

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CASO PINOCHET: O RECONHECIMENTO DA NOVA EXCEÇÃO À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO NO CASO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS / JUDICIALIZATION OF POLITICS AND PINOCHET CASE: RECOGNITION OF NEW EXCEPTION TO THE STATE IMMUNITY FROM JURISDICTION IN CASE OF VIOLATION OF HUMAN RIGHTS**

**João Carlos Bertola Franco de Gouveia<sup>1</sup>**

**Resumo**

Neste artigo se analisa o julgamento de Augusto Pinochet, Ex-Chefe de Estado, na Câmara dos Lordes do Reino Unido, sob a perspectiva da internacionalização dos direitos humanos e da sua natureza como normas de jus cogens.

O artigo busca demonstrar que a prática da tortura, por ter se tornado um crime internacional, e a proibição da tortura, por ter se tornado uma norma de jus cogens, implicam no afastamento da regra da imunidade de jurisdição criminal em relação a um ato cometido na função de ex-Chefe de Estado.

Palavras-chave: Pinochet. Tortura. Crime internacional. Jus cogens. Imunidade de jurisdição.

**Abstract**

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutorando em Direito Tributário na Faculdade de Direito da UERJ e Advogado da União.

This article examines the trial of Augusto Pinochet, ex-Head of State, in the House of Lords of the United Kingdom, from the perspective of international human rights and its nature as norms of *jus cogens*.

The article seeks to demonstrate that the practice of torture by becoming an international crime, and the prohibition of torture, to have become a norm of *jus cogens*, involving the removal of the rule of immunity from criminal jurisdiction in respect of an act committed in function ex-Head of State.

Keywords: Pinochet. Torture. International crime. *Jus cogens*. Immunity from jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará do julgamento do ex-Chefe de Estado do Chile, Pinochet, pela Câmara dos Lordes, no Reino Unido.

Para tanto, far-se-á-se, inicialmente, uma análise da internacionalização dos direitos humanos e da sua natureza como normas de *jus cogens*.

Será constatado que um ato de um ex-Chefe de Estado, ainda que tenha sido realizado no exercício de uma função pública, poderá ser julgado pelo Poder Judiciário, se este ato for um crime internacional como a tortura, não se aplicando a regra da imunidade de jurisdição.

Ocorre, assim, a judicialização da política, ou seja, questões políticas passam a ser julgadas por autoridades jurídicas por meio de argumentos jurídicos.

**Os direitos humanos como normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*)**

Depois da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram alçados a uma posição proeminente com a previsão nos arts. 1º, 55 e 56 da Carta das Nações Unidas, a qual consignou que um dos objetivos das Nações Unidas é promover o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais e o dever dos Estados-membros de assegurar a observância dos direitos humanos.

Verdross, já em 1937, entendia que havia normas imperativas, as quais os tratados deviam obedecer.<sup>2</sup> Assim, para ele, a maioria das normas de direito internacional é de normas dispositivas, mas também existem normas de caráter imperativo que não podem ser derogadas pelos Estados, pois visam aos interesses da comunidade dos Estados como um todo.<sup>3</sup>

Dessa maneira, em consequência dessa evolução, houve o reconhecimento expresso de determinadas normas como normas peremptórias de direito internacional, *jus cogens*, tal como previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969<sup>4</sup>, cujo art.53 dispõe:

um tratado é nulo, se, ao tempo de sua conclusão, ele conflita com uma norma peremptória de direito internacional geral. Para os objetivos da presente Convenção, uma norma peremptória de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e a qual só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional, tendo a mesma característica.

Há, ainda, o art. 64 da mesma convenção, o qual diz que, se uma nova norma de direito internacional surgir, qualquer tratado que estiver em contradição com essa norma se torna nulo.

Com relação ao art. 53 mencionado, Robledo chama a atenção para a versão em espanhol que teria uma notável variação, qual seja, ao invés de definir a norma imperativa como aquela da qual nenhuma derrogação seria permitida, ela diz que a norma imperativa seria aquela que não admite acordo em contrário. Dessa maneira, a essência do *jus cogens*

---

<sup>2</sup> VERDROSS, Alfred. *Forbidden treaties in international Law*. In: American journal of international law, vol.31, 1937, p.571-577.

<sup>3</sup> VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum and jus cogens in international Law*. In: American journal of international Law, vol.60, 1966, p.58.

<sup>4</sup> ONU, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, (1969)1155 UNTS 331.

não residiria na inderrogabilidade da norma, mas, sim, na impossibilidade para os sujeitos da norma de se subtrair em qualquer caso de sua aplicação.<sup>5</sup>

Para Brownlie, contudo, a principal característica dessas normas é a sua não derogabilidade. São regras de direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos desse tipo de norma seriam a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, a não discriminação racial, os crimes contra a humanidade e as regras que proíbem o comércio de escravos e a pirataria.<sup>6</sup>

Assim, o direito internacional conhece um grupo de normas, as quais não são derogáveis, também chamadas de a ordem pública da comunidade internacional.

Nesse sentido, Orakhelashvili, o qual menciona uma ordem pública verdadeiramente internacional, a qual emana do *jus cogens*:

Teachings of private international law accept that there can be a proper international public order common to all nations in the sense of public international law. In this sense, a treaty authorizing slavery is contrary to international public order. These teachings make a difference between public order as part of national law, and universal public order or *ordre public vraiment international* of the international community of States, which follows from *jus cogens* of supranational law, and this latter category can only exist as a genuine norm of international law and be applicable by international courts.<sup>7</sup>

Ainda, de acordo com o juiz Moreno-Quintana, no caso *Guardianship of Infants*, mencionando uma ordem jurídica internacional:

International public order operates within the limits of system of public international law, when it lays down certain principles such as the general principles of the law of nations and the fundamental rights of States, respect for which is indispensable to the legal coexistence of political units which make up the international community.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> ROBLEDO, A. Gómez. *Le ius cogens international*. In: Recueil des Cours, académie de droit international, tomo 172, 1981, III, p.91.

<sup>6</sup> BROWNLIE, IAN. *Princípios de direito internacional público*, op.cit., p.537.

<sup>7</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.27-28.

<sup>8</sup> Opinião separada do Juiz Moreno-Quintana, ICJ reports, 1958, 106-107.

Deve-se mencionar, outrossim, as gradações de ordem pública feitas por alguns autores. Assim, Carmen Tiburcio classifica a ordem pública em primeiro, segundo e terceiro grau, *in verbis*:

De forma simples, é de primeiro grau a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno, isto é, as regras e princípios do ordenamento jurídico considerados imperativos, não podendo ser afastados pela vontade das partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito de leis imperativas. A ordem pública de segundo grau situa-se no plano do direito internacional privado e é aquela que de fato impede a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública definida no plano interno. O terceiro grau de ordem pública descreve um conjunto de princípios aplicáveis sobretudo à relações internacionais, que traduzem os interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país.<sup>910</sup>

Dessa maneira, a concepção dominante enxerga a ordem pública internacional como um conjunto de normas que exprimem valores fundamentais da ordem jurídica internacional ou da comunidade internacional.

Por um movimento de atração, o *jus cogens* foi pouco a pouco adaptado a esse modelo. Dessa forma, foi o *jus cogens* que se modelou sobre o conceito de uma ordem pública pré-definida. Progressivamente, viu-se falar em normas supremas de expressão dos mais altos interesses da comunidade internacional ou de uma prescrição ética reconhecida universalmente.<sup>11</sup>

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, todavia, foi omissa na previsão de que direitos seriam normas imperativas. No caso dos direitos humanos, deve-se saber se as normas internacionais de proteção dos direitos humanos pertencem a essas normas imperativas.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> TIBÚRCIO, Carmen. *Pipeline. Patente obtida no exterior. Reconhecimento no Brasil em conformidade com a lei estrangeira. Interpretação do art.230 da lei da propriedade industrial (lei nº9279/96)*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.428-429.

<sup>10</sup> No mesmo sentido, veja-se DOLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. In: revista de informação legislativa do sendo federal 90:211: “Assim, identificar-se-ia por primeiro grau de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g., a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o segundo grau designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiras contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional. O terceiro grau de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da humanidade. Trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas.”

<sup>11</sup> KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international*. Paris: Presses universitaires de France, 2001, p.73.

<sup>12</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.170-171.

Ora, não há um tratado que preveja que os direitos humanos são normas *jus cogens*. Dessa maneira, resta o costume internacional como fonte do direito internacional, fazendo com que uma norma passe a ser considerada imperativa do direito internacional. Assim, o responsável pela valoração do caráter fundamental da norma internacional e de seu caráter de *jus cogens* é a comunidade internacional como um todo. E a comissão de direito internacional da Organização das Nações Unidas entende que essa comunidade internacional dos Estados deve reunir os Estados representativos de todas as tendências políticas e econômicas do mundo, evitando-se tanto a exigência de unanimidade entre Estados quanto a regra da maioria numérica.<sup>13</sup>

Outra questão é saber se todas ou apenas algumas normas de direitos humanos são imperativas. Dessa forma, a inexistência de um tratado internacional listando as espécies de normas de *jus cogens* dificulta a solução do problema. Logo, resta buscar outras fontes de direito internacional e também a análise das decisões arbitrais e judiciais internacionais, as quais esclarecem o sentido e o alcance das normas de direito internacional.<sup>14</sup>

Assim, por exemplo, a comissão de direito internacional da ONU no projeto de 1996 sobre a responsabilidade internacional do Estado, no art.19, parágrafo 3º previu que seria lesão aos valores essenciais da comunidade internacional a violação maciça e grave de direito fundamental do ser humano, tal como a obrigação de proibição de escravidão, do genocídio e do *apartheid*.

Outrossim, o Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional confirmou a proteção dos direitos humanos como parte do *jus cogens* internacional, uma vez que a violação de certos direitos do indivíduo (direito à vida, integridade física, liberdade entre outros) leva à responsabilização penal individual do criminoso, qualquer que seja seu posto ou função interna (atingindo inclusive chefes de Estado).<sup>15</sup>

### A possibilidade de hierarquização das normas de direitos humanos

---

<sup>13</sup> Report of the commission to the general assembly, vol. II, state responsibility. In: yearbook of the international law commission, 1976. New York: United Nations, 1977, p.119.

<sup>14</sup> RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.* p.172-173.

<sup>15</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, *op. cit.* p.174.

Há autores que entendem que os direitos fundamentais são uma categoria especial de direitos humanos, compreendendo os direitos humanos mais básicos que não podem ser derogados mesmo sob circunstâncias especiais. Destarte, fazendo uma análise de alguns tratados de direitos humanos, Carmen Tiburcio afirma que muitos tratados de direitos humanos contêm três níveis de direitos humanos, conforme os tipos de cláusulas de limitação:

- a. direitos que podem ser derogados por cláusulas limitativas, tais como ordem pública, segurança nacional, saúde pública, isto é, sob situações normais e em tempo de paz;
- b. direitos que podem ser derogados sob circunstâncias excepcionais, em emergências públicas;
- c. direitos não-derrogáveis, nem mesmo sob circunstâncias excepcionais.<sup>16</sup>

Deste modo, analisando a Convenção Americana<sup>17</sup>, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>18</sup> e a Convenção Européia sobre direitos humanos<sup>19</sup> a autora conclui que os quatro direitos não derogáveis comuns a todas essas convenções são o direito à vida, o direito à liberdade pessoal (compreendendo o direito a não ser torturado e de não ser submetido a outro tratamento degradante ou desumano, o direito de ser livre de escravidão e o direito de ser livre de prisão arbitrária) e o princípio da não retroatividade das leis penais.<sup>20</sup>

Esse entendimento parece ser compartilhado por Meron, o qual sugere que o núcleo comum de direitos não derogáveis sob diferentes instrumentos de direitos humanos possam ser vistos como *jus cogens*.

No mesmo sentido, Sudre chama esses direitos de núcleo duro dos direitos humanos, que seriam normas fundamentais, as quais beneficiam todos e em qualquer

---

<sup>16</sup> TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. Haia: Martinus Nijhoff, 2001, p.76-80. Ver, também, MERON, Theodor. *A hierarchy of international human rights? In: the American journal of international law*, 80, 1986, p.6-7.

<sup>17</sup> American convention on human rights, OAS Treaty Series No. 36; 1144 UNTS 123; 9 ILM 99 (1969).

<sup>18</sup> International covenant on civil and political rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

<sup>19</sup> European Convention on Human Rights, ETS 5; 213 UNTS 221.

<sup>20</sup> TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*, *op.cit.* p. 80.

circunstância. Eles exprimem o valor do respeito da dignidade inerente à pessoa. Essa análise seria reforçada, ainda, pelo fato desses direitos figurarem como o mínimo humanitário garantido às vítimas dos conflitos armados internacionais e não internacionais pelo artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.<sup>21</sup>

Somente esses direitos seriam suscetíveis de serem elevados a normas imperativas de direito internacional. Seria necessário evitar de fazer uma confusão entre o discurso filosófico, que é da ordem dos valores, e o discurso jurídico: deve-se constatar sobre o terreno do direito positivo que todos os direitos do homem proclamados pelas convenções internacionais não são colocados no mesmo pé e não são dotados de um mesmo regime jurídico.<sup>22</sup>

Por outro lado, segundo Orakhelashvili<sup>23</sup>, o núcleo comum e o consenso entre estruturas de tratados que tratam do mesmo assunto também podem ser inferidos da estrutura de um tratado que conceberia aquele assunto de maneira mais ampla do que os outros. Isso teria sido aplicado pelo Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia nos casos *Delalic*<sup>24</sup> e *Furundzija*<sup>25</sup>, nos quais foi entendido que a definição de tortura sob a Convenção da ONU de 1984<sup>26</sup> seria mais abrangente do que aquela contida na declaração da ONU contra a tortura de 1975 ou a Convenção Interamericana contra a Tortura de 1985. Dessa forma, ele questiona por que um catálogo mais amplo de direitos inderrogáveis em oposição ao núcleo comum de direitos inderrogáveis previstos em diferentes tratados não poderia representar normas peremptórias.

Ademais, alguns autores como Antônio Celso Alves Pereira<sup>27</sup>, também identificam algumas normas de *jus cogens* a partir de certas convenções, como o artigo 27, (2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>28</sup>, o qual prevê a não suspensão de alguns direitos fundamentais, tais como o direito à vida, o direito ao reconhecimento da

---

<sup>21</sup> SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p.201-203.

<sup>22</sup> SUDRE, Frédéric, *op. cit.*, p.203-204.

<sup>23</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*, *op.cit.*, p.57.

<sup>24</sup> *Delalic*, parágrafo 459.

<sup>25</sup> *Furundzija*, parágrafo 160.

<sup>26</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>27</sup> PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas cogentes no direito internacional público*. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107-108.

<sup>28</sup> American convention on human rights, OAS Treaty Series No. 36; 1144 UNTS 123; 9 ILM 99 (1969).



personalidade jurídica, as normas contra a tortura, a escravidão e a servidão, o direito à integridade pessoal, o princípio da legalidade, a liberdade de consciência e de religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos bem como as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos.

Ele acrescenta, ainda, a disposição no Pacto de Direitos Civis e Políticos<sup>29</sup> que proíbe a suspensão do direito da pessoa não ser presa por não cumprir obrigação contratual. No mesmo sentido, outrossim, a Convenção Européia sobre Direitos Humanos<sup>30</sup>, art.15 (2), o qual destaca os direitos inderrogáveis. Há, também, o artigo 28 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais<sup>31</sup>, o qual estabelece que suas disposições serão aplicadas sem qualquer limitação ou exceção. No mesmo diapasão, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>32</sup>, a qual em seu artigo X dispõe que em nenhum caso poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou instabilidade política para justificar o desaparecimento forçado de pessoas. Por fim, não existem cláusulas de suspensão de direitos na Convenção da ONU contra a Tortura nem na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Outrossim, Marilda Rosado de Sá Ribeiro, em artigo sobre empresas transnacionais, afirma que o direito de autodeterminação dos povos e o direito à soberania permanente sobre recursos naturais tornaram-se um dos pilares do novo direito internacional, sendo que o princípio da soberania permanente seria candidata a ter *status* especial de *jus cogens*.<sup>33</sup>

Os critérios substantivos para identificarem-se as normas peremptórias de direitos humanos são os mesmos dos critérios gerais para se identificar o *jus cogens*.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> International covenant on civil and political rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

<sup>30</sup> European Convention on Human Rights, ETS 5; 213 UNTS 221.

<sup>31</sup> International covenant on economic, social and cultural rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (1966); 993 UNTS 3; 6 ILM 368 (1967).

<sup>32</sup> Inter-american convention on forced disappearance of persons, OAS Treaty Series No. 68, 33 ILM 1429 (1994).

<sup>33</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.466-467. Para analisar com mais detalhe ver RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.123.

<sup>34</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*, *op.cit.*, p.59.

- a) se o direito protege o interesse comunitário, transcendendo os interesses individuais dos Estados;
- b) se a derrogação desse direito é evitada pelo seu caráter não bilateralizável.

Haveria, ainda, outros critérios para saber quais dos direitos humanos pertenceriam ao *jus cogens*.<sup>35</sup>

O primeiro seria perguntar se seria concebível que dois Estados concluam um acordo derogando esse direito.

Como exemplo, cita-se o direito de autodeterminação dos povos, mormente quando esse direito figura em primeiro lugar nos dois pactos internacionais de direitos humanos. Esse direito constitui *conditio sine qua non* para o gozo e o exercício para todos os outros direitos.

Se ele é a condição de outros que seriam *jus cogens*, ele também teria essa mesma natureza.

Atualmente, portanto, seria impensável que possa existir uma convenção segundo a qual dois ou mais Estados possam estipular a submissão de um povo.

O segundo critério consistiria em analisar os textos dos tratados e ver se eles autorizam ou não derogar algumas de suas cláusulas, o que já foi analisado anteriormente.

Por último, o terceiro critério seria o fato de a comunidade internacional considerar a violação dessa norma como um crime internacional, o que também já foi visto antes.

Outrossim, deve-se mencionar as normas de caráter humanitário ou direito humanitário da guerra, o qual nasceu a partir dos conflitos armados com o objetivo de humanizar o tanto que possível a conduta das hostilidades.

O direito internacional humanitário é formado por uma série de tratados internacionais. Dentre eles, pode-se mencionar as Convenções de Genebra de 1949.

A primeira Convenção de Genebra trata de normas sobre as condições dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha. A segunda, das condições dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar. A terceira, sobre os prisioneiros de guerra e a quarta, prevê a proteção aos civis em tempo de guerra. Dessa forma, a grande maioria

---

<sup>35</sup> ROBLEDÓ, A. Gómez. *Le ius cogens international*. In: Recueil des Cours, academie de droit international, tomo 172, 1981, III, p.181-183.

da doutrina entende que esse ramo do direito teria caráter de *jus cogens*, no todo ou em parte, como os direitos humanos.<sup>36</sup>

Ainda, quanto ao *jus cogens*, o *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*<sup>37</sup> conceitua o que seriam normas de *jus cogens*, ressaltando que, embora o conceito de *jus cogens* seja aceito agora, não haveria ainda consenso com relação a seu conteúdo:

*Seção 102, comentário k. Peremptory norms of international law (jus cogens).* Some rules of international law are recognized by the international community of states as peremptory, permitting no derogation. These rules prevail over and invalidate international agreements and other rules of international law in conflict with them. Such a peremptory norm is subject to modification only by a subsequent norm of international law having the same character. It is generally accepted that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force (Comment *h*) have the character of *jus cogens*. See § 331(2) and Comment *e* to that section.

*Seção 102, nota dos relatores 6. Peremptory norms (juscogens).* The concept of *jus cogens* is of relatively recent origin. See Schwelb, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission," 61 *Am.J.Int'l L.* 946 (1967). It is now widely accepted, however, as a principle of customary law (albeit of higher status). It is incorporated in the Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 53 and 64. See § 331(2) and Comment *e* to that section. Comment *k* to this section adopts the definition of *jus cogens* found in Article 53 of the Vienna Convention. The Vienna Convention requires that the norm (and its peremptory character) must be "accepted and recognized by the international community of States as a whole" (Art. 53). Apparently that means by "a very large majority" of states, even if over dissent by "a very small number" of states. See Report of the Proceedings of the Committee of the Whole, May 21, 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 at 471-72.

Although the concept of *jus cogens* is now accepted, its content is not agreed. There is general agreement that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force are *jus cogens*. See Comment *k*; Verdross and Simma, *Universelles Volkerrecht* 83-87 (1976). It has been suggested that norms that create "international crimes" and obligate all states to proceed against violations are also peremptory. Compare Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, draft Art. 19, [1976] 2 *Y.B. Int'l L. Comm'n* 95, 121. Such norms might include rules prohibiting genocide, slave trade and slavery, apartheid and other gross violations of human rights, and perhaps attacks on diplomats. Compare § 702, Comment *n*.

Outrossim, na seção 702, comentário 1, o *restatement*<sup>38</sup> prevê que nem todos os direitos humanos seriam *jus cogens*, enumerando os que seriam:

1. Genocídio;
2. escravidão ou comércio de escravos;
3. assassinato ou desaparecimento de indivíduos;
4. tortura ou outro tratamento ou punição cruel, humana ou degradante;
5. detenção arbitrária prolongada;

<sup>36</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Direito internacional humanitário e normas imperativas (jus cogens): uma identificação possível?* In: *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. PRONER, Carol; GUERRA, Sidney (org.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p.264.

<sup>37</sup> American Law Institute, *Restatement (third) of Foreign Relations*, 1987.

<sup>38</sup> American Law Institute, *Restatement (third) of Foreign Relations*, 1987.

6. discriminação racial sistemática ou modos consistentes de violação maciça de direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Por fim, quanto à tortura, Peter Kooijmans, relator especial sobre a tortura, designado pela comissão de direitos humanos da ONU, ressaltou a natureza de *jus cogens* da proibição da tortura em seus relatórios:

Torture is now absolutely and without any reservation prohibited under international law whether in time of peace or of war. In all human rights instruments the prohibition of torture belongs to the group of rights from which no derogation can be made. (...) the prohibition of torture can be considered to belong to the rules of *jus cogens*.<sup>39</sup>

### Jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos

Na Corte Européia, no caso *Al-Adsani*, foi decidido que a proibição da tortura atingiu o *status* de uma norma peremptória de *jus cogens*.<sup>40</sup> A Corte, entretanto, entendeu que não há ainda aceitação no direito internacional de que os Estados não teriam direito à imunidade no que concerne a ações civis por danos por tortura que teria sido cometida fora do Estado do foro. Ressaltou-se, outrossim, que a Lei de 1978, a qual concede imunidade a Estados em respeito a ações de danos pessoais, a não ser que o dano tenha ocorrido dentro do Reino Unido, não é inconsistente com as limitações aceitas pela comunidade de nações como parte da doutrina da imunidade do Estado.

Por fim, a corte julgou, por maioria, que não houve violação ao artigo 6º, §1º da Convenção européia.<sup>41</sup>

No voto vencido dos juízes Rozakis, Caflish, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajic, mostra-se, todavia, que a conclusão a que chegou a maioria da corte seria errada com base em dois motivos.

---

<sup>39</sup> U.N Doc. E/CN.4/1986/15, 1.

<sup>40</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, parágrafo 60, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>41</sup> Para uma análise crítica dessa decisão, sustentando que a corte fez uma interpretação restritiva dos tratados de direitos humanos, ver ORAKHELASHVILI, Alexander. *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European court of human rights*. In: the European journal of international law, Vol.14, nº3, 2003.

Primeiro, as cortes britânicas nunca recorreram à distinção feita pela maioria da corte européia. Elas nunca alegaram qualquer diferença entre ações civis ou criminais ou entre processo civil ou criminal no que se refere à aplicação da lei britânica de 1978.

Assim, a posição da corte de apelação, a última corte que lidou com a questão, foi expressada pela opinião do Lorde Stuart Smith, o qual simplesmente negou que a proibição de tortura fosse uma norma de *jus cogens*.

Segundo, a distinção feita pela maioria entre processo civil ou criminal, concernente ao efeito da regra da proibição da tortura, não está de acordo com o funcionamento das regras de *jus cogens*. Não é a natureza do processo que determina os efeitos que a regra de *jus cogens* tem sobre uma outra norma de *jus cogens*, mas, sim, a característica da norma como uma norma peremptória e sua interação com uma norma hierarquicamente inferior.

Assim, a proibição da tortura, sendo uma norma de *jus cogens*, atua na área internacional e retira todos os efeitos da regra da imunidade de jurisdição nesta esfera, sendo irrelevante a natureza civil ou criminal do processo.

Já no voto dissidente do juiz Loucaides, foi ressaltado que qualquer forma de imunidade baseada no direito internacional ou na lei nacional, que é aplicada por uma corte para bloquear a determinação judicial de um direito civil sem ponderar os interesses conflitantes, é uma limitação desproporcional do art. 6º, §1º da Convenção. Assim, ele entende que qualquer aplicação automática da regra da imunidade de jurisdição violaria o artigo mencionado.

Os que apóiam a decisão do caso *Al-Adsani* possuem dois argumentos principais para possibilitá-los a sustentar que a imunidade de jurisdição não é impedida nesses casos:<sup>42</sup>

- a) de acordo com o primeiro argumento, não há conflito real de normas entre a norma de *jus cogens* e a regra de imunidade estatal. Isso porque no direito internacional, o qual não possui uma autoridade central executora, pode-se sempre distinguir entre regras materiais e as formas como essas regras são executadas. Assim, se uma norma de *jus cogens* proíbe uma certa conduta,

---

<sup>42</sup> BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *Jus cogens vs. state immunity, round two: the decision of the European court of human rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany decision*. German law journal nº5, maio de 2003, p.4.

como por exemplo, crimes de guerra, essa mesma regra não impede os Estados de alegarem imunidade de jurisdição diante de cortes nacionais em casos concernentes a crimes de guerra, uma vez que a imunidade estatal somente concerne a execução e não o conteúdo material da norma de *jus cogens*;

- b) o segundo argumento seria mais político do que jurídico. Teme-se que qualquer denegação de imunidade de jurisdição poderia resultar em caos judicial, pois os Estados estariam potencialmente sujeitos a um grande número de ações civis por condutas que teriam acontecido há muito tempo atrás.

Nenhum dos dois argumentos é convincente. Primeiro, mesmo que normas tradicionais de *jus cogens* como a proibição de crimes de guerra não contenham um elemento processual, uma regra de execução processual poderia também ter chegado ao *status* de *jus cogens*. Isso implicaria um desenvolvimento em duas fases. Na primeira, os Estados teriam chegado ao consenso de que, para assegurar os interesses fundamentais da comunidade internacional, a proibição em questão teria que ser considerada não derogável. Já na segunda, para melhor executar esses interesses fundamentais, eles poderiam ter chegado a outro consenso, segundo o qual a imunidade estatal não poderia ser alegada nos casos de violação dessas regras proibitivas.

Segundo, alguns autores entendem que uma norma processual de *jus cogens* seria oriunda do caráter peremptório de uma norma substancial, ou seja, toda norma de *jus cogens* contém ou pressupõe uma regra processual a qual garante a sua execução processual.

Quanto ao temor de caos judicial, considera-se a possibilidade de que as cortes de certos países pudessem ser usadas sem justo motivo contra outros Estados. O conceito de *jus cogens*, no entanto, pressupõe um amplo consenso de Estados. Assim, nenhum Estado pode declarar unilateralmente que uma regra faz parte do *jus cogens*.

Por fim, o medo de que os Estados não deixarão nunca o passado descansar pode ser superado por normas materiais sobre compensação por injustiças passadas. Dessa forma, os Estados podem firmar tratados prevendo quantias como reparações devidas por danos

causados em troca de um acordo que outras reclamações só serão admitidas se não forem cobertas pelos tratados.<sup>43</sup>

Outrossim, no caso *McElhinney v. Ireland*,<sup>44</sup> a corte européia entendeu que “ parece existir uma tendência tanto no direito internacional como no direito comparado para limitar a imunidade do Estado com respeito a lesão pessoal causada por um ato ou omissão causado dentro do Estado do foro, mas essa prática não seria universal. Ademais, parece que a tendência pode referir-se a lesões pessoais passíveis de seguro, como aquelas decorrentes de acidentes de trânsito do que problemas relativos a áreas de soberania do Estado, tais como atos de um soldado em território estrangeiro, os quais, pela sua natureza pode envolver questões sensíveis, afetando relações diplomáticas entre Estados e seguridade nacional. Certamente, não se pode dizer que a Irlanda está sozinha em sustentar que há imunidade em ações a respeito de atos cometidos *jure imperii* ou que ao conceder essa imunidade, a Irlanda estaria fora de quaisquer padrões internacionais atuais.”

No voto dissidente do juiz Rozakis, entretanto, ele entendeu que a decisão por maioria da corte foi desproporcional, havendo violação do direito de acesso à corte. De acordo com a sua opinião, no exercício de sopesamento dos vários interesses envolvidos, a imunidade de jurisdição perderia muito do seu peso em comparação com os desenvolvimentos de direito internacional e do *status* atual do direito sobre imunidade soberana. Assim, em primeiro lugar, o autor é um nacional irlandês, o que freqüentemente cria um vínculo entre a pessoa e o seu Estado e a obrigação em direito internacional do Estado de protegê-la. Em segundo lugar, o ataque contra o autor ocorreu dentro do território irlandês, o que reforça a ligação jurisdicional. E, por fim, o autor invocou algumas dificuldades práticas com respeito a possibilidades alternativas de processo no Reino Unido.<sup>45</sup>

Ainda, no voto dissidente dos juízes Caflisch, Cabral Barreto e Vajic, foi ressaltado que o princípio da imunidade estatal deixou de ser há muito tempo uma regra geral isentando os Estados da jurisdição das cortes. Isso se deu pela relativização da imunidade estatal com a prática pelos Estados de atividades comerciais. Ademais, alguns países da

---

<sup>43</sup> BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn, *op.cit.* p.4-6.

<sup>44</sup> *McElhinney v. Ireland*, ECHR, julgamento de 21 de novembro de 2001, parágrafo 38, acessível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.14-16.

*common law*, como o Reino Unido, os Estados Unidos, a Austrália previram a exceção à imunidade de jurisdição dos Estados no caso de processo relativo a morte ou ferimento pessoal. Outrossim, a mesma solução foi prevista no art.11 da Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição, se os fatos que ocasionaram a lesão ocorreram no território do foro e se o autor estivesse presente no território ao tempo em que os fatos ocorreram.<sup>46</sup>

Ademais, várias tentativas de codificação do direito internacional da imunidade estatal devem ser examinadas. A primeira, seria o artigo III (e) da resolução adotada pelo Instituto de Direito Internacional em 02 setembro de 1991 chamada *contemporary problems concerning the immunity of States in relation to questions of jurisdiction and enforcement*, segundo o qual “the organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State.”<sup>47</sup>

Também outro texto no mesmo sentido é o esboço de artigos para uma Convenção sobre Imunidade do Estado de 1994 da International Law Association. Assim, no seu III (F) consta que “where the cause of action relates to : 1. Death or personal injury; or 2. Damage to or loss of property, and the act of omission which caused the death, injury or damage either occurred wholly or partly in the forum State or if the act or omission had a direct effect in the forum State” o Estado estrangeiro não deve ser imune.<sup>48</sup>

Por fim, o esboço de artigos preparado pela Comissão de Direito Internacional da Assembléia Geral das Nações Unidas (hoje Convenção sobre imunidade de jurisdição dos Estados) previu no seu art.12 a exceção à imunidade de jurisdição no caso de morte ou ferimento a pessoa causado por um ato ou omissão atribuível a um Estado, se o ato ou omissão ocorreu no todo ou em parte no território daquele Estado e se o autor do ato ou omissão estava presente naquele território ao tempo do ato ou da omissão.<sup>49</sup>

O comentário da Comissão sobre isso revela que a exceção que ela faz ao princípio geral da imunidade, enquanto principalmente destinado a englobar acidentes de trânsito passíveis de seguro, é larga o suficiente para cobrir também dano físico intencional, como

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p.17.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.19.



ataque e espancamento, dano intencional a propriedade, incêndio premeditado ou até mesmo assassinato, incluindo assassinato político.<sup>50</sup>

Ademais, é necessário que:

- o Estado do foro seja o Estado em cujo território o ato reclamado tenha ocorrido porque se o acesso às cortes fosse negado, a pessoa ferida ficaria sem recurso à justiça;
- o autor do ato ou omissão tem que ter estado presente no território daquele Estado para excluir-se danos transfronteiriços, os quais são melhor classificados como litígios de Estado para Estado;
- não há distinção feita entre atos ilícitos resultantes do exercício de *jus imperii* ou *jus gestionis*.<sup>51</sup>

Essas considerações mostram que o artigo 12 da Convenção reflete a lei como ela é no presente, sugerindo que não há dever por parte dos Estados de conceder imunidade a outros Estados no caso de atos ilícitos causados pelos agentes desses Estados.

Os juízes concluem, dessa forma, que não há conflito entre a regra da imunidade dos Estados e o direito de acesso às cortes domésticas garantido pelo art.6, §1º da Convenção, tendo havido restrição desproporcional aos direitos do autor.

Outrossim, o juiz Loucaides, também em voto dissidente, no mesmo caso, concordou que não houve conflito entre imunidade de jurisdição estatal e o direito de acesso às cortes locais previsto no art.6, §1º da Convenção, adicionando, ainda, que a concessão geral de imunidade a um Estado sem se ponderar os interesses conflitantes, gera uma restrição desproporcional ao direito de acesso ao tribunal.<sup>52</sup>

Assim, a doutrina da imunidade estatal nos tempos modernos está sujeita a limitações, com tendência a reduzir sua aplicação em vista dos desenvolvimentos no campo dos direitos humanos que reforçam a posição do indivíduo.

Por fim, o juiz conclui que a lei especial é a Convenção Europeia de Direitos Humanos e que os princípios gerais de direito internacional não estão previstos na convenção com exceção a referências expressas feitas a eles pela convenção, como os artigos 15, 35, §1º e 53 e o artigo 1º do protocolo nº 1. Dessa forma, não se aceitaria

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.19

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.19.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.20.

restrições aos direitos estabelecidos na convenção oriundos de princípios de direito internacional tais como os que estabelecem imunidades que não são nem mesmo parte de normas de *jus cogens*.<sup>53</sup>

### **Jurisprudência do tribunal penal internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia**

No caso *Furundzija*,<sup>54</sup> o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, entendeu que a proibição da tortura evoluiu para uma norma peremptória de *jus cogens*, isto é, uma norma que goza de um patamar mais elevado na hierarquia internacional do que tratados e normas costumeiras comuns. Outrossim, entendeu-se que essa proibição é tão extensa que os Estados são até mesmo impedidos pelo direito internacional de expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde há fundados motivos para acreditar que a pessoa estaria em perigo de ser sujeita à tortura.

### **Jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos**

Em 1996, no caso *Blake v. Guatemala*<sup>55</sup>, foi reconhecida a existência de obrigações *erga omnes* de proteção como manifestação da própria emergência de normas imperativas de direito internacional.

No caso *Villagrán Morales*<sup>56</sup>, em 2000, foi ressaltado que o desaparecimento forçado de pessoas viola direitos humanos inderrogáveis e por essa razão pertencentes ao rol do *jus cogens*.

Ainda, no parecer n.18 de 2003 sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados a corte salientou o dever dos Estados de respeitar e assegurar os direitos

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>54</sup> *Prosecutor v. Furundzija*, caso nº IT-95-17/I-T (1999) 38 ILM 317, parágrafos 144/154. No mesmo sentido, ver *Prosecutor v. Delacic and Others*, 16 de novembro de 1998, caso nº IT-96-21-T, §454 e *Prosecutor v. Kunarac*, 22 fevereiro de 2001, caso nº IT 96-23-T e IT 96-23/1, §466.

<sup>55</sup> Corte interamericana de direitos humanos, *caso Blake v. Guatemala*, parágrafo 28.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Villagrán Morales*, 2000, voto concorrente do juiz Cançado Trindade, parágrafo 11.

humanos dos migrantes à luz dos princípios da igualdade e não-discriminação. Assim, esses princípios fazem parte do domínio do *jus cogens*.<sup>57</sup>

Mais recentemente, no caso Goiburú<sup>58</sup>, foi reafirmada a natureza de *jus cogens*, em se tratando de proibição da tortura e do desaparecimento forçado de pessoas.

Acrescentou-se, ainda, a característica de norma imperativa ao acesso à justiça, gerando obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar medidas necessárias para combater a impunidade seja por meio da extradição ou do julgamento dos responsáveis.

### Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça, já em 1951, em parecer consultivo<sup>59</sup>, reconheceu a existência de normas imperativas na interpretação das normas de direitos humanos previstas na Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio<sup>60</sup>.

Nos casos do Sudoeste Africano<sup>61</sup> (*Etiópia v. África do Sul e Libéria v. África do Sul*), entretanto, em 1966, a Corte entendeu que os argumentos da Etiópia e Libéria consagravam uma espécie de *actio popularis*, permitindo o reconhecimento do interesse jurídico de qualquer Estado da comunidade internacional em combater violações ao direito internacional. Para a Corte, a *actio popularis* não era ainda aceita pelo direito internacional da época.

Já no caso *Barcelona Traction*<sup>62</sup>, a Corte julgou que em razão da importância dos direitos envolvidos, todos Estados podem ter interesse legal na sua proteção. São obrigações *erga omnes*. Essas obrigações derivam da proscrição de atos de agressão e de genocídio e também proteção contra a escravidão e a discriminação racial.

---

<sup>57</sup> Sobre a opinião consultiva nº 18 de 2003, ver PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Os direitos do trabalhador imigrante ilegal à luz da opinião consultiva 18/03 da corte interamericana de direitos humanos*. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.85-109.

<sup>58</sup> Corte interamericana de direitos humanos, *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, 2006, parág.131-132. Ver também o voto concorrente do juiz Cançado Trindade, parág.66-68, no qual destaca a expansão material do *jus cogens*, abrangendo o acesso à justiça.

<sup>59</sup> Parecer consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ report 1951, parágrafo 23, p.15.

<sup>60</sup> ONU, Convenção contra o genocídio, 78 UNTS 277.

<sup>61</sup> ICJ Reports 1966, p.47.

<sup>62</sup> *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (ICJ, 1970) 32.

Assim, as normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* são lados da mesma moeda.

O *jus cogens* refere-se ao *status* legal que certos crimes internacionais alcançaram e as obrigações *erga omnes* são as implicações legais oriundas da caracterização de certos crimes como *jus cogens*.

Em 1986, no caso *Nicarágua v. Estados Unidos*<sup>63</sup>, a Nicarágua ajuizou ação em face dos Estados Unidos, acusando-os de colocar minas nos portos e águas da Nicarágua; realizar manobras militares na fronteira entre Nicarágua e Honduras, vôos no seu espaço aéreo e criar um exército para atuar contra o governo.

A Corte confirmou indiretamente a identificação da regra proibindo o uso da força como *jus cogens*, citando a previsão na Carta da ONU relativa à interdição do emprego da força como um exemplo de *jus cogens*. Ademais, em opiniões individuais, os juízes Sette Câmara e Singh reforçaram esse entendimento.<sup>64</sup>

Ainda, em 1996, no parecer sobre licitude do emprego de armas nucleares<sup>65</sup>, foi afirmado que as regras de direito humanitário fazem parte do *jus cogens*.

Em 1997, no caso da Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio<sup>66</sup> (*Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia*) o juiz Lauterpacht, em opinião individual, salientou que a proibição do genocídio faz parte do *jus cogens*. Em 1993, a Bósnia-Herzegovina havia ingressado com processo em face da Iugoslávia, alegando violações de obrigações *erga omnes* contidas na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948.

Em 2006, no caso atividades armadas no território do Congo,<sup>67</sup> embora a corte tenha negado sua competência para julgar esse caso, foi reconhecido o caráter de *jus cogens* à proibição de tortura.

Por fim, no caso *Bélgica v. Senegal*<sup>68</sup>, o juiz Cançado Trindade, em voto dissidente em solicitação de medidas provisórias, ressalta a prática de tortura sistemática

---

<sup>63</sup> ICJ Reports, 1986, p.100-101.

<sup>64</sup> ICJ Reports, 1986, p.153 e 199.

<sup>65</sup> *Licitude da ameaça ou emprego de armas nucleares*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

<sup>66</sup> *Aplicabilidade da convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio. Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia*, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

<sup>67</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, 2006, disponível em <http://www.icj-cij.org>, §64.

<sup>68</sup> *Belgium v. Senegal*, No. 2009/13, 19 February 2009, disponível em <http://www.icj-cij.org>.

durante o governo de Habré no Chade, o que consiste em uma violação das normas de *jus cogens*.

## **O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA NOVA EXCEÇÃO À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO: O CASO PINOCHET**

Em outubro de 1998 Pinochet foi preso no Reino Unido enquanto estava em um hospital em Londres. Um mandado internacional de prisão havia sido expedido pelo juiz espanhol Garzon, o qual foi seguido por um outro mandado internacional de prisão e um pedido de extradição pelo governo espanhol. O primeiro mandado de prisão tratava do assassinato de nacionais espanhóis no Chile, enquanto o segundo era relativo a alegações de tortura, tomada de reféns e assassinato. De acordo com esses dois mandados de prisão, os magistrados britânicos expediram dois mandados provisórios de prisão de Pinochet. A questão a ser respondida consistia em saber se Pinochet, chefe de Estado quando ele supostamente havia cometido esses crimes, poderia invocar a regra da imunidade de jurisdição funcional contra essas acusações.

A Câmara dos Lordes teve que julgar esse caso duas vezes. A primeira decisão de 25 de novembro de 1998<sup>69</sup> foi anulada por causa da relação de um Lorde com a Anistia Internacional. Houve uma segunda decisão em 24 de março de 1999<sup>70</sup>. As duas decisões sustentam que o ex-chefe de Estado somente beneficia-se de imunidade por atos que ele tenha realizado durante as suas funções e no exercício das mesmas.<sup>71</sup>

No último julgado, entretanto, por maioria de 6 a 1 foi decidido que não poderia haver imunidade para ex-chefes de Estado por acusações de tortura.

Para poder chegar a uma *ratio decidendi* das duas decisões é necessário que se faça uma análise dos votos de cada uma.

---

<sup>69</sup> *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and thers, ex p Pinochet Ugarte* [1998] 4 All ER 897 (UK, HL, 1998), Pinochet 1.

<sup>70</sup> *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and thers, ex p Pinochet Ugarte* [1999] 1 All ER 577 (UK, HL, 1999), Pinochet 2.

<sup>71</sup> Essa regra está prevista no art.20.1 do Sovereign Immunity Act de 1978 e deve ser combinada com o art.39.2 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961.

### Os argumentos dos Lordes majoritários da decisão de 25 de novembro de 1998

A discussão no primeiro julgamento centrou-se em um falso problema, a saber, a definição dos atos que entram na função de um chefe de Estado. Os votos majoritários basearam-se nisso. Constatando a condenação pelo direito internacional dos atos de tortura e de seqüestro, eles julgaram que é impossível considerar que se trate aí de atos realizados na função de dirigentes. Ora, a questão de saber se um ato é realizado no exercício das funções permite somente de imputá-lo à pessoa ou ao Estado. A fraqueza da argumentação reside, então, na fixação quase arbitrária de um limite do tolerável. Seria o sentimento de que alguns crimes não ficassem impunes que justificaria a ausência de imunidade.<sup>72</sup>

Nesse sentido, Lorde Nicholas of Birkenhead entendeu que o art. 39.2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aplicada aos ex-chefes de Estado pela seção 20 do SIA de 1978, confere imunidade com respeito a atos cometidos no exercício das funções de chefe de Estado. A tortura de pessoas, todavia, não é vista pelo direito internacional como função de um chefe de Estado.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> COSNARD, Michel. *Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*. In: revue générale de droit international public tome 103/1999/2: Pedone, Paris.

<sup>73</sup>In my view, article 39.2 of the Vienna Convention, as modified and applied to former heads of state by section 20 of the 1978 Act, is apt to confer immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognises as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution. This formulation, and this test for determining what are the functions of a head of state for this purpose, are sound in principle and were not the subject of controversy before your Lordships. International law does not require the grant of any wider immunity. And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state. All states disavow the use of torture as abhorrent, although from time to time some still resort to it. Similarly, the taking of hostages, as much as torture, has been outlawed by the international community as an offence. International law recognises, of course, that the functions of a head of state may include activities which are wrongful, even illegal, by the law of his own state or by the laws of other states. But international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law. This was made clear long before 1973 and the events which took place in Chile then and thereafter. A few references will suffice. Under the charter of the Nurnberg International Military Tribunal (8 August 1945) crimes against humanity, committed before as well as during the second world war, were declared to be within the jurisdiction of the tribunal, and the official position of defendants, "whether as heads of state or responsible officials in government", was not to free

Ainda, no mesmo diapasão, Lorde Steyn, o qual também entendeu que os crimes de tortura, genocídio e crimes contra a humanidade não podem ser atos cometidos no exercício da função de chefe de Estado.<sup>74</sup>

A questão que necessitaria resolver seria, pois, a de uma eventual exceção feita pelo direito internacional à regra da imunidade dos ex-chefes de Estado. É nessa que se concentraram os Lordes minoritários em novembro de 1998 e em 1999. Eles recusaram-se a examinar a qualificação do ato, não vendo nenhum fundamento jurídico em uma linha de divisão entre atos simplesmente ilegais e aqueles que seriam tão horríveis que não seriam mais atos da função. Eles partiram, pois, do princípio de que qualquer que seja a sua gravidade, os atos incriminados foram cometidos no exercício das funções de chefe de

---

them from responsibility (articles 6 and 7). The judgment of the tribunal included the following passage: "The principle of international law which, under certain circumstance, protects the representatives of a state cannot be applied to acts condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position to be freed from punishment."

<sup>74</sup>My Lords, the concept of an individual acting in his capacity as Head of State involves a rule of law which must be applied to the facts of a particular case. It invites classification of the circumstances of a case as falling on a particular side of the line. It contemplates at the very least that some acts of a Head of State may fall beyond even the most enlarged meaning of official acts performed in the exercise of the functions of a Head of State. If a Head of State kills his gardener in a fit of rage that could by no stretch of the imagination be described as an act performed in the exercise of his functions as Head of State. If a Head of State orders victims to be tortured in his presence for the sole purpose of enjoying the spectacle of the pitiful twitchings of victims dying in agony (what Montaigne described as the farthest point that cruelty can reach) that could not be described as acts undertaken by him in the exercise of his functions as a Head of State. Counsel for General Pinochet expressly, and rightly, conceded that such crimes could not be classified as official acts undertaken in the exercise of the functions of a Head of State. These examples demonstrate that there is indeed a meaningful line to be drawn. How and where the line is to be drawn requires further examination. Is this question to be considered from the vantage point of the municipal law of Chile, where most of the acts were committed, or in the light of the principles of customary international law? Municipal law cannot be decisive as to where the line is to be drawn. If it were the determining factor, the most abhorrent municipal laws might be said to enlarge the functions of a Head of State. But I need not dwell on the point because it is conceded on behalf of General Pinochet that the distinction between official acts performed in the exercise of functions as a Head of State and acts not satisfying these requirements must depend on the rules of international law. It was at one stage argued that international law spells out no relevant criteria and is of no assistance. In my view that is not right. Negatively, the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d'état, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a Head of State.

Estado e pesquisaram se a Convenção contra a Tortura da ONU de 1984<sup>75</sup> previu a não-imunidade dos ex-chefes de Estado.

### Os argumentos dos Lordes minoritários

Lorde Lloyd of Bernwick (acórdão de 25 novembro de 1998) somente analisa a competência atribuída aos Estados pela Convenção de 1984<sup>76</sup> para julgar os crimes de tortura. Dessa forma, ele julgou que não há nada nessa convenção que disponha sobre imunidade estatal. Além disso, ele entendeu que o estabelecimento de tribunais internacionais para o julgamento de acusados de genocídio, tortura e outros crimes contra a humanidade faz com que chefes de Estado e outros funcionários do governo não possam ser julgados por cortes comuns de outros Estados.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>76</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>77</sup> (...) Thus in the case of torture a state party is obliged to establish extra-territorial jurisdiction when the alleged offender is a national of that state, but not where the victim is a national. In the latter case the state has a discretion: see article 5.1(b) and (c). In addition there is an obligation on a state to extradite or prosecute where a person accused of torture is found within its territory--aut dedere aut judicare: see article 7. But there is nothing in the Torture Convention which touches on state immunity. The contrast with the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) could not be more marked. Article 4 of the Genocide Convention provides:

"Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article 3 shall be punished whether they are constitutionally responsible rulers or public officials or private individuals."

There is no equivalent provision in either the Torture Convention or the Taking of Hostages Convention.

Moreover when the Genocide Convention was incorporated into English law by the Genocide Act 1969, article 4 was omitted. So Parliament must clearly have intended, or at least contemplated, that a head of state accused of genocide would be able to plead sovereign immunity. If the Torture Convention and the Taking of Hostages Convention had contained a provision equivalent to article 4 of the Genocide Convention (which they did not) it is reasonable to suppose that, as with genocide, the equivalent provisions would have been omitted when Parliament incorporated those conventions into English law. I cannot for my part see any inconsistency between the purposes underlying these Conventions and the rule of international law which allows a head of state procedural immunity in respect of crimes covered by the Conventions.

(...) Stuart Smith L.J. observed that the draftsman of the State Immunity Act must have been well aware of the numerous international conventions covering torture (although he could not, of course, have been aware of the convention against torture in 1984). If civil claims based on acts of torture were intended to be excluded from the immunity afforded by section 1(1) of the Act of 1978, because of the horrifying nature of such acts, or because they are condemned by international law, it is inconceivable that section 1(1) would not have said so. (...) Professor Greenwood took us back to the charter of the International Military Tribunal for the trial of war criminals at Nuremberg, and drew attention to article 7, which provides: "The official position of



Ocorre que a existência de competências concorrentes entre os Estados e os tribunais internacionais não tem qualquer efeito sobre a regra das imunidades dos ex-chefes de Estado, uma vez que a razão de ser desses tribunais não é preencher um vazio jurídico, mas de atuar nas insuficiências dos Estados.<sup>78</sup>

Por outro lado, Lorde Slynn of Hadley também baseia o seu voto principalmente na jurisdição universal atribuída pela Convenção contra a Tortura de 1984<sup>79</sup>. Dessa maneira, ele entende que, se os Estados quisessem visar aos chefes de Estado, eles o teriam feito expressamente, e não teriam empregado a expressão *public official*.<sup>80</sup>

---

defendants, whether as heads of state or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment." One finds the same provision in almost identical language in article 7(2) of the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (1993), article 6(2) of the Statute of the International Tribunal for Rwanda (1994) and most recently in article 27 of the Statute of the International Criminal Court (1998). Like the Divisional Court, I regard this as an argument more against the appellants than in their favour. The setting up of these special international tribunals for the trial of those accused of genocide and other crimes against humanity, including torture, shows that such crimes, when committed by heads of state or other responsible government officials cannot be tried in the ordinary courts of other states. If they could, there would be little need for the international tribunal.

<sup>78</sup> COSNARD, Michel. In: *quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*, op.cit., p.316.

<sup>79</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>80</sup> (...) I conclude that the reference to public officials in the Torture Convention does not include Heads of State or former Heads of State, either because States did not wish to provide for the prosecution of Heads of State or former Heads of State or because they were not able to agree that a plea in bar to the proceedings based on immunity should be removed. I appreciate that there may be considerable political and diplomatic difficulties in reaching agreement, but if States wish to exclude the long established immunity of former Heads of State in respect of allegations of specific crimes, or generally, then they must do so in clear terms. They should not leave it to National Courts to do so because of the appalling nature of the crimes alleged.

The second provisional warrant does not mention genocide, though the international warrant and the request for extradition do. The Genocide Convention in Article 6 limits jurisdiction to a tribunal in the territory in which the act was committed and is not limited to acts by public officials. The provisions in Article 4 making "constitutionally responsible rulers" liable to punishment is not incorporated into the English Genocide Act of 1948. Whether or not your Lordships are concerned with the second international warrant and the request for extradition (and Mr. Nicholls, Q.C. submits that you are not), the Genocide Convention does not therefore satisfy the test which I consider should be applied.

The Taking of Hostages Convention which came into force in 1983 and the Taking of Hostages Act 1982 clearly make it a crime for "any person, whatever his nationality" who "in the United Kingdom or elsewhere to take hostages for one of the purposes specified." This again indicates the scope both of the substantive crime and of jurisdiction, but neither the Convention nor the Act contain any provisions which can be said to take away the customary international law immunity as Head of State or former Head of State.

It has been submitted that a number of other factors indicate that the immunity should not be refused by the United Kingdom--the United Kingdom's relations with Chile, the fact that an amnesty was granted, that great efforts have been made in Chile to restore democracy and that to extradite the respondent would risk unsettling what has been achieved, the length of time since the events took place, that prosecutions have already been launched against the respondent in Chile, that the respondent has, it is said, with the United Kingdom Government's approval or acquiescence, been admitted into this country and been received in official quarters. These are factors, like his age, which may be relevant on the question whether he should be

Cabe aqui também tecer algumas observações.<sup>81</sup>

Em primeiro lugar, a definição da qualidade da pessoa foi feita para recusar que ela escape de uma condenação. Trata-se, portanto, de proibir um meio de defesa sobre o fundo. Seria paradoxal concluir que a qualidade de oficial possa reaparecer como meio para uma exceção preliminar.

Em segundo lugar, os termos interpretados designam os autores dos atos para fins de definir o termo tortura conforme a Convenção. Não se trata de determinar a competência *ratione personae* das jurisdições nacionais. Dessa forma, excluindo os chefes de Estado da categoria de *public officials*, ele os exclui do campo de aplicação pessoal da Convenção de 1984, o que seria contrário às intenções dos autores da Convenção.

Lorde Goff of Chievely (acórdão de 24 de março de 1999) também procura uma eventual exceção à imunidade dos ex-chefes de Estado na Convenção contra a Tortura de 1984<sup>82</sup>, uma vez que o princípio da irrelevância da capacidade oficial se referiria apenas à responsabilidade internacional perante tribunais internacionais e não à exclusão da imunidade estatal em processo criminal diante de cortes nacionais.

Dessa forma, ele lembra que toda renúncia à imunidade dos Estados deve ser expressa e não vê nenhuma renúncia na Convenção revestindo este caráter. Conseqüentemente, ele conclui que somente o Estado pode julgar os seus antigos dirigentes culpados de crimes de tortura.<sup>83</sup>

---

extradited, but it seems to me that they are for the Secretary of State (the executive branch) and not for your Lordships on this occasion.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p.317.

<sup>82</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>83</sup> I now come to the second of the two issues which were raised during the hearing of the appeal, viz. whether the Torture Convention has the effect that state parties to the Convention have agreed to exclude reliance on state immunity *ratione materiae* in relation to proceedings brought against their public officials, or other persons acting in an official capacity, in respect of torture contrary to the Convention. In broad terms I understand the argument to be that, since torture contrary to the Convention can only be committed by a public official or other person acting in an official capacity, and since it is in respect of the acts of these very persons that states can assert state immunity *ratione materiae*, it would be inconsistent with the obligations of state parties under the Convention for them to be able to invoke state immunity *ratione materiae* in cases of torture contrary to the Convention. In the case of heads of state this objective could be achieved on the basis that torture contrary to the Convention would not be regarded as falling within the functions of a head of state while in office, so that although he would be protected by immunity *ratione personae* while in office as head of state, no immunity *ratione materiae* would protect him in respect of allegations of such torture after he ceased to hold office. There can, however, be no doubt that, before the Torture Convention, torture by public officials could be the subject of state immunity. Since therefore exclusion of immunity is said to result from the Torture Convention and there is no express term of the Convention to this effect, the argument has, in my

Haveria, dessa maneira, uma certa confusão entre renúncia e exceção à regra das imunidades: as regras relativas à renúncia só valem quando se encontram em um caso em que o réu pode valer sua imunidade.<sup>84</sup>

### A opinião dos Lordes majoritários da decisão de 24 de março de 1999

Lorde Browne-Wilkinson

---

opinion, to be formulated as dependent upon an implied term in the Convention. It is a matter of comment that, for reasons which will appear in a moment, the proposed implied term has not been precisely formulated; it has not therefore been exposed to that valuable discipline which is always required in the case of terms alleged to be implied in ordinary contracts.

(...) (d) An implication must in any event be rejected.

In any event, however, even if it were possible for such a result to be achieved by means of an implied term, there are, in my opinion, strong reasons why any such implication should be rejected.

I recognise that a term may be implied into a treaty, if the circumstances are such that "the parties must have intended to contract on the basis of the inclusion in the treaty of a provision whose effect can be stated with reasonable precision"; see *Oppenheim's International Law*, 9th ed., p. 1271, n.4. It would, however, be wrong to assume that a term may be implied into a treaty on the same basis as a term may be implied into an ordinary commercial contract, for example to give the contract business efficacy (as to which see *Treitel on Contract*, 9th ed., pp. 185 et seq.). This is because treaties are different in origin, and serve a different purpose. Treaties are the fruit of long negotiation, the purpose being to produce a draft which is acceptable to a number, often a substantial number, of state parties. The negotiation of a treaty may well take a long time, running into years. Draft after draft is produced of individual articles, which are considered in depth by national representatives, and are the subject of detailed comment and consideration. The agreed terms may well be the fruit of "horse-trading" in order to achieve general agreement, and proposed articles may be amended, or even omitted in whole or in part, to accommodate the wishes or anxieties of some of the negotiating parties. In circumstances such as these, it is the text of the treaty itself which provides the only safe guide to its terms, though reference may be made, where appropriate, to the travaux préparatoires. But implied terms cannot, except in the most obvious cases, be relied on as binding the state parties who ultimately sign the treaty, who will in all probability include those who were not involved in the preliminary negotiations. (...)

The cumulative effect of all these considerations is, in my opinion, to demonstrate the grave difficulty of recognising an implied term, whatever its form, on the basis that it must have been agreed by all the state parties to the Convention that state immunity should be excluded. In this connection it is particularly striking that, in the *Handbook on the Torture Convention* by Burgers and Danelius, it is recognised that the obligation of a state party, under Article 5(1) of the Convention, to establish jurisdiction over offences of torture committed within its territory, is subject to an exception in the case of those benefiting from special immunities, including foreign diplomats. It is true that this statement could in theory be read as limited to immunity *ratione personae*; but in the absence of explanation it should surely be read in the ordinary way as applicable both to immunity *ratione personae* and its concomitant immunity *ratione materiae*, and in any event the total silence in this passage on the subject of waiver makes it highly improbable that there was any intention that immunity *ratione materiae* should be regarded as having been implicitly excluded by the Convention. Had there been such an intention, the authors would have been bound to refer to it. They do not do so.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p.317-318.

Lorde Browne-Wilkinson considerou que a imunidade por atos oficiais executados no exercício das funções de chefe de Estado seria equivalente à imunidade estatal *ratione materiae*.

O seu voto, entretanto, foi um pouco ambíguo. Primeiramente, ele afirmou que antes da Convenção sobre a Tortura da ONU<sup>85</sup>, tortura estatal era tida como um crime internacional no mais alto sentido, destacando, ainda, a sua natureza de *jus cogens* para justificar que os Estados tivessem jurisdição universal sobre a tortura em qualquer lugar em que fosse cometida.

Depois, todavia, ele entendeu que a tortura não poderia ser descrita como um crime internacional totalmente constituído até que a Convenção desse aos Estados jurisdição universal para julgar os supostos torturadores.

A mesma ambigüidade também ocorre nas razões para denegar a imunidade. Dessa maneira, ele se indaga como pode uma função oficial fazer algo que a lei internacional proíbe e criminaliza e depois ele baseou seu argumento decisivo contra a concessão da imunidade nos termos da Convenção sobre a Tortura.<sup>86</sup>

#### Lorde Hope of Craighead

Lorde Hope of Craighead fez a distinção entre atos privados de um lado e atos governamentais realizados no exercício da autoridade como chefe de Estado do outro. Ele considerou ato de Estado para o objetivo de imunidade estatal ato atribuível ao Estado ou ato governamental. Dessa forma, Lorde Hope perguntou-se se a Convenção sobre a Tortura teria deixado claro que um ex-chefe de Estado não teria imunidade nas cortes de um Estado que teria jurisdição para julgar o crime. Como não há previsão expressa a respeito, deve-se perguntar se a imunidade teria sido removida de forma implícita, com o que ele não concorda.

---

<sup>85</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>86</sup> ALEBEEK, Rosanne van. *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.229.

Lorde Hope, todavia, questionou-se se a imunidade poderia sobreviver à ratificação pelo Chile à Convenção sobre a Tortura da ONU<sup>87</sup> se a tortura alegada fosse de certa escala que fosse um crime internacional. Assim, ele entendeu que indivíduos que cometem crimes internacionais são internacionalmente responsáveis por eles e uma vez que cortes nacionais podem exercer jurisdição sobre crimes contra o direito internacional cometidos no exterior, ele decidiu que este princípio seria aplicável aos processos de corte nacional.

Lorde Hope, portanto, não se baseia na definição de crime de tortura na Convenção sobre Tortura da ONU<sup>88</sup>, mas, sim, no estabelecimento de jurisdição universal sobre o crime de tortura e tortura no sentido de crime contra o direito internacional pela Convenção sobre a Tortura<sup>89</sup>.

#### Lorde Hutton

Lorde Hutton fundamentou a denegação da imunidade na qualificação da tortura como crime contra o direito internacional.

Dessa maneira, depois de uma revisão dos desenvolvimentos no direito internacional e dos princípios da responsabilidade individual e da irrelevância da capacidade oficial, ele concluiu que certos crimes são tão graves e desumanos que eles constituem crimes contra o direito internacional e que atos de tortura não se qualificam para proteção sob a imunidade funcional, pois eles não podem ser vistos como funções de chefe de Estado sob o direito internacional quando o direito internacional expressamente proíbe a tortura como medida que um Estado pode empregar em quaisquer circunstâncias.

Ele alude, ainda, à Convenção sobre a Tortura apenas para dizer que antes de 29 de setembro não havia jurisdição para julgar Pinochet na Inglaterra.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>88</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>89</sup> ALEBEEK, Rosanne, *op.cit.* p.230-232.

<sup>90</sup> As your Lordships hold that there is no jurisdiction to extradite Senator Pinochet for acts of torture prior to 29 September 1988, which was the date on which section 134 of the Criminal Justice Act 1988 came into operation, it is unnecessary to decide when torture became a crime against international law prior to that date, but I am of opinion that acts of torture were clearly crimes against international law and that the prohibition of torture had required the status of *ius cogens* by that date. (...)

### Lorde Saville of Newdigate

Lorde Saville of Newdigate entendeu que um ex-chefe de Estado seria imune por atos realizados em sua capacidade oficial como chefe de Estado.

Ainda, segundo ele, não haveria exceção à imunidade para o crime internacional da tortura antes da existência da Convenção da Tortura da ONU<sup>91</sup>. Ele concluiu, entretanto, que desde a ratificação da referida Convenção pela Inglaterra em 8 de dezembro 1988 Pinochet não poderia basear-se na defesa de imunidade em respeito à alegação de tortura, pois dessa data em diante Espanha, Chile e Inglaterra eram todos partes na Convenção.

### Lorde Millet

Muitos doutrinadores entenderam que Lorde Millet denegou imunidade para crimes internacionais em geral.

---

But the issue in the present case is whether Senator Pinochet, as a former head of state, can claim immunity (*ratione materiae*) on the grounds that acts of torture committed by him when he was head of state were done by him in exercise of his functions as head of state. In my opinion he is not entitled to claim such immunity. The Torture Convention makes it clear that no state is to tolerate torture by its public officials or by persons acting in an official capacity and Article 2 requires that:

"1. Each state party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction."

Article 2 further provides that:

"2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture."

Article 4 provides:

"1. Each state party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture."

"2. Each state party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."

Article 7 provides:

"1. The state party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found, shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution."

<sup>91</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

A denegação, todavia, teria sido de forma mais restrita, pois ele decidiu que a definição de tortura é totalmente inconsistente com a existência de imunidade *ratione materiae*. Dessa maneira, segundo ele, a natureza oficial do ato, a qual forma a base da imunidade, é um ingrediente essencial da ofensa e nenhum sistema racional de justiça criminal poderia permitir uma imunidade com relação a essa ofensa.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> In my opinion, the systematic use of torture on a large scale and as an instrument of state policy had joined piracy, war crimes and crimes against peace as an international crime of universal jurisdiction well before 1984. I consider that it had done so by 1973. For my own part, therefore, I would hold that the courts of this country already possessed extra-territorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy to torture on the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it. I understand, however, that your Lordships take a different view, and consider that statutory authority is required before our courts can exercise extra-territorial criminal jurisdiction even in respect of crimes of universal jurisdiction. Such authority was conferred for the first time by section 134 of the Criminal Justice Act 1988, but the section was not retrospective. I shall accordingly proceed to consider the case on the footing that Senator Pinochet cannot be extradited for any acts of torture committed prior to the coming into force of the section. The Convention against Torture (1984) did not create a new international crime. But it redefined it. Whereas the international community had condemned the widespread and systematic use of torture as an instrument of state policy, the Convention extended the offence to cover isolated and individual instances of torture provided that they were committed by a public official. I do not consider that offences of this kind were previously regarded as international crimes attracting universal jurisdiction. The charges against Senator Pinochet, however, are plainly of the requisite character. The Convention thus affirmed and extended an existing international crime and imposed obligations on the parties to the Convention to take measures to prevent it and to punish those guilty of it. As Burgers and Danielus explained, its main purpose was to introduce an institutional mechanism to enable this to be achieved. Whereas previously states were entitled to take jurisdiction in respect of the offence wherever it was committed, they were now placed under an obligation to do so. Any state party in whose territory a person alleged to have committed the offence was found was bound to offer to extradite him or to initiate proceedings to prosecute him. The obligation imposed by the Convention resulted in the passing of section 134 of the Criminal Justice Act 1988. I agree, therefore, that our courts have statutory extra-territorial jurisdiction in respect of the charges of torture and conspiracy to torture committed after the section had come into force and (for the reasons explained by my noble and learned friend, Lord Hope of Craighead) the charges of conspiracy to murder where the conspiracy took place in Spain. I turn finally to the plea of immunity *ratione materiae* in relation to the remaining allegations of torture, conspiracy to torture and conspiracy to murder. I can deal with the charges of conspiracy to murder quite shortly. The offences are alleged to have taken place in the requesting state. The plea of immunity *ratione materiae* is not available in respect of an offence committed in the forum state, whether this be England or Spain. The definition of torture, both in the Convention and section 134, is in my opinion entirely inconsistent with the existence of a plea of immunity *ratione materiae*. The offence can be committed only by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. The official or governmental nature of the act, which forms the basis of the immunity, is an essential ingredient of the offence. No rational system of criminal justice can allow an immunity which is co-extensive with the offence. In my view a serving head of state or diplomat could still claim immunity *ratione personae* if charged with an offence under section 134. He does not have to rely on the character of the conduct of which he is accused. The nature of the charge is irrelevant; his immunity is personal and absolute. But the former head of state and the former diplomat are in no different position from anyone else claiming to have acted in the exercise of state authority. If the respondent's arguments were accepted, section 134 would be a dead letter. Either the accused was acting in a private capacity, in which case he cannot be charged with an offence under the section; or he was acting in an official capacity, in which case he would enjoy immunity from prosecution. Perceiving this weakness in her argument, counsel for Senator Pinochet submitted that the United Kingdom took jurisdiction so that it would be available if, but only if, the offending state waived its immunity. I reject this explanation out of hand. It is not merely far-fetched; it is entirely inconsistent with the

Lorde Philips

Lorde Philips argumentou que não há regra de direito costumeiro internacional que garanta imunidade de jurisdição criminal para atos oficiais.

Ele propôs-se a considerar se a imunidade foi sustentada pelo princípio da igualdade dos Estados e a regra relacionada de que um Estado não irá julgar atos governamentais de outro e o princípio da não-intervenção nos negócios internos de outros Estados.

O primeiro princípio aplicar-se-ia em processos civis em face de funcionários públicos estrangeiros, uma vez que processar um indivíduo com respeito à conduta do Estado seria indiretamente processar o Estado. Ele considerou Pinochet imune se o caso fosse referente a processo civil com respeito a alegações de tortura.

Ele, contudo, não pensa que isso se aplicaria a processo criminal, o qual concerne a responsabilidade pessoal do indivíduo.

À primeira vista, parece que Lorde Philips denegou imunidade *ratione materiae* a todos os crimes contra o direito internacional. O argumento gira em torno da existência de jurisdição extra-territorial em combinação com a afirmação se o direito costumeiro internacional reconheceria jurisdição internacional com respeito a crimes internacionais, o que fez com que a Convenção contra a Tortura da ONU<sup>93</sup> fosse indispensável para a sua conclusão sobre imunidade.<sup>94</sup>

O *obiter dictum* que não haveria imunidade *ratione materiae* para atos de genocídio também geraria incerteza, pois a Convenção sobre o Genocídio<sup>95</sup> não prevê jurisdição universal.<sup>96</sup>

Um outro *obiter dictum* torna o voto de Lorde Philips internamente incoerente. Ele salienta que se o SIA de 1978 obriga a conceder imunidade a Pinochet com respeito a

---

aims and object of the Convention. The evidence shows that other states were to be placed under an obligation to take action precisely because the offending state could not be relied upon to do so.

<sup>93</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>94</sup> ALEBEEK, Rosanne van, *op.cit.* p.232.

<sup>95</sup> Nova Iorque, 9 de dezembro de 1948, ONU, 78 UNTS 277.

<sup>96</sup> ALEBEEK, Rosanne van, *op.cit.*, p.233.



todos os atos cometidos na função de chefe de Estado, ele não acredita que tal função possa estender-se a ações que são proibidas como criminais sob o direito internacional. Isso não seria, todavia, compatível com as suas constatações anteriores de que atos de tortura seriam atos oficiais para a finalidade de processo civil.<sup>97</sup>

Outrossim, a consideração de que a única conduta coberta pela Convenção da Tortura da ONU<sup>98</sup> seria aquela sujeita à imunidade *ratione materiae*, se tal imunidade fosse aplicável, não seria coerente se a tortura não fosse considerada um ato oficial.<sup>99100</sup>

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p.234.

<sup>98</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

<sup>99</sup> ALEBEEK, Rosanne van, *op.cit.*, p.234.

<sup>100</sup> There would seem to be two explanations for immunity *ratione materiae*. The first is that to sue an individual in respect of the conduct of the state's business is, indirectly, to sue the state. The state would be obliged to meet any award of damage made against the individual. This reasoning has no application to criminal proceedings. The second explanation for the immunity is the principle that it is contrary to international law for one state to adjudicate upon the internal affairs of another state. Where a state or a state official is impleaded, this principle applies as part of the explanation for immunity. Where a state is not directly or indirectly impleaded in the litigation, so that no issue of state immunity as such arises, the English and American courts have nonetheless, as a matter of judicial restraint, held themselves not competent to entertain litigation that turns on the validity of the public acts of a foreign state, applying what has become known as the act of state doctrine. (...) I believe that it is still an open question whether international law recognises universal jurisdiction in respect of international crimes--that is the right, under international law, of the courts of any state to prosecute for such crimes wherever they occur. In relation to war crimes, such a jurisdiction has been asserted by the State of Israel, notably in the prosecution of Adolf Eichmann, but this assertion of jurisdiction does not reflect any general state practice in relation to international crimes. Rather, states have tended to agree, or to attempt to agree, on the creation of international tribunals to try international crimes. They have however, on occasion, agreed by conventions, that their national courts should enjoy jurisdiction to prosecute for a particular category of international crime wherever occurring. (...) Where states, by convention, agree that their national courts shall have jurisdiction on a universal basis in respect of an international crime, such agreement cannot implicitly remove immunities *ratione personae* that exist under international law. Such immunities can only be removed by express agreement or waiver. Such an agreement was incorporated in the Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide 1948, which provides: "Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in Article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials, or private individuals." Had the Genocide Convention not contained this provision, an issue could have been raised as to whether the jurisdiction conferred by the Convention was subject to state immunity *ratione materiae*. Would international law have required a court to grant immunity to a defendant upon his demonstrating that he was acting in an official capacity? In my view it plainly would not. I do not reach that conclusion on the ground that assisting in genocide can never be a function of a state official. I reach that conclusion on the simple basis that no established rule of international law requires state immunity *ratione materiae* to be accorded in respect of prosecution for an international crime. International crimes and extra-territorial jurisdiction in relation to them are both new arrivals in the field of public international law. I do not believe that state immunity *ratione materiae* can co-exist with them. The exercise of extra-territorial jurisdiction overrides the principle that one state will not intervene in the internal affairs of another. It does so because, where international crime is concerned, that principle cannot prevail. An international crime is as offensive, if not more offensive, to the international community when committed under colour of office. Once extra-territorial jurisdiction is established, it makes no sense to exclude from it acts done in an official capacity. (...) It is only recently that the criminal courts of this country acquired jurisdiction, pursuant to Section 134 of the Criminal Justice Act 1984, to prosecute Senator Pinochet for torture committed outside the territorial jurisdiction, provided that it

#### 6.1.4 A primazia da lei interna sobre o direito internacional

Os Lordes examinam, então, a partir de quando os atos de tortura cometidos sobre um território estrangeiro por estrangeiros e cujas vítimas são estrangeiras tornaram-se crimes puníveis no direito inglês. O crime de tortura foi introduzido no direito inglês no dia 29 de setembro de 1988, data da entrada em vigor do artigo 134 do Criminal Justice Act, o qual incorporou as disposições da Convenção contra a Tortura da ONU.<sup>101</sup>

O dia 29 de setembro de 1988 refletiria uma concepção estrita do princípio da dupla incriminação, tomando em consideração somente as datas a partir das quais os fatos fossem puníveis nos direitos escritos dos Estados requerente e requerido.

O princípio da dupla incriminação tem como fundamento o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o qual deve ser tomado em consideração como ele é aplicado em direito internacional penal.

O Tribunal de Nuremberg e o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia tornaram menos rigoroso esse princípio, exigindo apenas o conhecimento pelo agente do caráter delituoso dos fatos imputados, sem implicar uma definição rigorosa da infração nem a enunciação precisa da penas.

---

was committed in the performance, or purported performance, of his official duties. Section 134 was passed to give effect to the rights and obligations of this country under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984, to which the United Kingdom, Spain and Chile are all signatories. That Convention outlaws the infliction of torture "by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity". Each state party is required to make such conduct criminal under its law, wherever committed. More pertinently, each state party is required to prosecute any person found within its jurisdiction who has committed such an offence, unless it extradites that person for trial for the offence in another state. The only conduct covered by this Convention is conduct which would be subject to immunity *ratione materiae*, if such immunity were applicable. The Convention is thus incompatible with the applicability of immunity *ratione materiae*. There are only two possibilities. One is that the States Parties to the Convention proceeded on the premise that no immunity could exist *ratione materiae* in respect of torture, a crime contrary to international law. The other is that the States Parties to the Convention expressly agreed that immunity *ratione materiae* should not apply in the case of torture. I believe that the first of these alternatives is the correct one, but either must be fatal to the assertion by Chile and Senator Pinochet of immunity in respect of extradition proceedings based on torture. (...) Insofar as Part III of the Act of 1978 entitles a former head of state to immunity in respect of the performance of his official functions I do not believe that those functions can, as a matter of statutory interpretation, extend to actions that are prohibited as criminal under international law. In this way one can reconcile, as one must seek to do, the provisions of the Act of 1978 with the requirements of public international law.

<sup>101</sup> Torture Convention, GA res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); 1465 UNTS 85.

Ademais, essa interpretação está de acordo com o Pacto dos direitos civis e políticos<sup>102</sup>, cujo artigo 15§2º dispõe que o princípio da legalidade das penas e dos delitos não se opõe ao julgamento ou à condenação de todo indivíduo em razão de atos ou de omissões que, no momento em que foram cometidos eram tidos por criminais de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pelo conjunto das nações.

Dessa maneira, no caso de crime contra a humanidade, a única data a tomar-se em consideração na aplicação do princípio da dupla incriminação seria aquela da aparição da qualificação em direito internacional de um ato como criminal. No caso em espécie, a proibição da tortura já existia na data do golpe de Estado do general Pinochet em 11 de setembro de 1973.

Limitando *ratione temporis* a lista dos crimes extraditáveis, a explicação da não-imunidade pelo sistema previsto pela Convenção cairia por terra, pois a não-imunidade não decorreria implicitamente da Convenção, mas pela incorporação ao direito interno.

Seria difícil combinar essa regra com o caráter de *jus cogens* reconhecido à interdição à tortura, pois este dependeria da data da ratificação por cada Estado.

O princípio da dupla incriminação deveria ter sido, portanto, interpretado e aplicado de acordo com os princípios costumeiros de direito internacional penal, os quais foram ignorados em favor da aplicação da lei inglesa, consagrando a primazia do direito interno sobre o direito internacional.<sup>103</sup>

#### 6.1.5 A coerência dos acórdãos do caso Pinochet: princípio da responsabilidade criminal individual

Parece que somente os Lordes Hutton e Philips teriam elaborado um sistema coerente. Dessa forma, eles começam fazendo uma distinção entre processo civil e criminal. No processo criminal, a responsabilidade individual do ex-chefe de Estado seria distinta da responsabilidade do Estado.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> International covenant on civil and political rights, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

<sup>103</sup> COSNARD, Michel. In: quelques observations sur les decisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, op.cit., p.327-328.

<sup>104</sup> Esse princípio oriundo dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio vem previsto no art.7º da Resolução 827, art.8º da Resolução 955 do Conselho de Segurança, as quais criaram os tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda e no art.25 da Convenção de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Esse princípio teria duas noções.<sup>105</sup> Em primeiro lugar, ninguém pode ser responsável por ofensas criminais praticadas por outras pessoas. Assim, não mais seria possível a noção de responsabilidade coletiva e um grupo religioso ou étnico ao qual a pessoa possa pertencer não seria responsável por atos realizados por um membro do grupo na sua capacidade individual.

Em segundo lugar, uma pessoa somente pode ser responsável criminalmente se ela for culpada por qualquer infringência às leis criminais, isto é, se houver sua participação mental na ofensa, pois a responsabilidade criminal objetiva está proscrita.

Ora, toda imunidade é concedida a um Estado e não a um chefe de Estado. Ela somente poderia ser invocada se o Estado fosse diretamente ou indiretamente afetado. Assim, um processo criminal contra um chefe de Estado em exercício interferiria no bom funcionamento do Estado que ele dirige, o qual poderia reclamar sua imunidade.<sup>106</sup>

Pode-se concluir, então, que desde que o chefe de Estado não está mais em exercício, sua responsabilidade penal individual não afeta o Estado e o processo não interferiria no bom funcionamento do Estado, não havendo razão para lhe conceder imunidade.<sup>107</sup>

## CONCLUSÃO

No caso *Pinochet 2*, a Câmara dos Lordes afastou a imunidade de jurisdição de um ex-Chefe de Estado por cometimento de tortura quando era Chefe de Estado, principalmente com base na Convenção contra a Tortura da ONU. Foi ressalvado, ainda, o princípio da responsabilização criminal individual, tal como previsto no artigo 25 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>105</sup> CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p.136-137.

<sup>106</sup> COSNARD, Michel. *In: quelques observations sur les decisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, op.cit.*, p.322-323.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p.323.

Ficou demonstrado, portanto, que o cometimento da tortura, por ter se tornado um crime internacional e a proibição da tortura uma norma de *jus cogens* há o afastamento da regra da imunidade de jurisdição criminal em relação a um ato cometido na função de ex-Chefe de Estado.

## BIBLIOGRAFIA

ALEBEEK, Rosanne van. The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights. Oxford: Oxford University Press, 2008

BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. Jus cogens vs. state immunity, round two: the decision of the European court of human rights in the Kalogeropoulou et a. v. Greece and Germany decision. German law journal nº5, maio de 2003

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Trad. Maria Manuela Farrajota Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003

COSNARD, Michel. *Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*. In: revue générale de droit international public, vol. 103/1999/2

DOLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. In: revista de informação legislativa do sendo federal 90:211

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Direito internacional humanitário e normas imperativas (jus cogens): uma identificação possível?* In: *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. PRONER, Carol; GUERRA, Sidney (org.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008

KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international*. Paris: Presses universitaires de France, 2001

MERON, Theodor. *A hierarchy of international human rights?* In: the American journal of international law, 80, 1986

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European court of human rights*. In: the European journal of international law, Vol.14, nº3, 2003

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas cogentes no direito internacional público*. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Os direitos do trabalhador imigrante ilegal à luz da opinião consultiva 18/03 da corte interamericana de direitos humanos*. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ROBLEDÓ, A. Gómez. *Le ius cogens international*. In: Recueil des Cours, académie de droit international, tomo 172, 1981, III

SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006

TIBÚRCIO, Carmen. *Pipeline. Patente obtida no exterior. Reconhecimento no Brasil em conformidade com a lei estrangeira. Interpretação do art.230 da lei da propriedade industrial (lei nº9279/96)*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. Haia: Martinus Nijhoff, 2001

VERDROSS, Alfred. *Forbidden treaties in international Law*. In: American journal of international law, vol.31, 1937

VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum and jus cogens in international Law. In: American journal of international Law*, vol.60, 1966