

**EXMO SR. DR. RELATOR MINISTRO MARCO BUZZI - QUARTA TURMA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Recurso Ordinário nº 129 - RJ (2012/0010078-0)

KARLA CHRISTINA AZEREDO E OUTROS, já qualificados na **AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS**, movida em face da **REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, em sede de **RECURSO ORDINÁRIO** em epígrafe, relativo à **AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS** oposta contra a **REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, vem, através de seus advogados infra assinados, inconformado com o acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com fulcro nos arts 541 e ss, do Código de Processo Civil e no art. 102, III, alínea "a" da CF/88, interpor

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Consoante razões em anexo, esperando o processamento e seguimento da peça recursal para o **Supremo Tribunal Federal**, objetivando a reforma da decisão.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2015.

LUIZ ROBERTO LEVEN SIANO
OAB/RJ 94.122

FABIANA SIMÕES MARTINS
OAB/RJ 95.226

MARIA CAROLINA COSTA DE FRANÇA HARGREAVES
OAB/RJ 197.710

EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERALRECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrentes: Karla Christina Azeredo Venacio da Costa e outros

Recorrido: República Federal da Alemanha

Processo STJ: 129 - RJ (2012/0010078-0)

Eméritos Ministros Julgadores:

I - RAZÕES RECURSAIS

1 Como se verá a seguir, torna-se cabível o presente Recurso Extraordinário, eis que existente a infração de dispositivos da Constituição Federal pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do v. Acórdão recorrido.

2 Sabedores os Recorrentes dos óbices sumulares aplicados quase mecanicamente pelo Tribunal Superior recorrido, o que vem obstacular o processamento do recurso, querem demonstrar claramente que nenhuma súmula do STF se encontra violada.

3 Assim é que não pode prevalecer o v. acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que conheceu do Recurso Ordinário, mas negou-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, alegando ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, por suposta aplicação de imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro no assassinato de civis brasileiros, no território nacional, como restou reconhecido pelo Tribunal Marítimo em acórdão proferido aos 31 de julho de 2001, sendo certo que a referida imunidade sequer foi invocada nos autos por quem detenha capacidade postulatória em nome da Recorrida.

3

4 Não obstante, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por bem denegar o referido Recurso Ordinário entendendo que a República Federal da Alemanha, como Estado Soberano que é, não poderia *"responder à presente demanda, pois o ato praticado foi uma ação militar em período de guerra, ato, portanto, de império que não se submete ao Poder Judiciário Nacional."*

5 Ao balizar os interesses em conflito, decidiu o referido Tribunal pela prevalência do princípio da imunidade de jurisdição em relação aos interesses dos familiares das vítimas, à Soberania do próprio Estado brasileiro (local de cometimento do crime), à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos.

6 Desta forma, a referida decisão violou os arts. 1º III, 3º, IV, 4º II, IV, V e 5º, II, XXXV e LIV e 133 da CF/88.

II - REQUISITOS EXTRÍNSECOS - ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1 Os Recorrentes desde já informam haver atendido todos os requisitos extrínsecos de admissibilidade do presente recurso, destacando-se os seguintes:

- os subscritores do presente recurso encontram-se devidamente outorgados nos autos, através das procurações às (fls. e-STJ 104/111);
- deferimento de gratuidade no Juízo de 1º Grau, conforme decisão de (fls. e-STJ 244), motivo pelo qual não existe a necessidade do pagamento de custas do presente recurso;

II.1 - TEMPESTIVIDADE

1 O presente recurso é tempestivo, considerando que a decisão do Acórdão recorrido foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça no dia 21/10/2015, quarta-feira. Assim, o prazo para interposição do Recurso Extraordinário, que é de 15 dias,

começou a fluir no dia 22/10/2015, quinta-feira, sendo o dies ad quem o dia 05/11/2015.

2 Desta forma, resta plenamente tempestivo o presente recurso, eis que protocolado dentro do prazo.

III - RAZÕES QUE AUTORIZAM O RECURSO

1 Sempre atento à restrição imposta pela Súmula n° 279 dessa Colenda Corte, os recorrentes pretendem demonstrar que o v. Acórdão guerreado materializa infringência direta à Constituição Federal.

2 Como já demonstrado, a Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através do v. Acórdão, negou provimento ao Recurso Ordinário dos Recorrentes sob fundamento de aplicação de imunidade de jurisdição absoluta ao caso, em benefício da República Federal da Alemanha.

3 Contudo, entendem os Recorrentes que tal posicionamento adotado pelos componentes da Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, viola dispositivos constitucionais especialmente:

- a) O art. 5º, XXXV da CF/88, considerando submissão expressa da Alemanha, através de Tratados Internacionais à jurisdição do local onde foram praticados os crimes de guerra e contra a humanidade durante o regime nazista;
- b) Os arts. 5º, XXXV; 1º, III; 3º, IV e 4º, II da CF/88, considerando inexistir legítimo ato de império na prática de crime de guerra e contra a humanidade já julgados e condenados por Tribunal Internacional;
- c) Os arts. 5º, II e 109, II da CF/88, considerando existir jurisdição nacional e não haver no ordenamento qualquer dispositivo que a afaste por suposta imunidade de jurisdição da Recorrida, sendo certo ainda que em respeito à reciprocidade

5

este princípio não pode ser aplicado já que a própria Recorrida não o aplica, mesmo quando não há crime de guerra e contra a humanidade, nos casos em que os atos foram praticados no território do Foro onde se pleiteia a jurisdição;

- d) Os arts. 3º, IV e 4º, II, IV e V da CF/88, considerando a inexistência de imunidade de jurisdição para atos atentatórios aos direitos humanos pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil;
- e) Os arts. 133 c/c 5º, LIV da CF/88, uma vez que o acórdão recorrido estabelece que o diplomata pode arguir nos autos imunidade de jurisdição, sem apresentação de defesa formal, quando a Constituição Federal estabelece a indispensabilidade do advogado e o respeito ao devido processo legal, inexistindo decretação de imunidade de jurisdição ex-officio, como a que ocorreu no caso pela decisão recorrida;

4 Diante das violações demonstradas, não tem outra solução os Recorrentes senão submeter à esta Egrégia Corte o presente recurso.

IV - PRELIMINARMENTE

IV.1 - MATÉRIA PREQUESTIONADA. SUBSIDIARIAMENTE, NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES, EM RESPEITO AOS ARTS. 5º XXXV E 93 IX DA CF/88

1 Os Recorrentes dedicaram sua inicial, e seu Recurso Ordinário à discussão dos dispositivos constitucionais em exame. Não obstante, também interpuseram Embargos de Declaração em face do v. Acórdão recorrido requerendo a devida manifestação expressa a respeito das normas constitucionais violadas, quais sejam: os arts. 1º III, 3º, IV, 4º, caput, II, IV, V e 5º, XXXV e LIV, 133 da CF/88, conforme determinam às Súmulas 282 e 356 deste Excelso Tribunal.

2 O v.Acórdão recorrido, contudo, rejeitou os embargos por entender "Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 535 do Código de Processo Civil"

3 Assim, sendo tais matérias discutidas desde a inicial, tem-se por preenchido e devidamente cumprido o requisito exigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, eis que a questão constitucional fora devidamente suscitada.

4 No caso todavia, de V.Ex.a entender ser necessário o prequestionamento expresso, mister a anulação do acórdão recorrido para provimento dos embargos declaratórios interpostos para este fim, por infringência aos arts. 5º, XXXV e 93, IX da CF/88.

IV.2 - REPERCUSSÃO GERAL - ART. 102, § 3º DA CF/88

IV.2.1 - INTERESSE JURÍDICO

1 O art. 102 §3º da CF/88 determina que, no Recurso Extraordinário, o Recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

2 Uma causa é provida de repercussão geral quando há interesse geral pelo seu desfecho, ou seja, interesse público e não somente dos envolvidos naquele litígio.

3 No caso dos autos, discute-se a prevalência dos Direitos Humanos em relação à soberania estatal, bem como a responsabilidade estatal por crime de Guerra e contra a Humanidade praticados pela Alemanha Nazista na II Guerra Mundial, perante a jurisdição brasileira, onde estes crimes foram cometidos.

4 Como se pode ver do relatório da decisão recorrida, trata-se de bombardeamento de barco pesqueiro nacional por submarino alemão na costa de nosso país, tendo sido este episódio, juntamente com outros da mesma natureza, fundamentais para entrada do Brasil na II Guerra

7

Mundial, exatamente por caracterizar uma ofensa à nossa Nação, especialmente ao estado de neutralidade que, até então, era mantido pelo nosso Estado.

5 Verifica-se, desta forma, que a presente causa trata da defesa do orgulho e da honra do povo brasileiro, uma vez que cidadãos nacionais foram mortos em ataque de submarino alemão em nosso território.

6 Assim, demonstra-se, no caso, a repercussão geral da matéria discutida reputando-se preenchido também este requisito recursal.

IV.2.2 - INTERESSE ALÉM DAS PARTES DO PROCESSO

1 A causa em muito transpassa os interesses exclusivos das partes, pois trata de questão enfrentada em demandas repetitivas pelo judiciário.

2 Do mesmo fato originador da presente demanda, qual seja torpedeamento de barco brasileiro por submarino alemão durante período de guerra e a condição de ex-combatentes por parte dos tripulantes, foram desencadeados, além da ora sob exame, podendo destacar alguns deles, todos oriundos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme abaixo:

- 2006.51.01.000313-7 => Extinto por imunidade de jurisdição. Se encontra no STF (RE 598.993). Relator Min. Ayres Britto;
- 2006.51.08000898-7 => Extinto por imunidade de jurisdição. Recurso Ordinário ainda não foi remetido ao STJ;
- 2006.51.01000347-2 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário nº 107, 4ª Turma, Relator Min. Antônio Carlos Ferreira;
- 2006.51.01.000314-9 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário nº 101, 4ª Turma, Relator Min. Marco Antonio Buzzi;
- 2006.51.01.000343-5 => Extinto por imunidade de jurisdição. Recurso Ordinário ainda não foi remetido ao STJ.

- 2006.51.01.000345-9 => Extinto por imunidade de jurisdição. Está em juízo de admissibilidade para os Recursos Especial e Extraordinário.
- 2006.51.01.016944-1 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário nº 121, 3ª Turma, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.
- 2006.51.01.016942-8 => Extinto por imunidade de jurisdição.. No STJ em Recurso Ordinário nº 80, 3ª Turma, Relator Min. Sidnei Beneti **(sobrestado aguardando julgamento do RE 598.993, no STF)**;
- 2006.51.01.016939-8 => Extinto por inépcia, considerando prescrição, ilegitimidade ativa e imunidade de jurisdição. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 737.416 no STF, sem Relator, sobrestado aguardando julgamento do Recurso Especial nº 1.135.549, 3ª Turma, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva;
- 2006.51.01.016941-6 => Extinto por inépcia , considerando prescrição, ilegitimidade ativa e imunidade de jurisdição. Recurso Ordinário nº 74, 4ª Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves determinou a reforma do julgado e a citação da Alemanha. Juízo de 1ª Instância determinou e expedição de citação Alemanha em 29/02/2012;
- 2006.51.01.000350-2 => Extinto por imunidade de jurisdição.. Extinto por imunidade de jurisdição. Recurso Ordinário nº 63, 3ª Turma, Relator Min. Ari Pargendler determinou a reforma do julgado e a citação da Alemanha. Juízo de 1ª Instância nomeou tradutor juramentado para a confecção da carta rogatória 02/03/2012;
- 2006.51.01.016938-6 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário nº 113, 3ª Turma, Relator Min. Nancy Andrighi.
- 2006.51.01.016935-0 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário nº 108, 4ª Turma, Relator Min. Antonio Carlos Ferreira.;
- 2006.51.01.016940-4 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário nº 117, 3ª Turma, Relator Min. Ricardo Villas Boas Cuevas.
- 2006.51.01.016943-0 => Extinto por imunidade de jurisdição.. No STJ em Recurso Ordinário nº 60, 4ª Turma, Relator Min. Luiz Felipe Salomão **(sobrestado aguardando julgamento do RE 598.993, no STF)**;

- 2006.51.01.016937-4 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário n° 109, 1ª Turma, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- 2006.51.01.000268-6 => Extinto por imunidade de jurisdição.. No STJ em Recurso Ordinário n° 68, 3ª Turma, Relator Min. Sidnei Beneti **(sobrestado aguardando julgamento do RE 598.993, no STF)**;
- 2006.51.01.016934-9 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário n° 129, 4ª Turma, Relator Min. Marco Antonio Buzzi;
- 2006.51.01.000341-1 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário n° 78, 3ª Turma, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva;
- 2006.51.01000348-4 => Extinto por imunidade de jurisdição. Recurso Ordinário n° 72, 4ª Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha manteve a sentença reconhecendo a imunidade de jurisdição. No STF em Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n° 790.456, Relator Min. Marco Aurélio Mello;
- 2006.51.01.000308-3 => Extinto por ilegitimidade ativa. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n° 737.014 no STF, sem Relator, sobrestado aguardando julgamento no STJ do Recurso Especial n° 1.135.494, 1ª Turma, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva;
- 2006.51.01.000342-3 => Extinto por inépcia , considerando prescrição, ilegitimidade ativa e imunidade de jurisdição. Recurso Ordinário n° 62, 3ª Turma, Relator Min. Ari Pargendler determinou a reforma do julgado e a citação da Alemanha. Juízo de 1ª Instância determinou e expedição de citação Alemanha em 15/03/2011;
- 2006.51.01.000340-0 => Improcedente pela prescrição. No STJ em Recurso Ordinário n° 76, 4ª Turma, Relator Min. Luiz Felipe Salomão **(sobrestado aguardando julgamento do RE 598.993, no STF)**;
- 2006.51.01.000315-0 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário n° 59, 4ª Turma, Relator Min. Maria Isabel Galoti;
- 2006.51.01000344-7 => Extinto por imunidade de jurisdição. No STJ em Recurso Ordinário n° 110, 4ª Turma, Relator Min. Maria Isabel Galoti;

- 2006.51.01.000310-1 => Extinto por inépcia. No STJ em Recurso Ordinário n° 61, 4ª Turma, Relator Min. Luiz Felipe Salomão **(sobrestado aguardando julgamento do RE 598.993, no STF)**;

4 Como podemos perceber, a presente ação não resguarda matéria de interesse exclusivo da parte, pois o seu alcance é amplo a demais ações que estão tramitando e invariavelmente vão chegar a este pretório excelso.

5 Desta maneira há de ser reconhecido o interesse econômico do Recurso Extraordinário em apreço e por conseguinte a sua repercussão geral.

IV.3 - INTERESSE SOCIAL

1 No caso dos autos, trata-se do interesse de proteger a memória dos pescadores do B/P Changri-lá, barco que foi torpedeado por um submarino nazista alemão em 1943, fato que somente foi descoberto por estudiosos no ano de 2001.

2 Como se vê, a matéria de fundo que sustenta a presente causa não se refere somente a interesse pessoal da parte, mas a interesse geral de documentação da história nacional, não se podendo defender que a documentação da história de nossa Nação seja "*interesse particular*", enquadrando-se nos exatos termos exigidos de interesse público, haja vista tratar-se do reconhecimento da Pátria aos seus heróis mortos na Segunda Guerra Mundial.

3 Verifica-se, desta forma, que a presente causa trata da defesa do orgulho e da honra do povo brasileiro, uma vez que cidadãos nacionais foram mortos em ataque de submarino alemão em nosso território.

4 Assim, demonstra-se, no caso, a repercussão geral da matéria discutida reputando-se preenchido também este requisito recursal.

V - DO MÉRITO DO RECURSO -
ART. 102, III, "a" DA CF/88

V.1 - SUBMISSÃO EXPRESSA DA ALEMANHA À JURISDIÇÃO DO LOCAL ONDE FORAM
PRATICADOS OS CRIMES DE GUERRA DURANTE O REGIME NAZISTA - CONFERÊNCIA
DE MOSCOU DE OUTUBRO DE 1943, DECLARAÇÃO DE SUBMISSÃO DA REPÚBLICA
ALEMÃ ÀS FORÇAS ALIADAS DE 5 DE JUNHO DE 1945 E ACORDO DE LONDRES DE 8
DE AGOSTO DE 1945 QUE INSTITUIU O TRIBUNAL DE NUREMBERG - INFRINGÊNCIA
DIRETA AO ART. 5º, XXXV DA CF/88

1 Diante do cenário da II Guerra Mundial, em 1943, as Nações das Forças Aliadas já estavam convencidas da vitória em relação às forças do Eixo e em consequência, empenhadas em criar uma nova ordem mundial onde o homem pudesse viver livre das atrocidades que haviam sido cometidas.

2 Para tanto, os Aliados concluíram ser necessário submeter os criminosos vencidos a julgamento justo, onde fosse garantido contraditório e ampla defesa, de forma a se evitar que o sentimento de vingança e revanchismo transformasse os vencedores em algozes dos vencidos.

3 Nesse espírito, em outubro de 1943, os governantes dos Estados Unidos da América, Inglaterra, União Soviética e China se reuniram em Moscou e assinaram o compromisso de re-estabelecimento da ordem no pós-guerra em respeito à Lei e ao devido processo legal.

4 Neste documento (Declaração de Moscou¹), as Forças Aliadas declararam que:

"No momento de conceder qualquer armistício a qualquer governo que possa ser estabelecido na Alemanha, **os oficiais e**

¹ Nos termos do art. 14 da LICC e 337 do CPC o juiz poderá exigir prova de texto estrangeiro no caso de não conhecê-lo. No caso dos autos os documentos internacionais mencionados são de notório conhecimento por se tratarem de documentos históricos da II Guerra Mundial. Todavia, caso necessária a consulta aos mesmos indicamos a biblioteca virtual da Universidade de Direito de Yale no seguinte endereço: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii/wwii.htm>

praças alemães e membros do Partido Nazista que sejam responsáveis pelas atrocidades, massacres e execuções descritas acima ou nelas tomaram parte consentânea, serão conduzidos aos países onde seus abomináveis atos foram cometidos, a fim de que possam ser julgados e punidos conforme as leis destes países libertados e dos governos livres que ali sejam estabelecidos.

(...) Que aqueles que até o momento não banharam as mãos no sangue dos inocentes resguardem-se de reunir-se ao rol dos culpados, porque podemos afirmar que as Três Potências aliadas lhes perseguirão até as mais longínquas regiões da terra e irão enviar-lhes de volta a seus acusadores a fim de que seja feita justiça.

Esta declaração é feita sem prejuízo dos casos dos criminosos Alemães, cujos delitos não tenham definição geográfica particular e que serão castigados por decisão conjunta dos governos aliados"

5 Como se vê, dois modos de repressão foram claramente apresentados na Declaração de Moscou: a) repressão local, para os crimes individualizados, cometidos em um território específico, sendo certo que o julgamento destes criminosos seria feito pelas autoridades do lugar onde haviam praticado o delito e com base no direito comum daquela jurisdição, e; b) repressão geral, aos chamados "grandes criminosos de guerra", cujos delitos não tinham definição geográfica específica.

6 À medida que a guerra ia chegando a seu fim, os princípios da declaração de Moscou eram postos em prática. As Convenções de Armistício com a Romênia (19/09/44), Finlândia (19/09/44), Bulgária (28/10/44) e Hungria (30/01/45), continham em seus textos cláusulas que obrigavam os governos dos países vencidos a colaborar com os aliados para captura e julgamento dos Criminosos de Guerra, além de indenização pelos danos causados.

7 Finalmente, aos 5 de junho de 1945 foi assinada a "Declaração referente à derrota da Alemanha e tomada da autoridade suprema neste país pelos governos do EUA, da França, do Reino Unido e da URSS"², estabelecendo a rendição do Estado Alemão, ora Recorrido, nas seguintes condições:

ARTIGO 11

"(...) a) Os principais dirigentes nazistas designados pelos representantes aliados e todas as pessoas, a qualquer momento nomeados ou designados por sua patente, sua posição, sua função, pelos representantes aliados como suspeitos de terem cometido, ordenado ou encorajado crimes de guerra ou atos de violência análogos, serão detidos e postos à disposição dos governos aliados.

(...) c) As autoridades e o povo alemães submeter-se-ão a toda as diretivas estabelecidas pelos representantes aliados para a detenção e para que sejam postas à disposição tais pessoas."

8 Aos 8 de agosto de 1945, com o objetivo de "perseguir e punir os principais criminosos de guerra do Eixo na Europa" as quatro potências Aliadas estabeleceram o Acordo de Londres³, com as regras e princípios referentes à organização, competência e procedimento de um Tribunal Internacional para o julgamento dos delitos sem definição geográfica particular (repressão geral), além da repressão local.

9 Especificamente, o art. 4º do referido documento ratificou o princípio da **repressão local, estabelecendo a competência dos países onde foram cometidos os crimes para o seu julgamento.**

10 Por sua vez, os arts. 7º e 8º taxativamente vedaram a possibilidade de alegação pela defesa dos acusados de excludente de "Ato de Estado" nos julgamentos dos crimes praticados pelos Nazistas, nos seguintes termos:

² Vide nota de rodapé 1

³ Vide nota 1.

“Art. 7º - A condição oficial dos acusados, seja como chefes de Estado, seja como altos funcionários, não será considerada nem como uma escusa absolutória, nem como um motivo de redução da pena.”

Art. 8º - O fato do Réu ter agido sob as ordens de seu Governo ou de superior hierárquico não o livram da responsabilidade, mas pode ser considerado na mitigação da punição se o Tribunal determinar que a justiça o requer.”

11 Aos 20 de setembro de 1945 através do “Acordo entre os governos da Inglaterra, Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e o Governo Provisório da França relativo a requerimentos adicionais a serem impostos à Alemanha”, o Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores foi abolido e declarado ilegal.

12 Corroborando ainda com a impossibilidade de alegação de excludente de “Ato de Estado” de qualquer julgamento relacionado aos Atos cometidos pela Alemanha Nazista, a Lei 10 do Conselho de Controle da Alemanha, de 20 de dezembro de 1945⁴, também estabeleceu em seu artigo II, itens 4 e 5, a impossibilidade de apresentação de excludente de “Ato de Estado”, ou de qualquer imunidade, perdão ou anistia como impedimento a Tribunal ou julgamento:

“Artigo II

(...) 4. (a) - A condição oficial de qualquer pessoal, seja como Chefe de Estado ou como oficial responsável em um Departamento de Governo, não o livram da responsabilidade por um crime ou o habilita à mitigação da punição.

(b) O fato de qualquer pessoa agir sob as ordens de seu Governo ou superior não o livra da responsabilidade por um crime, mas pode ser considerada na mitigação.

⁴ Vide nota 1.

5. Em qualquer Tribunal ou julgamento pelos crimes aqui referidos, os acusados não terão o direito aos benefícios de qualquer estatuto de limitação em respeito ao período entre 30 de janeiro de 1933 e 1 de Julho de 1945, **e nem qualquer imunidade, perdão ou anistia concedidos sob o regime Nazista, serão admitidos como impedimento a Tribunal ou punição.**

13 Entre os crimes tipificados pelo Acordo de Londres e pela Lei 10 do Conselho de Controle estão os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, enquadrando-se em ambos o assassinato de civis.

14 Finalmente, o Tribunal Internacional julgou e condenou como organizações criminosas, sem prejuízo da condenação pessoal de seus integrantes: a) o corpo diretivo do Partido Nazista, b) a GESTAPO, c) a SD, e; d) a SS.

15 Em consequência desta condenação, a natureza criminosa destes grupos e organizações devem ser considerados provados, não podendo ser questionados em outros tribunais, nos termos do art. 10 do Estatuto do Tribunal Internacional⁵.

16 Como se vê, além da repressão geral, feita através do Tribunal de Nuremberg, os documentos de submissão da Alemanha às Forças Aliadas estabelecem a submissão expressa daquela Nação à Lei e à Jurisdição do local onde foram praticados os delitos geograficamente localizados, na chamada repressão local.

17 Como se sabe, o crime sujeita seu agente a duas condições: sofrer a sanção penal pelo delito que cometeu e reparar o dano ou o mal que por ele causou.

18 Por esta razão o art. 5º, XLV da CF/88 prevê o dever do agente criminoso reparar o dano possibilitando, inclusive, a possibilidade da

⁵ Vide nota 1.

obrigação de reparar o dano originário do crime ser estendida aos sucessores do agente e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido.

19 Na época, inclusive, o próprio Estado brasileiro, no âmbito do executivo, tomou junto à Alemanha a garantia solene de que as indenizações devidas por atos de agressão contra bens do Estado brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil seria por ela arcada.

20 Não obstante, a Recorrida não cumpriu com este compromisso fazendo com que o Governo editasse o Decreto-Lei 4.166/42 estabelecendo que os bens e direitos dos súditos alemães, japoneses e italianos respondessem por tais prejuízos, nos seguintes termos:

DECRETO-LEI N. 4.166 - DE 11 DE MARÇO DE 1942

Dispõe sobre as indenizações devidas por atos de agressão contra bens do Estado brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180, combinado com o artigo 166, § 2º da Constituição;

Considerando que atos de guerra são praticados contra o continente americano;

Considerando que, ao passo que o Brasil respeitava, com a máxima exatidão e lealdade, as regras de neutralidade universalmente aceitas no direito internacional, o navio brasileiro "Taubaté" foi atacado, no mar Mediterrâneo, por forças de guerra da Alemanha;

Considerando que, assumindo solenemente a obrigação de reparar o dano causado por esse ato o Governo alemão até hoje não cumpriu esse compromisso;

Considerando que, após a conjugação dos esforços das Repúblicas americanas para a defesa da sua soberania, da sua integridade territorial e dos seus interesses econômicos, unidades desarmadas da marinha mercante brasileira, viajando com fins de comércio pacífico, foram atacadas e afundadas com infração de normas jurídicas consagradas;

17

Considerando que tais atos constituem uma agressão não provocada de que resultam ameaça à navegação brasileira e prejuízo direto a interesses vitais do Brasil;

Considerando que as informações que possui o Governo denotam que a responsabilidade dos atentados deve ser atribuída às forças armadas alemãs, mas que, por outro lado, a aliança, para fins de guerra, existente entre a Alemanha, o Japão e a Itália, torna estas potências necessariamente solidárias na agressão;

Considerando que, durante mais de um século, o Brasil ofereceu aos nacionais daqueles Estados, uma íntima participação na sua economia;

Considerando que, nas condições da guerra moderna, as populações civís se acham estreitamente ligadas à sorte das armas e que a sua atividade é, mais do que em qualquer outra época da história, um elemento determinante do êxito das operações de guerra;

decreta:

Art. 1º Os bens e direitos dos súditos alemães, japoneses e italianos, pessoas físicas ou jurídicas, respondem pelo prejuízo que, para os bens e direitos do Estado Brasileiro, e para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no Brasil, resultaram, ou resultarem, de atos de agressão praticados pela Alemanha, pelo Japão ou pela Itália.

...
GETULIO VARGAS"

21 Apesar deste Decreto-Lei, os familiares das vítimas do CHANGRI-LA não receberam qualquer indenização, até porque, sua condição de vítima da Recorrida somente foi reconhecida pelo Tribunal Marítimo em 2001, conforme atestado pela decisão recorrida:

"Em 31 de julho de 2001, quase seis décadas depois, pelo Tribunal Marítimo, por provocação da Procuradoria da Marinha, foi reaberto o processo, após tomar conhecimento de documentos que demonstrariam os fatos, concluindo, afinal, que o naufrágio do Changri-lá teria mesmo sido provocado pelo submarino de guerra alemão."

22 Ressalte-se que, mesmo com o fim da Guerra, não houve qualquer armistício assinado entre Brasil e Alemanha não restando outra solução para as vítimas civis brasileiras senão recorrer ao Poder Judiciário.

23 Diversos são os sistemas de apuração da responsabilidade ex delicto, podendo-se, sucintamente dividi-los em dois grupos: o sistema de cumulação e o da separação.

24 Através do sistema de cumulação (utilizado pela Alemanha, Argentina, Bélgica, Chile, Colômbia, Costa Rica, Espanha, França, Itália, México, Peru, Polônia, Portugal, Romênia e Venezuela) o titular do direito à reparação do dano habilita-se como parte civil na ação penal, o que resulta numa única ação, na qual serão decididas questões em relação ao crime e à indenização.

25 Já o mesmo não ocorre no sistema de separação (utilizado pela Áustria, Canadá, Escócia, Estados Unidos da América, Holanda, Inglaterra, Paraguai e Suíça), onde existe autonomia das ações penal e civil, resultando em duas ações distintas, cada uma encerrada por uma sentença, embora, não haja como negar a influência da decisão criminal sobre a civil, tendo força de coisa julgada.

26 Na Alemanha (ora Recorrida), até há algum tempo, o ofendido podia pleitear a satisfação do dano na esfera penal apenas quando a lei penal admitisse e atuando o ofendido como assistente de acusação.

27 Em 1943, contudo, foi introduzida na ordenação processual penal alemã o instituto da Adhäsionsprozess, mantido na reforma de 1965, autorizando o ofendido pleitear, na sede penal, a satisfação do dano.⁶

28 No Brasil, com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008 que prevê a fixação pelo juízo criminal de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, podemos afirmar que estamos diante de um sistema de independência mitigado, uma vez que a sentença condenatória

⁶ Vide Tourinho Filho, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 2, 26 ed., Saraiva, São Paulo, pg. 9.

proferida no juízo penal torna inquestionável o an debeat, discutindo-se somente o quantum debeat.

29 O que se vê, portanto, é que independente do sistema que for adotado pela legislação local (de cumulação ou de separação) a submissão expressa da Recorrida à jurisdição local pelos atos praticados durante o regime nazista, estabelecida pelos Tratados impostos pelas Forças Aliadas há mais de 60 anos, através do princípio da "repressão local", sujeita seu agente a duas condições: sofrer a sanção penal pelo delito que cometeu e reparar o dano ou o mal que por ele causou, uma vez que essas duas condições são decorrências naturais da responsabilidade originada do crime, sendo esta a única forma de efetivação dos direitos dos Recorrentes.

30 A submissão expressa à jurisdição e leis locais aqui demonstradas, para julgamento dos crimes praticados pela Recorrida, precede, portanto, à discussão acerca do sistema de apuração de responsabilidade ex-delicto, sendo certo que nos locais onde fosse aplicado o sistema de separação, a Recorrida e seus agentes poderiam responder a duas ações, enquanto que nos locais onde fosse aplicado o sistema de cumulação, os mesmos responderiam a uma ação somente, onde se resolveriam todas as questões relacionadas ao crime praticado, incluindo, a indenização pelos danos causados.

31 No sistema de separação, no processo penal a ação somente é proposta em face do autor da infração, enquanto no processo civil a ação poderá ser proposta também em face dos responsáveis legais, para efeitos de indenização civil, aí se enquadrando a Recorrida por responsabilidade por ato de seus agentes e prepostos, nos termos, inclusive, do art. 37, §6º da CF/88.

32 Não bastasse, o art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

20

33 Assim, considerando haver submissão expressa da Recorrida à jurisdição do local onde foi praticado o crime de guerra, no caso, assassinato de civis brasileiros, e previsão constitucional de impossibilidade de exclusão do Poder Judiciário de apreciação de lesão ou ameaça a direito, afronta o art. 5º, XXXV da CF/88 a decisão guerreada ao negar a submissão da Recorrida à jurisdição nacional para responder a presente ação, não merecendo outra solução este Recurso senão a procedência.

V.2 - INEXISTENTE DIREITO À INVOCÇÃO TÁCITA DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. NECESSIDADE DESTA DEFESA SER INVOCADA EXPRESSAMENTE ATRAVÉS DE ADVOGADO LEGALMENTE CONSTITUÍDO COM RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - ART. 133 C/C 5º LIV DA CF/88

1 Como se vê da decisão guerreada, em momento algum, veio a Recorrida, regularmente, em obediência ao art. 133 da CF/88, invocar a imunidade de jurisdição. Pelo contrário. Mais uma vez a Recorrida ficou-se inerte.

2 Ora, à medida que está sendo movido um processo contra a Recorrida, ainda que queira a mesma alegar em seu favor imunidade de jurisdição, **DEVE VIR AOS AUTOS E INVOCAR ESTA IMUNIDADE EM CONTESTAÇÃO PROTOCOLADA NO PRAZO LEGAL E DEVIDAMENTE REPRESENTADA POR ADVOGADO LEGALMENTE HABILITADO.**

3 Assim, o fato de a Ré não ter se apresentado nos autos da devida forma, já bastaria para o afastamento da imunidade de jurisdição que não pode ser decretada ex officio.

4 Não obstante, entendeu a decisão Recorrida que a mera manifestação do diplomata, sem representação do Estado através de advogado constituído e contestação, seria suficiente para evocação válida do princípio da imunidade.

5 Não obstante, determina o art. 133 da CF/88 ser o advogado indispensável à administração da justiça; assim, para haver evocação

21

válida de qualquer matéria de defesa, inclusive possível imunidade de jurisdição, caberia à Recorrida constituir advogado em nosso país e fazê-lo em respeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88)

6 Não reconhecendo tal necessidade, a decisão guerreada infringe frontalmente os arts. 133 e 5º, LIV da CF/88 não merecendo outra sorte o presente recurso, senão a procedência, com a reforma da decisão para que reconheça a inexistência de arguição válida de imunidade de jurisdição por parte da Recorrida e conseqüente necessidade de anulação da sentença de primeiro grau para transcurso regular do processo.

V.3 - INEXISTÊNCIA DE LEGÍTIMO ATO DE IMPÉRIO NA PRÁTICA DE CRIME DE GUERRA E CRIME CONTRA A HUMANIDADE JÁ JULGADOS E CONDENADOS POR TRIBUNAL INTERNACIONAL - AFRONTA AOS ARTS. 5º XXXV, 1º III, 3º, IV E 4º, II DA CF/88 E AOS PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL RECONHECIDOS NA CARTA E NO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG E APROVADOS NAS NAÇÕES UNIDAS, DA QUAL O BRASIL É MEMBRO DESDE 24/10/1945

1 Além da existência de previsão de repressão local nos Tratados de submissão da Alemanha, foi estabelecido também, pelas Forças Aliadas, conforme já demonstrado, Tribunal para proceder a repressão geral de tais crimes, além do próprio partido Nazista ter sido dissolvido e considerado ilegal.

2 Ora, considerando que o regime Nazista e suas organizações já foram, juntamente com seus líderes, julgados criminosos, não há, por conseguinte, como se defender que os atos praticados por esses líderes e organizações sob o manto do regime condenado, sejam legítimos "Atos de Império", como tristemente pretende a decisão recorrida assim ementada:

"DIREITO INTERNACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VÍTIMA DE ATO DE GUERRA. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE ABSOLUTA.

1 - A imunidade acta jure imperii é absoluta e não comporta exceção. Precedentes do STJ e do STF.

22

2 - Não há infelizmente como submeter a República Federal da Alemanha à jurisdição nacional para responder a ação de indenização por danos morais e materiais por ato de império daquele País, consubstanciado em afundamento de barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio - RJ, por um submarino nazista, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial.

3 - Recurso ordinário conhecido e não provido."

3 Data máxima vênia, entender que o assassinato de civis em mar territorial nacional pela Alemanha Nazista durante a II Guerra Mundial fora, inclusive, do palco da Guerra, caracteriza "legítimo Ato de Império" impassível de julgamento pelas cortes locais, é rasgar a história, negar o Direito Internacional, o Direito Humanista, a validade dos tratados das Forças Aliadas, a sentença do Tribunal de Nuremberg e os princípios de Direito Internacional aprovados pela ONU, sem falar no desrespeito às milhares de vítimas do Holocausto que, acompanhando o entendimento da decisão recorrida, nada mais seriam do que resultado da "legítima política estatal da Alemanha nazista".

4 Assim define a decisão recorrida a natureza dos atos da Alemanha Nazista:

"Como se vê, a República Federal da Alemanha, por sua representação diplomática no Brasil, reafirma, de modo expresso, a sua imunidade à jurisdição nacional, como Estado Soberano que é, não podendo, por isso mesmo, responder à presente demanda, pois o ato praticado foi uma ação militar em período de guerra, ato, portanto, de império que não se submete ao Poder Judiciário Nacional."

5 Assim define o Juiz Jackson, do Tribunal Internacional de Nuremberg, há mais de 60 anos, em Carta ao Presidente dos Estados Unidos da América⁷, a natureza dos atos da Alemanha Nazista:

⁷ Vide nota 1.

“5. Nós documentamos de fontes alemãs as agressões Nazistas, perseguições, atrocidades com tamanha autenticidade e detalhamento que não pode haver negação responsável destes crimes no futuro e nenhuma tradição de considerar mártires os líderes nazistas, pode nascer entre as pessoas informadas. Nenhuma história desta era pode ser intitulada de autoridade se falhar em levar em consideração os registros de Nuremberg. Enquanto um esforço foi feito por Goering e outros de se retratarem como “brilhantes patriotas”, seus crimes admitidos de violência e vileza, de ganância e corrupção, não deixam terreno para futura admiração de seu caráter e sua sorte não deixa incentivo a imitação de seus exemplos.”

6 O que se espera do sistema jurídico é que ele evolua e não regrida esquecendo-se de todas as vidas que foram ceifadas no caminho da evolução.

7 No caso de nossa Nação, é possível que o fato de não termos sido vítimas da ocupação nazista enfraqueça um pouco a nossa memória em relação às atrocidades cometidas.

8 Todavia, para as vítimas do CHANGRI-LA, esta barbárie custou-lhes a vida, em nosso território, que mesmo não sendo o palco da Guerra não deixou de ser covardemente atacado pela Recorrida, não em um Ato legítimo de Guerra, por não se tratarem de Militares em combate, mas em um ato de crime de Guerra e crime contra a Humanidade por se tratarem de civis, na prática de pesca de subsistência artesanal no mar de seu território nacional.

9 Como já lembrado, o art. 5º, XXXV da CF/88 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

10 No caso em tela, mesmo sem sequer haver Lei que o permita, a decisão recorrida tenta afastar do Poder Judiciário a apreciação de lesão ao maior dos direitos, ao direito à vida.

11 A suposta razão de tal exclusão é a interpretação ultrapassada acerca de um princípio internacional, sequer positivado, de imunidade absoluta de jurisdição que já foi afastado há mais de 60 anos para o presente caso, considerando que o assassinato de civis no mar pela Alemanha Nazista já foi definido como crime de guerra e contra a humanidade, com impossibilidade de qualquer defesa de imunidade.

12 Não bastasse, nosso país já se comprometeu em 1950 a aplicar como princípio de Direito Internacional o julgamento e punição de crimes de guerra e contra a humanidade, sem aceitação de qualquer defesa de imunidade por ato de Estado.

13 É que as Nações Unidas, a qual o Brasil é membro desde 24/10/1945, adotou na segunda sessão da Comissão de Direito Internacional de 1950, os Princípios do Direito Internacional Reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e no Julgamento do Tribunal⁸, quais sejam:

"Princípio I

Qualquer pessoa que cometa um ato que constitua crime sob a Lei Internacional é responsável pelo mesmo e sujeito a punição.

Princípio II

O fato de que a Lei Interna não impõe pena por um ato que constitua um crime sob a Lei Internacional não libera a pessoa que cometeu o ato da responsabilidade sob a Lei Internacional.

Princípio III

O fato de que uma pessoa que cometeu um ato que constitua um crime sob a Lei Internacional agindo como Chefe de Estado ou

⁸ Vide nota 1.

Oficial de Governo Responsável não o libera da responsabilidade sob a Lei Internacional.

Princípio IV

O fato de que uma pessoa agiu obedecendo ordens de seu governo ou de um superior não a libera da responsabilidade sob a Lei Internacional, desde que fosse de fato possível uma escolha moral para ele.

Princípio V

Qualquer pessoa acusada de um crime sob Lei Internacional tem direito a um julgamento justo nos fatos e na Lei.

Princípio VI

Os crimes abaixo listados são passíveis de punição como crimes sob a Lei Internacional:

- (a) Crimes contra a Paz: (i) planejamento, preparação ou início de uma guerra de agressão ou guerra violando Tratados Internacionais, acordos ou garantias; (ii) participação de um plano comum ou conspiração para a realização de quaisquer dos atos mencionados no item (i).
- (b) **Crimes de Guerra:** violação das Leis ou Costumes de Guerra que incluíam mas não se limitam a, **assassinato**, maus tratos ou deportação para mão de obra escrava ou para qualquer outro propósito, **da população civil** de ou em território ocupado, **assassinato** ou maus tratos a prisioneiros de guerra, **a pessoas nos mares**, matar reféns, saque de propriedades públicas ou privadas, destruição sem propósito de cidades, municípios ou vilas, ou devastação injustificada pela necessidade militar.

- (c) Crimes contra a Humanidade: assassinato, exterminação, escravidão, deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguição com bases políticas, raciais ou religiosas, quando tais atos forem feitos ou tais perseguições acontecerem na execução de ou em conexão com qualquer crime contra a Paz ou qualquer crime de Guerra.

Princípio VII

Cumplicidade na execução de um crime contra a Paz, um crime de Guerra, ou um crime contra a Humanidade como mencionado no Princípio VI é um crime sob Lei Internacional.

14 A mesma Comissão, ao explicar tais princípios nos fundamentos de sua adoção, declarou em relação aos mesmos que⁹:

"Princípio I

(...) 99. A regra geral que fundamenta o princípio I é que a Lei Internacional pode impor deveres a indivíduos diretamente sem qualquer interposição da Lei interna. O que foi apurado no Tribunal foi definitivo na questão se as regras da Lei Internacional podem ser aplicadas aos indivíduos. "Que a Lei Internacional impõe deveres e responsabilidades tanto sobre os indivíduos quanto aos Estados.", disse o julgamento do Tribunal, "já foi há muito reconhecido".⁴

4 julgamento dos maiores criminosos de Guerra perante o Tribunal Militar Internacional, vol. I, Nuremberg, 1947, pág. 223.

Princípio III

⁹ Vide nota 1.

27

(...) 103. Este princípio é baseado no artigo 7 da Carta do Tribunal de Nuremberg. De acordo com a Carta e o Julgamento, o fato de que um indivíduo agiu como Chefe de Estado ou Oficial de Governo Responsável não o libera da responsabilidade internacional. "O princípio da Lei Internacional que sob certas circunstâncias, protege os representantes de Estado" disse o Tribunal, "não pode ser aplicado a atos que são condenados como criminosos pela Lei Internacional. Os autores destes atos não podem se proteger atrás da sua posição oficial a fim de se livrarem da punição..."⁷. A mesma idéia também foi expressa na seguinte passagem do que foi apurado: "Aquele que violar as Leis de Guerra não pode obter imunidade enquanto agindo como Autoridade do Estado se o Estado ao autorizar ação se movimenta fora da sua competência sob a Lei Internacional."⁸

7 idem

8 idem

Princípio VI

(...) 119. O Tribunal enfatizou que antes dos últimos crimes de guerra serem definidos pelo artigo 6 (b) desta Carta, já tinham sido reconhecidos como crimes sob a Lei Internacional. O Tribunal declarava que tais crimes estavam cobertos pelas provisões específicas dos regulamentos anexos à Convenção de Haia de 1907 respeitando as Leis e costumes de guerra terrestre e da Convenção de Genebra de 1929 no tratamento à prisioneiros de Guerra. Após enumerar as mencionadas provisões, o Tribunal declarou: "Que a violação destas provisões constitui crime para o qual os indivíduos culpados eram passíveis de punição está muito bem definido para admitir ou argumentar."^{18,19}

18 Idem, pág. 253

19 Durante esta discussão sobre o crime de matar reféns, a Comissão anotou o fato de que as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e mais especificamente o artigo 34 da Convenção,

relativa a proteção de pessoas civis em tempo de guerra, proibem fazer reféns.

15 Como se vê, a decisão recorrida mais do que contrariar um princípio internacional, contraria a determinação da ONU que tem o Brasil como parte.

16 Ou seja, o Judiciário brasileiro, ao aplicar a norma internacional contrariamente ao adotado pela ONU, está indo de encontro ao que as 192 Nações que integram esta Organização, incluindo o Brasil (!) se comprometeram a adotar em defesa dos Direitos Humanos e da Humanidade.

17 Desta forma, o afastamento do Poder Judiciário por ato criminoso de Guerra e contra a Humanidade nada mais é do que uma afronta direta ao art. 5º, XXXV da CF/88.

18 Ademais, sendo os atos considerados legitimamente de império pela decisão recorrida, já definidos como crimes de guerra e contra a humanidade, de acordo com os princípios de Direito Internacional adotados pela ONU, cuja defesa não aceita imunidade de jurisdição, caracterizada também está a afronta aos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana), 3º, IV (não preconceito) e 4º, II (prevalência dos direitos humanos) da CF/88.

19 Assim, mister a reforma da decisão recorrida devendo ser afastada a imunidade de jurisdição por legítimo ato de império considerando que os atos da Recorrida discutidos nos autos (assassinato de civis em mar territorial brasileiro) já foram definidos expressamente como crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não passíveis de qualquer imunidade, incluindo de jurisdição, significando, a decisão recorrida, afronta direta aos arts. 5º, XXXV, 1º, III, 3º, IV E 4º, II da CF/88.

V.4 - EVOLUÇÃO DO PAPEL DO SER HUMANO DE OBJETO PARA SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL. INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA ATOS ATENTATÓRIOS AOS DIREITOS HUMANOS. PREPONDERÂNCIA DO ART. 4º, II SOBRE O ART. 4º, IV E V DA CF E APLICAÇÃO DO ART. 3º, IV DA CF.

1 Como demonstrado, não é novidade que a restritividade do princípio da Imunidade de Jurisdição é fato antigo na Europa e nos Estados Unidos, especialmente na segunda metade do Século XX. Nesse sentido, em 1976, a Europa aprovou uma Convenção sobre Imunidade de Jurisdição, restringindo profundamente a regra costumeira do *par in parem non habet imperium*.

2 No mesmo ano, os Estados Unidos aprovaram sua lei sobre imunidade de jurisdição e o Reino Unido seguiu este caminho em 1978.

3 Em 1986, 10 anos após a entrada em vigor daqueles diplomas no mundo desenvolvido, o nosso STF, no entanto, ainda adotava a doutrina da imunidade absoluta. Somente com a promulgação de uma nova ordem constitucional e a prescrição expressa do art. 114 da Constituição da República sobre a relação de trabalho de indivíduos com entes de direito público externo, é que o STF mudou, deixando de extinguir as reclamações trabalhistas dirigidas - equivocadamente algumas vezes - às repartições consulares e embaixadas de Estados estrangeiros no Brasil.

4 Desta forma, é fato que a imunidade de jurisdição não é mais absoluta e, como consequência, a soberania do Estado também não é!

5 Ou seja, da prática forense das necessidades dos indivíduos, está vindo a reestruturação das relações internacionais e dos princípios que fundam a coexistência e a harmonia entre as nações.

6 ANTENOR MADRUGA¹⁰, em sua tese de doutorado¹¹ lança o que chama "o novo Direito da Imunidade de Jurisdição", refletindo toda esta mudança

¹⁰ ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹¹ Op. cit. USP, Faculdade de Direito. Orientador: Professor JOÃO GRANDINO RODAS.

de paradigma em torno do clássico princípio e propondo então o estudo do novo direito que cerca o tema.

7 Este novo olhar internacional sobre a imunidade de jurisdição está em perfeita consonância com os efeitos da globalização, que, entre vantagens e desvantagens, parece estar também globalizando um novo senso de humanidade.

8 Este senso de humanidade se iniciou exatamente com a análise dos horrores da II Guerra pelo Tribunal de Nuremberg e a adoção dos princípios de seu julgamento pela ONU, nos mesmos termos propostos nestes autos se desenvolve agora na questão de efetivar mecanismos de proteção do minimalismo humano a que se deve respeitar em qualquer parte do globo, por qualquer ator da comunidade internacional, o que inclui o próprio Estado, que perde em soberania diante da exigida prevalência dos direitos humanos.

9 A despeito dos ataques terroristas e da chamada "guerra ao terror", declarada pela maior potência mundial confundir os pilares da ordem mundial, ainda assim, parece perfeitamente perceptível existir interessante fenômeno de flexibilização do conceito de soberania, o que modifica as bases do Direito Internacional clássico que possuía o Estado como ator principal da Sociedade Internacional e a Pessoa Humana como mero objeto do Direito Internacional e que, assim, não foi capaz de evitar o massacre de civis pelo Estado Alemão na II Guerra Mundial.

10 Dentre outros, estão em concordância com a tese autoral de que a soberania dos Estados não deve ser mais tomada como absoluta diante de uma ordem pública internacional que prestigie os direitos humanos, os trabalhos de JACOB DOLINGER¹², CELSO MELLO¹³, CANÇADO TRINDADE¹⁴ e

¹² JACOB DOLINGER. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese.

¹³ CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁴ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FLÁVIA PIOVESAN¹⁵, bem como as pesquisas científicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro¹⁶.

11 Neste contexto, é que, desde a II Guerra, não se pode mais aceitar a defesa de imunidade de jurisdição para o Estado ou seu representante que viole direitos humanos.

12 O fundamento teleológico estará no fato de que a defesa de imunidade de jurisdição só deve servir ao Estado que proteja os direitos humanos e não para os que os violente, pois outra finalidade não se pode mais admitir a um Estado, se quisermos construir um modelo abstrato que comporte uma ordem jurídica internacional efetiva e eficaz.

13 A idéia da relatividade da noção de poder absoluto não é nova. HANS KELSEN¹⁷, por exemplo, já defendia que o Estado não possuía este poder absoluto, uma vez que sua autoridade central, em um regime democrático, só representava o povo (*todo o poder emana do povo e por ele será exercido*):

“O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O “poder” do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder”.

14 Ou seja, o poder do Estado na verdade era somente uma qualidade do poder do povo, e este já oferecia limitação àquele, de forma que tal soberania estatal já era limitada, ao menos em um regime democrático.

15 CELSO MELLO¹⁸ lecionava que a soberania absoluta tem as suas raízes na obra de EMER DE Vattel e que esta concepção foi desenvolvida

¹⁵ FLÁVIA PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

¹⁶ CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO e RICARDO LOBO TORRES. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vols. I a IV. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 2000, 2001 e 2002.

¹⁷ HANS KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 364.

¹⁸ Op. cit.

acima de tudo pelos doutrinadores alemães do século XIX influenciados pelo hegelianismo, mas admite que atualmente a soberania não é mais entendida no seu sentido absoluto, pelo contrário, ela é tomada como dependendo da ordem jurídica internacional, ponto essencial de reflexão para o desenvolvimento da tese ora proposta.

16 FRANCISCO REZEK¹⁹ também admite a limitação da soberania:

“Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.”

17 E também JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, defende que não cabe a imunidade de jurisdição, como medida da soberania, quando o fato reclamado deu-se no território do Estado do foro:²⁰

“A jurisdição extraterritorial autorizada dos Estados, dentro os limites estabelecidos pelo Direito Internacional, representa também uma limitação do conceito de “soberania”. Um fato ocorrido dentro do território de um Estado pode vir a se subordinar ao poder soberano de um outro Estado, que terá competência concorrente para examiná-lo.”

18 A mudança de paradigma do Direito Internacional clássico para o Direito Internacional moderno passa exatamente por perceber esta transformação de um “jus inter gentes” a um novo “jus gentium”, conforme CANÇADO TRINDADE²¹:

“A consciência de que somente mediante uma ação conjunta, em escala universal, se pode enfrentar os problemas que afetam a comunidade internacional como um todo, faz reviver, em um novo contexto, e com nova acepção, a concepção clássica do jus gentium”.

¹⁹ JOSÉ FRANCISCO REZEK. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215/216. Grifo nosso.

²⁰ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES. In *Dimensão Internacional do Direito*. São Paulo: LTR, 2000, p. 295. Original: “The authorized extraterritorial jurisdiction of States, within the limits established by international law, represents also a limitation of the concept of “sovereignty”. A fact occurred within the territory of a State may fall in the jurisdiction power of another State, which has concurrent competence to apply.”

²¹ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. *O direito internacional em um mundo em transformação*, p. 1039.

19 Outrossim, acreditam os Recorrentes que vivemos uma reconstrução humanista do Direito Internacional. Como repetia em suas aulas, o mestre CELSO MELLO: o Homem - a última de nossas ideologias!

20 Esta perspectiva do Ser Humano não mais como objeto, mas como sujeito das normas de Direito Internacional, que passam então a ter uma interpretação que não limitam sua destinação somente aos Estados, enquanto intermédios entre a norma e o indivíduo, traz uma revolução conceitual no âmbito da organização e aplicação do Direito Internacional, sendo notável a conclusão pela reinvenção do *jus gentium*.

21 Em concordância, GUIDO SOARES²²-

“Por mais zelosos que sejam os Estados de sua soberania, existem normas exógenas que eles próprios acatam, com plena consciência de serem elas limitações ao poder jurisdicional do Estado.”

22 É assim que não se pode aceitar como válida qualquer exceção de imunidade de jurisdição para atos atentatórios à dignidade da Pessoa Humana, como o caso em tela, no qual a Recorrida, quando em regime nazista execrável resolveu praticar tiros ao alvo contra um barco de pesca brasileiro, que pescava em pleno território brasileiro, a fim de prover o sustento próprio e de sua prole.

23 Inclusive, a dignidade da Pessoa Humana é mais do que uma garantia individual, é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, ou seja, sobre ele é que se constrói todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal.

24 Permitir ao Estado estrangeiro assassinar brasileiros em pleno território brasileiro, deixando suas famílias na miséria, para somente 60 anos depois descobrirem o que aconteceu, viola não só a sua dignidade, mas também consiste em discriminação vedada pelo art. 3º,

²² GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*, p. 34.

IV, da Carta da República, aceitando a Recorrida que não há imunidade nesta mesma situação se o fato tivesse ocorrido na Europa.

25 Na verdade, o que se está a defender é o direito à vida, assegurado como garantia fundamental no art. 5º, caput, como o maior dos direitos individuais, bem como, a vedação ao tratamento desumano ou degradante, assegurada no art. 5º, III, da Carta da República.

26 Por fim, se é verdade que a imunidade de jurisdição decorre dos princípios de relações internacionais, da não-intervenção e da igualdade entre os Estados, art. 4º, IV e V, da CF, também o é que é princípio das relações internacionais da República Federativa do Brasil, a prevalência dos direitos humanos, art. 4º, II, da CF, sendo certo que o termo "prevalência" já pressupõe a sua preponderância, inclusive com relação aos outros princípios de relações internacionais a que está submetida a República Brasileira.

27 Outra interpretação não pode caber para o momento no qual o Homem é sujeito de Direito Internacional e não mais objeto de Direito Internacional !

28 A hipótese nada tem de nova no mundo, como, por exemplo, no precedente norte-americano do caso Letelier v. Republica do Chile²³.

29 Tratou-se de ação movida por representantes do ex-Primeiro Ministro Chileno Orlando Letelier que foi por algum tempo Embaixador do Chile nos Estados Unidos juntamente com representantes de Ronnie Moffit, um cidadão norte-americano, contra a República do Chile por perdas e danos provenientes das mortes de Letelier e Moffitt devido a explosão de seu automóvel por uma bomba enquanto eles estavam dirigindo.

30 A ação se fundava na Lei de Imunidade de Jurisdição, FSIA, 1976 que, como já visto, estabelece que um Estado estrangeiro é responsável

²³ Letelier v. Republica of Chile. 488 F. Supp. 665. U.S. District Court, D.D.C., March 11, 1980. The American Journal of International Law, v. 74, 1980/4, p. 940/942.

por:

“danos pessoais ou morte, ou perdas e danos ou perda de propriedade, que ocorra nos Estados Unidos e que seja causada por um ato ou omissão de responsabilidade extracontratual do Estado estrangeiro ou de qualquer oficial ou empregado daquele Estado estrangeiro enquanto agindo sob o escopo de seu ofício ou serviço.”²⁴

31 O Chile recusou-se a aparecer, enviando somente uma correspondência diplomática alegando falta de jurisdição e se fundando também em ato de Estado por se tratar em tese de assassinato político. Desta forma, um julgamento foi levado adiante à revelia.

32 O Tribunal distrital examinou a história legislativa da Lei de Imunidade de Jurisdição e entendeu que somente a seção 1605 (a) (5) era relevante para decidir a causa. A questão central era se o Chile poderia invocar a exceção da função discricionária” ou não. A Corte afirmou que:

“Embora possa parecer que uma decisão calculada que resulte morte ou danos pessoais para um indivíduo ou indivíduos, por qualquer razão, seria mais uma seguramente envolvendo julgamento e decisão política e então eximindo-se o Estado estrangeiro por se tratar de um ato discricionário conforme a seção 1605(a) (5) (A), aquela exceção não se aplica para impedir esta ação. Como tem sido reconhecido, não há discricionariedade para cometer, ou ter um de seus oficiais ou agentes para cometer um ato ilegal. *Cruikshank v. Estados Unidos*, 431 F. Supp. 1355, 1359 (D. Hawaii 1977); vide *Hatahley v. Estados Unidos*, 351, U.S. 173, 181 ... (1956). **Quaisquer que sejam as opções políticas que possam existir para um Estado estrangeiro, não há discricionariedade para perpetrar conduta determinada que resulte no assassinato de indivíduos, ação que é claramente contrária aos preceitos de humanidade reconhecidos tanto pelo direito nacional como pelo internacional.** Desta forma, não haveria qualquer discricionariedade com o significado da seção 1605(a) (5) (A) para autorizar ou apoiar um assassinato se for demonstrado que um Estado estrangeiro praticou um ato desta natureza neste país, que o Estado estrangeiro não poderia ser beneficiado por imunidade de jurisdição conforme subseção

²⁴ 28 U.S.C. 1605 (a) (5):

“personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment.”

36

(A) pelas reclamações por perdas e danos com base na responsabilidade extracontratual que tenha resultado desta conduta. Conseqüentemente, a República do Chile não pode invocar a imunidade de jurisdição de acordo com a Lei de Imunidade de Jurisdição por seu alegado envolvimento nas mortes de Orlando Letelier e Ronni Moffitt.”

33 É assim que, no caso em tela, deve ser entendido que a Alemanha renunciou a sua imunidade de jurisdição violando as normas cogentes de direito internacional praticando homicídio contra inocentes pescadores que exerciam seu ofício para sustento próprio e de sua prole.²⁵

34 Como visto, por conta da definição na Carta de Nuremberg do que sejam “crimes contra a humanidade” incluírem o que agora é denominado *jus cogens*, um Estado não está legitimado a gozar do benefício da imunidade por qualquer ato que contravenha uma norma cogente de direito internacional, não obstante onde e contra quem este ato foi perpetrado. O reconhecimento da existência de normas cogentes de direito internacional limita a imunidade de jurisdição no sentido de que a vontade geral da comunidade internacional de Estados, e outros atores, deve ter precedência sobre as vontades individuais dos Estados para ordenar suas relações.

35 *Jus cogens* são, por definição, irrenunciáveis, e assim quando um Estado viola uma destas normas, em conseqüência ultrapassa a vontade coletiva da comunidade internacional inteira e não pode mais usufruir do direito à soberania com o benefício da imunidade de jurisdição.”

²⁵ E tanto o é, que foi instalado na própria Alemanha o Tribunal de Nuremberg para processar e julgar os agentes estatais do regime nazista pelos horrores da Segunda Guerra, por atos praticados no próprio território alemão.

V.5 - MESMO QUE OS ATOS DA RECORRIDA NÃO FOSSEM CRIME DE GUERRA E CONTRA HUMANIDADE - EXISTÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA, ART. 109, II, DA CF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ART. 5º, II DA CF, E INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO POR ATOS PRATICADOS NO TERRITÓRIO DO ESTADO DO FORO. PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE QUE DEVE SER RELACIONADO COM A IGUALDADE DO ART. 5º, CAPUT, DA CF. CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945 NO QUAL QUALQUER INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DEVA SER CONFORME A EXTENSÃO DADA A ESTE COSTUME OU PRINCÍPIO PELA COMUNIDADE INTERNACIONAL, INCLUINDO AS HIPÓTESES QUE A RESTRINGEM, COMO O DA MORTE DE PESSOAS NO TERRITÓRIO DO ESTADO DO FORO. RECONHECIMENTO DA RECORRIDA DESTA HIPÓTESE RESTRITIVA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO.

1 Não há qualquer artigo de lei ou previsão constitucional que ampare a imunidade de jurisdição como causa extintiva de processo, ainda mais como prevalente aos direitos humanos.

2 Pelo contrário, a Constituição Federal até prevê a possibilidade do Estado estrangeiro ser acionado, como se depreende da competência que é atribuída ao juiz federal pelo art. 109, II, da Carta da República:

“Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

...

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional ou Município e pessoa domiciliada ou residente no País;

...”

3 Ademais, sendo certo que o barco pesqueiro tripulado pelo de cujus foi torpedeado covardemente pelo submarino da Recorrida, em pleno mar territorial brasileiro, na Costa de Cabo Frio e que, cerca 60 anos depois, o Tribunal Marítimo situado no Rio de Janeiro, órgão pertencente à Administração Pública Federal, reconheceu este fato, nada contraria a existência da Jurisdição Brasileira, conforme assegurada pelo art. 88, III, do CPC.

38

4 Desta forma, pelo princípio da legalidade garantido no art. 5º, II, da CF, não há dúvidas sobre a existência de jurisdição brasileira para a causa, não havendo, em contrário, qualquer dispositivo normativo que permita a extinção do processo por imunidade de jurisdição.

5 Aliás, qual a fonte do princípio da imunidade de jurisdição, ao menos, no Brasil ?

6 A fonte estará no costume internacional ou em um princípio geral do direito, am ambos os casos, como uma consequência dos princípios da não intervenção e da igualdade dos Estados, previstos no art. 4º, IV e V, da CF, que regula como se devem reger as relações internacionais do Brasil com outros Estados.

7 Sem ainda levar em conta que o art. 4º, II, da CF assegura a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e, portanto, ponderado com os arts. 4º, IV e V, deve preponderar, e, admitindo-se que a fonte da imunidade de jurisdição é costumeira ou principiológica, ainda que fundada no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945, como costume ou princípio, à medida que as nações civilizadas forem interpretando-a de forma mais restritiva, deve-se cada vez mais tomar-se aquele costume ou princípio internacional na dimensão desta mesma restritividade.

8 Ou seja, se era uma regra não-escrita do Direito Internacional que a imunidade de jurisdição era absoluta como um princípio (ou costume) originário da regra de convivência entre os povos de que *par in parem non habet imperium*, hoje não já é mais desta forma e o que era tomado como absoluto é agora restritivo.

9 É que a Europa, berço do Direito Internacional Clássico e, portanto, fonte fidedigna de qualquer princípio ou costume de âmbito internacional, se rendeu à restritividade do princípio de imunidade de jurisdição, independente, inclusive de se tratar de crime de Guerra ou contra a Humanidade, ao aprovar a Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição, da qual faz parte a Recorrida.

10 O art. 11 da Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição, assim dispõe²⁶:

“Um Estado Contratante não pode reclamar imunidade de jurisdição em uma Corte de outro Estado Contratante em processos relativos a danos à pessoas ou avarias à propriedades materiais, se os fatos que acarretaram estes danos ou avarias ocorreram no território do Estado do foro, e o autor do dano ou avaria estava presente neste território quando os fatos ocorreram.”

11 Veja que, mesmo que não se entendesse, por absurdo, que a hipótese dos autos caracteriza Crime de Guerra e contra a Humanidade, ainda assim, seria o caso de exceção à aplicação do princípio de imunidade de jurisdição, prevista no art. 11 da Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição.

12 A reciprocidade nada tem que ver com o fato do Brasil não ser parte de uma Convenção Internacional, da qual a Alemanha é parte, mas está relacionada aos deveres recíprocos oriundos dos cuidados que a Alemanha tem com os seus e com os europeus, em respeito ao princípio da igualdade, garantia fundamental do art. 5º, da Constituição Federal.

13 Ora, **se a Alemanha é signatária de uma Convenção que exclui a imunidade de jurisdição com relação à morte e danos pessoais causados no território do Estado do foro quando o autor do dano o praticou naquele mesmo território, não pode se aproveitar de uma imunidade de jurisdição que ela mesmo não reconhece no plano internacional**, sendo despiciendo se o Brasil faz parte daquela Convenção ou não, porque o próprio Recorrida já exclui sua jurisdição nestas hipóteses.

14 A não ser que se possa entender que a regra vale para os europeus e não vale para os brasileiros, o que iria de encontro ao princípio da

²⁶ Tradução livre. Do original:

“Article 11

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.”

40

reciprocidade examinado com relação ao princípio da igualdade. Veja como EMER DE VATTEL²⁷, o explicava de forma bem diferente da decisão Recorrida:

“Pelo fato de que as Nações estão compelidas pela natureza a cultivarem entre si a sociedade humana (Preliminares, § 11), elas estão obrigadas mutuamente a todos os deveres que a segurança e o bem-estar desta sociedade requerem.”

15 No caso da imunidade de jurisdição, a evolução foi no sentido de deixar de ser absoluta para ser cada vez mais relativa ou restritiva.

16 É assim que, dentre outras várias restrições, todo o mundo civilizado excluiu a imunidade de jurisdição para a hipótese de morte ou danos pessoais causados a pessoas ou avarias às propriedades, ocorridas no Estado do foro, quando o autor do dano praticou tais atos no Estado do foro, mesmo quando não caracterizar crime de Guerra ou contra a Humanidade.

17 Esta não é só a previsão normativa do art. 11 da Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição, mas de leis nacionais de outras jurisdições avançadas e da melhor doutrina de Direito Internacional.

18 Nos Estados Unidos, foi promulgada a lei norte-americana de imunidade de jurisdição, “U.S. Foreign Sovereign Immunities Act”, em 1976, sofrendo emendas em 1988.

19 Esta lei foi incorporada no Código Norte-Americano (“U. S. Code”), com 10 artigos, nas seções 1602 a 1611, acompanhando a tendência européia da restritividade da imunidade de jurisdição.

20 É assim que a hipótese sob análise, tal qual o art. 11 da Convenção Européia, vai ser encontrada no item da seção 1605 que lista as exceções à imunidade de jurisdição:

²⁷ EMER DE VATTEL. O Direito das Gentes. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, pág. 193.

“Responsabilidade por ato ilícito:

Não cabe a imunidade para afastar responsabilidade por atos ou omissões ilícitos **que causem a morte** ou danos pessoais ou avaria ou perda de propriedade nos Estados Unidos, provocados pelo Estado estrangeiro ou por qualquer outro oficial ou empregado daquele Estado estrangeiro enquanto agindo no seu ofício ou função.”

21 Da mesma forma a seção 5 da lei britânica de Imunidade de Jurisdição, “State Immunity Act, 1978”.

22 E, o art. 2º, e) da lei da Argentina sobre Imunidade de Jurisdição, lei 24.488, “Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos”:

“Os Estados estrangeiros não podem invocar imunidade de jurisdição nos seguintes casos:

e) Quando forem demandados por danos e prejuízos derivados de delitos ou quase-delitos cometidos no território;”

23 Também o art. 13 da lei da Austrália de 1985, State Immunity Act:

“Danos pessoais e avaria à propriedade

13. Um Estado estrangeiro não é imune em um processo se trata de:

(a) morte ou danos pessoais, a pessoa; ou

(b) falta ou perda de propriedade material, causada por um ato ou omissão praticada ou deixada de ser feita na Austrália.”

24 Enfim, poderíamos ficar aqui reproduzindo tudo o que o mundo inteiro considera sobre imunidade de jurisdição: QUE NÃO SE APLICA PARA MORTE OU DANOS PESSOAIS CAUSADOS À PESSOAS NO TERRITÓRIO DO ESTADO DO FORO !

25 Desta feita, tratando-se a imunidade de jurisdição de costume ou princípio, deve ser aplicada conforme e na extensão que vem sendo adotada para este costume ou princípio pela comunidade internacional.

26 Em concordância, IAN BROWNLIE²⁸, quando lista o que entende ser as modalidades da imunidade restritiva:

“e) O sistema jurídico do Estado do foro é competente a respeito de processos relativos à morte ou danos pessoais causados a uma pessoa, ou à perda ou dano de bens materiais, imputáveis a um ato ou omissão de um Estado estrangeiro ou de um seu representante.”

27 Assim, se a comunidade internacional está entendendo que se aplica a imunidade para a hipótese dos autos - morte de brasileiros no território brasileiro praticada pelo Estado Alemão - ainda que se pudesse invocar este princípio, ele simplesmente não se aplicaria ao caso em tela, porque como costume ou princípio, deve ser interpretado ATUALMENTE em conformidade com sua evolução e a extensão a ele dada pela comunidade internacional.

28 Neste sentido, inclusive, recente decisão (publicação no DJE em 23/06/2008) do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Ordinário relatado pela Ministra Nancy Andrichi (RO 64 - SP) provido à unanimidade, em entendimento diametralmente oposto ao da decisão recorrida:

RECURSO ORDINÁRIO Nº 64 - SP (2008-0003366-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : SALOMON SIMON FRYDMAN

ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CARVALHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL E DIREITO INTERNACIONAL. PROPOSITURA, POR FRANCÊS NATURALIZADO BRASILEIRO, DE AÇÃO EM FACE DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA VISANDO A RECEBER INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS POR ELE E POR SUA FAMÍLIA, DE ETNIA JUDAICA, DURANTE A OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO FRANCES NA A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. SENTENÇA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE EXTINGUIRA O PROCESSO POR SER, A AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA, INTERNACIONALMENTE INCOMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. REFORMA DA SENTENÇA RECORRIDA.

²⁸ IAN BROWNLIE. Princípios de Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão).

- Há interesse da jurisdição brasileira em atuar na repressão dos ilícitos descritos na petição inicial. Em primeiro lugar, a existência de representações diplomáticas do Estado Estrangeiro no Brasil autoriza a aplicação, à hipótese, da regra do art. 88, I, do CPC. Em segundo lugar, é princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio se espalha por todo o texto constitucional. No plano internacional, especificamente, há expresso compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Disso decorre que a repressão de atos de racismo e de eugenia tão graves como os praticados pela Alemanha durante o regime nazista, nas hipóteses em que dirigidos contra brasileiros, mesmo naturalizados, interessam à República Federativa do Brasil e podem, portanto, ser aqui julgados.

(...) - A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio.

Recurso ordinário conhecido e provido.

Voto

(...)III - A imunidade de jurisdição

(...) Ocorre que com o avanço da ordem internacional, impulsionado por fatores econômico-comerciais que tornaram mais complexas e predatórias as relações firmadas entre "organismos internacionais", o entendimento corrente de imunidade de jurisdição sofreu certa dose de abrandamento com o intuito de possibilitar a submissão de determinados atos praticados por Estado estrangeiro à jurisdição local. Nesse sentido, pondera Francisco Rezek:

"A idéia da imunidade absoluta do Estado estrangeiro à jurisdição local começou a desgastar-se, já pela segunda metade deste século, nos grandes centros internacionais de negócios, onde era natural que as autoridades reagissem à presença cada vez mais

intensa de agentes de soberanias estrangeiras atuando não em funções diplomáticas ou consulares, mas no mercado, nos investimentos, não raro na especulação. Não havia por que estranhar que ingleses, suíços e norte-americanos, entre outros, hesitassem em reconhecer imunidade ao Estado estrangeiro envolvido, nos seus territórios, em atividades de todo estranhas à diplomacia estrita e ao serviço consular, e adotassem assim um entendimento restritivo do privilégio, à base da distinção entre atos estatais " iure imperii" e " iure gestionis". (Cfr. Imunidade de jurisdição - No entendimento atual da Justiça do Brasil, in Notícia do Direito Brasileiro. Brasília, set. 1996, p. 44.)

Independentemente do conhecimento das razões determinantes da relativização do conceito de imunidade de jurisdição, fato é que, em maio de 1989, o Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão proferida por unanimidade na ApCiv 9.696-3-SP, de 31.5.1989, - na qual o relator, o i. Min. Sidney Sanches, adotou os fundamentos do voto do Min. Francisco Rezek -, firmou o entendimento que o Estado estrangeiro não tem imunidade em causa relativa a contrato de trabalho celebrado no Brasil, inclusive em ações indenizatórias resultantes da responsabilidade civil (Sobre a questão cfr. Ag. de Inst. n.º 36.493-2-DF e Apel. Cível n.º 14-2 - DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2a. Turma, DJ 19.09.1994; RO n.º 33 - RJ, de minha relatoria, DJ 20.06.2005), fulminando a norma costumeira que dantes prescrevia a imunidade absoluta, nos seguintes termos:

"Textualmente, a Convenção Européia de 1972 diz que não opera a imunidade no caso de uma demanda trabalhista ajuizada por súdito local, ou pessoa residente no território local, contra representação diplomática estrangeira (artigo 5); assim como não opera a imunidade no caso de ação indenizatória resultante do descumprimento de contrato comum (artigo 4) (Cf. "International Legal Materials", vol. XI, 1972, pp. 470-472).

Não bastasse a Convenção Européia, vem depois o legislador norte-americano e edita, em 21 de outubro de 1976, o "Foreign Sovereign Immunities Act", lei minuciosa naquilo que dispõe, e que assume a mesma diretriz da convenção. Seu texto é também casuístico, e menciona expressamente, entre as causas não alcançadas pela imunidade, aquelas pertinentes à responsabilidade civil (§ 1605, 2 e 5) (Cf. "International Legal Materials", vol. XV, 1976, pp. 1388-1389).

Em 1978, no Reino Unido, promulga-se o "State Immunity Act". Esse texto, inspirado ao legislador britânico pela Convenção Européia e pela lei norte-americana, diz, naquilo que operacionalmente nos interessa, a mesma coisa: a imunidade não é mais absoluta. Não são alcançados pela imunidade os desdobramentos de toda espécie de interação contratual, de natureza trabalhista, entre a missão diplomática ou consular e pessoas recrutadas in loco, bem assim as ações indenizatórias resultantes da responsabilidade civil (arts. 4 e 5) (Cf. "International Legal Materials", vol. XVII, 1978, pp. 1123-1125).

Em 1986, na Academia de Direito Internacional de Haia, o Professor Peter Troobof, de Nova York, dava um curso sobre esse exato tema: o aparecimento final de um consenso sobre os princípios relacionados com a imunidade do Estado. E deixava claro que o princípio da imunidade absoluta não mais prevalece (P.D. Troobof, "Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles, Recueil des Cours", vol. 200, 1986, pp. 235 e s.). Independentemente da questão de saber se há hoje maioria numérica de países adotantes da regra da imunidade absoluta, ou daquela da imunidade limitada - que prevalece na Europa ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras -, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único fundamento que tínhamos - já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito - para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo" (grifei).

Evitando-se uma repetição enfadonha e desnecessária, tem-se, por fim, a jurisprudência do STJ consolidando vigorosamente a superação do conceito de imunidade absoluta. In verbis:

"No caso 'sub judice' o agente diplomático agiu como órgão e representante do Estado Estrangeiro. A responsabilidade é do Estado e não do diplomata. A imunidade de jurisdição a ser examinada não é a diplomática e sim a do Estado Estrangeiro. Esta já foi absoluta, mas hoje é relativa.

A imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro só foi admitida até o século passado. Ela só ficaria bem mesmo para o feudalismo, para o tempo das Cruzadas, da Guerra dos Cem anos, quando o comércio era local e as sociedades eram isoladas, fechadas e praticamente não existia comércio exterior. Acontece que nos últimos cem anos o mundo sofreu transformações profundas. Mudaram-se os fatos, modificaram-se as idéias. A teoria Clássica da imunidade absoluta do Estado Estrangeiro foi ultrapassada pelo tempo e já não passa de peça de Museu" - RO n.º 6/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 10.05.1999)."

29 Por todo o exposto e, principalmente, considerando a evolução do princípio da imunidade de jurisdição na comunidade internacional e no Tribunal Superior de nosso próprio país, requer a procedência do presente recurso e reconhecimento de que, no caso concreto, a aplicação de imunidade de jurisdição significaria afronta à reciprocidade e aos arts. 1º, III; 5º caput, II; 3º, IV e 4º, II da CF/88.

V.6 - DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA. RECORRENTES POBRES QUE REQUEREM OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA, SEM CONDIÇÃO DE AJUIZAR AÇÃO NA ALEMANHA. ART. 5º, XXXV DA CF.

1 Além de não caber a imunidade de jurisdição para atos praticados no território do Estado do foro e contra atos atentatórios aos direitos fundamentais da Pessoa Humana, também não deve caber a imunidade de jurisdição quando os Recorrentes, pobres na acepção da palavra, não têm condições financeiras para intentar uma ação em terra estrangeira.

2 Veja que os Recorrentes requerem os benefícios da justiça gratuita uma vez que descendentes de pescador, que em razão do ato da Recorrida, viveram ainda mais na miséria do que já viveriam se seu ascendente não tivesse sido barbaramente assassinado.

3 Reconhecida fosse a imunidade de jurisdição, **para estes Recorrentes significaria a total denegação de jurisdição** porque não têm condições financeiras para suportar o ingresso da ação indenizatória em terra estrangeira.

4 O acesso à justiça lhes é assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF e, no caso em tela, não obstante não ser mesmo a hipótese de imunidade de jurisdição pelas peculiaridades do caso, a eles deve ser efetivada a justiça, não só pelas garantias humanitárias das Convenções Internacionais acima citadas, mas porque caso contrário sua pretensão não poderá mesmo ser efetivada, denegando-se o direito à Justiça, devendo, portanto, ser reformada a decisão recorrida também neste particular em consideração à afronta ao art. 5º, XXXV da CF/88.

V.7 - REGISTRO DE INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO E PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATO DE SEU AGENTE - ART. 37 §2º DA CF/88

1 Apesar de não ser matéria deste recurso, merece registro a inexistência de prescrição do pleito de fundo da presente demanda.

2 Como visto, os direitos violados dos Recorrentes e de seus ascendentes são classificados como direitos fundamentais da Pessoa Humana, ou simplesmente "direitos humanos", dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à indenização por ato ilícito.

3 Tais direitos, pela sua natureza, não são criados pela norma, mas apenas reconhecidos e considerados como sempre preexistente.

4 Além disso, são imprescritíveis, pois em qualquer ponderação de direitos devem se sobressair, porque a finalidade de todo e qualquer ordenamento jurídico deve ser a sua realização e não a sua negação por qualquer razão jurídica de valoração inferior à garantia de efetivação dos direitos humanos.

5 Neste sentido, STJ, REsp 475.625, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 18/10/2005, p. DJ 20.03.2006, p.233:

"RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. GOVERNO MILITAR. PERSEGUIÇÃO, TORTURA E PRISÃO ARBITRÁRIA. DANOS MORAIS. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º DO DECRETO N. 20.910/32.

... Em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que este direito é imprescritível, ..., ou a prescrição deve ser a mais ampla possível ...

... a imposição do Decreto n. 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal (REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.2.2003).

6 Ainda que se pudesse defender, por amor ao debate, que os direitos humanos são prescritíveis, no caso em tela, considerando que é competência do Tribunal Marítimo julgar os acidentes e fatos da navegação, conforme art. 13 da lei 2.180/54, e que, naufrágio é considerado acidente da navegação, conforme art. 14, a), da lei 2.180/54, não corre a prescrição contra qualquer dos interessados na

apuração e consequências dos acidentes e fatos da navegação por água **enquanto não houver decisão definitiva do Tribunal Marítimo, conforme art. 20 da lei 2.180/54.**

7 Da leitura da decisão recorrida é possível verificar que o processo 812/1943 foi arquivado em 11 de fevereiro de 1944, tendo os juizes do Tribunal Marítimo com apoio da Procuradoria da Marinha decidido que este arquivamento se deu "por causa não apurada".

8 Posteriormente, contudo, a pedido da própria Procuradoria da Marinha, o processo 812/1943 foi reaberto, tendo sido desarquivado e julgado desta vez para apurar que a causa do naufrágio foi **"ataque pela artilharia do submarino alemão U-199, durante a 2ª Guerra Mundial"**.

9 Veja, V.Exa. que não se tratou de um processo novo, mas do mesmo processo 812/1943 que foi reaberto através de um "recurso inominado" da Procuradoria da Marinha.

10 Desta feita, qualquer prescrição existente só passaria a ser computada após decisão definitiva do Tribunal Marítimo, publicada em 31 de agosto de 2001.

11 Nesta data ainda estava em vigência o Código Civil velho que remetia a 20 anos para as ações de perdas e danos, tendo sido reduzido para 3 anos pelo novo Código Civil.

12 No entanto, para as ações propostas na transição, de direitos mais novos que a metade do prazo anterior, vale o prazo da lei nova, conforme art. 2.028 do Código Civil.

13 Doutrina e jurisprudência, porém, no intuito de preservar direitos na fase de transição da lei, estabeleceram o entendimento de que os direitos nascidos antes da lei nova, mas propostos na vigência da lei nova, teria o prazo prescricional a se iniciar da entrada em vigor da lei nova, o que já seria suficiente para não ocorrer a prescrição no caso, pois que o termo final, neste critério seria em 11

49

de janeiro de 2006, 3 anos após a entrada em vigor do novo Código Civil, o que demonstra a inexistência de prescrição no caso.

14 Além do direito de ação, também merece registro a responsabilidade da Recorrida por ato de seus agentes, de acordo com Constituição Brasileira, nos termos do art. 37, §6º da Carta Constitucional.

15 Também a legislação infra-constitucional estabelece a responsabilidade civil do empregador por atos de seus prepostos no art. 932, III do Código Civil, além do art. 64 do Código de Processo Penal regulamentar a ação civil ex delicto.

16 Todas estas questões serão devidamente demonstradas no curso do processo após o provimento do presente recurso.

VI - PEDIDO

Diante de todo o exposto, pugnando pelo imediato processamento e julgamento deste Recurso Extraordinário, requer:

- 1) Seja reformado o v. Acórdão da douta Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, dando-se provimento a este Recurso Extraordinário pela contrariedade ou negativa de vigência aos dispositivos constitucionais mencionados, quais sejam, os arts. 1º III, 3º, IV, 4º, caput, II, IV, V e 5º, II, XXXV e LIV, 133 da CF/88 o art. 1º, III, 3º, IV, 4º, caput e II, 5º, XXXV e LIV e 133 da CF/88, para afastar a imunidade de jurisdição ora declarada com o prosseguimento do feito no estágio em que se encontrava antes da extinção;
- 2) Subsidiariamente, salvaguardado interesse recursal, não entendendo ser o caso de prosseguimento do processo no estágio em que se encontrava antes da extinção, entendendo não ser possível a invocação de imunidade de jurisdição por diplomata, seja a decisão reformada para afastar a extinção, determinando

50

a citação da Recorrida através de Carta Rogatória, que deve ser transmitida ao país rogado por via do Ministério das Relações Exteriores, que se localiza na Esplanada dos Ministérios, Brasília - DF, CEP 70170-900, nos termos da Portaria nº 26, de 14 de agosto de 1990, do Ministério das Relações Exteriores, tal qual já decidido pela Terceira Turma do STJ no RO 64-SP e RO 62-RJ.

- 3) Ainda subsidiariamente, entendendo não ter havido o prequestionamento expresse, seja o acórdão anulado determinando-se ao Tribunal recorrido o provimento dos Embargos Declaratórios Prequestionadores interpostos pelo Recorrente para este fim, em respeito aos artigos 5º, XXXV e 93, IX da CF/88.

Aproveita para requerer **que todas as publicações continuem sendo feitas em nome do Dr. Luiz Roberto Leven Siano, OAB/RJ 94.122.**

Nestes Termos,

Pede Deferimento

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2015.

LUIZ ROBERTO LEVEN SIANO

OAB/RJ 94.122

FABIANA SIMÕES MARTINS

OAB/RJ 95.226

MARIA CAROLINA COSTA DE FRANÇA HARGREAVES

OAB/RJ 197.710

SUBSTABELECIMENTO

Substabeleço, **com reservas**, para **MARIA CAROLINA COSTA DE FRANÇA HARGREAVES**, brasileira, casada, advogada, inscrita na OAB/RJ sob o n° 197.710, com escritório na Avenida das Américas, n° 3.500, sala 513, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20.640-102, os poderes a mim conferidos por KARLA CRISTINA AZEVEDO VENANCIO DA COSTA, nos autos do processo n° 0016934-54.2006.4.02.5101, CNJ 2006.51.01.016934-9.

Por fim, requer que todas as publicações sejam mantidas **em nome do Dr. LUIZ ROBERTO LEVEN SIANO, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 94.122.**

Rio de Janeiro, 01 de novembro de 2015.



FABIANA SIMÕES MARTINS**OAB/RJ 95.226**