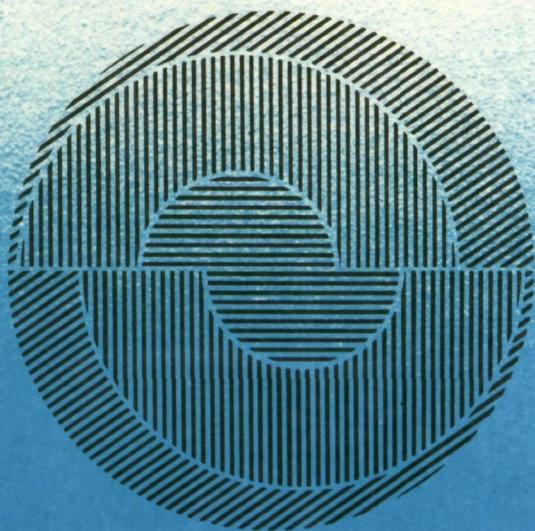


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO
ANO 19 • NÚMERO 76

A imunidade jurisdicional dos Estados

JACOB DOLINGER

Professor de Direito Internacional Pri-
vado na Universidade do Estado do
Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO
 - 1.1. *A temática.* 1.2. *O fundamento jurídico.* 1.3. *A extensão da imunidade estatal.* 1.4. *Evolução restritiva.* 1.5. *Renúncia do Estado à imunidade.* 1.6. *A distinção entre acta jure imperii e acta jure gestionis.* 1.7. *O papel da jurisprudência.* 1.8. *As Resoluções do Instituto de Direito Internacional e da Harvard Law School.* 1.9. *Empréstimos públicos.*
2. FONTES MODERNAS
 - 2.1. *A Convenção Européia sobre Imunidade Estatal.*
 - 2.2. *A lei britânica.* 2.3. *Antecedentes jurisprudenciais britânicos.* 2.4. *A lei americana.* 2.5. *A Tate Letter.* 2.6. *Imunidade de execução.* 2.7. *Contratos petrolíferos.* 2.8. *Recurso a arbitramento.*
3. O ESTADO ESTRANGEIRO PERANTE A JUSTIÇA BRASILEIRA
 - 3.1. *Doutrina.* 3.2. *Jurisprudência.* 3.3. *Nossa posição.*
4. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO BRASIL NO EXTERIOR
 - 4.1. *Introdução.* 4.2. *Legislação brasileira sobre empréstimos públicos externos.* 4.3. *Legislação sobre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico.* 4.4. *Empréstimos públicos contraídos no exterior.* 4.5. *Conclusão.*

1. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO

1.1. A temática

A questão da competência dos tribunais nacionais para julgar um Estado estrangeiro tem suscitado grande interesse da doutrina e ocupado a jurisprudência de muitos países, em virtude da crescente presença dos Estados e de seus órgãos de administração direta e indireta no comércio internacional.

Nos últimos anos foram promulgadas leis especiais sobre a matéria na Inglaterra e nos Estados Unidos, tendo sido assinada uma convenção europeia sobre imunidade estatal, já em vigor em alguns países.

Entre nós, no Brasil, a matéria ainda não foi versada convenientemente, urgindo que se provoque o interesse dos estudiosos, eis que o governo brasileiro tem estado cada vez mais presente em contratos de natureza internacional.

A soberania, a independência e a igualdade dos Estados acarretariam absoluta proibição de um Estado ser julgado em tribunal estrangeiro? Ou concebem-se hipóteses em que o Estado é equiparado ao particular e pode ser julgado em foro estrangeiro?

Esta a questão básica, da qual se ramificam os debates em torno da distinção entre o *jus imperii* e o *jus gestionis* e a questão da renúncia à imunidade, expressa ou tácita. Os contratos entre o Estado e pessoas jurídicas privadas de outras nacionalidades, bem como o instituto da arbitragem são questões que se inter-relacionam com o tema principal.

1.2. O fundamento jurídico

A doutrina da imunidade estatal que é considerada criação do século XIX tem sua gênese na antiga regra feudal *par in parem non habet imperium*, que só permitia que os magnatas, senhores feudais, respondessem a seus superiores e não a seus iguais. Desta antiga regra originou-se a imunidade pessoal dos soberanos, que por sua vez motivou, *a fortiori*, a vedação do exercício de jurisdição de um soberano territorial sobre o outro.

Esta noção foi fortalecida pelo princípio constitucional da *common law* de que o soberano não poderia fazer mal algum nem em relação a seus próprios súditos e que, portanto, seus atos ficavam acima de qualquer exame das cortes locais.

Deste conceito de imunidade pessoal do soberano originou-se o princípio da imunidade do Estado como entidade jurídica.

Iniciando-se no final do século XVIII e continuando através do século XIX, as cortes nacionais desenvolveram a doutrina da ilimitada imunidade estatal. A recíproca independência, igualdade e dignidade dos Estados soberanos obrigaram-nos a se abster de exercer qualquer

jurisdição *in personam* ou *in rem* visando a coerção das leis locais sobre um Estado estrangeiro ou sobre sua propriedade.

Significava isto que os Estados renunciavam à sua jurisdição territorial, exclusiva e absoluta, sempre que estivessem envolvidos um Estado estrangeiro ou suas propriedades.

No famoso caso "Schooner Exchange v. Mc Faddon", julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1812, envolvendo uma embarcação militar francesa atracada em porto americano, o Chief Justice Marshall assim se manifestou:

"One sovereign being in no respect amenable to another; and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation by placing himself or his sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory... in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station... are reserved by implication, and will be extended to him."

ALFRED VERDROSS (1) assim resume o princípio da imunidade:

"La independencia de los Estados unos frente a otros tiene, entre otras consecuencias, la de que ninguno de ellos, en cuanto sujeto del Derecho Internacional esté sometido al ordenamiento jurídico de otro. Es el viejo principio: *Par in parem non habet imperium*. Esta inmunidad es absoluta pues, en la medida en que un Estado aparece como titular del poder público, no está sometido a la legislación de otro Estado ni a su administración, sino única y exclusivamente al D.I."

IAN BROWNLIE (2) distingue dois princípios que fundamentam a teoria da imunidade estatal. O primeiro se apóia na máxima acima referida *par in parem non habet jurisdictionem*, relacionado com o *status* de igualdade que decorre da soberania: pessoas jurídicas de nível igual não podem ter suas disputas solucionadas nos tribunais de um deles. O segundo princípio é o da não-intervenção nos assuntos internos de outros Estados.

Sustenta ainda o autor britânico que a imunidade do Estado soberano parece derivar doutrinariamente da imunidade do seu embaixador (3).

A passagem de MONTESQUIEU no seu *Espírito das Leis* (4) que versa a imunidade diplomática, indica, contrariamente, que a imunidade

(1) *Derecho Internacional Público*, edição espanhola da Aguilar, 1972, Madrid, págs. 171/2.

(2) *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1973, págs. 316 e seguintes.

(3) *Op. cit.*, pág. 319.

(4) Edição da Encyclopaedia Britannica, *Great Books of the Western World*, volume 38, pág. 223.

diplomática é que deriva da liberdade e da independência do príncipe. Diz MONTESQUIEU:

“The law of nations requires that princes shall send ambassadors; and a reason drawn from the nature of things does not permit these ambassadors to depend either on the sovereign to whom they are sent, or on his tribunals. They are the voice of the prince who sends them, and this voice ought to be free; no obstacle should hinder the execution of their office; they may frequently offend, because they speak for a man entirely independent; they might be wrongfully accused, if they were liable to be punished for crimes, if they could be arrested for debts, these might be forged...”

Difícil conceber nesta ordem de raciocínio que o embaixador gozasse do benefício da imunidade e que isto não ocorresse com o príncipe que delega poderes a seu enviado.

J. F. LALIVE publicou longo estudo no *Recueil des Cours*, volume nº 84, intitulado “L’immunité de jurisdiction des États et des organisations internationales” concluindo pela inexistência de qualquer regra de direito internacional — convencional ou costumeira — que imponha o dever de se reconhecer a imunidade jurisdicional de um Estado estrangeiro e criticando aqueles que a sustentam com base num costume internacional decorrente de soberania, independência e igualdade ou prática uniforme dos Estados.

Reconhece, todavia, a existência da regra da imunidade jurisdicional do Estado para certos atos considerados de poder público, assim enumerados: atos de administração interna, legislativos, de suas forças terrestres, navais, aéreas, de atividade diplomática e dos empréstimos públicos contratados no estrangeiro.

1.3. *A extensão da imunidade estatal*

A imunidade pode ser invocada pelo próprio Estado, i.e., seu governo, e também por seus navios públicos, especialmente navios de guerra, e pelas entidades estatais, inclusive as companhias criadas pelos Estados para exercer funções consideradas de interesse do Estado.

Problema complexo é o atinente às unidades políticas, subdivisões de Estados federados e os Municípios. Doutrinariamente sustentava-se que estas entidades políticas não gozam de imunidade de jurisdição, mas ocasionalmente alguns tribunais decidiram a favor do privilégio. Exemplo clássico é a decisão de um tribunal norte-americano que não admitiu sua jurisdição numa ação promovida por um portador de bônus emitidos pelos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, decidindo que os réus mereciam a mesma imunidade que os tribunais americanos concedem aos Estados da federação norte-americana (5).

(5) “Sullivan v. State of São Paulo”, julgado em 1941, referido por HAROLDO VAL-LADAO em *Direito Internacional Privado*, volume III, 1978, pág. 150, e por FRANCIS DEAK em *Manual of Public International Law*, editado por Max Sorensen, Londres, 1968, pág. 427.

VALLADÃO se refere a decisões de tribunais americanos que reconheceram a imunidade jurisdiccional do cantão da Basileia e das Índias holandesas.

HILDEBRANDO ACCIOLY assim se pronuncia sobre o tema (6):

“Deve a imunidade de jurisdição aplicar-se também às simples subdivisões políticas do Estado, Estados de uma federação, Províncias, Municípios? Parece-nos que sim, pois que a ação intentada contra uma dessas subdivisões perante uma jurisdição estrangeira será dirigida, afinal de contas, contra o Estado a que pertença a subdivisão e ao qual cabe representá-la nas relações internacionais” (7).

Quanto aos órgãos governamentais, tratando-se de um Ministério ou de um Departamento que se dedica a atividade pública, tem-se-lhes concedido imunidade (8).

Por outro lado, há hipóteses em que se questiona se determinada entidade é efetivamente parte integrante da máquina governamental; nestes casos, os tribunais têm geralmente respeitado o critério do país onde a entidade foi criada: se os tribunais deste país consideram a entidade em questão como órgão de seu governo, os tribunais estrangeiros seguirão o mesmo critério (9).

Em outros casos, os tribunais preferiram examinar o ponto de vista dos órgãos políticos do Estado cuja entidade esteja em questão. Ou sua legislação.

Um tribunal italiano reconheceu a imunidade da “Academia Húngara em Roma” depois de constatar que, de acordo com a lei húngara, a Academia era um órgão do Ministério da Cultura e Educação (10).

Os tribunais americanos têm decidido que certas organizações estão abrangidas no conceito de “Estado estrangeiro”. Por exemplo, em “Gittler v. German Information Center”, um tribunal americano decidiu que as regras sobre imunidade estatal se aplicam a uma ação movida contra o Centro de Informação alemão, “seção do Consulado-Geral da República Federal da Alemanha, que se dedica a desenvolver relações culturais e promover a compreensão entre a Alemanha e os Estados Unidos”.

Assim também, o “U. S. District Court for the Southern District of New York” decidiu que a “Soviet Novosti Press Agency” é um “Estado estrangeiro” por pertencer ao governo soviético.

(6) *Manual de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1973, 10ª edição, pág. 36.

(7) Esta também é a posição de CLÓVIS BEVILAQUA, como veremos adiante.

(8) “Piascik v. British Ministry of War Transport”, julgado nos Estados Unidos em 1943.

(9) “Masatoshi Suzuki et al v. Tokyo Civilian Open Mess”, *ILR*, 1957, pág. 226.

(10) “Hungarian Ecclesiastical and Pontifical Institute v. Academy of Hungary in Rome”, 88 *Clunet*, 837, 1961.

Companhias controladas por governos estrangeiros foram igualmente consideradas como "Estados estrangeiros" para efeitos de imunidade. Em "Herzberger v. Companhia de Acero del Pacífico S.A." o tribunal americano considerou que a ré, uma companhia chilena criada e pertencente na proporção de 95,15% à "Corporación de Fomento de la Producción", inteiramente controlada pela República do Chile, se equipara ao Estado estrangeiro e deve gozar de imunidade de jurisdição. O mesmo foi decidido com relação à "Libyan National Oil Company", totalmente controlada pelo governo líbio.

1.4. *Evolução restritiva*

No século passado os Estados passaram a atuar em setores econômicos considerados até então como exclusivamente "privados". E apesar de sua freqüente competição com indivíduos e entidades privadas, os governos continuaram exigindo o direito de invocar imunidade em processos judiciais decorrentes de questões surgidas de suas atividades competitivas. Não tardou a reação dos que consideravam que esta imunidade redundava numa injusta desvantagem para os particulares e às pessoas jurídicas de direito privado que transacionavam com os governos.

Assim surgiu uma resistência ao princípio da imunidade absoluta do Estado nas relações internacionais, que, aliás, já se manifestara no plano da imunidade doméstica, campo no qual se passara a admitir o direito de particulares processarem o Estado por prejuízos sofridos em decorrência de atos do soberano.

Após a 1ª Guerra Mundial co-existiam duas teorias sobre a imunidade estatal nas jurisdições estrangeiras: a da imunidade absoluta e a da imunidade restrita, ou relativa, que concedia imunidade aos Estados em relação a seus atos soberanos ou públicos (*jus imperii*), mas recusava o privilégio a seus atos privados ou comerciais (*jus gestionis*).

Esta segunda teoria foi ganhando terreno, suplantou a teoria clássica da imunidade absoluta, que praticamente não mais influencia o direito atual.

1.5. *Renúncia do Estado à imunidade*

Admite-se a jurisdição dos tribunais em relação a Estado estrangeiro quando o mesmo consente em ser processado em foro estranho.

Esta renúncia do Estado à sua imunidade se configura às vezes por via de tratado. Os Estados Unidos firmaram após a 2ª Guerra Mundial vários tratados comerciais bilaterais em que ambas as partes renunciaram à imunidade de jurisdição. Também a União Soviética tem adotado esta orientação nos tratados bilaterais relativos a suas delegações comerciais.

Outras vezes a renúncia se manifesta contratualmente.

Antes da aceitação da teoria da imunidade relativa, os tribunais de certos países aplicavam uma interpretação liberal que os levava a considerar que determinadas atividades estatais continham implícitas renúncias à sua imunidade.

Na Inglaterra registrava-se critério severo quanto à renúncia da imunidade, exigindo os tribunais que ela fosse manifestada expressamente perante a corte.

A iniciativa de um Estado de processar a outra parte perante tribunal estrangeiro era geralmente interpretada como renúncia à sua imunidade, o que permitia que o tribunal também julgasse uma reconvenção ou ação conexa postulada pela parte contrária contra o governo estrangeiro.

Contudo, desenvolveu-se uma divergência se a ação da outra parte deveria ter relação com o objeto da ação movida pelo governo estrangeiro, ou se, uma vez que o Estado estrangeiro se havia submetido à jurisdição do foro, poder-se-ia aceitar contra ele ações independentes, não relacionadas com o objeto da ação por ele promovida.

Na Bélgica, França e Alemanha os tribunais permitiram ocasionalmente ações independentes. Mas nos países da *common law*, os tribunais só aceitavam ações defensivas, i.e., ações em resposta direta às medidas promovidas pelo governo estrangeiro.

“National City Bank of N.Y. v. Republic of China” (11) foi o primeiro caso em que uma corte americana admitiu uma causa contra governo estrangeiro cujo objeto não tinha relação com ação anterior movida pelo soberano estrangeiro. A China processava o banco novaiorquino para reaver importância de duzentos mil dólares que depositara no Banco e este moveu outra ação contra a China cobrando um milhão e seiscentos mil dólares relativos à questão totalmente estranha à original.

Com relação à segunda ação a Corte de New York decidira pela imunidade jurisdicional da China, por considerar a contra-ação independente da ação original, mas a Suprema Corte norte-americana, por voto de maioria, decidiu que um país estrangeiro que renuncia à sua imunidade, já não pode invocá-la na contra-ação que a parte adversária lhe move.

Felix Frankfurter, integrando a maioria, assim votou:

“The short of the matter is that we are not dealing with an attempt to bring a recognized foreign government into one of our courts as a defendant and subject it to the rule of law to which non-governmental obligors must bow. We have a foreign government invoking our law but resisting a claim against it

(11) 348 U.S. 356, 75 Sup. Ct. 423, 1955.

which fairly would curtail its recovery. It wants our law, like any other litigant, but it wants our law free from the claims of justice. . . .”

HILDEBRANDO ACCIOLY ⁽¹²⁾ discorre sobre as várias formas de renúncia do Estado à imunidade de jurisdição. A renúncia será expressa quando o Estado, por tratado ou convenção internacional, admitir a competência de tribunal estrangeiro. Será tácita: 1) quando o Estado propõe uma ação perante tribunal estrangeiro; 2) quando, acionado perante tribunal estrangeiro, não levanta a declinatória de incompetência; 3) quando exerce atos de comércio ou indústria em território estrangeiro; 4) quando possui bens imóveis em país estrangeiro, admitindo-se neste caso que, tornando-se proprietário de tais bens, o Estado aceitou, de antemão, a jurisdição local, no tocante às ações reais relativas aos mesmos.

Narra ACCIOLY um caso de renúncia tácita ocorrida em 1895 no processo intentado pela legação brasileira em Buenos Aires contra um periódico daquela capital, intitulado *Le Petit Journal*.

O jornal publicara pesadas injúrias ao Brasil e ao povo brasileiro, e por isto a legação moveu a ação. Levantada a preliminar se a legação seria pessoa legítima para dar queixa e se poderia a República dos Estados Unidos do Brasil estar em juízo, a justiça portenha decidiu no sentido afirmativo ⁽¹³⁾.

1.6. *A distinção entre acta jure imperii e acta jure gestionis*

A criação e a evolução da teoria da imunidade relativa está intimamente ligada à distinção entre os atos *jure imperii* e os atos *jure gestionis*: a imunidade jurisdicional dos Estados só se aplicaria aos primeiros.

Mas o que será um ato *jure imperii*? O que caracterizaria a função pública do Estado e como se qualificariam suas atividades comerciais — *jure gestionis*?

Há autores que não admitem distinguir entre atos governamentais de natureza soberana e outros atos sem esta característica. FITZMAURICE ⁽¹⁴⁾ observa que um Estado soberano não deixa de ser soberano por exercer atos que um cidadão particular poderia executar.

A verdade é que a conceituação de atos governamentais *jure gestionis*, ou seja, da atividade estatal de natureza comercial, exige um jul-

(12) *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, tomo I, pág. 195.

(13) A regra da renúncia está consagrada atualmente na Argentina pelo Decreto-Llei nº 1.285, de 1968, que admite ações contra Estados estrangeiros mediante sua concordância, que se pode manifestar de forma expressa ou tácita.

(14) 14 B.Y. 1933, 117.

gamento de valor que depende da filosofia política que se adote quanto à esfera específica da atividade estatal e das prioridades da política governamental.

Muitos economistas consideram que nos países de economia subdesenvolvida o natural campo de ação governamental abrange amplos setores em que se planejam e executam projetos relacionados com a pobreza, a saúde, a nutrição, a educação, e cuja magnitude se equipara às questões de segurança em época de guerra.

Já os expoentes da política econômica liberal, do *laissez faire* não concordariam com esta qualificação.

Há, fundamentalmente, dois critérios. Um caracteriza o ato governamental por sua natureza jurídica, negando imunidade às atividades que também são empreendidas pelos particulares. Outro prefere perquirir a finalidade ou o objetivo do ato, concedendo imunidade para os atos diretamente ligados a funções públicas, como defesa e financiamento público.

Os resultados decorrentes de cada um destes critérios são freqüentemente divergentes. Assim, por exemplo, os tribunais que aplicam o teste da finalidade decidirão que o suprimento de cigarros para um exército estrangeiro é uma transação imune à jurisdição, uma vez que todo fornecimento a um exército constitui exercício de uma função estatal⁽¹⁵⁾, como um contrato para a compra de botas para o exército é um ato de características soberanas⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, a Corte Suprema da Itália, aplicando o critério da natureza jurídica da transação, num processo relativo a um contrato para o suprimento de couro para um exército estrangeiro, negou imunidade porque a finalidade da transação não altera a essência privada do contrato⁽¹⁷⁾.

As convenções sobre direito marítimo não adotam um critério claro a respeito do que seja atividade governamental.

A "Convenção de Bruxelas de 10 de abril de 1926 sobre Unificação de Certas Regras concernentes às Imunidades dos Navios de Estados" dispõe em seu artigo 2º que as embarcações engajadas em comércio e pertencentes ou operadas por Estados estrangeiros ficam sujeitas à jurisdição interna como se pertencessem a pessoas particulares.

Duas convenções mais recentes, a do Mar Territorial e Zonas Contíguas e a do Alto Mar, ambas assinadas em Genebra em 1958, assimilam a posição de navios pertencentes a governos que são operados para fins comerciais aos navios mercantes não governamentais.

(15) "Guggenheim v. State of Vietnam" in *Gazette de Palais*, 1962, 186.

(16) "Kingdon of Roumania v. Guarantee Trust Co. of N. Y.", 250 Fed. 341, 1918.

(17) "Stato di Rumania v. Trutta" in *Foro Italiano*, 1926, vol. 1, pág. 584.

A Convenção do Mar Territorial e Zonas Contíguas, ao versar a passagem inocente através do mar territorial, distingue a posição de “navios governamentais operados para fins comerciais” da de “navios governamentais operados para fins não governamentais” (artigo 22).

O artigo 9º da Convenção sobre o Alto Mar dispõe que “navios pertencentes ou operados por um Estado e utilizados somente em serviço governamental não comercial, gozarão em alto mar de completa imunidade jurisdicional de qualquer Estado além do de sua bandeira”.

Não fica esclarecido o que vêm a ser exatamente “fins comerciais” e “serviço governamental”.

O Tratado de Montevideu de 1940 sobre Navegação Comercial Internacional, em seus artigos 34 e seguintes, concede imunidade aos navios de guerra e aos navios governamentais que realizam “serviços públicos estranhos ao comércio”.

1.7. O papel da jurisprudência

Na questão da imunidade jurisdicional do Estado a jurisprudência dos tribunais europeus liderou a doutrina, tomando a si a iniciativa de abrir novos horizontes neste difícil e delicado setor em que se entrelaçam o direito internacional público e o direito internacional privado, este principalmente através do direito processual internacional.

Itália — As cortes italianas foram as primeiras a restringir a imunidade jurisdicional dos Estados. Em “Gutteriez v. Elmilik”⁽¹⁸⁾, em que se discutia sobre honorários relativos a um contrato por serviços prestados ao Rei da Tunísia, a imunidade deste foi rejeitada pela Corte de Cassação de Florença.

A jurisprudência italiana tem decidido que os critérios para distinguir atos públicos de privados devem ser os estabelecidos pelo direito italiano e não pelo direito do Estado que pleiteia a imunidade⁽¹⁹⁾, inequívoca influência da teoria que advoga a qualificação segundo a *lex fori*.

Bélgica — Uma das primeiras e mais importantes decisões que restringiu a imunidade do Estado foi um acórdão da Suprema Corte belga proferido em 1903, em “Société anonyme des Chemins de Fer Liégeois-Luxembourgeois v. État néerlandais”⁽²⁰⁾, em que a Holanda teve negada a imunidade jurisdicional numa ação que envolvia um contrato de empreitada para construção de uma estação ferroviária naquele país. A transação foi considerada pela corte belga como um ato privado de caráter comercial.

(18) *Foro Italiano*, 1886, vol. I, pág. 913.

(19) “Floridi v. Sovexportfilm” in *AJIL*, 98, 1955, e “Borga v. Russian Trade Delegation” in *ILR*, 1955, pág. 235.

(20) *Pasicrisie Belge*, 1908, I, pág. 294.

Suíça — Os tribunais suíços também adotaram a teoria restritiva a partir do início do século. Em 1918 a Suprema Corte helvética considerou válida sua jurisdição num caso que envolvia empréstimo público, entendendo que a relação jurídica criada entre o Ministério das Finanças de um país estrangeiro e portadores suíços de bônus emitidos pela outra parte era de natureza privada (21).

França — Os tribunais franceses distinguem entre “acte de commerce” ou “acte de gestion privée” dos “actes de puissance publique”, abandonando sua posição anterior, de absoluta imunidade do Estado, mantida durante o século XIX.

Em “*Roumania v. Pascalet*” (22) o Tribunal do Comércio de Marseilles decidiu que a compra de bens para revenda a nacionais é um “acte de commerce”, não cabendo imunidade jurisdicional ao soberano que pratica esta atividade.

Da mesma forma em “*Chaliapine v. USSR*” (23), a União Soviética não conseguiu imunidade num processo de infringência de direitos autorais.

Grécia — O principal caso da jurisprudência grega é o “*Soviet Republic*”, relativo a um contrato para entrega de gado. Decidiu a corte grega que um Estado se submete à jurisdição estrangeira sempre que age como empreendedor e se compromete com negócios civis.

Austria — A Corte Suprema decidiu em 1950 (24), que os Estados estrangeiros só ficam imunes à jurisdição doméstica com relação a seus atos *jure imperii*, mas são submetidos à jurisdição das cortes austríacas em todos os litígios decorrentes de relações jurídicas privadas.

Alemanha — A Alemanha só abandonou a teoria da absoluta imunidade em 1938 no caso “*Visurgis e Sienna*” (25), uma ação movida por empresa alemã para cobrar fatura de reduzido valor por concertos efetuados no edifício de uma embaixada estrangeira. A Corte Constitucional alemã decidiu que o direito internacional não impede o exercício de jurisdição por cortes alemãs em processos que envolvem as atividades *jure gestionis* de Estados estrangeiros.

1.8. *As Resoluções do Instituto de Direito Internacional e da Harvard Law School*

Em duas oportunidades o Instituto de Direito Internacional estudou a questão da imunidade jurisdicional dos Estados, produzindo as Resoluções de Hamburgo, de 1891, e de Aix-en-Provence, de 1954.

(21) “*K.K. Österreichische Finanzministerium v. Dreyfus*”, *ESB-G*, vol. 44, I, pág. 49.

(22) AD, 1923-4, caso nº 68.

(23) AD, 1935-7, caso nº 85.

(24) “*Dralle v. Republic of Czechoslovakia*”, *ILR*, 1950, caso nº 41.

(25) AD, 1938-40, caso nº 94.

A Resolução de Hamburgo admitiu ações contra um Estado estrangeiro nos seguintes casos: 1) ações reais sobre bens sitos no território; 2) ações fundadas na qualidade do Estado estrangeiro como herdeiro ou legatário; 3) ações referentes ao Estado estrangeiro como explorador de comércio, indústria ou transporte ferroviário no território; 4) ações contra Estado estrangeiro quando este renuncia expressa ou tacitamente o privilégio, propondo ação, reconvinco ou não excepcionando; 5) ações decorrentes de contratos firmados pelo Estado estrangeiro e exequíveis no território; 6) ações relativas a perdas e danos decorrentes de delito ou quase-delito ocorrido no território.

A Resolução de Aix-en-Provence enfatizou a distinção entre a ação e a execução forçada, com imunidade mais extensa para a segunda, fixou a imunidade jurisdicional para os atos do poder público, praticados tanto pelo Estado estrangeiro como por pessoa jurídica por ele criada, como por suas subdivisões políticas, admitiu a renúncia expressa ou tácita à imunidade e manteve a imunidade para as dívidas do Estado estrangeiro contraídas por empréstimo público.

Em 1932 um grupo de juristas norte-americanos, sob o patrocínio da Harvard Law School, após aprofundados estudos dos múltiplos aspectos da jurisdição internacional, elaborou um projeto de convenção sobre a competência dos tribunais em relação a Estados estrangeiros. Em seu artigo 8º declara que um Estado poderá ser acionado perante um tribunal de outro Estado nos seguintes casos: a) quando expressamente consente nisso; b) quando após notificação da ação judiciária e antes de alegar a sua imunidade, pratica qualquer ato relativo ao mérito de tal ação, isto é, que implique o seu consentimento tácito à jurisdição; c) quando firma contrato com cláusula de eleição de foro estrangeiro; d) quando consente em submeter-se à jurisdição estrangeira por tratado bilateral; e) quando, por lei ou decreto ou declaração, vigente por ocasião de ser proposta a ação, indicou previamente que consentiria em que esta fosse intentada no foro estrangeiro.

O mesmo projeto prevê ainda, nos seus artigos 9º e 12, as seguintes hipóteses em que o Estado estrangeiro poderá ser acionado: 1) a ação versa direito ou interesses do Estado estrangeiro em bens imóveis situados no território do foro; 2) a ação se refere à aquisição, por sucessão ou doação, de bens sujeitos à jurisdição do foro; 3) a ação tem por fundamento atos praticados pelo Estado estrangeiro como pessoa privada, na qualidade de possuidor ou explorador de uma empresa industrial, comercial ou financeira no território do foro; 4) a ação se refere a títulos, direitos ou obrigações possuídos pelo Estado estrangeiro em companhias ou associações de fins lucrativos, organizados sob as leis do foro.

1.9. *Empréstimos públicos*

Uma das mais importantes questões em matéria de imunidade jurisdicional concerne às ações relativas aos empréstimos concedidos a Estados.

É de ser observado que o Instituto de Direito Internacional, em ambas as suas Resoluções acima referidas, manteve a imunidade jurisdicional do Estado com relação a dívidas contraídas por empréstimo público. LALIVE, que procura restringir ao máximo a imunidade jurisdicional dos Estados⁽²⁶⁾, incluiu os empréstimos públicos contraídos no estrangeiro entre os atos imunes.

Esta posição vem se alterando nos últimos anos, revelando-se uma tendência no sentido de restringir a imunidade jurisdicional do Estado tomador de empréstimos. Nos Estados Unidos esta orientação se materializou na "Foreign Sovereign Immunities Act", promulgado em 1976.

O projeto apresentado ao Congresso norte-americano em 1973 distinguia entre a dívida pública (public debt) contraída por um governo central de Estado estrangeiro e a dívida contraída por uma de suas subdivisões políticas ou agências do Estado estrangeiro ou de sua subdivisão política.

As subdivisões políticas e as agências não gozariam, segundo o projeto, de qualquer imunidade quando levantassem empréstimos nos Estados Unidos, mas os governos centrais dos Estados estrangeiros se beneficiariam de total imunidade jurisdicional, se não tivessem renunciado à mesma, eis que, conforme explicava a justificativa do projeto:

"... muitos governos nacionais não desejam emitir seus títulos num país estrangeiro que os sujeita a ações baseadas nestes títulos..."

A lei finalmente aprovada pelo Congresso norte-americano em 1976 não faz qualquer referência a dívidas contraídas por governos centrais de Estados estrangeiros. Segundo GEORGES DELAUME⁽²⁷⁾, a exclusão do dispositivo contido no projeto anterior "não pode ter outro significado senão o restabelecimento da unidade de tratamento dos empréstimos contraídos nos Estados Unidos por todo tipo de tomadores de empréstimos públicos, irrelevantemente se o devedor é um Estado ou uma subdivisão política do mesmo ou uma agência de um soberano estrangeiro. Como, segundo os projetos anteriores, os empréstimos feitos por subdivisões políticas e agências governamentais eram considerados atos comerciais, excetuadas apenas as dívidas contraídas pelos governos centrais, conclui-se que, com a retirada desta exceção, a dívida pública de tais governos também deva ser tratada como tendo natureza comercial".

Desta forma, a lei americana se harmoniza com a Convenção Européia, de 1972, cujo artigo 4 assim dispõe:

"... a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the

(26) *Recueil des Cours*, vol. 84.

(27) "Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976" in *American Journal of International Law*, 1977, nº 3, págs. 399 e seguintes.

proceedings relate to an obligation of the State, which, by virtue of a contract, fal's to be discharged in the territory of the State of the forum."

Qualquer empréstimo, seja de forma direta ou através da emissão de bônus, sempre representa uma "obrigação" (mesmo que seja apenas um pagamento), a ser "cumprido" na praça de sua emissão.

Contudo, reconhece DELAUME que na lei americana não figura disposição expressa como na Convenção européia, sendo possível que os empréstimos de governos centrais estrangeiros se prestem a tratamento privilegiado, recomendando que os documentos que consubstanciam tais empréstimos definam a transação, como acontecia na prática antes da promulgação da lei. A definição sugerida pelo estudioso americano deveria ser redigida da seguinte forma:

"Os empréstimos aqui estipulados são atos privados e comerciais e não serão considerados como atos governamentais ou públicos."

Na Suíça os tribunais seguem o precedente já referido considerando que os empréstimos efetuados naquele país por países estrangeiros são atos *jure gestionis*, sujeitando o devedor à jurisdição das cortes daquele país, sejam os empréstimos em forma de contratos diretos ou através de emissão pública de bônus no mercado financeiro, o mesmo ocorrendo nos demais países europeus com relação aos *euro-bonds*.

Nos últimos anos as emissões de eurobônus têm incluído uma cláusula de renúncia à imunidade tanto de jurisdição como de execução, o que espanca qualquer dúvida sobre a acionabilidade e exequibilidade dos governos tomadores destes empréstimos.

Esta forma de renúncia à imunidade jurisdicional surgiu em 1970, em contratos realizados no mercado financeiro alemão, que fixavam a jurisdição dos tribunais deste país. Um dos primeiros foi um empréstimo de 100 milhões de marcos alemães contraído na Alemanha pela Irlanda, através de uma emissão de bônus a 8,5% de juros anuais, em cujo contrato foi inserida a seguinte cláusula:

"The place of jurisdiction in respect of all matters covered in these Terms and Conditions is Dusseldorf. The bondholders and Commerzbank Aktiengesellschaft, however, are also entitled to pursue their claims before Irish courts and before courts in any other country in which there are situate assets belonging to Ireland in which case the laws of the Federal Republic of Germany shall likewise be applicable in accordance with § 14. The German courts shall have jurisdiction over the annulment of lost or destroyed Bonds. Ireland will not plead immunity or lack of jurisdiction before any court in which claims can be pursued against Ireland under this provision, or before any authority competent for the enforcement of judicial

decrees and judgments. Ireland hereby expressly submits to the jurisdiction of such courts or authorities" (28).

Outros contratos relativos a emissão de *euro-bonds* têm submetido a relação jurídica às leis do Estado de New York, como o empréstimo de 50 milhões de dólares levantado pela República da Argentina no mercado financeiro europeu, no qual a renúncia à imunidade foi assim pactuada:

"Neither the Republic nor its property has any right of immunity from legal proceedings; and to the extent that the Republic or any of its property has or hereafter may acquire any such right of immunity, it hereby irrevocably waives such right of immunity in respect of its obligations under this Note or the coupons appertaining hereto" (29).

Em 1976 a Finlândia contraiu um empréstimo nos Estados Unidos em cujo contrato renunciou à imunidade jurisdicional através da seguinte cláusula:

"Finland will appoint the Fiscal Agent as its authorized agent upon which process may be served in any action arising out of or based on the Notes which may be instituted in any State or Federal Court in New York City by any holder of a Note. Finland will irrevocably waive any immunity from jurisdiction to which it might otherwise be entitled in any action arising out of or based on the Notes..." (30).

Note-se que nestas cláusulas, além de renunciar à sua imunidade, o governo da Finlândia nomeou procurador com poderes específicos para receber citação.

Esta nomeação de procurador para receber citação é muito significativa, pois na maioria dos casos a dificuldade prática reside justamente em conseguir citar o Estado estrangeiro, se este não colabora. Ante a dificuldade de citar, a vantagem da renúncia à imunidade manifestada pelo contratante soberano perderia sua utilidade não fosse a nomeação de um procurador para receber citações e intimações.

Outra orientação tem sido a inclusão da cláusula de arbitragem, eis que inúmeros países, relutantes em se submeter à jurisdição de tribunais estrangeiros, não impõem qualquer restrição à arbitragem de situações decorrentes de contratos assinados por seus governos. Outros ainda recorrem a um moderno método de solucionar disputas entre Estados e particulares proporcionado pela "Convenção sobre Solução de Divergências em Torno de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados", de 18 de março de 1965.

(28) GEORGES DELAUME, "Public Debt and Sovereign Immunity: some considerations pertinent to S. 566" in *American Journal of International Law*, 1973, pág. 754.

(29) DELAUME, *op. cit.*

(30) DELAUME in *American Journal of International Law*, 1977, pág. 414.

Esta Convenção, patrocinada pelo Banco Mundial, e que foi assinada por 72 Estados e ratificada por 67, prescreve um sistema para solucionar disputas decorrentes de investimentos em que contendem um Estado contratante (ou qualquer subdivisão ou agência do mesmo) e um nacional, seja pessoa física ou jurídica, de outro Estado signatário.

O Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos criado por esta Convenção tem por incumbência conciliar ou arbitrar estas disputas.

2. FONTES MODERNAS

2.1. *A Convenção Européia sobre Imunidade Estatal*

Esta Convenção, promovida pelo Conselho da Europa, foi assinada na Basileia, em 16 de maio de 1972, pela Áustria, Bélgica, Chipre, República Federal da Alemanha, Luxemburgo, Países Baixos, Suíça e Reino Unido, tendo sido ratificada pelos três primeiros países⁽³¹⁾.

A Convenção estabelece uma série de exceções à imunidade jurisdicional dos Estados que ocupam os seus primeiros 14 artigos, para declarar, no artigo 15, que "os Estados contratantes gozarão de imunidade da jurisdição dos tribunais de outros Estados contratantes se a matéria versada no processo não incidir nas hipóteses dos artigos 1 a 14".

As exceções referidas nos primeiros três artigos (com uma ressalva no artigo 13) referem-se a várias formas de renúncia à imunidade, expressas e tácitas. No artigo 4º veda-se a imunidade em processo relacionado com obrigações contratuais assumidas pelo Estado a serem cumpridas no território do foro, já acima transcrita⁽³²⁾.

Um Estado contratante não pode pleitear imunidade de jurisdição de tribunal de outro Estado contratante se o processo se refere a um contrato empregatício em que o trabalho deva ser desempenhado no território do foro, hipótese que sofre algumas ressalvas, todas contidas no artigo 5º

Dispõe o artigo 6º que o Estado signatário também não pode invocar imunidade quando participa com pessoas físicas em uma companhia, associação ou outra entidade jurídica que tenha sua sede ou principal estabelecimento no território do foro, e o processo judicial concerne ao relacionamento entre o Estado, de um lado, e a entidade ou qualquer outro de seus participantes, de outro lado.

Também não há imunidade jurisdicional, segundo preceitua o artigo 7º, se o Estado estrangeiro mantém no território do foro um escritório, agência ou outro estabelecimento através do qual se engaja, da mesma forma como uma pessoa privada, numa atividade industrial,

(31) *Revue Critique de Droit International Privé*, 1976, pág. 586.

(32) 1.9.

comercial ou financeira e o processo se relaciona com esta atividade da agência, escritório ou estabelecimento (princípio de *jus gestionis*).

Exceção à imunidade também é assinalada pela Convenção, em seu oitavo artigo, para direitos de propriedade industrial, registrados ou requeridos no foro pelo Estado estrangeiro.

A imunidade é negada ao Estado pelo artigo 9º em ações relativas a seus direitos e interesses, uso ou posse de imóveis ou obrigações decorrentes de direitos e interesses no uso ou posse de imóveis, o mesmo ocorrendo em ações relativas a direitos de propriedade de quaisquer bens, móveis ou imóveis, originários de sucessão ou doação (artigo 10), e em ações relativas a indenização por danos pessoais ou patrimoniais se os fatos que ocasionaram o dano ou o prejuízo ocorreram no território do foro e se o responsável estava presente no território quando da ocorrência dos fatos (artigo 11).

Também não será concedida imunidade nos casos em que o Estado se tenha contratualmente submetido à arbitragem (artigo 12). A administração da falência pelos tribunais de um Estado não sofrerá qualquer restrição pelo fato de outro Estado contratante ter algum interesse na massa falida, segundo dispõe o artigo 13.

A Convenção trata em seus artigos 20 e 21 dos efeitos de sentença prolatada contra Estados signatários, dispondo que cada Estado signatário executará a sentença prolatada contra si por um tribunal de outro Estado signatário, se, de acordo com as disposições da Convenção, o Estado não poderia invocar imunidade de jurisdição, e se a sentença estrangeira tiver passado em julgado, ressalvadas as hipóteses de sentenças que sejam manifestamente contrárias à ordem pública do Estado condenado, ou quando haja litispendência, por força de ação sobre a mesma causa entre as mesmas partes, iniciada anteriormente à ação já julgada, litispendência esta que se forma tanto na hipótese de ação movida no foro do Estado réu, como em terceiro Estado, também signatário da Convenção.

A Convenção não foi além desta disposição que determina o cumprimento espontâneo por cada país signatário das sentenças contra ele prolatadas por tribunais de outros países, quando competentes para tal.

O artigo 23 é categórico no sentido de que nenhuma execução ou medida preventiva será aplicada contra a propriedade dos países signatários em território de outro país signatário sem que o Estado proprietário tenha manifestado seu consentimento, por escrito.

Se o soberano condenado não cumpre a sentença, o outro litigante fica sem remédio.

2.2. *A lei britânica*

A Grã-Bretanha promulgou o "State Immunity Act 1978", que entrou em vigor a 22 de novembro do mesmo ano, em que regulou toda a matéria relativa a ações movidas no Reino Unido por ou contra Estados

estrangeiros, os efeitos de sentenças promulgadas contra o Reino Unido nos tribunais de Estados-Membros da Convenção Européia sobre Imunidade Estatal, versando igualmente as imunidades e privilégios de chefes de Estado.

A parte mais longa e detalhada da lei concerne à situação dos Estados estrangeiros perante as cortes britânicas, dispondo, em seu artigo 1º, que eles são imunes à jurisdição das cortes britânicas, exceto nas hipóteses previstas nas disposições da parte 1ª da lei. Estas exceções são numerosas e cobrem uma multiplicidade de hipóteses que incluem as seguintes:

- quando tiver se submetido à jurisdição das cortes inglesas;
- quando a ação versar uma transação comercial efetuada pelo Estado estrangeiro ou uma obrigação do Estado que por força de um contrato (versando transação comercial ou não) deva ser cumprida integral ou parcialmente no Reino Unido.

A seção 3, § 3º, assim define transação comercial:

- a) qualquer contrato para o suprimento de bens ou serviços;
- b) qualquer empréstimo ou outra transação visando a concessão de financiamento e qualquer garantia ou indenização relativa a qualquer destes tipos de transação ou de qualquer outra obrigação financeira;
- c) qualquer outra transação ou atividade (de caráter comercial, industrial, financeiro, profissional ou semelhante) em que um Estado se engaje e que não constitua exercício de autoridade soberana.

Trata-se de uma definição ampla, dando ao *jus gestionis* um grande raio de abrangência, restringindo substancialmente a ocorrência do *jus imperii*.

A lei também exclui da imunidade as ações relativas a:

- morte ou dano pessoal;
- dano ou perda de propriedades, causados por ato ou omissão em território do Reino Unido;
- qualquer interesse do Estado na posse ou uso de propriedade imóvel sita no Reino Unido;
- qualquer obrigação do Estado decorrente de seu interesse na posse ou no uso de qualquer propriedade imóvel;
- qualquer interesse do Estado em propriedades móveis ou imóveis, decorrente de sucessão ou doação;
- qualquer direito relacionado à propriedade industrial pertencente ao Estado estrangeiro e registrado no Reino Unido;

- questões em que o Estado tenha se submetido por escrito à arbitragem;
- navios pertencentes ao Estado quando utilizados para finalidades comerciais;
- cargas pertencentes ao Estado quando destinadas a finalidades comerciais;
- responsabilidade do Estado decorrente de obrigações fiscais e direitos alfandegários;
- alugueis devidos por locações utilizadas em finalidades comerciais.

A lei ressalta que todas as referências ao Estado estrangeiro incluem o chefe do Estado em sua capacidade pública, o governo do Estado e qualquer departamento do governo.

As exceções à imunidade não se aplicam às atividades relacionadas com forças armadas que se encontrem em território inglês, segundo dispõe a seção nº 16 da lei.

A lei britânica foi mais longe ainda, ao cuidar da questão inversa — da competência jurisdicional dos tribunais estrangeiros, membros da Convenção Européia sobre Imunidade Estatal, para julgar questões envolvendo o Estado britânico.

Assim, dispõe, em seu artigo 18, o princípio da reciprocidade, pelo qual serão reconhecidas na Grã-Bretanha as sentenças contra ela proferidas por tribunais de um dos países membros da referida convenção em questões enquadradas nas exceções estipuladas pela lei quanto à imunidade dos Estados estrangeiros na Inglaterra.

Este reconhecimento sofre as ressalvas decorrentes do princípio da ordem pública, da exceção de litispendência, desrespeito a certas regras básicas de natureza processual, ou em que o tribunal estrangeiro tenha aplicado direito diverso daquele que seria indicado pelas regras do Direito Internacional Privado inglês.

Como se vê, a lei britânica incorpora no seu direito interno as regras estabelecidas pela Convenção Européia sobre Imunidade Estatal, de 1972, da qual o Reino Unido é parte signatária, apesar de não tê-la ainda ratificado quando da promulgação do "State Immunity Act".

Assinala GEORGES R. DELAUME⁽³³⁾ que a lei inglesa dá uma nova dimensão às regras da Convenção. Esta só se aplica aos países signatários, mas a lei britânica refere-se a qualquer país, tendo, assim, aplicação universal, o que também ocorre com a lei norte-americana.

Na lei britânica a imunidade de jurisdição (ressalvadas as exceções especificadas em seu texto) só é aplicável ao governo central dos Estados

(33) "The State Immunity Act of the United Kingdom" in *American Journal of International Law*, 1979, nº 2, págs. 185 e seguintes.

estrangeiros, incluindo-se as agências que não sejam consideradas como distintas do governo em causa.

Quaisquer outras entidades, inclusive os Estados federados ou as províncias de uma federação e as entidades públicas separadas que tenham sua própria personalidade jurídica, não têm direito à imunidade.

A mais importante distinção entre a lei americana, da qual trataremos mais adiante, e a lei inglesa é no que tange à definição de “transações comerciais”, com sua clássica e tormentosa distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*. Assim, enquanto a lei americana apenas recomenda aos tribunais que atentem para a natureza do ato praticado pelo governo estrangeiro, o que deixa aos juízes o encargo de qualificar todo ato governamental que lhes venha a ser submetido, já a lei inglesa foi mais casuística, ao cuidar de duas das mais frequentes atividades transnacionais de Estados soberanos: as que decorrem de contratos para o suprimento de bens e serviços e as que se relacionam com empréstimos ou transações financeiras efetuadas por Estados estrangeiros (seção 3, letras *a* e *b*). Ambas são qualificadas como transações comerciais, i. e., *acta jure gestionis*, facilitando, assim, sobremaneira, a tarefa dos tribunais.

Outrossim, a lei americana em sua seção 1.603, letra *e*, e em outras disposições da “Foreign Sovereign Immunities Act” só visa as atividades de Estados estrangeiros efetuadas ou tendo efeitos diretos no território dos Estados Unidos. Já de acordo com a lei britânica, em sua seção nº 3, não existe esta limitação. Assim, a qualificação dada pela lei inglesa às atividades comerciais dos Estados estrangeiros se aplica igualmente a transações efetuadas por um Estado estrangeiro fora do Reino Britânico e que, por força de regras processuais internacionais, venham a ser objeto de ação proposta em tribunais do Reino Unido.

Nas conclusões de sua apreciação sobre a lei britânica, assim se expressa DELAUME:

“For the first time in the history of codification of a modern doctrine of immunity, the Act provides unequivocal definitions of the most frequent commercial activities of states. These provisions, together with the correlated treatment of state property used for commercial purposes and of waivers of immunity, not only make the Act the most advanced codification in existence, but should also be of great assistance to the courts and the parties.”

2.3. *Antecedentes jurisprudenciais britânicos*

Quando a lei britânica foi promulgada, já estavam seus tribunais conscientizados da impossibilidade de manter a velha teoria da absoluta imunidade dos Estados estrangeiros. Esta posição é bem ilustrada no processo “Trendtex Trading Corporation Ltd. v. Central Bank of Nigeria”, em que o “Court of Appeal” julgou, em janeiro de 1977, a favor

dos autores, rejeitando a preliminar de imunidade jurisdicional apresentada pelo réu. Discutia-se a recusa do Banco Central da Nigéria de pagar por exportações da autora efetuadas àquele país mediante cartas de crédito.

Na primeira instância foi deferido o pedido de imunidade do Banco Central nigeriano, mas na segunda instância, Lord Denning, após discorrer sobre a tradicional doutrina inglesa de imunidade absoluta, observou que a doutrina da imunidade restrita havia ganho terreno em todo o mundo nos últimos cinquenta anos. Referindo-se a recentes decisões dos tribunais da Bélgica, Holanda, República Federal da Alemanha e Estados Unidos, invocando a Convenção Européia sobre Imunidade Estatal de 1972 e a recente "U.S. Foreign Sovereign Immunities Act" de 1976, perguntou o ilustre magistrado inglês, em seu peculiar estilo:

"Seeing this great cloud of witnesses, I would ask:

'Is there not here sufficient evidence to show that the role of international law has changed? What more is needed? Are we to wait till every other country save England recognizes the change? Ought we not to act now? Whenever a change is made someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood. England should not be left behind on the bank.'

Magnífica lição de filosofia do direito comparado!

Para Lord Denning a questão versava transações comerciais e não permitia que se estendesse a imunidade jurisdicional ao Banco Central da Nigéria (34).

Os autores classificavam a Inglaterra como último país a manter a teoria da soberania absoluta. Assim escreveu CLÓVIS RAMALHETE em seu trabalho "O Estado Estrangeiro perante a Justiça Nacional" (35):

"Assinalem-se a importância dos Estados Unidos entre os alinhados na *soberania relativa*, e a resistência isolada da monarquia inglesa entre os últimos defensores da *soberania absoluta*."

E em outro trecho (36):

"A intensa atividade econômica internacional dos Estados, porém, principiou a abalar, nestes formidáveis redutos anglo-saxões,

(34) A decisão do "Court of Appeal" seguiu o voto de Lord Denning e é comentada por ROSALYN HIGGINS, em "Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom", no *American Journal of International Law*, 1977, nº 3, págs. 423 e seguintes.

(35) *Revista da OAB*, 1970, pág. 318.

(36) Pág. 324.

o conceito da *soberania absoluta*. Toda uma literatura jurídica salientou entre ingleses e americanos a inconformidade da ficção jurídica vetusta com a realidade. As resistências na Inglaterra demonstraram, entretanto, mais rigor. — É que ali, a existência visível do Soberano sempre dispensou, para os ingleses, a formulação abstrata da idéia do Estado e a da sua personalidade jurídica, na assim chamada *Constituição inglesa*.”

Observe-se que no século passado os tribunais ingleses seguiam a orientação da soberania relativa, distinguindo entre o exercício do *jus imperii* do *jus gestionis*.

Em 1851 em “*De Haber v. Queen of Portugal*”, o Lord Chief Justice declarava que:

“... an action cannot be maintained in an English Court against a foreign potentate for anything done or omitted to be done by him *in his public capacity as representative of the nation of which he is the head*... no English Court has jurisdiction to entertain any complaints against him *in that capacity* (grifos nossos).”

A mesma orientação foi seguida no caso *Charkiek*, julgado em 1873, no qual Sir Robert Phillimore sustentou que, apesar de pertencente ao Cadiva do Egito, a embarcação com aquele nome perdera sua imunidade porque fora contratada por uma pessoa privada para empreender um transporte como um navio mercante comum.

PEDRO LESSA⁽³⁷⁾ enumera uma série de casos em que as cortes britânicas admitiram sua jurisdição em processos nos quais os Estados estrangeiros acionaram particulares na Inglaterra que reconvieram contra os autores soberanos. Alude ao caso do governo da Colômbia contra a casa Rothschild, em 1826, a causas que envolveram o Rei da Espanha em 1833, os EUA em 1866, a Bélgica em 1885, o Japão em 1895. Mas, conclui LESSA, “verdade é que ultimamente a jurisprudência inglesa restringiu a admissibilidade da reconvenção”.

Mais adiante⁽³⁸⁾ refere-se a um seqüestro de bens de soberano deferido em corte inglesa a 6 de março de 1874, sem especificar maiores detalhes.

A jurisprudência inglesa alterou-se com o caso *Parlement Belge*, julgado em 1880, em que a embarcação objeto da causa pertencia ao Rei dos belgas, era um navio-correio que também transportava passageiros e alguma carga na travessia do Canal da Mancha. Sir Robert Phillimore manteve sua linha de raciocínio no caso *Charkiek*: um barco público não tinha direito à imunidade se se ocupava de transporte de bens e passageiros, num empreendimento comercial. Mas sua decisão foi refor-

(37) *Do Poder Judiciário*, págs. 206/7.

(38) Pág. 216.

mada pela "Court of Appeal". A Corte inglesa se referiu à "absoluta independência de toda autoridade soberana" e à "imunidade da propriedade pública de qualquer Estado que se destina ao uso público", inspi-rando-se na doutrina da independência do Estado e da imunidade de sua propriedade.

D. W. GREIG em *International Law* (39) comenta que a Corte de Apelação britânica poderia ter reformado a sentença de Sir Robert Phillimore argumentando que, apesar de transportar carga e passageiros, o *Parlement Belge* estava a serviço público devido ao transporte de correio, mas o tribunal britânico preferiu dar fundamento amplo e abrangente à sua decisão, qual seja, de que, como resultado da teoria da independência dos Estados soberanos e da *comitas gentium*, cada Estado deve-se abster de exercer sua jurisdição sobre outro Estado, não havendo por que distinguir entre um navio de guerra, um navio-correio ou um navio mercante, pois a vingar a jurisdição, estar-se-ia obrigando o soberano a comparecer para proteger sua propriedade.

A partir desta decisão os tribunais ingleses mantiveram invariavelmente a posição da imunidade absoluta do Estado estrangeiro, mesmo quando este se engaja em atividades tipicamente comerciais, citando-se o clássico caso do Porto Alexandre julgado em 1920.

O Porto Alexandre era um navio de propriedade do governo português, utilizado para o transporte de carga. Numa questão marítima processada em corte inglesa que envolvia a embarcação, o governo português invocou imunidade de jurisdição, preliminar acolhida pela Justiça britânica.

Apesar de certas vozes que de vez em quando se manifestavam na "House of Lords" sobre a incorreção desta orientação, ela se manteve firme, evoluindo para abranger não apenas os Estados soberanos propriamente ditos, mas também as agências governamentais estrangeiras, como foi decidido em casos que envolveram a "United States Shipping Board" e a agência noticiosa "Tass".

Em "Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo", a "Court of Appeal" foi mais adiante: o réu era um departamento do Ministério da Agricultura da Espanha, mas, de acordo com a prova apresentada no processo e aceita por ambas as partes, tinha personalidade jurídica independente. No entanto, a maioria do tribunal aceitou seu pedido de imunidade, apesar de que, segundo o direito espanhol, se tratava de uma companhia independente, e o objeto da disputa era uma transação comercial — a venda de 26 mil toneladas de cevada pelos autores ao réu.

Os tribunais ingleses enfrentavam questão muito delicada em matéria de imunidade estatal, quando surgiam contestações ou dúvidas se o Estado estrangeiro tinha efetivamente interesse na causa.

(39) Butterworths, Londres, 1970.

De um lado, a mera pretensão do Estado estrangeiro à imunidade já teria o efeito de neutralizar o tribunal, impedindo-o de sequer examinar se o soberano estrangeiro efetivamente tinha interesse na causa, daí a imunidade jurisdicional. Note-se que esta inércia poderia ocasionar grave injustiça para a outra parte.

Se, por outro lado, o tribunal examinasse o cabimento da pretensão do Estado estrangeiro à imunidade, só poderia fazê-lo obrigando-o a produzir a prova de sua propriedade ou de seu interesse, o que implicaria em exercer uma determinada medida de jurisdição sobre o soberano estrangeiro, contrariando o princípio da imunidade jurisdicional do Estado.

Os tribunais ingleses tentaram encontrar uma via média no sentido de que, nas hipóteses em que houvesse divergência sobre o interesse do Estado estrangeiro, deveria este apresentar evidência suficiente para satisfazer o tribunal de que sua pretensão não é meramente ilusória, nem baseada em título manifestamente defeituoso.

Em 1938 iniciava-se a reação contra a irrestrita concessão de imunidade, no julgamento do navio S. S. Cristina.

Lord Maugham assim expôs sua posição:

“... the absurdity of the position which our Courts are in if they must continue to disclaim jurisdiction in relation to commercial ships owned by foreign Governments. The matter has been considered over and over again of late years by foreign jurists, by English lawyers, and by businessmen, and with practical unanimity they are of the opinion that, if Governments or corporations formed by them chose to navigate and trade as shipowners they ought to submit to the same legal remedies and actions as any other shipowner...” (40).

Outro membro da “House of Lords” que levantou objeções à absoluta imunidade da jurisdição, no mesmo processo do S. S. Cristina, foi Lord MacMillan, que assim se manifestou:

“... I should hesitate to lay down that it is part of the law of England that an ordinary foreign trading vessel is immune from civil process within this realm by reason merely of the fact that it is owned by a foreign state... When the doctrine of the immunity of the person and property of foreign sovereigns from the jurisdiction of the courts of this country was first formulated and accepted it was a concession to the dignity, equality and independence of foreign sovereigns which the comity of nations enjoined. It is only in modern times that sovereign states have so far condescended to lay aside their dignity as to enter the competitive markets of commerce, and it is easy to see that different views may be taken as to whether

(40) *Manual de Max Sorensen*, págs. 433/4.

an immunity conceded in one set of circumstances should to the same extent be enjoyed in totally different circumstances. I recognise that the courts of this country have already gone a long way in extending the doctrine of immunity; but the cases which have gone furthest have not been hitherto considered in this House, and like my noble and learned friend Lord Thankerton I desire to reserve my opinion on the question raised in the case of *The Porto Alexandre*" (41).

Os dois lordes ficaram vencidos.

Foram necessários quarenta anos até que a "Court of Appeal" afinal negasse a imunidade do Banco Central da Nigéria no caso "Trendtex Trading Corporation". A lei sobre imunidade do Estado era aprovada poucos meses depois.

2.4. *A lei americana*

O "Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", aprovado pelo Congresso norte-americano, a 21 de outubro de 1976, e que entrou em vigor a 20 de janeiro de 1977, regula, a partir desta data, toda a temática da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros em território dos Estados Unidos.

A ementa da lei, numa síntese bem feliz, assim enuncia seu objetivo:

"Define a jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos em ações contra os Estados estrangeiros, as circunstâncias nas quais os Estados estrangeiros ficam imunes e nas quais não se pode executar suas propriedades."

Visando alterar a tradição dos tribunais americanos de consultar o Poder Executivo, através do State Department, sempre que um governo ou órgão estatal estrangeiro invocasse o benefício da imunidade, a nova lei, que tecnicamente se apresenta como uma alteração do título 28 do United States Code (referente à organização judiciária e ao processo civil), traçou linhas mestras para orientar os tribunais nos casos de pretensão à imunidade.

Assim, a seção 1.602 do United States Code, pela nova redação que lhe foi dada pelo *Immunities Act*, declara que, de acordo com o direito internacional, os Estados não estão imunes à jurisdição de tribunais estrangeiros no que concerne a suas atividades comerciais, e que suas propriedades comerciais podem ser seqüestradas para garantir a execução de sentenças proferidas contra eles em conexão com suas atividades comerciais.

Na seção 1.603 a lei inclui, na qualificação de Estado estrangeiro, suas subdivisões políticas, suas agências e órgãos.

(41) *International Law*, de GREIG, págs. 173/4.

No mesmo artigo define-se o que é atividade comercial. Como vimos acima, há dois critérios para qualificar a atividade comercial: segundo sua natureza ou de acordo com seus objetivos. A lei americana optou pela primeira ao fixar a seguinte definição:

“The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.”

Esta qualificação foi criticada por DELAUME como sendo “highly uncertain”, crítica que também faz à Convenção européia (42).

Sob o título de “Exceções gerais à imunidade jurisdicional de um Estado estrangeiro”, a seção 1.605 enumera as seguintes hipóteses:

- A) Um Estado estrangeiro não está imune à jurisdição dos tribunais norte-americanos em qualquer caso em que:
 - 1) tenha renunciado à sua imunidade, expressa ou tacitamente;
 - 2) a ação seja baseada em uma atividade comercial executada nos Estados Unidos pelo Estado estrangeiro;
 - 3) a ação seja concernente a bens de um Estado estrangeiro que se encontram situados nos Estados Unidos e que tenham sido adquiridos pelo Estado estrangeiro através de uma expropriação violadora do direito internacional, desde que a presença destes bens no território decorra de uma atividade comercial do Estado estrangeiro nos Estados Unidos;
 - 4) se litigue sobre bens sitos nos Estados Unidos e adquiridos por doação ou sucessão, e, em qualquer hipótese, se se tratar de bens imóveis localizados nos Estados Unidos;
 - 5) se reivindique indenização contra um Estado estrangeiro por danos pessoais ou morte, danos ou perdas materiais ocorridos nos Estados Unidos causados por atos ou omissões ilícitos do Estado estrangeiro.

- B) Um Estado estrangeiro também não estará imune à jurisdição dos tribunais norte-americanos em qualquer caso que envolva créditos marítimos contra navios pertencentes ao Estado estrangeiro, baseados em suas atividades comerciais.

A lei aplica ressalvas a algumas das hipóteses acima referidas, mas basicamente são estas as seis grandes exceções estipuladas pela lei norte-americana à imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros nas cortes daquele país.

(42) *American Journal of International Law*, 1977, pág. 404.

Depois de cuidar dos detalhes de natureza processual relativos à citação do Estado estrangeiro, a lei versa a imunidade de medidas cautelares e de execução:

“Ressalvados os acordos internacionais de que os Estados Unidos sejam participantes, as propriedades de um Estado estrangeiro sitas nos Estados Unidos serão imunes de penhora, seqüestro e execução, excetuadas as hipóteses previstas nas seções 1.610 e 1.611.”

Estas exceções assim se discriminam:

As propriedades de Estados estrangeiros sitas nos Estados Unidos e utilizadas para uma atividade comercial nos EUA não estarão imunes de execução, se:

- 1) o Estado estrangeiro tiver renunciado a sua imunidade de execução expressa ou tacitamente;
- 2) a propriedade foi utilizada para uma atividade comercial relativa à demanda;
- 3) a execução se relaciona com uma sentença que estabeleceu direitos de propriedade adquiridos por meio de violação do direito internacional;
- 4) a execução se refere a uma sentença que estabeleceu direitos dominiais de bens adquiridos por sucessão ou doação, ou de bens imóveis sitos nos Estados Unidos;
- 5) a propriedade resulta de uma obrigação contratual.

A seção 1.611 declara a total imunidade de execução dos bens pertencentes a um banco central ou outra autoridade monetária governamental ou ainda às autoridades militares do governo estrangeiro.

No dia 8 de agosto de 1978 a Sra. Isabel Morel de Letelier, viúva do antigo embaixador do Chile nos Estados Unidos, posteriormente Ministro das Relações Exteriores daquele país no governo de Salvador Allende, ingressou com uma ação no U.S. District Court de Columbia contra a República do Chile, a DINA, polícia secreta chilena e vários de seus ex-oficiais, pleiteando indenização pela morte de seu marido, ocorrida em Washington, em explosão causada por uma bomba plantada em seu automóvel, atentado terrorista de grande repercussão internacional.

A pretensão da viúva Letelier se baseia na seção 1.605, letra a, nº 5, da lei americana, que exclui a imunidade estatal quando se reclama indenização pecuniária contra um Estado estrangeiro por danos pessoais ou morte ocorridos nos Estados Unidos e causados por atos ilícitos do Estado estrangeiro ou por qualquer funcionário do mesmo, no desempenho de suas funções.

2.5. A Tate Letter

Durante muitos anos os Estados Unidos seguiram a orientação da Grã-Bretanha no sentido da imunidade absoluta. A Suprema Corte norte-americana afirmou em 1926 esta teoria em "Berizzi Bros. Co. v. S.S. Pesaro" (43) — um navio mercante, pertencente e operado pelo governo italiano, que se ocupava de atividades comerciais, teve reconhecida a mesma imunidade de que gozam os navios de guerra:

"Não conhecemos uso internacional algum que considere a manutenção e o desenvolvimento do bem-estar econômico de um povo em tempo de paz como menos dirigido à finalidade pública do que a manutenção e o treinamento de uma força naval."

Após a 2ª Guerra Mundial, o grande incremento das atividades comerciais de certos Estados levou o Departamento de Estado norte-americano a reconsiderar sua política relativa à imunidade estatal. Em 1952, numa carta dirigida ao Ministério da Justiça americano pelo conselheiro jurídico interino do Departamento do Estado, M. Tate, após examinar minuciosamente as regras concernentes à imunidade de jurisdição nos diversos países, observa que ela vinha sendo cada vez menos concedida para os atos de caráter comercial.

O Dr. Tate propunha em sua carta que não mais fosse sugerido aos tribunais americanos a concessão de imunidade em relação a atos de natureza puramente *jure gestionis*.

A certa altura o missivista fazia a seguinte distinção:

"... to accommodate the interests of individuals *doing business* with foreign governments in having their legal rights determined by the courts, with the interest of foreign governments in being free to perform certain *political acts* without undergoing the embarrassment or hindrance of defending the propriety of such acts before the courts" (44).

Note-se que o ponto nodal da distinção é entre "doing business" (*acta jure gestionis*) e "political acts" (*acta jure imperii*).

A carta concluía que "doravante o State Department seguirá a teoria da imunidade relativa no exame das pretensões à imunidade apresentadas por governos estrangeiros".

O Departamento de Estado durante vários anos não se sentiu comprometido por esta carta, mas paulatinamente foi aceitando sua orientação básica, merecendo ser observado que logo após a promulga-

(43) 271 U.S. 562, 574.

(44) *International Legal Materials*, 1974, volume I, pág. 135.

ção da lei americana sobre imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros, o State Department endereçou uma carta ao Attorney General, na qual assinala que a nova legislação seguiu em muitos aspectos a prática que havia sido adotada sob a inspiração da "Tate Letter" (45).

2.6. *Imunidade de execução*

Mesmo depois que a "Tate Letter" passou a ser considerada e se admitiu a competência jurisdicional dos tribunais americanos para julgar Estados estrangeiros, não aplicavam eles qualquer medida cautelar contra bens de Estados estrangeiros.

Esta política, que proibia inclusive o seqüestro de fundos depositados pelos governos estrangeiros em bancos americanos, acarretava a inaplicabilidade da "Tate Letter".

FRANCIS DEÁK (46) relata que o State Department modificou esta posição em 1959, quando proclamou que, "sempre que de acordo com o direito internacional um governo estrangeiro não tiver imunidade, a penhora ou o seqüestro de sua propriedade para fins de prevenção de jurisdição são permitidos".

A execução foi a última etapa a ser vencida: a imunidade de execução continuou a ser garantida mesmo em casos de renúncia do Estado estrangeiro à sua imunidade de jurisdição.

Em "Dexter and Carpenter v. Kunglig Jarnvagsstyrelsen" (47), julgado em 1930, por exemplo, o tribunal americano concedeu imunidade à execução de propriedades relacionadas com as atividades comerciais de governo estrangeiro, apesar de o mesmo ter consentido na jurisdição do tribunal americano.

A primeira decisão americana que permitiu a execução de bens de Estado estrangeiro se deu no caso "Harris and C. Advertising v. Cuba" (48), julgado em 1961.

O "Foreign Sovereign Immunities Act" de 1976 confirmou o princípio da imunidade relativa exposto na "Tate Letter", ditou regras gerais para os tribunais, reduzindo, assim, a influência do State Department, e regulamentou a imunidade às medidas cautelares e à execução.

Cabe agora aguardar as primeiras manifestações dos tribunais americanos ao aplicar a nova legislação.

(45) *International Legal Materials*, 1977, volume VI, pág. 1.437.

(46) *Max Sorensen*, *op. cit.*, pág. 441.

(47) 43 F. 2d 706.

(48) 127 So. 2d 687.

JEAN SCHAPIRA ⁽⁴⁹⁾, referindo-se à questão da imunidade de execução, diz o seguinte ⁽⁵⁰⁾:

“Si l’immunité de juridiction est relative, *l’immunité dite d’exécution est absolue*: aucune saisie, de quelque nature qu’elle soit, ne peut être pratiquée contre un État, même si la créance émane d’un contrat d’affaire et même si la justice en a reconnu le bien-fondé. La règle tient ici à l’indivisibilité du patrimoine de l’État, l’exécution risquant d’atteindre des avoirs affectés à l’exercice de la souveraineté. La Cour de Paris vient de réaffirmer le principe dans un procès concernant la République démocratique du Vietnam (7 jun 1969).”

No mesmo ano de 1972 em que SCHAPIRA publicou seu trabalho, foi aprovada a Convenção européia, deixando ao arbítrio de cada Estado signatário submeter-se ou não à execução de sentenças estrangeiras. Ainda não temos notícia de qualquer reação concreta a esta disposição.

2.7. Contratos petrolíferos

Os países petrolíferos e a própria OPEP têm tomado medidas no sentido de excluir qualquer jurisdição estranha no julgamento de controvérsias resultantes dos contratos firmados com seus clientes.

JULIAN LEW, em estudo intitulado “La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux” ⁽⁵¹⁾, informa que nos “State contracts” (i.e. contratos entre Estados e entidades particulares ou públicas de outros Estados), vem se notando uma volta ao que denomina de “nacionalismo jurisdicional”, visando o monopólio da competência jurisdicional do Estado contratante, em detrimento tanto da jurisdição estrangeira como do arbitramento ⁽⁵²⁾.

E invoca a decisão do governo da Arábia Saudita, de 25 de junho de 1963, que proibiu qualquer agência governamental de assinar contratos com indivíduos, companhias ou organizações privadas que incluam cláusula sujeitando-a à jurisdição de qualquer tribunal estrangeiro ou a qualquer entidade estrangeira que tenha caráter judicial, vedando ainda a aceitação da arbitragem como forma de solucionar divergências.

Em junho de 1968 a 16ª Conferência da OPEP, realizada em Viena, aprovou unanimemente uma decisão, posteriormente ratificada pelos nove países que compunham a organização (e que produzem cerca de 85% do petróleo exportado no mercado internacional), no sentido de que,

(49) *Le Droit International des Affaires*, Presses Universitaires de France, 1972.

(50) Pág. 6.

(51) In *Le Contrat Économique International*, publicação da 7ª Jornada de Estudos Jurídicos Jean Dabin, organizada em Louvain, novembro de 1973 e publicada em 1975 pelo “Centre Charles De Visscher pour le Droit International”.

(52) Pág. 144.

“ressalvada regra diversa contida no sistema jurídico do País signatário, todas as divergências que ocorram entre o governo e os operadores serão submetidas exclusivamente à jurisdição dos competentes tribunais nacionais ou às cortes regionais especializadas”.

Durante o Colóquio organizado pela Academia de Direito Internacional da Haia em 1968 sobre “Os Acordos de Comércio Internacional”, publicado em 1969 por aquela entidade, H. S. ZAKARIYA, chefe do serviço jurídico da OPEP, assim se manifestou sobre a decisão da Conferência (53):

“One can safely say that the Resolution represents the prevailing thoughts in OPEC member countries and their determination to implement these thoughts at the appropriate time in the near future. The conclusion to be drawn from this is, I think, quite evident: The rule from now on, would be the submission of all disputes under the petroleum agreements to the national courts in each country. The *exception* would be the *ad hoc* settlement of these disputes, such as arbitration, on the condition that it is authorized or permitted by the legal order of the State itself. In this latter case arbitration would essentially be a domestic matter and not an international one. It is evident also that the law applicable to these disputes will have to be basically the national law of the State itself.”

Denominaríamos este fenômeno de “desinternacionalização” dos contratos internacionais.

2.8. *Recurso à arbitragem*

A arbitragem tem sido prestigiada pelos especialistas do Direito do comércio internacional e tem sido freqüentemente adotada na prática dos “State contracts”, excetuados, como visto, os contratos petrolíferos.

JOE VERHOEVEN, em estudo sobre “Contrats entre États et ressortissants d'autres États” (54), assim se pronunciou (55):

“L'arbitrage paraît, par excellence, le mode de règlement des différends relatifs aux contrats entre États et ressortissants d'autres États, même si des courants contradictoires visant tantôt à nationaliser tantôt à internationaliser davantage les procédures se font jour.”

No já referido Colóquio da Academia de Direito Internacional da Haia, Giovanni Kojanec, professor da Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Roma, advogando o recurso à arbitragem disse:

“... the State accepts, on the basis of the contract, limitations to its own sovereign powers. Such limitations consist in the

(53) Pág. 364 da publicação da Academia.

(54) In *Le Contrat Économique International* já acima referido.

(55) Pág. 150.

adoption of contractual provisions which tend to exclude the application of internal rules and which substitute to the jurisdictional competence of the State, the recourse to international arbitration."

Em defesa da natureza internacional dos contratos, disse ainda ⁽⁵⁶⁾ :

"It results from our analysis that the arbitral institution acquires a special role and importance in this context, being the instrument through which the application of the legal rule may be fully guaranteed beyond the limits of national influence, which might command unilateral attitudes of the State. It is indeed in the arbitral proceedings that we may reach the application of supra-national rules even though the validity of the contract as well as its application depend on a national system of law."

Mas esta atitude não é aceita universalmente.

Interessantes as observações apresentadas ao Colóquio da Haia por S. Sucharitkul, diretor-geral do Departamento Econômico do Ministério de Relações Exteriores da Tailândia, em que ironiza a segurança que se pretende vislumbrar na cláusula de arbitragem inserida nos "State contracts", assim se manifestando ⁽⁵⁷⁾ :

"I can find nothing sacrosanct, nothing final about arbitration least of all the peremptory character, the impossibility of derogation from an obligation to arbitrate. This would be more effective than international law, more powerful than supra-national law. It would be almost divine law if once the State permits itself to submit to arbitration, it cannot allegedly derogate from this submission. However, it should be pointed out that the character of arbitration is in itself voluntary, it is in itself extra-legal conciliatory. Therefore, being a Buddhist, I cannot accept any *Deus ex machina*."

Esta filosofia reforça a tendência dos países petrolíferos de refugiar-se sob o manto da absoluta imunidade jurisdicional.

3. O ESTADO ESTRANGEIRO PERANTE A JUSTIÇA BRASILEIRA

3.1. Doutrina

O Ministro CLOVIS RAMALHETE trata na última parte de seu trabalho ⁽⁵⁸⁾ da posição do direito brasileiro na questão da imunidade jurisdicional do Estado, assim se pronunciando:

"Nas Constituições da República abriu-se no Brasil oportunidade ao Estado estrangeiro para litígios perante a justiça na-

(56) Pág. 340.

(57) Pág. 359.

(58) *Revista da OAB*, 1970.

clonal, quer contra a União, os Estados e os Municípios, quer contra pessoas privadas. É tradição constitucional republicana brasileira. Foi omissa a Constituição Imperial de 1824. Mas a matéria acolheu-se nas Constituições da República...

Efetivamente todas as Constituições republicanas⁽⁵⁹⁾ trataram da competência jurisdicional quando uma das partes fosse “nação estrangeira”, a partir de 1946 substituído por “Estado estrangeiro”.

A atual Constituição assim dispõe:

“Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

.....

c) os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios;

.....

II — julgar em recurso ordinário:

a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

.....”

“Art. 125 — Aos juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar;

II — as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil;

.....”

É estranhável que a doutrina não se dedique a esta matéria, tão cuidadosamente versada em todas as nossas Constituições republicanas. Atesta-o CLOVIS RAMALHETE⁽⁶⁰⁾:

“Muitos comentaristas eminentes (BARBALHO, AURELINO LEAL, RUI, MANGABEIRA, TEMÍSTOCLES, CASTRO NUNES) silenciam o tema.

(59) Constituição de 1891, arts. 59 e 60; Emenda de 1926, arts. 59 e 60; Constituição de 1934, arts. 76 e 81; Carta de 1937, art. 101; Constituição de 1946, art. 101, alterado pela Emenda Constitucional nº 16, de 28-11-1965; Constituição de 1967, arts. 114 e 119, e Constituição de 1969, arts. 119 e 125.

(60) *Op. cit.*, pág. 327.

PONTES DE MIRANDA apenas aflora-o sem maior explicar. Parece que aceita a dupla capacitação judicial, ativa ou passiva, quando escreveu:

“Tire-se, pois, quando o autor ou o réu é Estado estrangeiro que os Municípios etc.” (*Comentários à Constituição de 1946*, pág. 199, v. II).

Entretanto, falta maior desenvolvimento do tema pelo notável escritor. É possível que a eventual conceituação, por PONTES DE MIRANDA, da inexistência de imunidade de jurisdição ultrapasse o catálogo de casos em geral aceitos e de citação comum. Eles são os de ações reais, herança ou legado, de delito ou quase delito e aqueles em que o Estado estrangeiro aceita tácita ou expressamente a competência do Juízo nacional.”

Não nos parece que JOÃO BARBALHO tenha silenciado sobre o tema. Basta verificar as referências feitas a seus *Comentários* por PEDRO LESSA em seu *Do Poder Judiciário* ⁽⁶¹⁾ às páginas 71, 73, 204 e 217.

Também CARLOS MAXIMILIANO, na obra citada por RAMALHETE ⁽⁶²⁾, invoca a autoridade de JOÃO BARBALHO quando se refere aos litígios julgados em tribunais norte-americanos e argentinos a respeito de “dívidas contraídas pelas circunscrições administrativas autônomas”.

Em seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, PONTES DE MIRANDA não se dedicou especificamente à matéria, assim se justificando:

“... Voltaria à baila a questão da competência se há Estado estrangeiro perante a Justiça do Brasil. A Constituição supõe que isso se possa dar e revela recepção de doutrina do direito das gentes. Não é aqui o lugar, conforme antes já dissemos, para discutirmos o assunto, que escapa ao direito constitucional...” ⁽⁶³⁾.

Pouco adiante diz PONTES:

“... Interessante é que, em vez de proteger a nacionais, a Constituição estatui que se assegure ao Estado estrangeiro o mesmo tratamento que à União, tanto assim que se excluiu a referência a cidadãos brasileiros e se adotou a expressão *pessoa domiciliada ou residente no País*.”

Este comentário seguramente foge ao enfoque internacional da matéria em que se conceberia proteção do Estado estrangeiro, no sentido de considerá-lo imune à jurisdição do foro, e não no sentido de ampliar o raio de sua submissão à Justiça brasileira!

(61) Francisco Alves, 1915.

(62) Pág. 339.

(63) Tomo IV dos *Comentários*, RT, 2ª edição revista, maio de 1974, pág. 76.

Mais adiante (64) PONTES ainda acrescenta:

“Em consequência, há cognição recursal do Supremo Tribunal Federal ainda que o pleito seja entre Estado estrangeiro e nacional desse Estado estrangeiro, domiciliado ou apenas residente no Brasil; e não na há se são partes Estado estrangeiro e brasileiro, não domiciliado nem residente no Brasil.”

Denota-se aí total desinteresse pela soberania do Estado estrangeiro, a ponto de conceber que nacional de Estado estrangeiro processe seu próprio Estado perante a Justiça brasileira.

As demais considerações tecidas pelo eminente tratadista sobre os arts. 119 e 125 versam questões colaterais, sem interesse algum para o tema ora versado.

CLOVIS RAMALHETE invoca as autoridades de CARLOS MAXIMILIANO (65) e de PEDRO LESSA (66) como os únicos autores nacionais que versaram a matéria, reportando-se a breves trechos dos dois constitucionalistas pátrios em que tocaram no assunto da imunidade do Estado estrangeiro.

“CARLOS MAXIMILIANO (*Com. à Constituição de 1946*, v. II, pág. 339), repetindo a lição de PEDRO LESSA, inclui a competência da Justiça brasileira para certos casos. Exemplo: o “das ações fundadas em contratos celebrados com outros países no território nacional, quando as obrigações são de tal natureza que os pactuantes não poderiam, de boa fé, contar com a execução das mesmas no estrangeiro pelo Estado devedor e de acordo com outras leis senão os destes”. Para MAXIMILIANO, conclui-se, a competência do Judiciário brasileiro vem estabelecida nas Constituições republicanas e inclui a de julgar Estado estrangeiro como réu nas questões oriundas de contratos firmados no País.”

Em seguida RAMALHETE cita seu festejado antecessor na Suprema Corte:

“PEDRO LESSA (*Do Poder Judiciário*, págs. 71/73) comenta com clarividência as normas constitucionais sobre competência do Judiciário quanto a Estado estrangeiro como parte, ré ou autor. E de fato assentou a competência para “as ações fundadas em contratos celebrados com Estados estrangeiros no território, quando a execução completa no território pode ser promovida, de acordo com as regras da boa fé”. Entende, pois, que, em tais casos, não há imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição da Justiça nacional.

Com inteira atualidade, o insigne PEDRO LESSA reporta-se a DESPAGNET e VON BAR, quando afirma, comentando a norma

(64) Pág. 77.

(65) *Comentários à Constituição de 1946*.

(66) *Do Poder Judiciário*.

constitucional brasileira — “no estado atual do Direito Internacional Público certos casos se nos deparam em que, segundo a comum opinião, os Tribunais de um Estado têm competência para processar e julgar as causas em que são partes Estado ou soberano estrangeiro”. Entende, portanto, que aqueles tipos citados de casos estão sob a direta eficácia da norma constitucional brasileira, que instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal.”

Assim se pronunciou LESSA, no local indicado por MAXIMILIANO e reproduzido por RAMALHETE (67):

“Não há dúvida que nenhum país está sujeito à jurisdição de outro, princípio que, em regra, isenta da jurisdição de um Estado, não só as nações estrangeiras, como também os soberanos ou chefes de Estados estrangeiros, desde que contrataram por conta de seu país. Mas, no atual estado do Direito Internacional Público certos casos se nos deparam, em que, segundo a comum opinião, os tribunais de um Estado têm competência para processar e julgar causas em que são partes Estados, ou soberanos estrangeiros. Tais são os seguintes: 1º) quando se trata de ações reais (petitórias ou possessórias), que têm por objeto imóveis situados no território do país, onde a ação é proposta ou móveis que se acham nesse território ao surgir o litígio; 2º) quando o Estado estrangeiro (ou o soberano, ou chefe de Estado) aceita a competência dos tribunais do país, quer expressa, quer tacitamente, intentando, por exemplo, a ação, ou propondo a reconvenção; 3º) admite-se, ainda, geralmente a penhora e o embargo, bem como a competência da jurisdição territorial, sobre as coisas que, especial e expressamente dadas em penhor, ou em hipoteca, se acham no território do país que exerce a jurisdição.”

Mais adiante PEDRO LESSA reproduz o relatório apresentado por VON BAR à reunião do Instituto de Direito Internacional de 1891 realizada em Hamburgo, a que já nos referimos acima.

A enumeração de PEDRO LESSA das hipóteses de cabimento da jurisdição local sobre Estados estrangeiros se compõe de seis itens, que MAXIMILIANO distribuiu em sete, das quais RAMALHETE só reproduziu a última: das ações fundadas em contratos celebrados por outros países no território do foro.

Convém destacar o trecho do grande internacionalista francês DESPAGNET que PEDRO LESSA transcreve:

“... De là une distinction de plus en plus admise entre les actes d'un caractère privé et ceux qui se réfèrent à l'exercice de la souveraineté. Les premiers seuls pouvant entrer dans la compétence des tribunaux étrangers.”

(67) *Op. cit.*, págs. 71/3.

Há mais algumas passagens na obra de PEDRO LESSA que merecem destaque. Comentando o art. 60 da primeira Constituição republicana, então vigente, diz o ilustre autor (68):

“Comentando a equivalente disposição da Constituição americana, afirmava STORY que a sujeição de um Estado estrangeiro aos tribunais americanos era inteiramente voluntária (wholly voluntary): nenhuma nação pode ser compelida a ser parte, autora ou ré, perante os tribunais dos Estados Unidos.

Esse comentário de STORY é reproduzido, ou, antes, resumido por J. BARBALHO.

Mas, no presente estado do Direito Internacional a tese de STORY precisa ser explicada, ou, melhor, limitada. Foi na última metade do século XIX e, portanto, depois de publicada a obra do grande constitucionalista norte-americano, que a questão da competência territorial em face dos Estados estrangeiros teve na doutrina um amplo desenvolvimento, que repercutiu na jurisprudência.”

A distinção entre *acta jure gestionis* e *jus imperii* é assim formulada por PEDRO LESSA (69):

“Os atos que pratica o Estado como pessoa civil não diferem na essência dos que realizam os particulares: uma compra, e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem idênticas, inalteradas, quando o Estado contrata. Aí temos, pois, relações de direito e de interesses privados; qualquer idéia de poder, de soberania, é estranha aos atos em que intervém o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietário, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer os direitos de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunais, e que por estes é condenado a pagar, e não um soberano, nem um órgão da soberania.”

Discorrendo sobre empréstimos públicos, em aparente contradição à passagem acima transcrita em que se refere a Estado credor ou devedor, diz (70):

“Quanto às dívidas contraídas por um Estado, por meio de empréstimos por subscrição pública, no território de outro, a doutrina geralmente admitida é a que VON BAR expôs no seu relatório perante o Instituto de Direito Internacional: para julgar as questões oriundas do inadimplemento dessas obrigações não é competente a justiça territorial.”

(68) *Op. cit.*, pág. 204.

(69) *Op. cit.*, pág. 208.

(70) Pág. 213.

E distinguindo a execução da jurisdição, volta a citar DESPAGNET (71):

“A dificuldade de execução absolutamente não infirma o valor jurídico da condenação pronunciada, e do que se cuida é apenas de indagar se um Estado civilizado poderá moralmente subtrair-se, em seu território, aos efeitos de uma decisão equitativamente lavrada contra ele por um tribunal estrangeiro, competente na espécie.”

A questão sob o duplo ângulo — internacional e constitucional — foi examinada com especial acuidade por CLÓVIS BEVILÁQUA em *Direito Público Internacional* (72).

Na regra nº 17 lança o seguinte princípio:

“Não se opõe à soberania do Estado que ele se submeta à jurisdição de um tribunal de outro, em matéria de ordem privada.

É lícito, portanto, dirimir quaisquer litígios jurídicos entre nações, por sentença de tribunais de uma delas.”

E desenvolvendo o princípio, diz CLÓVIS:

“PAEPE sustenta, de acordo aliás com LAURENT, que os tribunais de um país, competentes para dirimir as controvérsias de direito privado, estendem a sua jurisdição aos Estados estrangeiros.”

BEVILÁQUA discorda:

“Nestes termos absolutos a doutrina é inaceitável, porque, ainda quando age como pessoa jurídica no terreno do direito privado, o Estado não se despoja, em face de outro Estado, das suas prerrogativas de soberania, e porque a execução da sentença contrária a um país estrangeiro poderia encontrar dificuldades insuperáveis, e, talvez uma insignificante questão de direito privado viesse a terminar por um conflito violento, em que as duas nações medissem as suas forças, e sacrificassem interesses de valia incomparavelmente superiores.”

O autor invoca os princípios que a jurisprudência francesa vinha firmando à época, de que os tribunais comuns são competentes para conhecer de causas em que intervém Estado estrangeiro nas seguintes hipóteses: 1) quando o Estado estrangeiro renuncia expressamente ao direito de invocar sua imunidade; 2) quando, perante um dos tribunais estrangeiros, propõe alguma ação, o que importa em aceitar sua jurisdição; 3) quando acionado, não opõe a execução declinatória *fori*; 4) quando é proprietário de imóveis no país e a questão versa sobre esses bens.

(71) Pág. 217.

(72) 2ª edição, 1939, tomo I, págs. 79 e seguintes.

CLÓVIS se refere à decisão do tribunal de apelação de Bruxelas a favor da competência dos tribunais belgas para julgar uma ação movida contra o Estado da Bahia por um quase-delito atribuído a preposto de um mandatário desta província brasileira e transcreve a crítica publicada a esta decisão no *Journal de Droit International*, concluindo com a seguinte observação:

“A Bahia não é um Estado soberano, é apenas, em face da Constituição brasileira, um Estado autônomo; mas uma sentença contra ele proferida, atingiria a soberania nacional, porque os diversos Estados da Federação constituem elementos essenciais da nação soberana, sendo divisões políticas para a vida jurídica interna do Estado, somente podendo aparecer nas relações internacionais através da soberania nacional.”

Em nota de rodapé acrescenta o emérito civilista e internacionalista brasileiro:

“Os tribunais europeus têm enveredado por este sofisma: os Estados federados, não sendo soberanos, podem ser condenados civilmente por juizes de países estrangeiros. O Brasil não aceita semelhante pretensão aberrante dos princípios do Direito Internacional.”

Em seguida, num toque de magistral soberania, assim comenta CLÓVIS BEVLÁQUA a regra constitucional então vigente:

“A Constituição federal brasileira, art. 101, I, letra *d*, estatui que são da competência privativa do Supremo Tribunal Federal: . . . *d*) Os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados. A doutrina que se desprende desse artigo é a seguinte: 1º) *os Estados estrangeiros podem propor ações contra a União e os Estados* perante o Supremo Tribunal Federal; 2º) *esses mesmos Estados podem ainda aceitar, expressamente, a jurisdição brasileira, por convenção ou tratado*; 3º) ou, ainda, pelo fato de possuírem imóveis no Brasil.

Assim, a nossa Constituição oferece às nações amigas meios de solver, judicialmente, as questões que, acaso, tenham com o Brasil e os brasileiros, desde que estas questões, por sua natureza, não transcendem da competência dos tribunais comuns” (grifos nossos).

Vê-se que CLÓVIS compreendeu a necessidade de interpretar o texto constitucional brasileiro em harmonia com os princípios do direito internacional. E reconheceu ser inconcebível tratar de maneira diversa a soberania de nosso Estado e a soberania dos Estados estrangeiros. Se o Brasil não se submete à jurisdição dos tribunais estrangeiros, como impor a competência de nosso Supremo Tribunal Federal sobre os Estados estrangeiros, igualmente soberanos? Estaria ferido o princípio da igualdade dos Estados.

Nenhum de nossos insígnos constitucionalistas atentou para este delicado e importante aspecto da matéria.

Muitos anos mais tarde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação:

“Em princípio, os Estados estrangeiros não podem ser demandados em nosso País, assim como o Brasil não pode ser demandado no estrangeiro. Em princípio, um Estado não pode se submeter à jurisdição de outro Estado...” (73).

Nossos mestres de Direito Internacional Público também não atentaram para a necessidade de focar o tema sob o duplo aspecto que nele se encerra.

Assim, HILDEBRANDO ACCIOLY, a cuja obra já acima nos referimos, limita-se a enunciar as hipóteses da renúncia, expressa ou tácita, do soberano estrangeiro à sua imunidade jurisdicional, e aborda ligeiramente a distinção entre o *jus gestionis* e o *jus imperii* (74).

RAUL PEDERNEIRAS (75) atribui a regra da imunidade jurisdicional ao princípio da igualdade dos Estados, regra que sofre exceção quando um Estado consente na intervenção jurisdicional de outro Estado.

Já os nossos autores de Direito Internacional Privado foram mais cuidadosos, examinando as imunidades estatais com maior profundidade.

OSCAR TENÓRIO assim escreveu (76):

“Não se contém no art. 12 (da Lei de Introdução) nenhuma disposição a respeito da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, naturalmente por entender o legislador que a matéria se rege pelos princípios do Direito Internacional Público. A regra é a imunidade. Todavia, já se considera correta a opinião de nas relações de direito privado (*jure gestionis*), e não nas que decorrem do poder político soberano (*jure imperii*), não se justificar a imunidade, devendo ser admitida a competência de tribunais locais.

Citemos, a propósito, como expressão da tendência atual o aresto da Corte de Apelação de Atenas nº 1.690, de 1949. Sobre ele paira, de qualquer forma, a grave preocupação relativa às imunidades.”

(73) In *DJ*, de 29-11-62, pág. 198; *Rev. Jur.* 58/80, apud ALEXANDRE DE PAULA, *Código de Processo Civil Aplicado*, volume II, pág. 121.

(74) *Tratado de Direito Internacional Público*, Tomo I, págs. 194-5, edição de 1933.

(75) *Direito Internacional Compendiado*, 11ª edição, revista e aumentada por OSCAR TENÓRIO, Freitas Bastos, 1956, pág. 175.

(76) *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª edição aumentada, Borsoi, 1955, pág. 387.

Em *Direito Internacional Privado* ⁽⁷⁷⁾ escreve OSCAR TENÓRIO ⁽⁷⁸⁾:

“A doutrina da imunidade absoluta é inaceitável. A imunidade cobre apenas os atos dos Estados e de seus representantes diplomáticos, como atos de certa expressão política. Fora disto eles se equiparam aos particulares.

A *Constituição*, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios (art. 119, I, c), *admite, através da regra de competência, que os Estados estrangeiros possam acionar ou serem acionados no Brasil.*

O dispositivo constitucional não se sobrepõe ao Direito Internacional Público. Coexiste com os princípios do direito das gentes na qualificação da matéria suscetível ou não de demanda proposta por Estado estrangeiro ou contra ele” (nosso grifos).

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES ⁽⁷⁹⁾, em breve comentário ⁽⁸⁰⁾, também interpretou o dispositivo constitucional que dá ao STF competência para julgar Estados estrangeiros, assim se manifestando:

“Passando do direito convencional para o direito interno, vemos que a Constituição Federal, no art. 119, nº I, letra c, estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para as causas entre nações estrangeiras e a União ou os Estados, sendo que a doutrina consagra essa exceção à regra geral da jurisdição nacional, pelo princípio chamado da extraterritorialidade, não o tomando, porém, sob um aspecto absoluto. Reconhece, assim, as seguintes exceções: a) quando se tratar de atos de comércio ou praticados como comerciantes; b) quando o litígio versar sobre imóveis, excluindo o edifício da legação, mesmo no caso de ser propriedade particular do agente; c) quando implicitamente renunciarem às imunidades, comparando em juízo como autores; d) nas convenções contra o Estado ou seu chefe propostas naquelas causas.”

AGUSTINHO FERNANDES DIAS DA SILVA ⁽⁸¹⁾ enfrenta o problema constitucional/internacional, numa síntese feliz e correta. Diz o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Juiz federal no Estado do Rio de Janeiro ⁽⁸²⁾:

“Nos litígios entre Estados estrangeiros ou organismo internacional e as pessoas jurídicas de direito público brasilei-

(77) 11ª edição, Rio de Janeiro.

(78) Vol. II, pág. 351.

(79) *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, A Noite, 1946.

(80) Vol. III, pág. 261.

(81) *Direito Processual Internacional*, Rio de Janeiro, 1971.

(82) Pág. 56.

ras, fica, assim, assegurada não só a competência do Supremo Tribunal Federal, mas também a competência internacional da jurisdição brasileira (Nota do autor — o mesmo se diga com relação a litígios entre os Estados estrangeiros e Municípios ou pessoas residentes no Brasil) quando não afastada, como é óbvio, por norma hierarquicamente superior. Como as relações de direito público com Estados estrangeiros se acham sujeitas ao Direito Internacional Público, sendo amiúde regidas por tratados, a jurisdição em tais casos pode caber a órgãos internacionais, à ONU, à OEA, tribunais arbitrais etc. Convém, também, não esquecer o princípio de imunidade de jurisdição local, salvo submissão expressa. *De sorte que se pode afirmar ser a letra "c" do nº I do art. 119 aplicável somente nos casos em que houver anuência dos Estados estrangeiros ou organizações internacionais implicados*" (nossos grifos).

Em *A Imunidade de Jurisdição Local dos Estados Estrangeiros* (83), o mesmo autor afirma:

"Em decorrência do princípio da imunidade, uma decisão do tribunal local, qualquer que seja o seu grau, proferida contra nação estrangeira ou qualquer de seus órgãos, só é válida se o Estado estrangeiro expressa e voluntariamente se submeteu à jurisdição local. Se não houve tal submissão, falta a jurisdição — um dos pressupostos processuais, a incompetência é absoluta e o processo nulo ab initio" (nossos grifos).

Mas o ilustre professor adota posição radical quando não admite a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, considerando que mesmo nestes vige a imunidade jurisdicional do Estado (84).

Não acompanhamos a posição adotada por CLOVIS RAMALHETE, quando escreve:

"O Judiciário não examina atos políticos. Mas sendo dotado pela Constituição de poder jurisdicional sobre Estado estrangeiro, é curial que tenha sob suas vistas os atos não políticos. A apreciação destes não lhe pode ser sonegada. E não o pode nem mesmo pelo distraído acatamento, pelos juízes, a Tratado de Comércio ou atos diplomáticos, nos quais a apreciação judicial de tais atos, que constitucionalmente é da competência dos Tribunais, lhes tenha sido sonegada.

Será inconstitucional os demais ramos do Poder concluírem Tratado ou Convenção, restringindo a função do Poder Judiciário. Tratar-se-á, na hipótese, de clara invasão de um Poder pelo outro, com lesão das regras constitucionais, contróversia, também esta, a ser em última análise dirimida pelo Supremo Tribunal Federal."

(83) *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 103, pág. 27.

(84) *Op. cit.*, págs. 23/24.

Os preceitos constitucionais que tratam da competência da Justiça federal e da Suprema Corte em questões que envolvem Estados estrangeiros são regras de competência, que se aplicam sempre que os princípios do direito das gentes permitirem a submissão do soberano estrangeiro à nossa jurisdição. Portanto, não vemos como se possa colocar a questão nos termos acima transcritos.

Ademais, a primazia da Constituição sobre tratados é questão altamente debatida aqui e alhures, pois entre os monistas há os que incluem a Constituição na posição de inferioridade hierárquica com relação às fontes internacionais e outros que entendem supremas as regras constitucionais, mesmo em relação às fontes internacionais.

Todavia há que se reconhecer que a regra da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro obedece a um princípio secular do direito internacional, e nada impede que dois ou mais Estados fixem, restritiva ou ampliativamente, o raio da incidência do princípio básico da imunidade jurisdicional dos Estados.

É de se observar que, se nossa Constituição foi tão zelosa quanto à submissão exclusiva da União federal à Justiça brasileira, matéria que analisaremos adiante, deverá igualmente tolerar a pretensão de Estado estrangeiro à sua imunidade jurisdicional.

As disposições contidas no art. 119, I, c, e II, a, da Constituição devem ser entendidas, portanto, como regras fixadoras de competência, mas cuja aplicação depende da anuência do Estado estrangeiro e do respeito aos princípios firmados pelo Direito Internacional Público e universalmente aceitos.

O próprio OSCAR TENÓRIO, paladino do nosso monismo, é incisivo no sentido de que as regras constitucionais não de coexistir com os princípios do direito das gentes na qualificação da matéria suscetível ou não de demanda proposta por ou contra Estado estrangeiro.

HAROLDO VALLADÃO, no terceiro volume de seu *Direito Internacional Privado*⁽⁸⁵⁾, dedica o capítulo 69 às questões de imunidade internacional.

No que tange aos Estados estrangeiros, seus chefes e os navios de guerra, entende VALLADÃO que o Brasil adota, assim como os demais Estados latino-americanos, os princípios do Código de Bustamante, e que, fora deste Código, a doutrina brasileira segue a orientação da imunidade restrita nos termos das Resoluções do Instituto de Direito Internacional de Hamburgo, 1891, e Aix-en-Provence, 1954.

Assim, os Estados estrangeiros podem ser acionados no Brasil nas seguintes hipóteses: a) ações reais, referentes a uma coisa, móvel ou imóvel, encontrada no território; b) ações fundadas na qualidade do Estado como herdeiro ou legatário ou cessionário de sucessão aberta

(85) Rio de Janeiro, 1978.

no território; c) ações referentes a um estabelecimento mercantil, industrial ou a uma estrada de ferro, explorados no território; d) ações decorrentes de contratos concluídos pelo Estado estrangeiro no território, se a execução completa no mesmo território pode ser pedida por cláusula expressa ou segundo a própria natureza da ação; e) ações de perdas e danos oriundas de delito ou quase-delito praticado no território; f) litígios em virtude de um ato que não é do poder público. Nesta enumeração, VALLADÃO segue estritamente as Resoluções do Instituto do Direito Internacional, interpretando nossa Constituição à luz do Direito Internacional Público.

Acrescenta o ilustre internacionalista pátrio que a distinção entre atos de império e de gestão não prosperou na doutrina brasileira, que, segundo ele, preferiu a enumeração específica, acima transcrita. Não nos sentimos à vontade para acompanhar o mestre nesta afirmação. Os autores brasileiros, cujas opiniões acima expusemos, tendem a aceitar a distinção. Outrossim, a própria enumeração de VALLADÃO está impregnada da concepção distintiva entre atos de soberania e atos de comércio, estes no sentido mais amplo do termo.

A distinção também é aceita na Convenção européia, nas leis americana e inglesa e, apesar de superada na doutrina e na jurisprudência italianas, como lembra VALLADÃO, ainda tem o suporte da absoluta maioria das autoridades estrangeiras que tratam da matéria, como vimos acima.

Em seu Projeto de Lei Geral da Aplicação das Normas Jurídicas, VALLADÃO insere as seguintes disposições concernentes às imunidades:

“Art. 68 — Os Estados estrangeiros, bem como os chefes de Estados, os agentes diplomáticos e membros da respectiva família, que com eles vivam, e outras pessoas especialmente indicadas em atos internacionais, gozarão no Brasil de imunidade de jurisdição civil e criminal, estabelecida em tratados ou convenções ou decorrente de reciprocidade, devendo ser acionados perante os tribunais existentes no respectivo Estado.
.....

§ 4º — Denegadas ao Brasil e a seus representantes as imunidades acima previstas, em território de Estado estrangeiro, poder-se-á, independente das providências internacionais cabíveis, determinar a suspensão total ou parcial das imunidades no território nacional àquele Estado e a seus representantes.”

Segundo este projeto, excluída a hipótese de tratados ou convenções e não havendo reciprocidade, inexistirá imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros, inclusive para atos *jure imperii*, posição com a qual não podemos concordar, pois que colidente com a doutrina estrangeira e pátria, com os princípios gerais de direito internacional em que ainda vigem, solidamente, os princípios da soberania e da independência dos Estados.

Outrossim, ao regime jurídico brasileiro sempre repugnou o princípio da retorsão. O Brasil sempre agiu de forma exemplar no campo das relações internacionais, e, ao invés de se preocupar com eventuais falhas nos sistemas alienígenas, preferiu agir com liberalidade e de acordo com seus princípios jurídicos, sem vinganças e retaliações no campo jurídico, como, aliás, apontado inúmeras vezes por VALLADÃO em sua vasta e erudita obra.

PONTES DE MIRANDA adota posição mais clara em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* da que expôs em sua obra sobre a Constituição, que criticamos acima. Diz o insigne jurista pátrio (86):

“Tem-se de partir, no tocante à jurisdição para as ações proponíveis ou propostas contra um Estado, do princípio fundamental de direito das gentes de que nenhum Estado pode ser submetido à jurisdição de outro ou de outros Estados. Chama-se a isso, também, princípio da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. Pode dar-se que o Estado A adquira, por exemplo, em banco situado no estrangeiro, moeda estrangeira ou sua, ou artigos ou peças que sejam úteis a seus escritórios, lugar de investigação e de indústria. Aí o Estado figura como se fosse qualquer pessoa pública ou privada, e não se pode dizer que haja imunidade jurisdicional. Temos de repelir, em tal espécie de ato jurídico, que seja o Estado a atuar como Estado.

A teoria que marca limite à imunidade jurisdicional quando o Estado procede, no campo de outro Estado, como titular de direito privado desse Estado, é a verdadeira, posto que se tenha de reconhecer que não há aí, rigorosamente, exceção, porque só se falou de imunidade do Estado, como tal. Está noutro território (*princeps in alterius territorio privatus*).

Se o Estado estrangeiro voluntariamente exerce no Brasil a sua pretensão à tutela jurídica, como se propõe ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva perante algum juízo brasileiro, renunciou à sua imunidade, se, no caso, a tinha” (nossos grifos).

3.2. *Jurisprudência*

Os tribunais brasileiros têm tido freqüentes oportunidades de julgar casos que envolvem as imunidades diplomáticas e consulares, bem como questões de imunidade em reclamações trabalhistas movidas contra Embaixadas e organismos internacionais.

Já no campo da imunidade do Estado estrangeiro, são mais raros os casos registrados por nossa jurisprudência.

Em 14 de maio de 1935, o Dr. Edgard Ribas Carneiro, Juiz federal no Rio de Janeiro, em executivo fiscal promovido contra a República

(86) Tomo II, 1973, págs. 173 e seguintes.

Argentina, no qual se cobrava taxa de saneamento relativa ao prédio da Embaixada, assim se pronunciou:

“Em hipótese alguma seria admissível que uma pessoa de direito público fosse chamada a Juízo em um país estrangeiro...

Seria contrário, formalmente contrário, às noções básicas de direito internacional que a Justiça brasileira tivesse competência para processar e julgar obrigações contraídas pela República Argentina, ainda que tais obrigações houvessem sido assumidas no território brasileiro.

Dessa maneira, é claro e inequívoco que o processo instaurado para a cobrança da taxa de saneamento do prédio à Rua Senador Vergueiro, nº 59, é nulo, visto ser proposto contra uma nação estrangeira, por manifesta incompetência deste Juízo” (87).

Em uma ação de despejo movida contra a sede da representação diplomática da Bolívia no Rio de Janeiro, em 1963, sustentava o proprietário, autor da ação, que a Embaixada renunciara à imunidade em face da cláusula de eleição do foro, impressa no contrato de locação. O Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, à época o saudoso Amílcar Araújo Falcão, sustentou que persistia a imunidade por não ter havido renúncia que “deve ser concludente, específica, inequívoca, mais, devidamente autorizada pelo governo”. No caso, dizia o parecer, “tratava-se de cláusula impressa em contratos do tipo *standard* que tira à renúncia, não de foro mas de jurisdição, as reservas fundamentais dos tratados, usos e doutrina”.

Em outro parecer emitido na mesma causa, o Prof. HAROLDO VALLADÃO, acrescentou, citando FARO JÚNIOR:

“Tal imunidade é de ordem pública, isto é, o agente não pode renunciá-la; entretanto, o próprio Estado a que pertence o agente pode dela abrir mão.”

O despejo não foi deferido.

Outro caso foi a ação ordinária movida em Brasília contra o Japão, em que Augusto Gonzaga de Menezes pleiteou indenização pelos danos sofridos numa colisão com o automóvel da Embaixada daquele país. Deferida a citação, via Ministério das Relações Exteriores, este enviou ao Juízo nota da Embaixada japonesa que declarava “não estar disposta a sujeitar-se à jurisdição brasileira”.

A sentença decidiu pela imunidade jurisdicional nos seguintes termos:

“... ora, se os agentes diplomáticos gozam da imunidade de jurisdição, e esta só poderá ser dispensada mediante renúncia expressa do Estado acreditante, e ainda assim, quando da

(87) *Rev. Forense*, nº 65, págs. 150/151.

execução deverá ser feita nova renúncia, com muito mais razão necessária se faz a renúncia expressa do Estado acreditante à sua soberania e tradicional imunidade de jurisdição.”

Esta sentença vem noticiada na tese de livre docência do Prof. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES *Das Imunidades de Jurisdição e Execução* (São Paulo, 1980), que assim comenta a decisão do juiz brasileiro:

“Lamentável a decisão na Ação Ordinária nº 459, pois baseada num erro imperdoável: a Convenção de Viena silencia a respeito dos atos praticados pelo Estado ou pela missão diplomática. Impertinente a nota diplomática, errôneos os Pareceres que induziram o juiz a tal sentença. O raciocínio *a fortiori* de estender a necessidade de recusa expressa das imunidades dos agentes diplomáticos aos atos atribuídos ao próprio Estado, além de revelar uma concepção antropomórfica do soberano e do Estado, revela um desconhecimento do tema, em especial da tendência moderna de restringir-se o quanto possível a abrangência das imunidades. A denegação de justiça, a prosperar tal entendimento, será patente, pois mal se sabe se a Suprema Corte do Japão aceitaria competência por um delito acontecido alhures; pense-se, ademais, nos tropeços de um ofendido ter de constituir advogados no Japão, mesmo porque não haveria lugar para rogatória, inexistindo jurisdição.

Além do mais, a sentença confunde a imunidade de jurisdição no processo de cognição com aquela existente na execução, quando se sabe serem fenômenos substancialmente distintos.”

O professor paulista louva duas sentenças do Juiz Federal de Brasília, Dr. Dario Abranches Viotti, proferidas em ações movidas contra o Governo Imperial do Irã e contra a República Socialista da Tchecoslováquia.

Na ação contra o Irã, tratava-se de alegada rescisão de contrato relativo a obras no prédio da chancelaria e da residência particular do Embaixador, e contra a Tchecoslováquia foi formulada uma ação de cobrança.

Na sentença da ação contra o governo da Tchecoslováquia, o juiz federal informa que sua sentença no caso anterior, contra o governo do Irã, não chegou a ser apreciada pelas instâncias elevadas, porque as partes acabaram realizando acordo.

E após longas considerações de natureza histórica, política e jurídica, decide a favor da jurisdição brasileira, com os seguintes argumentos:

“Como a jurisprudência dos países civilizados não é uniforme e considerando que, nesse assunto, “na falta de qualquer norma internacional, os tribunais têm a liberdade de decidir como entenderem” (Brierly-Waldock), entendo que o Brasil

não deve transferir a decisão de seus próprios negócios aos Estados estrangeiros. Que o verdadeiro respeito à soberania nacional impõe a cada Estado o dever de submeter-se à jurisdição civil alheia no alheio território. Entendo que a evolução do direito internacional se vem fazendo no sentido da restrição dos privilégios e imunidades. Que tem razão o Instituto de Direito Internacional ao sustentar que os atos privados de um Estado devem estar sujeitos à jurisdição do país em que o realizam. Entendo que, no Brasil, onde nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, não deve o Poder Judiciário, baseando-se em doutrina incerta e contestável, negar-se à prestação jurisdicional quando brasileiros se digam lesados em seus direitos individuais pela atuação, de natureza privada, de Estados estrangeiros, dentro de nosso território” (88).

Ao Supremo Tribunal Federal só chegou a ação movida contra o Japão, pelo Agravo de Petição nº 56.466, em que foi reconhecida a imunidade jurisdicional do Estado.

Foi o seguinte o parecer da Procuradoria-Geral da República:

“Tem-se, pois, que a imunidade daquele Estado soberano à jurisdição doméstica não resulta da Convenção de Viena, mas de uma das mais sólidas regras costumeiras do direito das gentes. Nenhum Estado ignora a impossibilidade de submeter outra nação, contra sua vontade, à condição de parte perante o Judiciário local. Nem poderia fazê-lo, a menos que disposto — e apto — a garantir pela força bélica a execução da eventual e esdrúxula sentença condenatória, o que repugna substancialmente ao moderno direito internacional, que nossa República ajudou a construir e consolidar.”

Este parecer foi integralmente endossado pelo Acórdão do Tribunal Pleno, em votação unânime (89).

Houve mais um caso levado até o Supremo Tribunal Federal em que não se examinou a questão da imunidade, pois as instâncias originárias haviam trancado o feito antes mesmo de o Estado réu ser citado.

O juiz indeferira a petição por considerá-la inepta, reportando-se aos termos do agravo de petição a que nos referimos acima, confirmada sua decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Mas a Suprema Corte entendeu que não cabe decidir a incompetência de nossos tribunais antes de o governo estrangeiro invocar esta exceção. Lê-se na ementa do acórdão:

“Ação ajuizada por particular contra Estado estrangeiro (C.F., art. 125, II). Somente a citação permite saber se o demandado recusa a jurisdição local, ou se a ela acaso se submete.

(88) Apud GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *op. cit.*, pág. 280.

(89) *RTJ*, 66/727.

A improbabilidade da submissão, por notório que seja, não autoriza o Juízo a dar por inepta a inicial, encerrando liminarmente o processo" (90).

3.3. Nossa posição

O Código Bustamante trata da situação jurisdicional dos Estados contratantes nos arts. 333 a 335, distinguindo entre o "conhecimento dos assuntos cíveis ou comerciais", para os quais são incompetentes os juizes e tribunais dos demais Estados contratantes (salvo na hipótese de submissão expressa ou de pedido de reconvenção) — arts. 333/4 — dos casos em que o Estado estrangeiro contratante ou seu chefe tiverem "atuado como particulares ou como pessoas privadas", em que admite a competência jurisdicional estrangeira — art. 335, forma pouco precisa para distinguir o *ius imperii* do *ius gestionis*.

Também admite (art. 336) a competência para os juízos universais (falências e heranças).

E como o Código Bustamante é fonte internacional e preferencial do Direito Internacional Privado brasileiro, incompetente será a Justiça brasileira para julgar causas enquadradas nas hipóteses dos arts. 333 e 334 em que sejam partes quaisquer dos outros 14 Estados signatários da Convenção, devendo-se interpretar os preceitos constitucionais brasileiros de forma a harmonizá-los com as regras convencionais.

Não se trata aqui de decidir pela primazia da Convenção sobre a Constituição (que, como vimos, é matéria altamente controvertida na nossa doutrina), mas de interpretar a Constituição de maneira a que não resulte qualquer conflito entre suas disposições e as regras do Código de Direito Internacional Privado latino-americano. Esta harmonização de textos, quando possível, constitui a melhor hermenêutica.

Para evitar o aparente conflito bastará interpretar nossas regras constitucionais como de competência interna, i.e., sempre que não houver incompetência determinada pelo direito internacional e pelo Código Bustamante, sendo assim possível julgar o Estado estrangeiro em nossa jurisdição, como no caso da renúncia à imunidade ou nas hipóteses de atuação estatal "como particular ou como pessoa privada" (*jure gestionis*), será competente, no plano interno, o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses do art. 119, e o juiz federal, na hipótese do art. 125.

Concluímos que as regras constitucionais contidas nos arts. 119 e 125 da nossa Lei Maior terão aplicação quando não colidirem com as normas do Direito Internacional Público ou com a vontade soberanamente manifestada pelo Estado estrangeiro.

Não admitimos a competência jurisdicional da Justiça federal e do Supremo Tribunal Federal a não ser em matéria seguramente enqua-

(90) Apelação Cível nº 9.682, Richard Allison Clayton contra o Governo dos Estados Unidos da América, in *RTJ* 78, pág. 75.

drada no *jus gestionis* ou na hipótese de renúncia expressa do Estado estrangeiro à sua imunidade.

Assim, entendemos que GUIDO FERNANDO SILVA SOARES foi longe demais em sua crítica à sentença exarada na ação movida contra o governo do Japão, mas, por outro lado, o parecer da Procuradoria-Geral da República, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no mesmo caso, também foi amplo demais, pois não distingue entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*.

Correta, segundo entendemos, a sentença do juiz federal de Brasília, Dr. Dario Abranches Viotti, na ação movida contra o governo da Tchecoslováquia⁽⁹¹⁾, em que limitou sua teoria aos "atos privados", ficando, assim, adstrito às regras estabelecidas no Código Bustamante (de valor doutrinário quando não se tratar de Estados signatários da Convenção), que se harmonizam com as Resoluções do Instituto do Direito Internacional, hoje universalmente aceitas, exceção apenas dos Estados socialistas.

Mesmo restringindo a competência de nosso Judiciário aos atos privados de Estados estrangeiros e às hipóteses em que renunciam à sua imunidade, permanece nosso sistema constitucional/internacional numa situação de desequilíbrio, pois outras, completamente diversas, são as regras a respeito da posição do Estado brasileiro perante a jurisdição de tribunais estrangeiros, matéria que passamos a examinar no próximo capítulo.

4. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO BRASIL NO EXTERIOR

4.1. Introdução

Cabe agora analisar a situação do Estado brasileiro, de suas autarquias e companhias públicas quando acionadas em Juízo estrangeiro. Vigorarão os mesmos princípios da possibilidade de renúncia à imunidade, da inexistência da imunidade nos atos *jure gestionis*?

Esta matéria, de mais alta importância, não foi versada por nossos autores, tanto constitucionalistas como internacionalistas, salvo duas honrosas exceções.

HAROLDO VALLADÃO⁽⁹²⁾ diz laconicamente o seguinte:

"Em longamente fundamentado parecer — em contrato no estrangeiro, de pessoa jurídica estrangeira, com o governo do Brasil — acolhido pelos interessados, 12-9-73, mostramos a inadmissibilidade de renúncia de foro e de imunidade de jurisdição pelo Brasil."

(91) GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *op. cit.*, págs. 269/282, esp. pág. 280.

(92) *Direito Internacional Privado*, volume III (1978), pág. 151.

PONTES DE MIRANDA ⁽⁹³⁾ entende que, se o Brasil propuser ação perante tribunal de outro Estado, estará violando nossa Constituição. Entre outras, o insigne tratadista pátrio tece as seguintes considerações:

“... Para que tal renúncia explícita ou tácita aconteça, é preciso que, conforme a sua Constituição, pudesse o Estado renunciar.

Daí ser da máxima importância que se verifique, de início, se o caso ou a espécie entra na dimensão da imunidade jurisdicional ou não entra. (...)

Tem-se de partir do princípio da imunidade jurisdicional dos Estados para se saber se o Estado, em sua Constituição, permitiu ao Poder Executivo, ou ao Poder Legislativo, renúncia expressa ou tácita. Se não o admitiu, a lei seria inconstitucional, bem como, *a fortiori*, o ato do Poder Executivo.

(...) Na Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, o art. 125 estatui que “aos juizes federais compete processar e julgar em primeira instância: (...)”

De modo nenhum se pode interpretar qualquer texto constitucional como permissivo de se poder inserir em lei, tratado ou negócio jurídico a sujeição à competência jurisdicional de outro Estado se a espécie cabe em qualquer das regras jurídicas constitucionais acima apontadas. (...) Partindo do princípio da imunidade jurisdicional, cada Estado edita as suas regras jurídicas constitucionais, que podem cortá-lo em alguns pontos; mas ele mesmo não o pode cortar se a sua Constituição não o permitiu. Os outros não podem impor que faça cortes: só ele os pode fazer ir ao ponto de se desestatizar.”

Comentando os dispositivos do Código Bustamante, diz PONTES DE MIRANDA que “os arts. 333 e 334 são relativos apenas às espécies em que incide o princípio da imunidade jurisdicional, a que alguns Estados permitem exceção pela submissão expressa ou tácita, o que de modo nenhum se pode admitir em leis e tratados ou quaisquer declarações dos Poderes brasileiros porque feriria a Constituição”.

Prossegue PONTES ⁽⁹⁴⁾, comentando o art. 775, § 1º e sua letra e do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922 ⁽⁹⁵⁾:

“Proveio do Código de Contabilidade da União (Decreto Legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, art. 106).

Falou-se de “pena de nulidade.”

Nulidade do contrato, ou nulidade da cláusula que ofende o princípio da imunidade jurisdicional? No Decreto nº 15.783, de

(93) *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II (1973), págs. 174 e seguintes.

(94) Pág. 179.

(95) Que exige cláusula fixadora do foro brasileiro nos contratos administrativos.

8 de novembro de 1922, a redação não foi boa, mas a interpretação que reputasse nulo o contrato seria errônea. O que se há de entender é que nula seria a cláusula renunciativa da imunidade jurisdicional. O assunto merece na prática maior exame.

O princípio da imunidade jurisdicional é princípio do direito das gentes; e o direito constitucional brasileiro repele qualquer renúncia do Estado à sua imunidade jurisdicional, mesmo se atinente só a algum assunto ou ponto.

Mesmo se não fosse posta a cláusula, o foro tinha de ser do Brasil.

Dáí não dizermos que é obrigatória, posto que seja aconselhável inclusive para conhecimento das pessoas que tiverem negócios com a empresa estrangeira a respeito dos títulos brasileiros. A ausência da cláusula não acarreta qualquer invalidade do contrato.

Trata-se, no caso, de respeito ao princípio universal, que é o da imunidade jurisdicional.

Cada Estado promete a tutela jurídica, e não há qualquer inconveniente em que a sua Justiça julgue as ações em que ele é parte, pois, a cada momento, o outro figurante não é pessoa jurídica estrangeira e os juízes condenam o Estado de cujo Poder Judiciário fazem parte. Se tal o tratamento dos seus nacionais, igual há de ser o dos estrangeiros. Mas a Justiça de um Estado julgar outro Estado, como entidade estatal, seria ofensa ao princípio da imunidade jurisdicional. . .

Se falta elemento para que o princípio da imunidade jurisdicional não incide, então sim: o Estado que, no território de outro, procede como se fosse particular, não é como Estado que propõe ação ou responde a alguma citação. Tornou-se *subditus temporarius*. A implantação da agência de negócios no estrangeiro rege-se pelo direito local, e não é o Estado com a sua personalidade que atua. Com isso, o Estado não renunciou à imunidade jurisdicional; aí não a tem. Por isto, havemos de repelir a referência à renúncia, como fizeram alguns juristas desde o fim do século passado.”

Um tanto timidamente Pontes admite aqui a jurisdição estrangeira quando o Estado age *jure gestionis*, mas não esclarece suficientemente a distinção entre os dois papéis do Estado no mundo hodierno. E prossegue:

“O direito à imunidade jurisdicional é irrenunciável, conforme já antes dissemos; e a lei especial, que fosse feita, seria inconstitucional. Se posta em contrato a cláusula renunciativa, nula seria por ofensa à Constituição, e poderia ser causa para responsabilidade dos dirigentes.

A cláusula renunciativa seria contrária ao princípio da imunidade jurisdicional e à Constituição, que de modo nenhum

a permite nem permite que alguma lei dê aos figurantes de negócios jurídicos a faculdade de inserção de tal cláusula. . .”

Mais adiante (96) diz PONTES, em aparente contradição com o que antes dissera:

“Se o governo assina contrato com empresa estrangeira, ou mesmo nacional, no qual há cláusula de ser competente jurisdicionalmente a Justiça do Estado estrangeiro, aí a nulidade é de todo o contrato e não só da cláusula.”

Acima PONTES dissera que a nulidade seria somente da cláusula e não vemos em que a hipótese versada nesta passagem difere da anterior. Prossegue:

“O negócio jurídico violou o princípio da imunidade jurisdicional e a própria Constituição da República Federal do Brasil. Além disso há responsabilidade pelo ato de quem assinou, por ter poderes constitucionais ou legais para assinar, ou o assinou por delegação ou procuração.”

E com toda ênfase, diz PONTES categoricamente (97):

“Se houver ou se há, na espécie, incidência do princípio jurisdicional do Brasil, qualquer sentença declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, proferida contra o Brasil, ou mesmo em ação proposta no estrangeiro, pelo governo brasileiro, é sentença cuja eficácia de jeito nenhum pode ter acolhimento no Brasil, nem poderia o Supremo Tribunal Federal homologá-la. O Supremo Tribunal Federal, ao ter de homologar sentença estrangeira, há de começar pela verificação do respeito ao princípio da imunidade jurisdicional e à Constituição brasileira. Se não se atendeu ao princípio e à Constituição, é de indeferir-se, *in limine*, o pedido de homologação. . .

A jurisdição brasileira é inafastável e irrenunciável. Se querem afastar meras controvérsias no estrangeiro, aconselhável é que se ponha a cláusula de ser competente, em quaisquer circunstâncias, a Justiça brasileira.”

Diante de tão ardoroso e categórico posicionamento do mais ilustre dos juristas pátrios e da igualmente categórica, ainda que lacônica, observação de VALLADÃO, caberia proceder a um exame cuidadoso de certos contratos firmados pelo governo brasileiro e por seus órgãos com entidades estrangeiras, principalmente no setor financeiro, em que abundam ultimamente os contratos de empréstimos e de emissão de títulos.

Importa conhecer a legislação brasileira a respeito da contratação de empréstimos no estrangeiro, inclusive as leis que criaram e regulam as atividades do BNDES.

(96) Pág. 181.

(97) Pág. 182.

4.2. *Legislação brasileira sobre empréstimos públicos externos*

Temos uma sucessão de leis regulando a contratação de empréstimos no exterior pelo Poder Executivo, diretamente ou como garantidor de terceiros.

Esta legislação desenvolveu-se a partir de 1951 com a Lei nº 1.518, de 24 de dezembro.

Em seu art. 1º, o legislador autorizou o Poder Executivo a contratar créditos ou dar a garantia do Tesouro Nacional a créditos que vierem a ser obtidos no exterior para “o fim especial de financiar o programa de reaparelhamento de portos, sistemas de transportes, aumento da capacidade de armazenamento, frigoríficos e matadouros, elevação do potencial de energia elétrica e desenvolvimento de indústrias básicas e agricultura”.

Pela enumeração das suas finalidades, este tipo de empréstimo visa objetivos eminentemente de interesse público, que não podem ser qualificados como *acta jure gestionis*.

Aliás, já vimos acima que, tradicionalmente, desde o relatório de VON BAR ao Instituto do Direito Internacional, os empréstimos públicos contraídos pelos Estados eram considerados atividade soberana, critério este que só veio a ser alterado com a Convenção européia de 1972 e a lei americana de 1976, sem necessárias repercussões em nosso sistema.

O art. 2º da Lei nº 1.518 autoriza o Poder Executivo a dar garantia do Tesouro Nacional a créditos que forem concedidos por organismos financiadores estrangeiros e internacionais aos Estados e Municípios, bem como às sociedades de economia mista em que proponderarem as ações do poder público e que explorem serviços públicos, desde que as operações se destinem à realização de empreendimentos relacionados com estes serviços. Esta atuação do Estado, de prover fundos necessários para a realização de serviços públicos, é inegavelmente uma manifestação *jus imperii*.

Um dos mais importantes diplomas legislativos em matéria de empréstimos públicos é a Lei nº 5.000, de 24 de maio de 1966, que autoriza a concessão de garantia do Tesouro Nacional a créditos obtidos no exterior nos casos que especifica, e que assim se discriminam:

- a) financiamentos obtidos no exterior por órgãos do governo federal e suas autarquias, desde que destinados a projetos de investimento ou outras finalidades previstas nos respectivos orçamentos, de aplicações aprovadas pelo Presidente da República;
- b) créditos e financiamentos obtidos no exterior mediante acordo ou resultantes de acordo em que a União Federal, direta ou indiretamente, seja interessada;
- c) financiamentos obtidos através do Programa da Aliança para o Progresso, ou concedidos por organismos internacionais de que o Brasil faça parte;

- d) projetos que obtiverem aprovação pelas Comissões Deliberativas da SUDENE e da SUDAM.

Nos demais casos, determina o art. 2º, a garantia do Tesouro Nacional dependerá da verificação de sua viabilidade econômico-financeira assim como “do grau de interesse para a economia nacional”.

O Poder Executivo também ficou autorizado por esta lei a contratar empréstimos ou dar a garantia do Tesouro Nacional a créditos destinados ao “financiamento compensatório de desequilíbrio de balanço de pagamentos ou a promover a formação de adequadas reservas internacionais em moeda estrangeira”.

O Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, geralmente referido nos contratos em que participa a União como tomadora ou como garantidora, dispõe em seu art. 11:

“O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.”

O Decreto-Lei nº 1.558, de 17 de junho de 1977, exige para a contratação de qualquer operação de crédito de origem externa e para a concessão de garantia da União federal a créditos de origem externa, que haja prévio e expresso pronunciamento do Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República “sobre o grau de prioridade do projeto ou programa específico, dentro dos planos e programas nacionais de desenvolvimento”.

A programação do desenvolvimento nacional é atividade pertinente ao *jus imperii*, daí os empréstimos tomados pelo governo ou por ele avalizados caracterizarem atividade governamental que não se identifica com o *jus gestionis*.

Não há como enquadrar os atos relacionados com estes empréstimos nas exceções ao princípio da imunidade jurisdicional do Estado, ressalvada a hipótese, se possível, da renúncia estatal à sua imunidade.

Vimos que o Decreto-Lei nº 1.312 permite que o governo aceite o compromisso de dirimir dúvidas e controvérsias derivadas dos contratos financeiros por meio de arbitragem.

Este dispositivo deve ser comparado com a regra do art. 775 do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, que aprovou o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública a que já nos referimos e que assim reza:

“A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.

§ 1º — São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade:

-
- e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declare competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões judiciárias originadas dos mesmos contratos.”

Se a arbitragem não for considerada como exercício jurisdicional, os dispositivos em exame não estariam em choque: o governo só não pode submeter-se à jurisdição estrangeira, eis que o foro nacional brasileiro é exclusivamente competente, mas nada impede o compromisso de aceitar a arbitragem no exterior.

Mas, considerando que, na maioria dos países, o laudo resultante da arbitragem deve ser submetido posteriormente à homologação judicial, poder-se-ia entender que a submissão à arbitragem constitui, de certa forma, uma submissão à jurisdição estrangeira.

Seríamos, assim, levados a especular se o Decreto-Lei nº 1.312 teria revogado o disposto no art. 775, § 1º, letra e, do Decreto nº 15.783, de 1922.

No entanto, mesmo que assim fosse, o Decreto-Lei nº 1.312 limitou-se a autorizar que o governo brasileiro concorde em submeter eventuais disputas à arbitragem, o que de forma alguma abrange renúncia mais ampla à imunidade jurisdicional, não implicando na possibilidade de o Tesouro Nacional e as autarquias do governo se submeterem, como devedores ou fiadores, à direta jurisdição de tribunais estrangeiros. Contra esta hipótese vigora a regra do Decreto nº 15.783/22.

4.3. *Legislação sobre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (*)*

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico foi criado pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, e entre seus objetivos figura o de “atuar como agente do governo nas operações financeiras que se referem ao reaparelhamento e ao fomento da economia nacional” (art. 8º).

A Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971, enquadrou o BNDE na categoria de empresa pública (art. 1º).

A lei de 1952, em seu art. 9º, dispôs que o BNDE gozará, como serviço público federal, de todas as vantagens e regalias respectivas, inclusive quanto a impostos, taxas, direitos aduaneiros, juros moratórios, impenhorabilidade de bens, foro e tratamento nos pleitos judiciais.

Dispõe o parágrafo único do art. 5º da lei de 1971 que operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que

(*) NR.: Por força do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, o BNDE passou a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ficando vinculado administrativamente à SEPLAN.

fica a empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico autorizada a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitragem.

Este dispositivo é o precursor do art. 11 do Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, a que nos referimos acima, que autorizou o Tesouro Nacional a aceitar, nas operações com organismos financiadores internacionais, as cláusulas e condições usuais, inclusive o compromisso de arbitragem.

Não pode haver dúvida que ambas as disposições (da Lei nº 5.662 e do Decreto-Lei nº 1.312) só permitiram a cláusula de arbitragem, pois, ao especificá-la, deixaram bem claro que somente esta é admissível e não qualquer cláusula que subordine o Tesouro Nacional ou o BNDE à jurisdição de tribunais estrangeiros.

Conclui-se que o BNDE é uma empresa pública e, como tal, enquadrada no disposto no art. 125, I, da Constituição Federal, que determina a competência dos juizes federais para julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, o que também decorre da expressa regalia de foro e tratamento judicial determinados pelo art. 9º da Lei nº 1.628; conclui-se também que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico visa a realização e o desenvolvimento da economia nacional, atividade inequivocamente de natureza *imperii* e não *gestionis*, e, finalmente, que só lhe foi permitido submeter-se a arbitragem para dirimir questões surgidas de suas operações com o exterior, vedada, portanto, a submissão à jurisdição de tribunais estrangeiros.

4.4. *Empréstimos públicos contraídos no exterior*

Na década de 70 o governo brasileiro levantou vultosas importâncias no exterior, não só junto aos órgãos de financiamento internacional, como também em bancos particulares. Este segundo tipo de empréstimo ora é contraído diretamente pelo Tesouro Nacional, ora se destina a uma empresa pública, contendo o aval do Tesouro Nacional ou do BNDE (98).

Segundo estatísticas oficiais (99), no período 1961/1970, menos de 7% da dívida global latino-americana provinha de empréstimos privados; já no período 1971/1976, mais da metade dessa dívida estava sob o controle do sistema privado internacional.

(98) Entre muitos outros destacamos os seguintes empréstimos: 100 milhões de marcos alemães através de bônus do Tesouro Nacional colocados no mercado financeiro europeu por um sindicato de bancos alemães (1972); 50 milhões de dólares em bônus do Tesouro Nacional no mercado financeiro de New York (1976); 10 bilhões de yens através de bônus do Tesouro Nacional no mercado japonês (1976); em 1977 o BNDE contratou um empréstimo de 141.500.000 dólares, 42.600.000 marcos alemães e 12 bilhões de yens; em 1977 a Light obteve 100 milhões de dólares com fiança do BNDE, a ELETROBRÁS conseguiu 150.000.000 de marcos alemães com garantia do governo brasileiro e em 1978 a Carafba Metais S/A. Ind. e Com. levantou 70 milhões de dólares avaliados pelo BNDE.

(99) LUCIANO MARTINS, "Da Dívida Externa" in *Jornal do Brasil*, 4 de maio de 1978.

Esta "privatização" da dívida externa decorreu do extraordinário desenvolvimento do mercado de eurodólares, repercutindo igualmente na dívida externa do Brasil.

Em inúmeros contratos envolvendo nossas empresas públicas como o BNDE, e até o Tesouro Nacional, houve eleição de foro estrangeiro, ou admissão de jurisdição estrangeira, o que fere os princípios de nosso sistema legal, acima examinados e, segundo PONTES DE MIRANDA, estas cláusulas seriam nulas.

4.5. Conclusão

Do estudo ora efetuado chega-se a inabalável conclusão de que o regime jurídico brasileiro encerra um desequilíbrio entre a situação dos Estados estrangeiros perante nossos tribunais e a posição do Brasil (União federal, entidades autárquicas e empresas públicas) perante a jurisdição de Estados estrangeiros.

Nossa Constituição prevê no art. 119, I, letra c, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, originariamente, os litígios entre Estados estrangeiros (ou organismos internacionais) e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios.

No art. 125, II, está regulada a competência dos juízes federais para julgar as causas entre Estado estrangeiro (ou organismo internacional) e Municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 119, II, letra a).

Nossa interpretação, baseada em ilustres autores brasileiros de Direito Internacional Privado, é de que esta competência só se materializa nas hipóteses permitidas pelos princípios do Direito Internacional Público, quais sejam, a da renúncia do Estado estrangeiro à sua imunidade jurisdicional ou a de atos governamentais *jus gestionis*.

Se a questão não tiver esta característica e o Estado estrangeiro não tiver renunciado expressa ou tacitamente à sua soberania, não se aplicarão os dispositivos constitucionais, que são regras de competência interna de nossa Justiça federal.

Já no que concerne à submissão do Brasil à jurisdição estrangeira, a situação é totalmente diversa, eis que o regime jurídico brasileiro não admite renúncia à imunidade do Estado, excluída apenas a faculdade de submissão à arbitragem no exterior.

Esta posição decorre dos seguintes pontos:

1) A Constituição Federal, art. 125, I, declara competentes nossos juízes federais para "processar e julgar em primeira instância as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes" ⁽¹⁰⁰⁾

(100) Esta regra está reproduzida na Lei nº 5.010, que organiza a Justiça federal, em seu art. 10.

Ainda que quiséssemos interpretar este dispositivo como regulador da competência interna do sistema processual brasileiro, e que a mesma não representa obstáculo à submissão da União e de seus agentes à Justiça estrangeira, isto não nos parece possível, em vista das seguintes razões:

2) O Decreto nº 15.783, de 1922, em seu art. 775, § 1º, letra e, exige, nos contratos administrativos com pessoas domiciliadas no exterior, a cláusula da exclusiva competência do foro nacional brasileiro;

3) A Lei nº 5.662, de 1971, dispôs em seu art. 5º, parágrafo único, que o BNDE pode submeter-se, em contratos internacionais, à arbitragem, do que se entende que não houve autorização para submeter-se a jurisdições estrangeiras;

4) O Decreto-Lei nº 1.312, de 1974, dispôs em seu art. 11 que, em operações com o exterior, o Tesouro Nacional pode submeter-se à arbitragem, permissão que se interpreta da mesma forma exclusiva;

5) A categórica posição de PONTES DE MIRANDA e de HAROLDO VALLADÃO, acima transcritas.

Assim, parecem-nos ineficazes todas as cláusulas dos contratos de financiamento que o Brasil vem firmando com pessoas domiciliadas no exterior em que, na qualidade de prestador ou garantidor, se submete a qualquer tipo de jurisdição no estrangeiro, excetuada a arbitragem. E esta só é admissível quando não dependa de homologação judicial no exterior, o que só ocorrerá se se tratar de arbitragem conforme as regras da Câmara de Comércio Internacional ou se for realizada em país que não exige homologação judicial de laudos arbitrais.

Sabemos que forte é a pressão atual dos credores estrangeiros para a inclusão de cláusulas de renúncia à imunidade jurisdicional, mas isto de nada lhes serve, pois em caso de eventual demanda judicial, qualquer sentença proferida por tribunal estrangeiro não será homologável e exequível no Brasil, por força das razões acima enumeradas.

Para maior comodidade das operações financeiras que o Brasil aparentemente precisa negociar no exterior, seria interessante introduzir uma legislação inspirada no "State Immunity Act" da Grã-Bretanha, que revogasse os dispositivos contidos no Código de Contabilidade da União, nas leis que regem o BNDE e os empréstimos contraídos no exterior, o que exigiria, naturalmente, uma ligeira reforma do texto constitucional, para que ficasse consignado que as regras de competência do Supremo Tribunal Federal e dos juízes federais são de natureza interna, aplicáveis sempre que não caracterizada competência, contratualmente aceita, de jurisdição estrangeira.

Esta reforma também teria a vantagem de igualar a situação do Estado estrangeiro perante nossa jurisdição e a de nosso Estado perante jurisdições estrangeiras, colocando nosso sistema jurídico ao lado das legislações mais modernas em matéria de imunidades jurisdicionais do Estado.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando — *Manual de Direito Internacional Público*. 10ª ed., Rio de Janeiro, 1973.
- — *Tratado de Direito Internacional Público*. 3 vols., Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1934.
- BEVILAQUA, Clóvis — *Direito Público Internacional*, 2ª ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1930.
- BROWER, C., Bistline, W., LOOMIS, G. — The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Practice, in *American Journal of International Law*, 1979.
- COLOQUIUM 1968 do Recueil des Cours — Les accords de commerce international, Sijthoff, Leiden, 1969.
- DEÁK, Francis — Organs of States in their external relations: immunities and privileges of state organs and of the state, *Manual of Public International Law*, editado por Max Sorensen, MacMillan London, Melbourne, Toronto, 1968.
- DELAUME, Georges — vários trabalhos publicados no *American Journal of International Law*, 1973, 1975, 1977 e 1979.
- GREIG, D. W. — *International Law*. Butterworths, Londres, 1970.
- HIGGINS, Rosalyn — Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the U. K., *American Journal of International Law*, 1977.
- LALIVE, J. F. — L'immunité de Jurisdiction des États et des organisations internationales, *Recueil des Cours*, vol. 84.
- LE CONTRAT ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL, STABILITÉ ET ÉVOLUTION, Bruxelas, Paris, 1975.
- LESSA, Pedro — *Do Poder Judiciário*. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1915.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa — *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. A Noite, Rio de Janeiro, 1946.
- MAXIMILIANO, Carlos — *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954.
- MIRANDA, Pontes — *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda número 1, de 1969*. Vol. IV, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- — *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2º, Forense, 1973.
- MONTESQUIEU — *The Spirit of Law*. Great Books of Western World, Encyclopaedia Britannica, vol. 38, Chicago, London, Toronto, 1952.
- PEDERNEIRAS, Raul — *Direito Internacional Compendiado*. 11ª edição, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956.
- RAMALHETE, Clovis — O Estado Estrangeiro Perante a Justiça Nacional, *Revista da OAB*, 1970.
- SCHAPIRA, Jean — *Le Droit International des Affaires*. Presses Universitaires de France, Paris, 1972.
- SILVA, Agostinho Fernandes Dias da — *Direito Processual Internacional*, Rio de Janeiro, 1971; *Arquivos do Ministério da Justiça*.
- SOARES, Guido Fernando Silva — *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. São Paulo, 1980.
- TENÓRIO, Oscar — *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª edição, Borsol, Rio de Janeiro, 1955.
- — *Direito Internacional Privado*. 2 vols., 11ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976.
- VALLADÃO, Haroldo — *Direito Internacional Privado*. Freitas Bastos, 3 vols., 1968/1978.
- VERDROSS, Alfred — *Derecho Internacional Público*. Aguilar, Madrid, 1972.