

Alexandre Pereira da Silva¹
Mariana Yante Barrêto Pereira²

“Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata *libertad*

“Vulture funds” vs. national states:
sovereignty and the role of the international
tribunal for the law of the sea through the
frigate *libertad* case.*

RESUMO

O objetivo do artigo é analisar o papel de um determinado tipo de fundo *hedge*, conhecido como “fundo abutre”, considerando aspectos de seu surgimento e fortalecimento, sobretudo na América Latina. A pesquisa estruturou-se em uma abordagem teórico-prática, por meio da qual o [caso da apreensão da argentina] Fragata ARA Libertad foi utilizado como paradigma para a apresentação de discussões acadêmicas contemporâneas relevantes, sobretudo atinentes ao binômio soberania-autonomia da vontade e à articulação dessas reflexões com o papel do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) como *locus* possível para a solução [pacífica] de conflitos. Dessa forma, o trabalho apresenta alguns resultados para a hipótese de que os “fundos abutres” enfraquecem a autonomia estatal no cenário internacional em duas dimensões - governança econômica e imunidade de jurisdição. Por outro lado, o artigo sugere alguns contrapontos sobre o frágil liame entre supremacia do Estado e a posição deste como sujeito de obrigações, apontando algumas lacunas existentes para o alcance de uma solução intermediária. Finalmente, a originalidade do presente trabalho consiste justamente em partir de um caso específico e de suma importância para o atual debate sobre uma possível nova crise das dívidas externas, concatenando-o, em um nível amplo, com questões relacionadas à governança e princípios basilares do Direito Internacional Econômico

Palavras-chave: Direito internacional. Fundos *hedge*. Imunidade de jurisdição. Tribunal Internacional do Direito do Mar.

ABSTRACT

The goal of this paper is to analyze the role of a specific kind of hedge fund, known as “vulture fund”, considering the main aspects of its emergence and strengthening, especially in Latin America. The research was structured in a theoretical and practical approach, through the analysis of the seizure of the Argentine frigate *ARA Libertad*. This leading case is used as a frame to the presentation of some important contemporary academic

¹ Visiting Post-Doctoral Scholar no Marine & Environmental Law Institute (MELAW), Dalhousie University, Halifax, Canadá. Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE). Email:

² Mestra em Ciência Política/Relações Internacionais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e graduada em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Regionais e do Desenvolvimento (D&R/UFPE). Email:

* Recebido em 06/05/2013
Aprovado em 17/05/2013

debates, especially those referring to the binomial sovereignty-autonomy of will, and the articulation of these reflections with the role of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), as a possible *locus* for peaceful settlements. In that way, the study presents some results for the hypothesis that “vulture funds” undermine State autonomy in two dimensions –economic governance and immunity from jurisdiction. On the other hand, the paper suggests some counterpoints on the fragile link between State supremacy and its position as an active subject, highlighting some gaps in reaching an equitable solution. Finally, the originality of the present work consists of departing from a specific and utmost case, which corresponds to a current debate on a possible new foreign debt crisis, and linking it to issues relating to governance and grounding principles of International Economic Law.

Keywords: International law. Hedge funds. Immunity of jurisdiction. International Tribunal for the Law of the Sea.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente ocorreu um caso de grande repercussão internacional, mas que infelizmente foi pouco noticiado no Brasil: a apreensão da fragata argentina *Libertad* no porto ganês de Tema, a pedido da NML Capital Ltd., um fundo de *hedge*, portador de títulos da dívida argentina. O fato tem grande importância para o direito internacional econômico por uma série de fatores. No âmbito deste artigo serão destacados essencialmente dois destes: a questão da imunidade de jurisdição estatal e a atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM).

A primeira parte do trabalho será dedicada ao caso em si, a partir da apreensão da embarcação, seus principais desenvolvimentos ao longo dos meses transcorridos, até a decisão do TIDM. A segunda parte cuidará do exame da imunidade de jurisdição do Estado e a terceira, da atuação do TIDM como mecanismo de solução pacífica das controvérsias internacionais.

2. O CASO DA FRAGATA LIBERTAD

A fragata *Libertad* é um veleiro de grandes proporções pertencente à Armada Argentina, um navio escola

que serve como formação complementar aos marinheiros argentinos, além de atuar como um representante e divulgador da Argentina pelos portos do mundo. Além disso, é usual a presença de convidados estrangeiros em suas jornadas. Na viagem em que foi apreendido, dos mais de trezentos tripulantes a bordo, havia oficiais militares de doze nacionalidades, inclusive um brasileiro.

No dia 1º de outubro de 2012, a fragata *Libertad* entrou no porto ganês de Tema em visita previamente acertada com o governo de Gana, sendo recebida em cerimônia protocolar oficial com a presença de autoridades civis e militares locais, além do corpo diplomático argentino. No dia seguinte, no entanto, um funcionário do Poder Judiciário de Gana, de posse de um mandado judicial assinado pelo juiz comercial da primeira instância de Accra, ordenava a retenção do navio. Tratava-se de uma medida cautelar solicitada pelos representantes do Fundo NML Capital Ltd., com sede no paraíso fiscal das Ilhas Cayman, que possui títulos da dívida argentina emitidos em 1994, adquiridos posteriormente à moratória declarada pelo governo do país.

Esse tipo de fundo na Argentina é conhecido pela expressão *fondo buitre* – fundo abutre ou *vulture fund* – por ser um fundo de capital de risco que investe na compra de títulos da dívida de Estados que estejam próximos da quebra, normalmente pagando 20% ou 30% do valor de face, para, posteriormente, exigir o pagamento integral do título, conforme se verá adiante. Esses fundos rejeitaram e não participaram da renegociação da dívida argentina com os credores internacionais.

Apesar das tentativas diplomáticas empreendidas pela chancelaria argentina junto ao órgão similar ganês para a liberação rápida da fragata *Libertad*, ela continuou retida no porto. Segundo o governo de Gana, o Executivo nada poderia fazer, já que qualquer interferência poderia ser considerada uma ingerência no Poder Judiciário local.

O governo argentino passou então a empreender esforços no direito ganês e internacional para a resolução da controvérsia. No âmbito da ordem jurídica do país africano, foi contratado um escritório de advocacia, que tentou levantar o embargo, mas não obteve sucesso; já na esfera internacional, a ação adotada pelo governo argentino foi o recurso ao mecanismo arbitral que constitui o procedimento de solução de controvérsias aplicável entre dois países e que prevê uma instância de medidas cautelares ante o TIDM, com sede em Hamburgo, na Alemanha.

Com a retenção da embarcação, a Marinha argentina deixou a bordo um número mínimo de marinheiros para cuidar do navio. A Autoridade Portuária de Tema chegou a negar o abastecimento mínimo da fragata para sua manutenção. A situação da fragata chegou ao ápice da tensão, pouco mais de um mês depois, quando a Autoridade Portuária quis mover de maneira forçada a embarcação para outro ponto do porto, que, segundo o governo argentino, não ofereceria as mesmas condições de segurança, o que levou os marinheiros a bordo a pegarem em armas.

O caso da fragata *Libertad* reveste-se de um ineditismo e de um caráter muito delicado para os Estados, já que se tratou da apreensão de um navio de guerra em um porto estrangeiro, atingindo diretamente a questão da imunidade de jurisdição estatal, agravado pelo fato de que tal bloqueio se deu a partir da execução de uma dívida eminentemente pública, adquirida por um fundo de investimento internacional, que obteve reconhecimento de sua liquidez e excecutoriedade perante um tribunal doméstico, alheio à jurisdição do tribunal devedor.

3. Os “FUNDOS ABUTRES” E A CRISE DA ARGENTINA

Para entender por que um navio militar argentino pôde ser apreendido em um porto africano como garantia parcial do pagamento de uma dívida, é preciso retornar aos acontecimentos que desencadearam a crise na Argentina em 2001.

Em processo de grave crise econômica e política, a qual se agravava em 1999 com a crescente desconfiança por parte do mercado financeiro no sentido de que a situação argentina era insustentável, o auge da crise ocorreu em dezembro de 2001, quando o presidente Fernando de la Rúa renunciou, em razão dos protestos generalizados. Em uma sucessão presidencial turbulenta, o parlamentar Adolfo Rodríguez Saá assumiu a presidência e declarou a imediata suspensão da dívida argentina. Rodríguez Saá ficaria apenas sete dias como presidente da República, mas a medida foi ratificada pelo sucessor Eduardo Duhalde que permaneceria no poder até princípios de 2003. Em doze dias, entre os dias 21 de dezembro de 2001, data da renúncia de de la Rúa e a posse de Duhalde no dia 1º de janeiro de 2002, a Argentina teve cinco presidentes.³

³ KÄMMERER, Jörn Axel. Argentine Debt Crisis. In: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International*

Ao longo da presidência de Néstor Kirchner (2003-2007), a Argentina conseguiu renegociar grande parte da dívida – cerca de 70% a 80% dos créditos foram renegociados, por meio do pagamento por parte do governo argentino de pouco mais de 50% sobre o valor de face dos títulos da dívida. Em 2005, o governo Kirchner declarou o encerramento total da reestruturação da dívida.

Atualmente, cerca de 93% dos títulos da dívida foram renegociados; são os 7% remanescentes que são objeto de litígios nas cortes nacionais. A maior parte dos credores que não aceitaram os termos de negociação dos títulos da dívida são credores de “segunda mão”, ou seja, fundos de capitais que compraram os títulos muito abaixo do preço de face e que passaram a exigir o pagamento integral acrescido de juros.

Esses fundos são conhecidos como “fundos abutres”. Definir juridicamente o que seja um “fundo abutre” (*vulture fund*) não é tarefa fácil, mas Kenneth H. Fukuda dá uma conceituação ao afirmar que:

*A vulture fund is a fund or investment company that purchases debt claims as a secondary lender. This means that vulture funds are not primary lenders, but rather are entities that have purchased the debt from some other source, such as a bank. Generally, these funds purchase debt involving highly distressed countries. The sellers of these debts usually are more than willing to rid themselves of these debts because many of these debts may soon come into default or face restructuring negotiations. Thus, the vulture funds purchase this debt as it is about to be written off.*⁴

A consolidação dos chamados “fundos abutres” na economia internacional decorreu do fortalecimento do processo de desregulamentação na década de noventa e de seu impacto sobre os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Houve, de fato, uma reconfiguração das relações entre credores e devedores no que tange às dívidas públicas, que, até então, eram predominantemente concebidas como parte do próprio Estado e, portanto, protegidas por sua soberania.

Por um lado, os tradicionais bancos credores evitavam investidas legais para a cobrança de suas dívidas, vislumbrando que, em médio prazo, isso poderia assegurar a estabilidade nas negociações entre os Estados

Law. Oxford University Press, 2008, online edition. Disponível em: <www.mpepil.com>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁴ FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>. Acesso em: 30 abr. 2013.

devedores e tais instituições. Além disso, diversos bancos centrais se valeram de seu poder regulatório para, tempestivamente, prevenir processos de formação de “fundos abutres”.⁵

Dessa forma, a primeira mudança significativa que conferiu espaço a tais fundos correspondeu ao deslocamento da titularidade da dívida pública dos países para instituições não financeiras. Em termos econômicos, isso se deveu, sobretudo à reestruturação da dívida dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, iniciada no início da década de oitenta.

Essa reconfiguração transformou a essência dos débitos de empréstimos sindicalizados em títulos da dívida pública. Em outras palavras, a dívida decorrente dos empréstimos tomados pelos países deixou de ser um empréstimo cujos riscos e dividendos eram compartilhados por diversos credores, representados por instituições financeiras, e se converteu em títulos, livremente negociáveis no mercado de capitais, descentralizando, portanto, a titularidade do crédito dela decorrente.

Na América Latina, a mudança foi desencadeada pela crise econômica que se debateu sobre a região a partir de 1982, atingindo seu ápice no final da década. Os empréstimos tomados por países da região, em uma análise sintética, decorreram de iniciativas, nas décadas de 1960 e 1970, voltadas para programas de infraestrutura a serem desenvolvidos para a industrialização, notadamente no Brasil, Argentina, México, Peru e Venezuela:

*La crisis de deuda latinoamericana se gestó durante los años 70 como consecuencia de tres factores económicos: un exceso de aborro en países exportadores (de petróleo en aquel entonces) que se canalizaba hacia países con elevado nivel de crecimiento en América Latina. Unos bajos tipos de interés reales (negativos durante algunos años) que empujaban a esos países Latinoamericanos a endeudarse fuertemente. Una expectativa de que Latinoamérica continuaría creciendo a ritmos elevados durante las siguientes décadas.*⁶

Dessa forma, entre 1970 e 1978, a média de cres-

cimento da dívida ativa latino-americana era de 24% anuais, triplicando até 1982. Considerando o lapso compreendido entre 1975 e 1982, pode-se afirmar que os débitos com bancos comerciais cresceram a uma taxa média de 20,4%, levando a América Latina a quadruplicar sua dívida externa de 75 bilhões de dólares em 1975 para mais de 315 bilhões em 1983, ou, em outros termos, aproximadamente cinquenta por cento do Produto Interno Bruto (PIB) da região.

O agravamento das condições ocorreu com o aumento dos juros decorrentes da renegociação das dívidas, principalmente após a crise que assolou os Estados Unidos – origem da maioria dos bancos credores – e Europa no início dos anos oitenta. De fato, as duas crises do petróleo ocorridas na década passada (1973 e 1979) provocou efeitos drásticos sobre economias exportadoras de *commodities*, considerando-se, sobretudo, que os montantes da dívida eram estipulados em dólares.

À oscilação dessa moeda (sobre a qual os Estados devedores não possuíam qualquer controle), atrelou-se o fato de que as economias exportadoras de petróleo, enriquecidas com a elevação dos preços entre 1973 e 1974, investiram seu capital em bancos internacionais, que os converteram em empréstimo aos governos latino-americanos. Com a elevação das taxas de juros, notadamente após a década de oitenta, a renegociação das dívidas dificultou-se progressivamente, uma vez que, acompanhada pela crise global, gerou um paulatino engessamento das condições para o pagamento dos débitos do continente, incluindo os juros.

Conquanto algumas tentativas tenham se processado no âmbito das organizações internacionais oficiais, sobretudo nos programas *stand by* implementados pelo Fundo Monetário Internacional em todo o continente americano, a austeridade de políticas fiscais e a concessão de empréstimos pela instituição não foram suficientes para reverter a situação crítica na qual se encontravam os países latinos.

Assim, as instituições envolvidas concluíram que a atenuação das dívidas, com o controle das taxas de juros, seria necessária para evitar moratórias e garantir um novo adimplemento por parte dos países devedores. Em contrapartida, seria necessário aumentar a segurança dos credores, e se entendeu que a melhor alternativa era conferir negociabilidade àquelas.

⁵ FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁶ KRANZ, Daniel Fernandez. *La crisis de deuda Latinoamericana de los 80 y la crisis de deuda europea actual: ¿Qué lecciones se pueden extraer?* Disponível em: <<http://economy.blogs.ie.edu/archives/2012/10/la-crisis-de-deuda-latinoamericana-de-los-80-y-la-crisis-de-deuda-europea-actual-que-lecciones-se-pueden-extraer.php>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

Nesse âmbito, os Estados Unidos, em resposta à demanda de seus bancos e aos interesses econômicos na América Latina, projetaram, em março de 1989, o Plano Brady, buscando conter a desestruturação das dívidas externas:

In the late 1980s, U.S. Treasury Secretary Nicholas Brady sponsored a concerted debt reduction program—the Brady Plan. Countries that agreed to a new stabilization program sponsored by the IMF would become eligible for voluntary reduction of international bank debt. The U.S. Treasury allowed banks to offset future tax liabilities with loan write-offs. Countries could then exchange existing loans for so-called Brady Bonds and negotiate the menu that best suited their needs—a reduction in the principal of the loan, a lower interest rate, or an extension of the average loan maturity.⁷

O sistema criado por Nicholas Brady teve alguns resultados positivos, como, no caso do México – primeiro país a se submeter ao Plano em 1988 – a redução de 35 por cento na dívida bancária do setor público externo e a estabilização da taxa de câmbio, com a redução do risco-país.

No entanto, uma das medidas de maior relevância do Plano Brady consistiu na conversão dos empréstimos em títulos soberanos, de livre negociação. Como consequência, a transformação desses empréstimos bancários em títulos criou um verdadeiro mercado de negociação das dívidas soberanas, incorporando aos credores uma gama de investidores não banqueiros, com interesses divergentes.

Dessa forma, o crescimento de investidores distintos dos bancos gerou a concentração de grandes quantidades de títulos sob o poder de instituições não financeiras, dificultando ou mesmo eliminando o poder regulatório dos Estados e diminuindo a pressão até então existente dos bancos parceiros.

A combinação desses fatores teve como consequência a formação de fundos que concentravam grandes montantes da dívida pública em corporações internacionais. Tais credores, descompromissados com as perspectivas de manter negociações com os Estados devedores e isentos de pressões domésticas, ficavam livres para negar o refinanciamento e a flexibilização das condições de pagamento. Para isso, seria imprescindível a utilização de um mecanismo para garantir a liquidez dos títulos e o seu adimplemento. Nesse contexto, os Judiciários domésticos abriram precedentes para o enforcement judicial das dívidas.

⁷ ORTIZ, Guillermo. What Can the Developed World Learn from the Latin American Debt and Mexican Peso Crisis? *Business Economics*, v. 47, p. 2–13, 2012.

O primeiro caso de grande notabilidade ocorreu quando a Elliott Associates, uma das grandes credoras do Peru, negando-se a renegociar os títulos da dívida pública peruana, recorreu à Corte de Apelação de Bruxelas para impedir o pagamento de outros credores e aos tribunais americanos para executar os títulos que adquirira, em meados da década de noventa, por 11.4 milhões de dólares, e que equivaliam a 20 milhões do débito público externo peruano. Com a recusa do país em pagar de plano a dívida existente, a Elliott Associates processou o país, obtendo uma condenação em seu favor de 55.7 milhões de dólares, incluindo juros e custas processuais.⁸

Embora não tenham sido adquiridos no âmbito do Plano Brady, os títulos executados pela Elliott Associates e o procedimento por ela utilizado é considerado como o precursor dos fundos abutres. Utilizando-se do reconhecimento da cláusula *pari passu*, típica dos contratos que geram endividamento externo por proibir que um Estado pague a um credor à custa de outro, a Elliott Associates obteve a pressão judicial da qual necessitava para que o país efetivasse os pagamentos a ela devidos.

Pode-se concluir, portanto, que além da conjuntura econômica que permitiu a criação e o estabelecimento desses fundos, as cortes jurisdicionais detiveram um papel de suma importância na legitimação da exigibilidade da dívida.

4. A SUBMISSÃO DOS ESTADOS ÀS CORTES DOMÉSTICAS: RECONFIGURAÇÃO DOS CONTRATOS E DAS IMUNIDADES

Embora seja forte a doutrina que pugna pela internacionalização de contratos com o Estado, desde a decisão prolatada pela então Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no caso dos empréstimos dos sérvios a brasileiros, o debate se enfraqueceu, tendo em vista que se entendeu pela incapacidade de um particular (empresa de capital estrangeiro, *in casu*) figurar como sujeito de direito internacional.

⁸ Elliott Associates vs. Banco de la Nación, 194 F3d 363, 366-67 (2. cir. 1999). Court of Appeals of Brussels, 8th Chamber, Sept. 26, 2000. BOLTON, Patrick; SKEEL JÚNIOR., David. Redesigning the international lender of last resort. *Chicago Journal of International Law*, v. 6, n.1, p. 86, 2006.

Se, por um lado, os princípios clássicos da teoria geral dos contratos, tais como a autonomia da vontade e o do consenso entre as partes são mitigados pela existência de aspectos eminentemente subjetivos, como a defesa do interesse público e a autonomia legislativa detida por uma das partes (*ato de príncipe*), por outro, há uma fragilização dos Estados, característica da matéria de fundo de tais negócios jurídicos, normalmente concernente a investimentos estrangeiros ou desenvolvimento econômico que enfraquecem o argumento da soberania e do poderio do ente de direito público em relação à transnacional.

A partir desses aspectos, os juristas buscam a natureza dos contratos com o Estado, a fim de obter solução para o problema da lei aplicável a tais negócios jurídicos.

Conquanto a doutrina de Direito Internacional Público (DIP) dissinta quanto à existência do binômio direito interno-direito internacional, converge no sentido de conferir aos acordos internacionais a natureza de instituto de DIP, o que, na prática, determina sua equiparação às leis internas de alcance nacional, e ainda à necessidade de observância dos preceitos de DIP em sua integralidade em matéria de lei aplicável. Por seu turno, o Direito Internacional Privado abrange, de regra, a regulação dos contratos internacionais, ensejando, conseqüentemente, o domínio do direito doméstico nas questões de lei aplicável.

A *contrario sensu*, em matéria de contratos com o Estado, as teorias monistas dividem nacionalistas e internacionalistas, sendo aqueles os que buscam por um substrato no Direito Administrativo para inviabilizar a submissão do contrato ao direito internacional, em razão da existência de interesses coletivos a serem tutelados e da impossibilidade de se equiparar a empresa, particular, a um sujeito de DIP, conforme se explicitou. Partindo do mesmo substrato, os nacionalistas rechaçam a possibilidade de o Estado submeter-se tão somente a uma *lex contractus*, ignorando a legislação doméstica diretamente relacionada à tutela das aspirações coletivas.

Os monistas internacionalistas defendem, por seu turno, que a submissão do contrato a uma ordem jurídica internacional, que legitima a existência do próprio Estado, não implicaria a concessão de personalidade jurídica de direito internacional a um particular, mas assegurariam que o Estado fosse tratado como se particular fosse em razão de ele agir como ente privado. Por conseguinte, não se estaria equiparando um contrato a

um tratado, e seria assegurada, portanto, a conservação da imunidade de jurisdição ao país contratante. A teoria monista internacional estrutura-se, portanto, a partir da presunção de igualdade entre o Estado e o particular, quando partes de um mesmo negócio jurídico, bem como no caráter disponível dos bens envolvidos no pacto contratual.

Assim, os monistas do direito internacional dão pouca relevância à questão da lei aplicável, tendo em vista que a autonomia da vontade das partes, ainda quando reflete a opção pela legislação do Estado hospedeiro, está limitada por uma ordem jurídica de princípios de direito internacional, no contexto dos contratos com o Estado. Essa interpretação baseia-se essencialmente no fato de que, se os contratos possuem sempre uma dimensão internacional, esta prevalecerá sobre a lei doméstica nos mais diversos aspectos objetivos e subjetivos. A questão envolve o arbítrio dos contratantes que, ante a internacionalização compulsória das relações jurídicas com o Estado, possuem liberdade para pactuar se baseados nos axiomas gerais de boa-fé e do *pacta sunt servanda*.

A busca pela internacionalização ou desnacionalização dos contratos com o Estado, objetivando elidir a ingerência de tribunal nacional do país contratante ou de terceiro interessado frequentemente induz à busca pelo Direito Internacional Público como substrato de tais negociações, na medida em que se recorre a tribunais arbitrais ou cortes internacionais que utilizem seus preceitos. Ocorre, no entanto, que a ausência de *treaty making power* por parte das transnacionais marcou a dicotomia que persiste até então de que a não incidência das normas de DIP ensejariam obrigatoriamente a aplicação de um direito nacional ao contrato.

Robert Jennings sustentou a concepção de internacionalização dos contratos com o Estado a partir da teoria de Direito Internacional Privado, enfatizando que a conexão entre o contrato em si – como expressão de lei doméstica – e a ordem legal internacional pode se dar tanto subjetiva como objetivamente, a partir da ponte entre princípios de direito internacional e o direito aplicável ao contrato. Como exemplo, cita a possibilidade de o *pacta sunt servanda* ou a noção de direito adquirido invalidarem uma decisão dada com fulcro na lei doméstica:

The relationship between international law and municipal law must be regarded as a monist system and no longer can be explained on the basis of a dualist theory that international

*law and municipal law operate on different planes and never the twain shall meet.*⁹

Para o autor, independentemente de o contrato, em sua origem, estar regido, segundo a vontade das partes, pelo direito internacional ou doméstico, diante de uma lacuna no contrato deve ser aplicado aquele, de forma que a responsabilidade do Estado se equipará à do alienígena, podendo ser aplicado o sistema sancionador internacional; esclarece, posteriormente, que isso se dará apenas quando subsista elemento de negativa à justiça, expropriação ou ato que configure, perante o cenário internacional, passível de responsabilização do país.

Segundo o professor, é possível presumir, ainda, a intenção das partes em conferir dimensão internacional ao contrato a partir da previsão de cláusula de estabilização, de arbitragem ou de cláusula de escolha da lei, independentemente da lei aplicável originariamente à relação jurídica.

A maior crítica à concepção monista do contrato com o Estado consiste no elevado grau de subjetivismo em se identificar o objetivo de internacionalização por parte dos contratantes. Ademais, a aplicação absoluta do *pacta sunt servanda* ou dos direitos adquiridos no atual contexto dos contratos com o Estado é atualmente questionada, principalmente em face do princípio fundamental do direito internacional contemporâneo atinente à soberania permanente dos Estados em questões como recursos naturais. Dessarte, o tradicional e mais utilizado argumento dos monistas internacionalistas para defendê-la como a natureza dos contratos com o Estado, qual seja, que repousam no *pacta sunt servanda* e na teoria dos direitos adquiridos, é crescentemente questionado por parte da doutrina moderna, que vem concebendo essa construção como uma conveniência extralegal para a tutela dos direitos individuais:

*We are driven to the conclusion that the term 'vest right' [...] is one of convenience and not of definition. It cannot mean more than a property interest, the infringement of which would shock society's sense of justice. For the idea of a 'vested right' is less legal than political and sociological. The traditions, mores, and instincts of a community determine it.*¹⁰

Por outro lado, no escopo de tutelar a soberania estatal, instituiu-se a prerrogativa de ele apenas dever

se submeter ao Judiciário de sua própria estrutura de poder, na existência de uma lide a ser dirimida, e, nesse âmbito, constituiu-se o regime das imunidades de jurisdição da qual o Estado e algumas de suas autoridades se beneficia, em decorrência de sua soberania.

A questão neste ponto toca o tema da imunidade de jurisdição. A teoria da imunidade de jurisdição absoluta (*The King can do no wrong*), como visto no item anterior, passou a ser relativizada, mormente a partir da década de 1970, seja a partir da aprovação de atos internacionais com a Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado (1972), seja a partir da adoção de leis nacionais com a *Foreign Sovereignty Act*, lei norte-americana de 1976, e a *State Immunity Act*, lei britânica de 1978.¹¹

Nesse ponto, começou-se a estabelecer a distinção entre os “atos de império” (*jure imperii*) e os “atos de gestão” (*jure gestionis*), ou seja, em caso de atos de império, eles continuariam absolutamente imunes, já que o Estado estaria exercendo uma função pública; ao contrário, dos atos de gestão, em que o Estado atuaria como um ente privado e, portanto, sujeito à jurisdição do Estado onde praticou esses atos.¹²

Sendo a regra predominante nas legislações internas, a tendência por se relativizá-la no que tange aos atos de gestão (*jure gestionis*), esbarra nos casuísmos que envolvem a concepção do que seriam atos de atividade comercial de acordo com a ideia de governo que se adote e com a extensão conferida ao conceito de “natureza comercial” e de finalidade pública do ato administrativo.¹³

A fim de delimitar a discricionariedade da doutrina e jurisprudência em dispor da possibilidade de determinado Estado submeter-se a outras jurisdições, é que alguns tribunais nacionais, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, vêm ampliando o substrato que admite a imunidade relativa apenas no costume internacional, para, segundo Sturzenegger, seguir a tendência de consolidação do debate no âmbito normativo, seja em convenções internacionais, e.g., a Convenção Europeia sobre Imunidade dos Estados de 1972, seja nos ordenamentos jurídicos domésticos, como os Estados Unidos

¹¹ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 130.

¹² SOARES, Guido. Imunidade de jurisdição: evolução e tendências. *Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 19, 2000. p. 15-16.

¹³ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Maria Carmen. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 395.

⁹ Apud MANIRUZZAMAN, A. F. M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 309-328, 2001.

¹⁰ Apud MANIRUZZAMAN, A. F. M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 309-328, 2001.

da América (*Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976), o Reino Unido (*State Immunity Act* de 1978), a Austrália (*Foreign Act* de 1985), Cingapura (*State Immunity Act* de 1979), a República da África do Sul (*Foreign States Immunities Act* de 1981) e o Paquistão (*State Immunity Act* de 1981). Consoante afirma o mesmo autor, a renúncia à imunidade deve estar autorizada na Constituição nacional, já que constitui abdicação de uma prerrogativa internacionalmente conferida.¹⁴

A presença e importância desses atos legislativos internos ao lado de instrumentos de direito internacional é uma das características marcantes do instituto da imunidade internacional. Como enfatiza Burkhard Hess, “[...] *it is the special feature of State immunity that it is at the point of intersection of international law and national procedural law*”¹⁵. No entanto, como agrega Hazel Fox, “[...] *this interaction complicates the law relating to State immunity and creates considerable tensions*”¹⁶.

Assim, o entendimento que tem prevalecido é o de que os limites à definição da soberania devem estar vinculados à legislação. Ocorre, todavia, que no âmbito dos Contratos com o Estado envolvendo a obtenção de empréstimos internacionais, os Legislativos e tribunais nacionais não acompanharam a transição do regime de titularidade e exequibilidade das dívidas públicas externas, no que tange à rediscussão sobre a essência de tais negócios jurídicos.

A renegociação dos débitos públicos na década de noventa evidenciou o antes nebuloso caráter comercial dos contratos internacionais de empréstimo. Conferindo liquidez aos títulos por meio da circularidade, os agentes financeiros permitiram que os titulares da dívida dispusessem de forma mais livre dos créditos adquiridos, estabelecendo novas relações jurídicas a partir de sua circulação no mercado de capitais.

No âmbito dos contratos, essa reestruturação foi conferida principalmente pela inserção da cláusula *pari passu* quando da conversão dos títulos pelo Plano Brady e da aquisição por novos credores:

*Pari passu clauses require that all creditors be treated equally. Accordingly, a prominent Brussels court has held that pari passu clauses forbid states from paying only the restructured portion without paying the vultures as well. Therefore, if there is not enough money to go around, all creditors receive a pro-rata share and debtors are not allowed to pay off one creditor in full while leaving others unpaid. Because these clauses contractually prohibit a state from paying off one creditor before other holdouts, these clauses can act as a “large hammer” in the hands of holdout creditors. This has the effect of either forcing states to appeal court decisions that stop the restructuring because of the pari passu clause, or pay up in a settlement agreement with the vulture fund so that debt restructuring can take place.*¹⁷

Assim, com a inclusão de um dispositivo contratual que vinculasse os Estados devedores a um determinado regime de solvência, os tribunais nacionais tinham substrato para eliminar quaisquer distinções e peculiaridades que porventura adviessem de o contrato envolver pessoa jurídica de direito público.

As instituições credoras passaram a buscar o reconhecimento do descumprimento da cláusula perante as cortes de Justiça das quais eram nacionais e, em um segundo momento, obtêm a homologação da dívida advinda do inadimplemento contratual em si.

Afastando a essência administrativa ou a concepção de que eventual apreciação da lide, por sua matéria, ofenderia a soberania do país envolvido, os titulares dos fundos abutres logram êxito em submeter as contendas a cortes liberais como as americanas, seja porque os contratos preveem cláusula de eleição de foro que as elejam, seja em razão de que muitos deles foram assinados em territórios estrangeiros, muitos deles, nos Estados Unidos.

E esse fato foi decisivo na decisão do juiz Thomas P. Griesa favorável aos fundos abutres, quando expôs que:

2. It is DECLARED, ADJUDGED, and DECREED that the Republic is required under Paragraph 1(c) of the FAA at all times to rank its payment obligations pursuant to NML’s Bonds at least equally with all the Republic’s other present and future unsecured and unsubordinated External Indebtedness.

3. It is DECLARED, ADJUDGED, and DECREED that the Republic’s payment obligations on the bonds include its payment obligations to bondholders who have brought actions to recover on their defaulted bonds, and on judgments entered pursuant to judicial action brought by bondholders. [...]

¹⁴ STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de Bancos Centrais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 174, p. 18-43, jan./jun. 1988.

¹⁵ HESS, Burkhard. The International Law Commission’s Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property. *European Journal of International Law*, v. 4, p. 269-282, 1993.

¹⁶ FOX, Hazel. *The Law of State Immunity*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 1.

¹⁷ FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

5. It is DECLARED, ADJUDGED, and DECREED that the Republic lowered the rank of NML's bonds in violation of Paragraph 1(c) of the FAA when it made payments currently due under the Exchange Bonds, while persisting in its refusal to satisfy its payment obligations currently due under NML's Bonds.¹⁸

O parágrafo 1(c) do *Fiscal Agency Agreement* (FAA) é a cláusula *pari passu* mencionada acima e reconhecida sua aplicabilidade pelo juiz distrital norte americano. Nos termos deste parágrafo:

The Securities will constitute . . . direct, unconditional, unsecured and unsubordinated obligations of the Republic and shall at all times rank pari passu and without any preference among themselves. The payment obligations of the Republic under the Securities shall at all times rank at least equally with all its other present and future unsecured and unsubordinated External Indebtedness (as defined in this Agreement).

Em seguida, a fim de obter a exequibilidade das sentenças proferidas favoravelmente, os litigantes credores buscam jurisdições sobre as quais o país devedor possua bens, apresentando o julgado estrangeiro para homologação ou cumprimento. Um exemplo foi o caso argentino ora em análise, em que a Suprema Corte do Reino Unido, após longa controvérsia, reconheceu a sentença prolatada no caso *NML Capital Ltd. vs. Argentina*.

Essa posição é bem resumida no seguinte trecho da decisão da Suprema Corte britânica:

128. *The New York judgment was on any view a "related judgment." Argentina agreed that it could be enforced in any other courts "to the jurisdiction of which the Republic is or may be subject." This was the clearest possible waiver of immunity because Argentina was or might be subject to the jurisdiction of the English court since the English court had a discretion to exercise jurisdiction in an action on the New York judgment by virtue of CPR 6.20(9) (now CPR PD6B, para 3.1(10)).[...]*

130. *Again England is a jurisdiction in which an action "may ... be brought" to enforce the New York judgment and Argentina agreed not to claim any immunity in that jurisdiction. The contrary conclusion of the Court of Appeal is not readily explicable.*¹⁹

Embora tanto os Estados Unidos quanto a Inglaterra possuam atos de reconhecimento da soberania estatal, a lacuna deixada pela indeterminação do conceito de "transação comercial", tida como exceção a essa imuni-

dade, permitiu o processamento do caso argentino em ambas as cortes:

In general terms, a foreign State is immune from proceedings before the English courts by virtue of section 1 of the State Immunity Act 1978 ("SLA").⁸ However, there are a number of exceptions to this general rule and, in harmony with §1605(a)(2) of the United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976,⁹ in the SLA, a State is subject to "proceedings relating to...a commercial transaction entered into by a State". For these purposes, "commercial transaction" includes "any loan or other transaction for the provision of finance". These provisions reflect the so-called restrictive doctrine of State immunity under which a foreign State is immune in respect of official or governmental acts, but can be sued in respect of trade, commercial or financial activities.²⁰

As implicações políticas ensejadas pelo fortalecimento dos fundos abutres têm, contudo, estimulado a tentativa de legislações restritivas à atividade. Primeiramente, os fundos impedem a renegociação dos débitos e a busca de soluções que não mitiguem a ingerência dos Estados sobre seus orçamentos. Além disso, em razão de as dívidas mais significativas serem oriundas de países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos, a execução compulsória dos montantes devidos agrava a sua situação econômica e aumenta a discrepância dessas economias em relação ao Sistema Multilateral de Comércio.

As tentativas possuem, entretanto, poucas concretizações. Até fevereiro de 2013, apenas o Reino Unido e a Ilha de Man tinham legislações combativas dos fundos abutres, legitimando investigações e obstando os litígios de companhias que se utilizam da compra de dívidas dos países para posteriormente executá-las judicialmente e impedir sua renegociação. Em razão das pressões internacionais, sobretudo após um caso paradigmático que envolveu a investidora americana GTL e a República Democrática do Congo, condenando o país ao pagamento de 100 milhões de dólares em dívidas, a Ilha de Jersey, em março de 2013, conferiu vigência a uma legislação no mesmo sentido.

Na verdade, a apreensão do navio argentino no porto de Tema é apenas mais uma tentativa desses fundos *hedge* sobre o patrimônio e os ativos da Argentina no exterior, certamente o de maior repercussão internacional.

No entanto, o sinal amarelo para o governo argentino já estava aceso pelo menos desde 2007, quando esses fundos tinham a informação de que o avião presidencial

¹⁸ UNITED STATES DISTRICT COURT. *NML Capital Ltd (Plaintiff) against Republic of Argentina (Defendant)*. Order December 7, 2011. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf>. Acesso em: 11 maio. 2013.

¹⁹ THE SUPREME COURT. *Judgment: NML Capital Limited (Appellant) v. Republic of Argentina (Respondent)*. Judgment given on 6 July 2011. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf>. Acesso em: 11 maio. 2013.

²⁰ PROCTOR, Charles. Argentina and the vulture funds: no hiding place? *Banking & Finance Law Review*, v. 27, n. 4, 2012. p. 737.

Tango 01, um Boeing 757/200, voaria para os Estados Unidos para uma revisão periódica de manutenção e treinamento de tripulação. Um grupo de portadores de títulos movia-se no sentido de ingressar com uma ação na justiça norte-americana, solicitando a apreensão da aeronave e do dinheiro que os pilotos trariam para o reabastecimento. O governo Kirchner foi, no entanto, alertado da tentativa e cancelou a viagem. Em seguida, contra-atacou obtendo que um juiz da Califórnia declarasse que o avião presidencial tinha imunidade de jurisdição.²¹

Nova tentativa deu-se quando a Argentina foi o país homenageado na Feira do Livro de Frankfurt de 2009. Com os rumores de que bens e ativos poderiam ser apreendidos, o governo registrou o estande do país sob uma empresa privada ao invés do próprio Estado, além disso, a exposição de arte sugerida pelos curadores alemães também foi cancelada por causa do temor de que as obras fossem apreendidas. Um ano depois, a viagem do *Tango 01* à Alemanha foi também cancelada pela mesma razão. Depois da controvérsia com a fragata *Libertad*, o governo da presidenta Fernandez de Kirchner decidiu que passará a alugar um avião britânico para evitar qualquer risco de apreensão da aeronave presidencial.²² O assédio da NML Capital Ltd. seguirá e o governo argentino quer evitar novo embarço judicial.

5. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DO MAR

Como visto, o governo argentino buscou em várias frentes, políticas e jurídicas, liberar a fragata *Libertad* retida no porto de Tema. Na esfera jurídica internacional, a Argentina optou pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), como meio de solução da controvérsia internacional, considerando que os dois países são signatários da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), assinada em 1982 e em vigor internacional desde 1994.

²¹ FONTEVECCHIA, Agustino. *The real story of how a hedge fund detained a vessel in Ghana and even went for Argentina's "Air Force One"*. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/afontevetchia/2012/10/05/the-real-story-behind-the-argentine-vessel-in-ghana-and-how-hedge-funds-tried-to-seize-the-presidential-plane>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

²² BBC. *Argentina alquila avión británico para evitar embargo de aeronave presidencial*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/01/130107_ultnot_argentina_avion_rg.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2013.

O TIDM, com sede na cidade hanseática de Hamburgo, em funcionamento desde 1996, é um órgão judiciário especializado criado para solucionar disputas referentes à interpretação e aplicação da CNUDM, além de emitir pareceres consultivos. O tribunal do mar é composto por 21 membros independentes, de reconhecida competência em matéria de direito mar, representando os principais sistemas jurídicos do mundo e obedecendo a uma distribuição geográfica equitativa. Em princípio, a jurisdição do tribunal pode incluir qualquer controvérsia relativa ao direito do mar. No entanto, sua jurisdição está sujeita a certos limites e exceções optativas, dispostas nos artigos 297 e 298 da CNUDM. Em dois casos, o TIDM tem jurisdição compulsória: na solicitação de medidas provisórias previstas no artigo 290 e na hipótese de pedido de pronta libertação das embarcações e das suas tripulações, conforme o artigo 292.²³

A Parte XV da CNUDM dedica-se à solução pacífica das controvérsias. Essa parte divide-se em três seções, que criaram a moldura jurídica para a solução das disputas sob a CNUDM: a primeira seção traz as disposições gerais, a segunda versa sobre os procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias e a terceira trata dos limites e exceções à jurisdição dos órgãos específicos de resolução de disputas.

O fator mais interessante em termos de solução de controvérsias foi que a CNUDM trouxe um sistema compulsório que foi além de simplesmente prescrever os métodos de solução de controvérsias, como o artigo 33 da Carta das Nações Unidas. Terminou por estabelecer um sistema complexo amparado na Corte Internacional de Justiça (CIJ), mas também desenvolvendo novas instituições como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, um tribunal arbitral nos termos do Anexo VII e um tribunal arbitral especial nos termos do Anexo VIII.²⁴

O primeiro passo pela Argentina no TIDM foi dado em 30 de outubro ao notificar o governo de Gana do início dos procedimentos para a solução arbitral da controvérsia entre os dois países. A notificação, prevista no artigo 1º do Anexo VII da CNUDM, foi acompa-

²³ TUERK, Helmut. *The contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law*. In: HONG, Seoung-Yong; VAN DYKE, Jon M. *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 255.

²⁴ ROTHWELL, Donald. *The International Tribunal for the Law of the Sea and Marine Environmental Protection: Expanding the Horizons of International Oceans Governance*. *Ocean Yearbook*, v. 17, 2003. p. 26.

nhada de uma exposição da pretensão e dos motivos que a fundamentavam, além do pedido de liberação da embarcação dentro do prazo máximo de duas semanas previsto no artigo 290(5) da CNUDM.

Decorrido esse prazo, em 14 de novembro de 2012 e ainda pendente a constituição do tribunal arbitral nos termos do Anexo VII, a Argentina submeteu ao TIDM um pedido de medidas provisórias. Dessa maneira, uma das primeiras e centrais questões que deveriam ser enfrentadas era se nesse caso concreto o TIDM tinha jurisdição sobre a disputa. Nos termos do artigo 288(1) da CNUDM: “A corte ou tribunal a que se refere o artigo 287 [escolha do procedimento de solução da controvérsia] tem jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que lhe seja submetida de conformidade com a presente parte”.

Para o governo argentino, a apreensão da fragata *Libertad* feria quatro artigos da CNUDM: 18(1)(b), 32, 87(1)(a) e 90.

Nos termos do artigo 18(1)(b), passagem inocente significa a navegação pelo mar territorial com o fim de “[...] dirigir-se para as águas interiores ou delas sair ou fazer escala num desses ancoradouros ou instalações portuárias”. Para a Argentina, a retenção da embarcação no porto feriria o direito de passagem inocente. O artigo 87 versa sobre as liberdades do alto mar; para o governo argentino, a retenção da fragata feriria uma dessas liberdades garantidas pelo artigo: a liberdade de navegação (parágrafo 1º, alínea *a*). Já o artigo 90 em sintonia com o anterior, dispõe que “[...] todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral, têm o direito de fazer navegar no alto mar navios que arvoem a sua bandeira”.

Já para o governo ganês, o artigo 18(1) da CNUDM define “passagem” como navegação nas águas territoriais sem penetrar nas águas interiores do Estado costeiro ou com o propósito de entrar ou sair das águas interiores e que, portanto, não se aplicaria ao caso, visto que “[...] a fragata não se encontra no mar territorial de Gana”. Ainda de acordo com a argumentação do país africano, tampouco se aplicariam os artigos 87 e 90 da CNUDM, já que ambos versam sobre a liberdade do alto mar e a navegação em alto mar, respectivamente. Nessa mesma linha, Gana arguiu que o artigo 32 da CNUDM refere-se a imunidades dos navios de guerra no mar territorial e não menciona essas imunidades quando nas águas interiores e que, por isso, o regime

dos portos e das águas interiores foi excluído da CNUDM, ou seja, o Estado costeiro gozaria de soberania plena nessas águas e que todo navio estrangeiro presente nas águas interiores está submetido aos poderes legislativo, administrativo, judicial e jurisdicional do Estado costeiro (§§53 a 56 da Ordem do TIDM.²⁵)

A corte rejeitou três dos quatro argumentos suscitados pela Argentina, isto é, os artigos 18(1), 87(1)(a) e 90. No entanto, reconheceu a controvérsia em torno do artigo 32 da CNUDM.

Nos termos deste artigo:

Artigo 32

Imunidades dos navios de guerra e de outros navios de Estado utilizados para fins não comerciais.

Com as exceções previstas na subseção A e nos artigos 30 e 31, nenhuma disposição da presente Convenção afetará as imunidades dos navios de guerra e outros navios de Estado utilizados para fins não comerciais.

Dessa forma, o TIDM adotou o entendimento de que havia uma disputa sobre a interpretação e o alcance deste artigo, ao afirmar que:

*Considering that, in the light of the positions of the Parties, a difference of opinions exists between them as to the applicability of article 32 and thus the Tribunal is of the view that a dispute appears to exist between the Parties concerning the interpretation or application of the Convention (§65).*²⁶

Mais recentemente, em 2 de dezembro de 2004, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou (Resolução A/59/38) a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros e seus Bens. Até o momento, a Convenção, que ainda não está em vigor internacionalmente, foi assinada por apenas 28 Estados, sendo que apenas 13 depositaram o instrumento de ratificação, precisando de outras 17 ratificações para sua entrada em vigor.²⁷ Mesmo que

²⁵ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The “ARA Libertad” Case (Argentina vs. Ghana)*, Order. Disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

²⁶ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The “ARA Libertad” Case (Argentina vs. Ghana)*, Order. Disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

²⁷ UNITED NATIONS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-

pendente essa condição, a Convenção de 2004 reflete um amplo processo de codificação do direito consuetudinário sobre a matéria. Os dois primeiros parágrafos do artigo 16 deixam clara a condição especial que tem os navios de guerra junto à jurisdição do Estado estrangeiro:

Article 16

Ships owned or operated by a State

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.

Portanto, o TIDM reconheceu a controvérsia sobre a interpretação e aplicação do artigo 32 da CNUDM e dessa maneira sua capacidade jurisdicional sobre o caso. Assim, a corte internacional do mar passou a considerar a possibilidade de emitir medidas provisórias no âmbito do artigo 290 da CNUDM.

Nos termos do parágrafo 5º deste artigo, o TIDM pode decretar, modificar ou revogar medidas provisórias nos termos desse artigo, se considerar, *prima facie*, que o tribunal arbitral a ser constituído nos termos do Anexo VII teria jurisdição e que a urgência da situação assim o requer. Além disso, o parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal dispõe que o tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias, para preservar os respectivos direitos das partes na controvérsia ou impedir danos graves ao meio marinho até a decisão final (§§73 e 74 da Ordem do TIDM.²⁸)

Outro ponto que os membros do TIDM tiveram que enfrentar referia-se à condição de navio de guerra da fragata *Libertad*. O artigo 29 da CNUDM define navios de guerra da seguinte forma:

Para efeitos da presente Convenção, “navio de guerra” significa qualquer navio pertencente às

forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar.

É indiscutível que os navios militares representam uma das maiores expressões da soberania estatal e que os mesmos desfrutam de imunidade de soberania, inclusive dentro das águas interiores de outro Estado. Fato reconhecido pelo tribunal, mormente no §98 da Ordem, abaixo citado.

Sobre esse último aspecto, o *status* de navio militar ou comercial da fragata *Libertad*, vale mencionar também uma “batalha midiática” criada em torno da condição do navio. O fato ocorreu quando dois jornalistas ganeses noticiaram que a condição de navio militar da fragata era “palpable false and a grand scheme to outsmart the Ghanaian government”. Segundo os dois jornalistas, a Organização Marítima Internacional (IMO) – uma agência especializada das Nações Unidas – tinha registrado o navio sob o número IMO 6125398 como uma embarcação comercial, contrariamente ao afirmado pelas autoridades argentinas, e que, portanto, não gozava da alegada imunidade de jurisdição.²⁹ A notícia foi, no entanto, desmentida pela embaixadora argentina acreditada junto ao governo britânico e a IMO, segundo a qual, a organização internacional certificou que o *Libertad* é um navio militar e que nunca concedeu o referido número a esta ou a qualquer outra embarcação.³⁰

A urgência do pedido argentino foi reconhecida pelo tribunal especialmente com base no incidente do dia 7 de novembro quando a Autoridade Portuária de Tema quis mover a fragata para outro ponto do porto, tentando mesmo ingressar à força no navio argentino.

Para o TIDM,

98. Considering that actions taken by the Ghanaian authorities that prevent the ARA Libertad, a warship belonging to the Argentine Navy, from discharging its mission and duties affect the immunity enjoyed by this warship under general international law;

13&chapter=3&lang=en>. Acesso em: 30 abr. 2013.

²⁸ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The “ARA Libertad” Case (Argentina vs. Ghana), Order*. Disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

²⁹ SMITH, Kojo; KWESI, Paa. *Exposed: Argentine Frigate Libertad is not a military vessel*. Disponível em: <<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=257971>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

³⁰ TERRA. *La OMI confirmó que fragata Libertad es un buque militar e inembargable*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.ar/politica/la-omi-confirmando-que-fragata-libertad-es-un-buque-militar-e-inembargable,0d614d295624b310VgnCLD200000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

99. Considering that attempts by the Ghanaian authorities on 7 November 2012 to board the warship ARA Libertad and to move it by force to another berth without authorization by its Commander and the possibility that such actions may be repeated, demonstrate the gravity of the situation and underline the urgent need for measures pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal;

100. Considering that, under the circumstances of the present case, pursuant to article 290, paragraph 5, of the Convention, the urgency of the situation requires the prescription by the Tribunal of provisional measures that will ensure full compliance with the applicable rules of international law, thus preserving the respective rights of the Parties;

Desse modo, de maneira unânime – inclusive do juiz *ad hoc* indicado pelo governo de Gana Thomas A. Mensah – o TIDM emitiu as medidas provisórias previstas no artigo 290, parágrafo 5º, da CNUDM, no sentido de que a fragata fosse liberada de forma imediata e incondicional, bem como estabelecendo o reabastecimento para a partida.

A decisão do TIDM foi, obviamente, celebrada pelo governo argentino. Em nota oficial emitida pelo Ministério de Relaciones Exteriores y Culto:

[L]a decisión del Tribunal del Mar de las Naciones Unidas es un respaldo absoluto al pueblo y al gobierno argentino en su defensa contra los ataques ilegales de los fondos buitre.

Seguimos sosteniendo, como dijimos desde un principio, que nuestra posición no representaba un conflicto con Ghana ni con su pueblo.

También en Ghana hay quienes defienden lo indefendible. Pero también dijimos, y lo reiteramos, que son los Estados quienes deben respetar el derecho y los tratados internacionales.

Sabiendo que América Latina y África son las principales víctimas de los fondos buitre trabajaremos junto a nuestros aliados africanos para defender a nuestros pueblos de las acciones deleznable de supuestos financistas que, desde sus guaridas fiscales, operan como verdaderos piratas del siglo XXI.³¹

Do outro lado, o fundo NML Capital Limited, demonstrando indiferença ao julgado do órgão internacional, desqualificou a decisão do TIDM, afirmando que: “*Solamente los tribunales ghaneanos tienen jurisdicción sobre esta disputa, y es ahí donde este tema ha sido y continuará siendo dirimido [...] Es completamente inapropiado que el TIDM intente interferir con los procesos del poder judicial en Ghana*”. Para o fundo, o governo argentino tem condições financeiras de honrar os títulos da dívida, mas simplesmente se recusa a fazer.³²

³¹ ARGENTINA. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, *Información para la Prensa n. 408/12*, 15 de diciembre 2012. Disponível em: <<http://www.mrecic.gov.ar/es/la-fragata-libertad-ha-sido-liberada>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

³² M24Digital. *Fragata Libertad: el fondo inversor NML descalificó la sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Dis-

6. CONCLUSÃO

A análise do caso argentino traz várias reflexões acerca da maneira como a reconfiguração das dívidas públicas tem se refletido diretamente em novos desafios do direito internacional.

Foi possível observar que a discussão sobre os limites da soberania estatal e do reconhecimento das prerrogativas de imunidade dos países, notadamente em questões envolvendo atos comerciais, permanece controversa.

Em razão disso, os Judiciários nacionais e as omissões legislativas vêm corroborando a flexibilização de garantias dos Estados quanto à submissão a tribunais estrangeiros e à execução de bens.

O recrudescimento dos chamados “fundos abutres” tem, nesse contexto, perpetuado a legitimação da redução das capacidades estatais, dificultando a renegociação das dívidas e mitigando o poder regulatório de economias menos desenvolvidas e em desenvolvimento.

Por outro lado, no caso concreto analisado, foi possível observar que a Argentina, tendo parte dos títulos de sua dívida pública sob o controle da NML Capital Ltd., sofreu as consequências do reconhecimento de que as operações de renegociação de suas dívidas se enquadravam na indeterminada exceção ao reconhecimento das soberanias estatais nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e do Reino Unido.

A interpretação no sentido de que a reconfiguração dos débitos públicos externos se trataria de operações comerciais permitiu não apenas a condenação da Argentina ao pagamento da totalidade de sua dívida não renegociada, juntamente com juros e custas processuais, mas também abriu um precedente quanto à própria executoriedade das sentenças condenatórias de obrigações de pagar, proferidas por cortes nacionais.

Nesse contexto, o caso fragata *Libertad* apresentou mais uma peculiaridade que, em médio prazo, pode representar uma alternativa à desregulação por parte das legislações domésticas. A intervenção do Tribunal Internacional do Mar refletiu a possibilidade de que organizações internacionais venham a suprir as lacunas dei-

ponível em: <<http://m24digital.com/2012/12/16/fragata-libertad-el-fondo-inversor-nml-descalifico-la-sentencia-del-tribunal-internacional-del-derecho-del-mar/>>. Acesso: 30 abr. 2013.

xadas pelas discrepâncias entre ordenamentos jurídicos nacionais distintos, bem como reduzir os efeitos que a política e a economia exercem sobre a flexibilização dos direitos de países menos desenvolvidos.

Dessa forma, trazendo esses pontos diversos à baila, o presente artigo buscou problematizar um desafio à política, à economia e ao direito internacional, que, embora surgido há mais de trinta anos, reconfigura-se e traz novas dimensões à soberania e ao direito ao desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, *Información para la Prensa n. 408/12*, 15 de diciembre 2012. Disponível em: <<http://www.mrecic.gov.ar/es/la-fragata-libertad-ha-sido-liberada>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- BBC. *Argentina alquila avión británico para evitar embargo de aeronave presidencial*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/01/130107_ultnot_argentina_avion_rg.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- BOLTON, Patrick; SKEEL JR., David. Redesigning the international lender of last resort. *Chicago Journal of International Law*, v. 6, n.1, p. 177-222, 2006.
- DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Maria Carmen. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FONTEVECCHIA, Agustino. *The real story of how a hedge fund detained a vessel in Ghana and even went for Argentina's "Air Force One"*. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/afontevicchia/2012/10/05/the-real-story-behind-the-argentine-vessel-in-ghana-and-how-hedge-funds-tried-to-seize-the-presidential-plane>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- FOX, Hazel. *The Law of State Immunity*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- HESS, Burkhard. The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property. *European Journal of International Law*, v. 4, p. 269-282, 1993.
- INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The "ARA Libertad" Case (Argentina vs. Ghana)*, Order. Disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- KÄMMERER, Jörn Axel. Argentine Debt Crisis. In: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition. Disponível em: <www.mpepil.com>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- KRANZ, Daniel Fernandez. *La crisis de deuda Latinoamericana de los 80 y la crisis de deuda europea actual: ¿Qué lecciones se pueden extraer?* Disponível em: <<http://economy.blogs.ie.edu/archives/2012/10/la-crisis-de-deuda-latinoamericana-de-los-80-y-la-crisis-de-deuda-europea-actual-que-lecciones-se-pueden-extraer.php>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 309-328, 2001.
- M24Digital. *Fragata Libertad: el fondo inversor NML descalificó la sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Disponível em: <<http://m24digital.com/2012/12/16/fragata-libertad-el-fondo-inversor-nml-descalifico-la-sentencia-del-tribunal-internacional-del-derecho-del-mar/>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- ORTIZ, Guillermo. What Can the Developed World Learn from the Latin American Debt and Mexican Peso Crisis? *Business Economics*, v. 47, p. 2-13, 2012.
- PROCTOR, Charles. Argentina and the vulture funds: no hiding place? *Banking & Finance Law Review*, v. 27, n. 4, p. 735-742, 2012.
- ROTHWELL, Donald. The International Tribunal for the Law of the Sea and Marine Environmental Protection: Expanding the Horizons of International Oceans Governance. *Ocean Yearbook*, v. 17, p. 26-55, 2003.
- SMITH, Kojo; KWESI, Paa. *Exposed: Argentine Frigate Libertad is not a military vessel*. Disponível em: <<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=257971>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de Bancos Centrais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 174, p. 18-43, jan./jun. 1988.

SOARES, Guido. *Imunidade de jurisdição: evolução e tendências*. *Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 19, p. 10-17, 2000.

TERRA. *La OMI confirmó que fragata Libertad es un buque militar e inembargable*. Disponível em: < <http://noticias.terra.com.ar/politica/la-omi-confirmo-que-fragata-libertad-es-un-buque-militar-e-inembargable,0d614d295624b310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

TUERK, Helmut. The contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law. In: HONG, Seoung-Yong; VAN DYKE, Jon M. *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 253-275.

UNITED NATIONS. United Nations Convention on Jurisdictional *Immunities of States and Their Property*. Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en>. Acesso em: 30 abr. 2013.

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