “por razões de equidade”, apesar da cláusula de renúncia do Tratado de Paz²⁹⁹.

269. A manifestação mais reveladora da Alemanha foi quando ela claramente admitiu que os militares italianos internados não receberam reparação com base em uma interpretação dada pela Lei que instituiu a Fundação:

“Somente após a adoção da Lei alemã de 2000 que instituiu a Fundação ‘Lembrança, Responsabilidade e Futuro’ é que a Itália fez declarações contra a Alemanha acerca da *exclusão* *ratione personae dos militares internados italianos* (‘MII’) *do escopo*

²⁹⁶ CR 2011/18, p. 33, parágrafo 28.

²⁹⁷ A esse respeito, foi apontado que “os italianos não eram prisioneiros de guerra muito embora tenham sido submetidos a trabalho forçado. Ao invés disso, a exploração de seu trabalho forçado foi a principal razão para sua contínua detenção na Alemanha” (B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II (...)”, *op. cit. supra*, nota 290, p. 251). Além disso, “as condições de vida dos italianos eram piores do que as dos soldados ocidentais aliados capturados pela Alemanha. Em particular, os detidos italianos sofreram de má nutrição”. Em um terceiro período, entre agosto de 1944 até o final da guerra, os soldados italianos detidos receberam o estatuto de “trabalhadores civis” (*Zivilarbeiter*) com vistas a “explorar sua mão-de-obra da maneira mais eficiente” (*ibid.*, p. 244, nota 2).

²⁹⁸ Resposta da Alemanha, parágrafos 30-33.

²⁹⁹ *Ibid.*, parágrafo 33.

daquela lei. Como prisioneiros de guerra, esse grupo de pessoas não foi levado em consideração para os propósitos daquele tardio esquema de reparação”³⁰⁰.

270. Por sua vez, em suas observações escritas, a Itália notou que “um grande número de vítimas permaneceram descobertas” pelos dois Acordos de 1961 entre a Alemanha e a Itália e “jamais receberam uma reparação apropriada”³⁰¹. Ao passo que a Itália reconhece que a Alemanha tem adotado e implementado, nestas últimas décadas, uma série de medidas, com o objetivo de resolver as reivindicações de indemnização das vítimas das atrocidades da guerra, e nota que duas importantes legislações (a Lei Federal de Compensação de 1953 e a Lei que instituiu a Fundação de 2 de agosto de 2000) foram adotadas, ela acrescenta, não obstante, que nenhuma delas fornece meios jurídicos efetivos às vítimas italianas para obter reparação³⁰². Nesse sentido, a Itália argumenta que, nos termos da Lei Federal de Compensação de 1953, estrangeiros eram geralmente excluídos da compensação, e que, no que diz respeito à Lei que instituiu a Fundação:

“enquanto mais de 130.000 trabalhadores forçados italianos apresentaram pedidos de indemnização nos termos da Lei de 2 de agosto de 2000, a grande maioria desses pedidos (mais de 127.000) foram rejeitados em razão dos requisitos estipulados para a indemnização, estabelecidos naquela lei”³⁰³.

271. A Itália também reivindicou que

“as medidas adotadas até agora pela Alemanha (tanto ao abrigo dos acordos relevantes, bem como em atos unilaterais) têm-se revelado insuficientes, em particular porque tais medidas não cobrem diversas categorias de vítimas, tais como os militares italianos internados e as vítimas dos massacres perpetrados pelas forças alemãs durante os últimos meses da Segunda Guerra Mundial”³⁰⁴.

Por sua vez, a Alemanha não faz referência a vítimas específicas, e, ao invés disso, somente argumentou de forma genérica que “reparações foram feitas” por meio de um “esquema que englobou todos os países em questão e cobrindo todos os danos decorrentes da guerra”³⁰⁵.

272. A Alemanha igualmente relembra o montante fixo dos pagamentos feitos à Itália e à Grécia, e reivindica que “aproximadamente 3.400 italianos civis foram indemnizados por

³⁰⁰ Resposta da Alemanha, parágrafo 13 (ênfase adicionada).

³⁰¹ Contra Memorial da Itália, parágrafo 2.18.

³⁰² *Ibid.*, parágrafos 2.20-2.21.

³⁰³ *Ibid.*, parágrafo 2.21.

³⁰⁴ *Ibid.*, parágrafo 7.9.

³⁰⁵ CR 2011/20, pp. 11-12.

seus trabalhos forçados pela Fundação ‘Lembrança, Responsabilidade e Futuro’, e que aproximadamente 1.000 militares internados italianos receberam uma indenização pelo trabalho forçado sob o esquema da Fundação”³⁰⁶. Quanto a este último grupo de vítimas, a Alemanha alega que “decidiu realizar pagamentos *ex gratia* aos antigos trabalhadores forçados no ano 2000”, mas depois admite que “os prisioneiros de guerra não se beneficiavam deste regime especial”; somente “aqueles militares internados que também foram sujeitos a perseguição racial e/ou ideológica tinham direito a pagamentos”³⁰⁷.

273. Resulta das observações acima mencionadas que nem todos os “militares internados italianos” receberam reparações, mas tão-somente aqueles que foram também vítimas de “perseguição racional e/ou ideológica”³⁰⁸. A Itália retruca este argumento da Alemanha, argumentando que a questão subjacente à presente disputa não diz respeito a essas últimas vítimas, mas se baseia na “obrigação em reparar por crimes de guerra cometidos contra milhares de vítimas italianas que *não receberam qualquer reparação, como indiretamente o admitiu a Alemanha*”³⁰⁹. A Itália assim conclui que “existe um reconhecimento claro e irrestrito do fato de que o restante das vítimas – em outras palavras, aquelas que não foram vítimas de perseguição, e estas representam a grande maioria – permaneceram totalmente insatisfeitas”³¹⁰.

274. Conforme já apontado anteriormente, ao final das audiências orais perante a Corte em 16 de setembro de 2011, uma das questões que coloquei às Partes litigantes procurou esclarecer essa questão fatural particular: eu então perguntei se “as vítimas italianas específicas a que se refere o Requerido efetivamente receberam reparação” e, se não receberam reparação, se “elas são detentores desse direito e como elas podem efetivamente receber, se não por meio de procedimentos nacionais”³¹¹. As respostas das Partes a essa questão serviram para esclarecer suas respectivas posições acerca do assunto.

275. A Alemanha, por sua vez, pareceu fugir à questão referindo-se ao Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 (pedido reconvenicional) e argumentando que “a questão de saber se a reparação relativa à II Guerra Mundial ainda é devida ou não, não é o objeto deste

³⁰⁶ CR 2011/20, pp. 12-13.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 13, parágrafo 10.

³⁰⁸ Para quem a Itália já reconheceu que tais reparações foram feitas, cf. CR 2011/21, p. 25, parágrafo 33.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*, p. 26, parágrafo 35.

³¹¹ *Ibid.*, p. 54.

procedimento perante a Corte”³¹². Também alegou que o esquema de reparação para a Segunda Guerra Mundial foi um regime global e clássico decorrente das relações interestatais³¹³, e ainda argumentou que aquelas vítimas que consideram ter uma reclamação contra a Alemanha podem instaurar processos perante os tribunais alemães³¹⁴. A Alemanha, assim, não esclareceu as questões fatuais acerca da existência ou não do recebimento de reparações para essas vítimas específicas; parece-nos que ela se evadiu da questão baseando-se, um tanto quanto equivocadamente, no Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 (pedido reconvenicional).

276. A Itália, por sua vez, forneceu uma resposta mais clara a esta questão específica, afirmando inequivocamente que “nenhuma das categorias das vítimas referidas no presente litígio recebeu reparação”³¹⁵. Acrescentou que algumas categorias de vítimas nunca foram capazes de reclamar uma indemnização porque nenhum mecanismo estava disponível, e outras tentaram obter reparação durante uma década sem sucesso. A Itália ainda argumentou que há uma forte relutância por parte da Alemanha em celebrar um acordo com vistas a efetuar uma reparação para essas categorias de vítimas. Também alegou que a questão da reparação para os militares internados italianos foi abordada pelo Embaixador italiano em Berlim durante as discussões sobre a possibilidade de indemnização pela Fundação³¹⁶.

277. A Itália alegou igualmente que, no momento, não há qualquer alternativa além dos procedimentos nacionais para essas categorias de vítimas com vistas a receber uma reparação. A Itália arguiu que se os juízes domésticos não tivessem retirado a imunidade da Alemanha, nenhum outro recurso estaria disponível para as vítimas dos crimes de guerra com

³¹² Resposta Escrita da Alemanha às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade (...) ao Final da Audiência Pública Realizada em 16 de Setembro de 2011, p. 3.

³¹³ A Itália discorda da afirmação da Alemanha de que o regime de reparação estabelecido depois da Segunda Guerra Mundial era “global”. A Itália argumenta que a própria Alemanha, em suas declarações escritas e orais, admitiu que as reparações feitas às vítimas italianas por crimes de guerra foram somente “parciais”. A Itália acrescenta que o Acordo de 1961 somente proveu reparações para as vítimas de perseguição. Por conseguinte, a Itália sustenta que a caracterização do regime de reparação como “global” não é adequada, em particular no que diz respeito às vítimas italianas de crimes de guerra. Cf. Comentários da Itália sobre a Resposta Escrita da Alemanha às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade e sobre a Resposta Escrita da Grécia às Questões Colocadas pelo Juiz Cançado Trindade na Audiência Pública Realizada em 16 de setembro de 2011, pp. 1-2.

³¹⁴ Resposta Escrita da Alemanha às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade (...) ao Final da Audiência Pública Realizada em 16 de Setembro de 2011, p. 3.

³¹⁵ Resposta Escrita da Itália às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade (...) ao Final da Audiência Pública Realizada em 16 de Setembro de 2011, p. 9.

³¹⁶ *Op. cit. supra*, nota 315, pp. 9-10.

vistas a obter uma reparação³¹⁷. Em seus comentários sobre a resposta escrita da Alemanha à minha questão, a Itália também reivindicou que os argumentos da Alemanha deixaram claro que numerosas vítimas italianas de crimes de guerra não tiveram direito a nenhuma reparação, a sua recusa em efetuar a reparação baseando-se no argumento de que tinha sido exonerada dessa obrigação por conta da cláusula de renúncia constante no Artigo 77 do Tratado de Paz de 1947³¹⁸. A Alemanha não contestou a clara asserção da Itália que “nenhuma das categorias referidas na presente disputa recebeu reparação”³¹⁹; em seus comentários sobre a resposta escrita da Itália à minha questão, a Alemanha teve a oportunidade de refutar esta declaração e resolver de vez a questão. No entanto, permaneceu calada relativamente a esta forte declaração³²⁰, e isso não deveria ter passado despercebido pela Corte.

278. Conforme já indicado, a questão sobre se reparações foram ou não pagas deve ser avaliada à luz dos relatos perante a Corte; a ambas as Partes foram dadas oportunidades para esclarecer essa questão nos procedimentos escritos e orais. Ambas foram ainda solicitadas por mim para dar uma resposta clara a uma pergunta fatural simples. A Itália o fez; a Alemanha evadiu-se, afirmando que a questão das reparações estava excluída do presente litígio em virtude do Despacho da Corte de 6 de julho de 2010 (pedido reconvenicional). Isto está longe de ser convincente; se tivesse dado uma resposta clara à minha pergunta, teria ajudado a Corte em esclarecer ainda mais as questões fatuais. Com base no que procede, parece-nos, pelos materiais submetidos pelas Partes, bem como pelas suas declarações, que as vítimas específicas mencionadas pela Itália, de fato, não tiveram direito a qualquer tipo de reparação.

279. Em conclusão a essa questão, os relatos perante a Corte mostram que a Itália repetidamente afirmou, no presente procedimento, que nenhuma das vítimas por ela referida recebeu reparação. Esse é seu argumento principal, no qual o caso repousa. A Alemanha teve ampla oportunidade, em suas declarações escritas e orais, bem como em suas respostas e comentários às questões, colocadas por mim, a ambas as Partes (*supra*), para refutar esse argumento. Entretanto, não forneceu evidências de reparações feitas a essas vítimas

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Comentários da Itália sobre a Resposta Escrita da Alemanha às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade e sobre a Resposta Escrita da Grécia às Questões Colocadas pelo Juiz Cançado Trindade na Audiência Pública Realizada em 16 de Setembro de 2011, p. 2.

³¹⁹ Resposta Escrita da Itália às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade (...) ao Final da Audiência Pública Realizada em 16 de Setembro de 2011, p. 9.

³²⁰ Comentários da Alemanha sobre a Resposta Escrita da Itália às Questões Colocadas pelo (...) Juiz Cançado Trindade e sobre a Resposta Escrita da Grécia às Questões Colocadas pelo Juiz Cançado Trindade na Audiência Pública Realizada em 16 de Setembro de 2011, pp. 1-2.

específicas, e, ao invés disso, limitou seus argumentos a referências gerais de pagamentos, enquanto admitiu que os “militares internados italianos” foram deixados fora do escopo do regime de reparação da Fundação “Lembrança, Responsabilidade e Futuro”.

280. Em suma, e conforme já apontado, com base na opinião de um perito (C. Tomuschat), a Alemanha não proporcionou reparações aos prisioneiros de guerra utilizados como trabalhadores forçados. Ela recorreu a uma avaliação que levou a um tratamento diferenciado dessas vítimas, o que conduz, em meu ponto de vista, em uma dupla injustiça: em primeiro lugar, quando poderiam ter beneficiado dos direitos inerentes ao estatuto de prisioneiros de guerra, tal estatuto lhes foi negado; e, em segundo lugar, agora que buscam uma reparação por violações do direito internacional humanitário das quais foram vítimas (incluindo a violação de lhes ter sido negado o estatuto de prisioneiros de guerra), vêem-se tratados como prisioneiros de guerra.

281. É lamentavelmente tarde demais para considerá-los como prisioneiros de guerra (e, pior ainda, em negar-lhes reparação); eles deveriam ter sido assim considerados durante a Segunda Guerra Mundial e em suas consequências imediatas (para uma finalidade de proteção), mas não o foram. Esses são os fatos incontestes e angustiantes. Com base no exposto, pode-se assim concluir, na base dos relatos perante a Corte, que muitas vítimas das graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário da Alemanha Nazista foram deixadas, de fato, sem reparação.

XXV. O Imperativo de Proporcionar Reparação às Vítimas Individuais de Graves Violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário

1. A Realização da Justiça como Forma de Reparação

282. Em meu entendimento, é imperativo proporcionar uma reparação às vítimas individuais por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário no *cas d'espèce*. O direito individual das vítimas em obter reparação está inevitavelmente ligado às graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. No presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, as reivindicações em conflito – reparações de guerra e imunidades estatais – não podiam estar em nada dissociadas e, certamente, não da forma como o foram por meio do Despacho da Corte de 6 de julho de 2010, que sumariamente rejeitou o pedido reconvenicional italiano. Essa decisão foi tomada

pela Corte (com minha forte dissidência), sem uma audiência pública, e com base em apenas dois parágrafos sucintos (28 e 29), contendo, cada um deles, um *petitio principii*³²¹.

283. Não obstante, conforme assinaei na presente opinião dissidente (parágrafos 18-23 *supra*), as Partes litigantes, Alemanha e Itália, continuaram a referir-se aos antecedentes fatuais e históricos do *cas d'espèce*, adiantando seus pontos de vista contrários acerca das imunidades estatais. E isso não é surpreendente, na medida em que as reivindicações acerca das imunidades estatais e das reparações de guerra, nas circunstâncias do presente caso, são inevitavelmente ligadas, como as duas faces de uma mesma moeda. Esta é uma das muitas lições a serem extraídas do presente caso. O contexto fatural confirma que, sempre que um Estado tentou ficar acima da lei, abusos foram cometidos contra os seres humanos³²², incluindo violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

284. O *estado de direito* (*état de droit*) implica restrições impostas sobre os poderes dos Estados pela lei, na medida em que nenhum Estado está acima dela; o estado de direito busca preservar e garantir certos valores fundamentais, seguindo as diretrizes do direito natural. Quando esses valores são esquecidos, dentro de um aparelho estatal de opressão levando a sistemáticas e graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, a lei reage. E a *realização da justiça*, que também visa colocar fim à impunidade, em meu entendimento, constitui por si só uma relevante forma de reparação (satisfação) às vítimas.

2. A Reparação como Reação do Direito às Violações Graves

285. De fato, a reparação se assemelha a uma reação da lei em casos de extrema violência vitimando os seres humanos. Aqui entramos no domínio do *jus cogens* (cf. *supra*); a lei reage para reafirmar sua primazia sobre a força bruta, buscando regular as relações humanas de acordo com os preceitos da *recta ratio* (do direito natural), mitigando o sofrimento humano. Daí o imperativo de a justiça ser feita, e de proporcionar reparação às vítimas. Em seu trabalho *L'Ordinamento Giuridico* (originalmente publicado em 1918), o filósofo italiano Santi Romano sustentou que uma sanção não está circunscrita a formas jurídicas específicas, mas é imanente ao ordenamento jurídico como um todo, operando como

³²¹ Cf. *Julgamento n.º 2867 do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho sobre uma Queixa Apresentada Contra o Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola*, parecer consultivo de 3 de fevereiro de 2012, *Relatórios da CIJ 2012*, opinião separada do juiz Cançado Trindade, p. 91, parágrafo 111.

³²² E. Cassirer, *El Mito del Estado*, *op. cit. supra*, nota 191, pp. 311-319; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2.º ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 314-315.

uma “garantia efetiva” de todos os direitos subjetivos ali previstos³²³. Diante de atos de extrema violência vitimando seres humanos, violando direitos fundamentais que lhes são inerentes, a ordem jurídica (nacional e internacional) reage, de modo a assegurar a primazia da justiça e a tornar viável uma reparação (satisfação) às vítimas.

286. Eu tive a oportunidade, uma década atrás, de debruçar-me acerca desse ponto específico, no julgamento de um caso em outra jurisdição internacional (a Corte IDH). Naquele momento, eu assinalei que a lei, emanada em última análise da consciência humana e movida por esta, vem a proporcionar a *reparatio* (do latim *reparare*, “dispor novamente”); e a lei intervém, além disso, para garantir a não repetição de atos lesivos³²⁴. A *reparatio* não põe fim às violações já perpetradas contra os seres humanos³²⁵, mas ao menos evita a agravação do mal já causado (pela indiferença do meio social, pela impunidade ou pelo esquecimento).

287. Sob essa perspectiva, a *reparatio*, em meu entendimento, contém um duplo sentido, tal como assinalei naquela ocasião, a saber:

“ela proporciona uma satisfação (em forma de reparação) às vítimas, ou seus familiares, cujos direitos foram violados, ao mesmo tempo em que reestabelece a ordem jurídica quebrada por tais violações – uma ordem jurídica erigida no total respeito dos direitos inerentes à pessoa humana. A ordem jurídica, assim restabelecida, requer a garantia de não repetição dos atos lesivos (...).

A *reparatio* organizada novamente a vida dos sobreviventes vitimados, mas não elimina a dor que inegavelmente já está incorporada à sua existência diária. A perda é, por este ângulo, rigorosamente irreparável. Ainda assim, a *reparatio* é um dever inescapável daqueles que têm a responsabilidade de garantir a justiça. Em uma fase de maior desenvolvimento da consciência humana, e do próprio direito, não resta dúvida de que a realização da justiça se sobrepõe a todo e qualquer obstáculo, incluindo aqueles decorrentes do exercício abusivo de um direito ou de institutos do direito positivo, tornando *imprescritíveis* as graves violações dos direitos humanos (...). A *reparatio* é uma reação, no âmbito do direito, à crueldade humana, manifestada nas mais diversas formas: violência no tratamento dos seres humanos *semejantes*, impunidade daqueles responsáveis por parte do poder público, e indiferença e esquecimento do meio social.

³²³ Santi Romano, *L'ordre juridique* (traduzido, 2.º ed.), Paris, Dalloz, 2002 (reed.), p. 16.

³²⁴ Corte IDH, caso *Bulacio c. Argentina* (julgamento de 18 de setembro de 2003), opinião separada do juiz Cançado Trindade, parágrafo 35.

³²⁵ A capacidade humana para promover o bem comum como para cometer maldade não deixou de atrair a atenção do pensamento humano ao longo dos séculos; cf., por exemplo, F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, México, Gedisa Ed., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, *op. cit. supra*, nota 253, pp. 5-412.

Esta reação da ordem jurídica quebrada (cujo *substratum* é precisamente a observância dos direitos humanos) é movida, em última instância, pelo espírito da solidariedade humana (...). A reparação, assim compreendida, englobando, no âmbito da realização da justiça, a satisfação das vítimas (ou seus familiares) e a garantia de não repetição dos atos lesivos, (...) é dotada de inegável importância. A rejeição da indiferença e do esquecimento, e a garantia da não repetição das violações, são manifestações dos laços de solidariedade entre os vitimados e aqueles que o podem vir a ser, em um mundo violento, desprovido de valores, no qual vivemos. Isso é, em última análise, uma eloquente expressão dos laços de solidariedade que une os vivos com os mortos³²⁶ (...)»³²⁷.

XXVI. A Primazia do *Jus Cogens*: Uma Refutação à sua Desconstrução

288. Isto me leva ao último ponto a ser considerado. Na presente opinião dissidente, já expressei minha oposição à postura de estagnação a respeito do *jus cogens* sempre que reivindicações sobre imunidade do Estado estão em jogo (parágrafos 224-227 *supra*). Em verdade, neste e em outros aspetos (metodologia, abordagem adotada, raciocínio, conclusões), parece-me haver um abismo separando meu próprio posicionamento do da maioria da Corte no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Para lançar as bases da minha própria opinião sobre as questões aqui levantadas, no presente julgamento, gostaria agora de concentrar minha opinião dissidente, finalmente, em um ponto que é particularmente importante para mim: a consolidação e primazia do *jus cogens* no direito internacional. Com efeito, sem a primazia do *jus cogens*, o direito internacional tem um futuro sombrio. E eu não poderia aceitar isso, na medida em que a esperança por um futuro melhor, poderia, então, desaparecer.

289. Eu mesmo fui um juiz sobrevivente de julgamentos internacionais dolorosos por conta de um ciclo de casos de massacres que chegaram recentemente a uma corte internacional contemporânea, a Corte IDH, época em que estive em contato com o lado mais sombrio da natureza humana. Agora que esses casos já foram decididos, e pertencem à história do direito internacional contemporâneo (e, em particular, ao direito internacional dos

³²⁶ Sobre esses laços de solidariedade, cf. minhas opiniões separadas no caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, julgamentos da Corte IDH sobre o mérito, de 25 de novembro de 2000, e sobre reparações, de 22 de fevereiro de 2002.

³²⁷ Corte IDH, caso *Bulacio c. Argentina*, julgamento de 18 de setembro de 2003, opinião separada do juiz Cançado Trindade, parágrafos 36 e 38-40.

direitos humanos), eu organizei minhas lembranças dessas experiências³²⁸, para que as presentes e futuras gerações dos juristas do direito das gentes (*droit des gens*) possam talvez se beneficiar das lições dali extraídas. Não é minha intenção relembrar tais lições na presente opinião dissidente, mas brevemente referir-me a elas e assinalar que, em meu entendimento, não se pode considerar casos envolvendo graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário sem dar a devida atenção aos *valores humanos fundamentais*. Contrariamente ao que supõe o positivismo legal, a lei e a ética são inelutavelmente ligadas, e isso deve ser levado em consideração para uma fiel realização da justiça, nos níveis nacional e internacional.

290. A invocação das “considerações elementares da humanidade”³²⁹ não pode ser retórica, deixando de guardar coerência em não antecipando nem abordando as consequências da aplicação dessas considerações na prática. Além disso, não se deve buscar uma visão demasiadamente restritiva da *opinio juris*³³⁰, reduzindo-a ao componente subjetivo do costume e distanciando-se dos princípios gerais do direito, até o ponto de não se levar nada em consideração³³¹. No presente caso, os “atos cometidos no território do Estado do foro pelas forças armadas de um Estado estrangeiro”³³² (como a Corte os descreve), são “atos” cuja ilicitude foi reconhecida pelo próprio Estado envolvido, a Alemanha, “em todos as fases dos procedimentos”³³³ do presente caso. Eles não eram *acta jure imperii*³³⁴, como a Corte fez questão de caracterizá-los; eles eram atos ilícitos, *delicta imperii*, atrocidades, crimes internacionais da mais extrema gravidade, envolvendo a responsabilidade do Estado e dos indivíduos que perpetraram tais atos. A distinção tradicional entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, conforme já aponte, é irrelevante em um caso tão grave como este.

³²⁸ A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. supra, nota 256, pp. 1-340; cf. também A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (discurso inaugural de 10 de novembro de 2011), Utrecht, Universidade de Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, “Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte”, 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010), pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

³²⁹ Cf. julgamento, parágrafo 52.

³³⁰ Cf. *ibid.*, parágrafo 55.

³³¹ Cf. *ibid.*, parágrafo 78.

³³² Cf. julgamento, parágrafo 65.

³³³ Cf. *ibid.*, parágrafo 60.

³³⁴ Cf. *ibid.*, parágrafo 60, e cf. parágrafos 61-65, 72 e 77.

291. O princípio da igualdade soberana do Estado é, de fato, um princípio fundamental aplicável no âmbito das relações interestatais³³⁵; se tal princípio tivesse sido devidamente observado, aquelas atrocidades ou crimes internacionais não teriam ocorrido da forma como ocorreram (em 1943-1945). Em todo caso, aquele princípio não é aqui *punctum pruriens*, na medida em que estamos preocupados no *cas d'espèce* com atrocidades ou crimes internacionais cometidos no âmbito *intraestatal*. Os princípios centrais em questão aqui são, em meu entendimento, o princípio da humanidade e o princípio da dignidade humana. A imunidade do Estado não pode, em meu entendimento, ser indevidamente colocada³³⁶ acima da responsabilidade do Estado por crimes internacionais e de seu respectivo complemento, ou seja, o dever do Estado responsável em indenizar as vítimas.

292. Tal como já indicado, a *jurisprudence constante* da Corte de Haia (CPIJ e CIJ) defende o entendimento que, por uma questão de princípio, a violação do direito internacional e o correspondente dever de reparação constituem um *todo indissociável*, de tal forma que a imunidade se torna ineficaz. As imunidades estatais não devem ser vistas, como no presente julgamento, tal um trovão saindo de uma tempestade escura (o cataclismo social da Segunda Guerra Mundial) e caindo em cima desse todo indissolúvel, desmantelando-o por completo. Como já indicado anteriormente, a imunidade do Estado não é um direito, senão uma prerrogativa ou um privilégio; não pode ser mantida em uma forma que conduza a uma manifesta injustiça.

293. Na tentativa de justificar a manutenção da imunidade do Estado mesmo nas circunstâncias do *cas d'espèce*, a maioria da Corte persegue um exercício fatural empírico de identificação de jurisprudências incongruentes dos tribunais nacionais e da prática inconsistente de legislações nacionais sobre a matéria em questão. Esse exercício é uma característica metodológica do positivismo jurídico, que dá atenção exagerada aos fatos e esquece os valores. De qualquer forma, mesmo considerado em si mesmo, o exame das decisões dos tribunais nacionais não é para mim totalmente conclusivo em relação a questão de confirmar a imunidade do Estado em casos de crimes internacionais.

294. No que diz respeito às legislações nacionais, esparsas disposições legislativas de um punhado de Estados³³⁷, a meu ver, não podem impedir o levantamento da imunidade estatal em casos de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. Tais exercícios positivistas estão levando à fossilização do direito internacional,

³³⁵ Cf. *ibid.*, parágrafo 57.

³³⁶ Cf. *ibid.*, parágrafos 90 e 106.

³³⁷ Cf. julgamento, parágrafo 88.

mantendo um subdesenvolvimento persistente ao invés de um progressivo desenvolvimento, como se espera. Tal metodologia indevida é acoplada com conceituações inadequadas e pouco convincentes, tão difundidas na advocacia, tal como, *inter alia*, as contraposições de normas “primárias” e “secundárias”, ou normas “processuais” e “materiais”³³⁸, ou obrigações de “conduta” ou de “resultado”. Palavras, palavras, palavras... Onde estão os valores?

295. O uso de conceituações desse tipo podem, por vezes, resultar em uma injustiça manifesta, tal como no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Mais uma vez a Corte recorreu à contraposição entre lei processual (onde se situam as imunidades, assim como o fez em julgamento anterior de 2002 no caso do *Mandato de Prisão* de 11 de abril de 2000, cujas Partes eram a República Democrática do Congo e a Bélgica) e lei material³³⁹. Para mim, a separação entre normas processuais e materiais não é viável, ontológica ou deontologicamente: *la forme conforme le fond*. O procedimento jurídico não é um fim em si mesmo, é um meio de realização da justiça. E a aplicação da lei material é *finaliste*, ela pretende que a justiça seja feita.

296. No presente julgamento, a maioria da Corte partiu de uma asserção errônea segundo a qual não existe conflito, nem pode vir a existir, entre as regras materiais de *jus cogens* (que proíbem o “assassinato de civis em territórios ocupados, a deportação dos civis para o trabalho escravo e a deportação de prisioneiros de guerra para o trabalho escravo”) e as regras processuais regulando a imunidade do Estado³⁴⁰. Essa suposição tautológica leva a Corte a manter a imunidade do Estado mesmo nas graves circunstâncias do presente caso. Há, assim, um conflito de fundo, mesmo se um conflito de forma possa não ser perceptível. A verdade é que existe sim um conflito, e que o raciocínio da Corte leva, em minha percepção, a uma desconstrução sem fundamento do *jus cogens*, privando este último de seus efeitos e consequências legais.

297. Não é a primeira vez que isso acontece; aconteceu antes, por exemplo, na última década, nos julgamentos da Corte nos casos do *Mandato de Prisão* (2002) e das *Atividades Armadas no Território do Congo (República Democrática do Congo c. Ruanda)* (2006), lembrados pela Corte no decorrer de sua decisão no presente julgamento³⁴¹. Já é tempo de dar ao *jus cogens* a atenção que ele merece. Sua desconstrução, tal como no presente caso, é em detrimento não somente das vítimas individuais das graves violações dos direitos humanos

³³⁸ Cf. *ibid.*, parágrafos 58 e 100.

³³⁹ *Relatórios da CIJ 2002*, p. 3, e cf. julgamento, parágrafo 58.

³⁴⁰ Cf. julgamento, parágrafo 93, e cf. também parágrafo 95.

³⁴¹ Cf. *ibid.*, parágrafo 95.

e do direito internacional humanitário, mas também do próprio direito internacional contemporâneo. Em suma, em meu entendimento, não pode haver qualquer prerrogativa ou privilégio a respeito da imunidade do Estado quando se trata de crimes internacionais, tal como massacres da população civil, e deportação de civis e prisioneiros de guerra submetidos a trabalho escravo: esses são graves violações das proibições absolutas do *jus cogens*, para as quais não deve haver quaisquer imunidades.

298. As imunidades estatais não podem continuar a ser abordadas à luz de uma visão atomizada ou autossuficiente (contemplando as imunidades estatais em um vazio), mas sim de acordo com uma visão mais abrangente do direito internacional contemporâneo como um todo, e com seu papel na comunidade internacional. O direito internacional não pode ser congelado por conta de uma dependência contínua e prolongada das omissões do passado, tanto no âmbito normativo (por exemplo, na elaboração da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de Seus Bens de 2004), quanto no âmbito judicial (por exemplo, a decisão majoritária da Corte EDH (Grande Câmara) no caso *Al-Adsani* em 2001, e desta Corte, no presente caso), como já tivemos oportunidade de assinalar. A premissa da Corte, no presente julgamento, de que, analogamente, não há nada “inerente no conceito de *jus cogens*” que exigiria a modificação ou o deslocamento da aplicação das regras que determinam o escopo e a extensão da jurisdição³⁴², simplesmente evade a questão: requer uma demonstração persuasiva, que não foi fornecida até os dias atuais.

299. A Corte não pode, por meio de suas decisões, manter-se indiferente, ou alheia, ao enorme sofrimento das vítimas das graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário; ela não pode dar indevida atenção às aparentes sensibilidades dos Estados, a ponto de se tornar cúmplice de uma denegação de justiça, ao atribuir indevidamente às imunidades do Estado um valor absoluto. Pelo contrário, as vítimas individuais das atrocidades dos Estados não podem ser deixadas sem qualquer forma de reparação. A imunidade do Estado não foi concebida para ser uma espécie de barreira à jurisdição em circunstâncias tais como as predominantes no presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Não é para se ficar no caminho da *realização da justiça*. A busca da justiça deve ser preservada como objetivo final; garantir a justiça para as vítimas engloba a procura e obtenção da reparação pelos crimes que sofreram. O *jus cogens* está acima da prerrogativa ou privilégio da imunidade do Estado, com todas as suas consequências, evitando, assim, a negação da justiça e a impunidade.

³⁴² Cf. julgamento, parágrafo 95.

XXVII. Uma Recapitulação: Observações Finais

300. Diante de todas as considerações precedentes, resta claro que meu próprio posicionamento, em relação a todos os pontos que formaram o escopo do presente julgamento relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, está em oposição à visão defendida pela maioria da Corte. Minha posição dissidente está baseada não somente na avaliação dos argumentos produzidos perante esta Corte pelas Partes litigantes (Alemanha e Itália) e pelo Estado interveniente (Grécia) mas, acima de tudo, repousa sobre questões de princípios e valores fundamentais, às quais atribuo uma importância ainda maior. Eu me senti obrigado, no fiel exercício da função judicial internacional, a estabelecer os fundamentos da minha opinião dissidente no *cas d'espèce*. Entendo necessário, nesta fase, recapitular todos os pontos da minha opinião dissidente, aqui expressos, tanto por uma questão de clareza quanto para sublinhar sua inter-relação.

301: *Primus*: Não se pode levar em conta o direito intertemporal de uma forma que serve somente os interesses de uma das partes em litígio, aceitando o passar do tempo e a evolução do direito em relação a certos fatos, mas não a outros, de uma mesma situação *continuada*. Não se pode se esconder por detrás de dogmas estáticos para escapar das consequências legais da perpetração de atrocidades do passado; a evolução do direito deve ser levada em consideração. *Secundus*: Igualmente, não se pode fazer abstração do contexto fático do presente caso; as imunidades estatais não podem ser consideradas no vazio, elas constituem uma questão que está inelutavelmente ligada aos fatos que deram origem à presente demanda. O reconhecimento de sua inter-relação é ainda mais forte, em um caso único e sem precedentes como o presente, no qual o Estado Reclamante, ao longo de todo o procedimento perante a Corte (fases escrita e oral), reconheceu sua própria responsabilidade pelos atos danosos que formaram o contexto fático do presente caso.

302. *Tertius*: Houve desenvolvimentos doutrinários, por parte de uma geração de juristas que testemunharam os horrores das duas Guerras Mundiais no século XX, que não seguiam uma abordagem centrada no Estado, mas nos valores humanos fundamentais, e na pessoa humana, guardando fidelidade às origens históricas do *droit des gens*. As imunidades estatais são, afinal, prerrogativas ou privilégios, e elas não podem continuar a fazer abstração da evolução do direito internacional, à luz dos valores humanos fundamentais.

303. *Quartus*: A doutrina jurídica internacional contemporânea mais lúcida, incluindo o trabalho de instituições científicas de direito internacional, gradualmente vem resolvendo a tensão entre a imunidade do Estado e o direito de acesso à justiça em favor deste último,

particularmente quando se trata de crimes internacionais. Ela expressa sua preocupação com a necessidade de respeitar os imperativos de justiça e evitar impunidade em casos de perpetração de crimes internacionais, procurando assim garantir a sua não repetição no futuro. *Quintus*: O limiar da *gravidade* das violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário retira qualquer barreira à jurisdição, na busca de reparação pelos indivíduos vitimados. É, de fato, importante que todas as atrocidades em massa sejam consideradas no âmbito desse limiar da *gravidade*, independentemente de quem os comete. As políticas criminais estatais, e a subsequente perpetração de atrocidades, não devem estar cobertas pelo escudo da imunidade do Estado.

304. *Sextus*: As supostas renúncias interestatais de direitos inerentes à pessoa humana são inadmissíveis; elas violam a *ordre public* internacional, e devem ser privadas de quaisquer efeitos jurídicos. Isto encontra-se bastante enraizado na consciência humana, na *consciência jurídica universal*, a última fonte material de todo e qualquer direito. *Septimus*: Ao tempo da Segunda Guerra Mundial, a deportação para o trabalho forçado (como forma de trabalho escravo) já era proibida pelo direito internacional. Mesmo antes da Segunda Guerra Mundial sua ilicitude já era amplamente conhecida, no âmbito normativo (na IV Convenção de Haia de 1907 e na Convenção da OIT sobre Trabalho Forçado de 1930); esta proibição era reconhecida nas obras de codificação, e também o foi judicialmente. *Octavus*: O direito de reclamar reparações de guerra também já era reconhecido bem antes do final da Segunda Guerra Mundial (na IV Convenção de Haia de 1907).

305. *Nonus*: O que coloca em risco ou desestabiliza a ordem jurídica internacional são os crimes internacionais, e não as ações individuais de reparação na busca de justiça. O que perturba a ordem jurídica internacional são os encobrimentos de tais crimes internacionais juntamente com a impunidade dos perpetradores, e não a busca das vítimas por justiça. Quando um Estado persegue uma política criminal com vistas a assassinar segmentos de sua própria população, e a população de outros Estados, ele não pode, mais tarde, esconder-se detrás do escudo das imunidades soberanas, na medida em que essas últimas não foram concebidas para esse propósito.

306. *Decimus*: Graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, assimiláveis a crimes internacionais, são atos antijurídicos, violações do *jus cogens*, que não podem ser simplesmente removidos ou jogados ao esquecimento, em detrimento da manutenção da imunidade do Estado. *Undecimus*: Crimes internacionais perpetrados pelos Estados não são atos *jure gestionis*, nem atos *jure imperii*; são todos eles

crimes, *delicta imperii*, para os quais não há qualquer tipo de imunidade. Essa tradicional e ultrapassada distinção é irrelevante aqui.

307. *Duodecimus*: Nos casos de graves violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário, o *acesso direto* pelos indivíduos às jurisdições internacionais é completamente justificável para reivindicar seus direitos, mesmo contra seu próprio Estado. *Tertius decimus*: Os indivíduos são, de fato, sujeitos de direito internacional (não meros “atores”), e cada vez que a doutrina jurídica se afasta desse entendimento, as consequências e os resultados são catastróficos. Os indivíduos são *titulaires* de direitos e deveres que emanam *diretamente* do direito internacional (o *jus gentium*). Desenvolvimentos convergentes, nas últimas décadas, do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, do direito internacional dos refugiados, seguidos por aqueles do direito penal internacional, confirmam inequivocamente esse fato.

308. *Quartus decimus*: Não há que se falar em renúncia da imunidade do Estado. Não há qualquer tipo de imunidade por crimes contra a humanidade. Nos casos de crimes internacionais, de *delicta imperii*, o que não se pode renunciar é o direito individual de acesso à justiça, englobando o direito à reparação por graves violações dos direitos inerentes ao ser humano. Sem esse direito, não há um sistema jurídico crível, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

309. *Quintus decimus*: A constatação de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário é um critério bastante valioso para a remoção de qualquer barreira à jurisdição, dado o imperativo de se buscar a realização da justiça. *Sextus decimus*: É irrelevante se o ato danoso que gravemente violou os direitos humanos foi governamental, ou um ato privado perpetrado com a aquiescência do Estado, ou se foi cometido integralmente no Estado do foro ou não (deportação para trabalho forçado é um crime transfronteiriço). A imunidade do Estado não existe no domínio da reparação por graves violações dos direitos fundamentais da pessoa humana.

310. *Septimus decimus*: O direito de acesso à justiça *lato sensu* compreende não somente o direito formal à justiça (o direito de intentar uma ação judicial), por meio de recursos eficazes, mas também as garantias do devido processo legal (com equidade de armas, conforme o *procès équitable*), até o julgamento (como *prestation juridictionnelle*), com sua fiel execução, e conseqüente prestação reparatória. A realização da justiça é em si uma forma de reparação, concedendo *satisfação* à vítima. Nesse sentido, os vitimados pela opressão terão o seu *droit au Droit* devidamente realizado.

311. *Duodevicesimus*: Mesmo no domínio das imunidades estatais, mudanças têm sido reconhecidas, no sentido de restringir ou rejeitar tais imunidades na ocorrência de graves violações, devido ao advento do direito internacional dos direitos humanos, com atenção focada no direito de acesso à justiça e na responsabilidade internacional. *Undevicesimus*: O dever do Estado em propiciar reparação às vítimas individuais por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário é um dever decorrente do direito internacional costumeiro e de acordo com um princípio geral do direito fundamental.

312. *Vicesimus*: Há atualmente na opinião uma crescente tendência favorável à remoção da imunidade em casos de crimes internacionais, cuja reparação é buscada pelas vítimas. Com efeito, admitir a remoção da imunidade do Estado no âmbito das relações comerciais, ou em relação a um quase-delito (por exemplo, um acidente de trânsito) e, ao mesmo tempo, insistir em permitir que os Estados se escondam atrás da imunidade em casos de crimes internacionais – marcados por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário – que sejam cometidos no âmbito de políticas estatais (criminais) – é um absurdo jurídico.

313. *Vicesimus primus*: O direito de acesso à justiça *lato sensu* deve ser considerado com atenção para sua essência como direito fundamental, e não para “restrições” admissíveis ou implícitas. *Vicesimus secundus*: Graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário equivalem a violações do *jus cogens*, que implicam a responsabilidade do Estado e dão origem a um direito à reparação para as vítimas. Isto é consistente com a ideia de *retidão* (em conformidade com a *recta ratio* do direito natural), subjacente à concepção do direito (nos diversos sistemas jurídicos – *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) como um todo.

314. *Vicesimus tertius*: É infundada a alegação de que o regime das reparações por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário se esgotaria no âmbito interestatal, em detrimento dos indivíduos que sofreram as consequências dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Resta claro através dos relatos no presente caso que há militares internados italianos, vítimas das graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário da Alemanha Nazista, que, de fato, ficaram fora do regime de reparações até o presente momento. *Vicesimus quartus*: Essas vítimas individuais das atrocidades do Estado não podem ser deixadas sem qualquer tipo de reparação. A imunidade do Estado não deve operar como uma forma de barreira à jurisdição em circunstâncias como as do presente caso relativo às *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Não se deve ficar no caminho da *realização da justiça*. A busca da justiça deve ser preservada como objetivo final;

garantir a justiça às vítimas engloba, *inter alia*, permitir-lhes buscar e obter reparação pelos crimes que sofreram.

315. *Vicesimus quintus*: Não se pode partir de uma premissa errônea e formalista acerca da ausência de conflito entre normas “processuais” e “materiais”, privando o *jus cogens* de seus efeitos e consequências jurídicas. A verdade é que existe sim um conflito, e a primazia é a do *jus cogens*, que resiste, e sobrevive, às tentativas sem fundamento de sua desconstrução. Não deve haver qualquer prerrogativa ou privilégio de imunidade do Estado em casos de crimes internacionais, tais como massacres de populações civis, e deportação de civis e prisioneiros de guerra sujeitos ao trabalho escravo; esses são graves violações das proibições absolutas do *jus cogens*, para as quais não pode haver imunidades.

316. *Vicesimus sextus*: O *jus cogens* está acima de qualquer prerrogativa ou privilégio de imunidade estatal, com todas as consequências que disso decorrem, de forma a evitar a denegação da justiça e a impunidade. Com base em tudo quanto foi exposto, minha posição é que não há que se falar em imunidade do Estado por crimes internacionais, por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário no presente julgamento.