

A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro

Direitos da edição revertsidos ao Centro de Estudos de Direito Internacional - CEDI. A reprodução de texto publicado na presente obra, em qualquer meio e por qualquer processo, depende de prévia e expressa autorização de seu respectivo autor.

Copyright (C) 2002 - 2003

Editora Responsável: Lavínia Campos (Fenaj 3032/DF)

Centro de Estudos de Direito Internacional - CEDI

SCM Qd. 01, Bl. F, Sala 1405
70710-000 Brasília-DF Brasil
Telefone: +55 (61) 327-0314
Fax: +55 (61) 327-6493
E-mail: cedi@cedi.org.br
URL: www.cedi.org.br

O **Centro de Estudos de Direito Internacional - CEDI** é uma associação civil, sem fins lucrativos, de natureza não-governamental, criada para estimular o ensino, a pesquisa e a análise dos problemas jurídicos internacionais que afetam o Estado, os indivíduos e as empresas.

Para ter mais informações sobre o tema imunidades, e outros do Direito Internacional, visite o CEDI na Internet, em <<http://www.cedi.org.br>>. Para ter acesso direto à cobertura do evento precursor do projeto Imunidade de Jurisdição, siga <<http://www.cedi.org.br/Eventos/Imunidade>>.

Se você é expert ou interessado em Direito Internacional e deseja tornar-se membro e colaborador do portal dinâmico de Direito Internacional do CEDI, cadastre-se gratuitamente em <<http://www.cedi.org.br/portal/>>

134

A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro/
coordenação por Antenor Pereira Madruga Filho e Márcio
Garcia. - Brasília: CEDI, 2002.
286p.; 23 cm.

Vários autores.
Capa de Lavínia Campos.

1. Direito Internacional. 2. Brasil - Poder Judiciário. I. Madruga
Filho, Antenor Pereira. II. Garcia, Márcio P. III. Título.

CDD 341
CDU 341

Depósito legal conforme Decreto nº 1.825, de 20/12/1907,
para preservação e divulgação da memória e da cultura brasileira.

É com satisfação que o Centro de Estudos de Direito Internacional - CEDI oferece aos interessados a presente publicação. Cuida-se de obra que dá seqüência ao seminário **A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**, promovido com apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. A importância do tema **Imunidade de Jurisdição** revela-se por si só. Na perspectiva de uma interação cada vez maior dos Estados no domínio econômico, mais e mais torna-se indispensável delinear os exatos contornos da ação estatal, no que tange à sua imunidade, tanto no plano interno, quanto no internacional.

O desenvolvimento das relações internacionais, a crescente realidade dos processos de integração e a inexorável interdependência das nações são fatores que informam permanentemente atualização de conceitos e práticas na consecução da atividade jurisdicional dos Estados. A adequação e a busca do equilíbrio na aplicação da regra **par in parem non habet iudicium**, com a solução de conflitos decorrentes da atividade estatal, constitui num desafio a reflexão dos operadores do Direito.

Diante da complexidade do assunto, e com objetivo de uniformizar procedimentos na matéria, as Nações Unidas, desde o início dos anos 90, têm debatido a questão no âmbito da sua Comissão de Direito Internacional. Com o propósito de cumprir sua finalidade institucional é que o CEDI - convencido, também, da importância de propiciar debates sobre o tema - promoveu mais uma Jornada de Direito Internacional, reunindo em Brasília especialistas nacionais e estrangeiros.

O resultado dos trabalhos do Seminário traz ainda, uma novidade inédita nas atividades do CEDI: a disseminação da discussão são pela Internet, com a cobertura completa do evento em multimeios, a criação de um portal dinâmico sobre o tema objeto do evento, disponibilizados no endereço eletrônico do Centro (www.cedi.org.br). A iniciativa há de permitir que os interessados prossigam atualizados nos debates do tema, bem como favorecer ambiente perene de interação que atenda à dinâmica - vida moderna.

**MÁRCIO GARCIA**¹

Professor de direito internacional público em Brasília

Imunidade do Estado: quem disse que o rei não erra?²

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Estado e diplomacia; III. Ato de império e ato de gestão; IV. Jurisdição e execução; V. Conclusão.

I. Introdução

"The king can do no wrong, is a necessary and fundamental principle of the English constitution".

Sir WILLIAM BLACKSTONE (1723/80)

Com fundamento na idéia de que o rei não erra, forjou-se a concepção da sua imunidade à jurisdição de seu reino. Em suas terras ele é absoluto (*Rex in regno suo imperator*). A fórmula foi enunciada tendo em atenção o fato de que, naquela altura, Estado e soberano se confundiam em uma única figura. Luís XIV proporcionou boa síntese de tal pensamento ao proclamar que ele era o Estado (*L'Etat c'est moi*). Seguindo esse entendimento, a Constituição do Império do Brasil de 1824 dispunha que "a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma" (art. 99). Tão certo quanto isso é o fato de que no momento em que o rei é imperador em seu reino, o imperador não é mais rei no reino alheio. Razões de

conveniência política e de utilidade prática, no entanto, fizeram com que tal imunidade interna se projetasse no plano externo. Em resumo, consolidou-se entendimento internacional de que um Estado/soberano não deve ser demandado perante tribunal de outro.

A imunidade do Estado surge, originalmente, para protegê-lo das vicissitudes dos sistemas legais domésticos, bem como para estimular o estabelecimento de boas relações entre os membros da comunidade internacional. O assunto se consolida com a regra que dispõe não haver jurisdição entre pares (*Par in parem non habet iudicium*). Somente a anuência do Estado — mediante o reconhecimento expresso da jurisdição do foro — autoriza, em princípio, o seguimento de eventual ação. Assim o é tanto no cenário internacional (tribunais internacionais), quanto no interno (tribunais locais).

É importante recordar, seguindo os passos de RENE-JEAN DUPUY, que o direito internacional é, ainda hoje, um direito de coordenação³. Desse modo, inexistente posição de subordinação dos Estados em relação ao direito das gentes. O consentimento do Estado é que cria o vínculo de obrigatoriedade (*Facta sunt servanda*). Não há, assim, no cenário internacional, hierarquia entre os sujeitos originários. O Reino de Tonga e a República Popular da China têm a mesma estatura jurídica. Esta com mais de um bilhão de almas, aquele com cento e três mil habitantes, ambos gozam da mesma situação jurídica no plano internacional. Cuida-se aqui de princípio fundamental do direito das gentes: a igualdade jurídica de todos os Estados.

Não é sem razão que o preceito está estampado na maioria das constituições modernas. A Carta brasileira de 1988, por exemplo, dispõe que a igualdade entre os Estados é um dos princípios norteadores da condução, pela República, de suas relações internacionais [art. 4º (V)]⁴. No plano externo, inúmeros tratados indicam a relevância do princípio [p. ex.: art. 2º (I) da Carta da ONU, art. 3º (b) da Ata Constitutiva da União Africana, e art. 9º do Tratado Constitutivo da OEA]. Vozes doutrinárias sustentam que se trata de norma costumeira. Outros ponderam que estamos diante de norma imperativa (*jus cogens*) do direito internacional. Por óbvio, tratamos aqui da igualdade soberana e não da desigualdade real dos Estados⁵. Seja como for, o fato é que nos tempos de hoje o princípio não pereceu.

Estamos, com isso, diante de um impasse: tendo em vista que a soberania territorial do Estado é caracterizada por notas de plenitude e exclusividade, como conceber que em relação a determinados entes ela não

se aplica? Parece certo dizer que a imunidade só pode ser invocada onde há competência jurisdicional, de que se é imune. Observa-se, desse modo, restrição à esfera pessoal de validade da ordem jurídica nacional, o que configura exceção à regra geral da absoluta jurisdição territorial do Estado. Essa exceção estaria ligada, de tal ou qual modo, ao princípio da igualdade jurídica dos Estados, bem como à noção de soberania⁶.

A matéria ganha contornos mais acentuados se a leitura do fenômeno se dá tendo em vista tão-só o direito interno de tal ou qual país. No Brasil, por exemplo, poderíamos invocar dispositivo constitucional garantidor do acesso à via judiciária [art. 5º (XXXV)]. O princípio constitucionalmente consagrado do acesso aos tribunais, no entanto, não pode ser aplicado aos Estados estrangeiros sem o seu consentimento prévio. Como ponderou FRANCISCO REZEK, "... o *constituinte brasileiro não tem autoridade para nos fazer promessas à custa ou a cargo de soberanias estrangeiras, de ordens jurídicas que não se confundem com a nossa*". O exemplo é claro indicio de que o instituto deve ser necessariamente estudado à luz do direito internacional. Do contrário, a Constituição da República seria letra morta, ao menos em relação aos Estados estrangeiros. Assim, para compreendermos as razões da existência de tais privilégios e imunidades, é fundamental fazer análise do fenômeno à luz do direito internacional.

No campo da análise prática das coisas, o tema goza do uso, ainda que desconexo, dos Estados. Como ponderou o Prof. MARTIN DIXON:

"... the most important point concerning state immunity is that it is supported by the practice of states. Whatever the reason or legal justification for the doctrine, it is clear that state immunity is alive and well in the practice of international and national law." [... o aspecto mais importante sobre imunidade estatal é que ela conta com a prática dos Estados. Qualquer que seja a razão ou justificação legal para tanto, está claro que a imunidade está viva e bem na prática tanto do direito internacional quanto do direito interno" (tradução livre do autor)]⁷.

O assunto continua na ordem do dia. Todo manual idôneo — quer de direito internacional público, quer de direito internacional privado — reservará espaço para o tema. Assim sendo, o presente texto visa proporcionar notícia atualizada sobre a matéria, bem como trazer à luz dúvidas e questionamentos que o assunto encerra. Pretendemos, por fim, avançar idéias pessoais em relação ao tema.

II. Estado e diplomacia

"O embaixador não pode ser demandado na Corte, durante o tempo de sua embaixada..."

ORDENAÇÕES FILIPINAS (1603)

A igualdade é, como visto, forte razão para justificar a imunidade. Não deve pairar dúvida, no entanto, de que o fundamento original se encontra na cortesia (*comitas*). Sobre ela, estenderam os soberanos uns aos outros sua imunidade. A reciprocidade, a boa fé e a defesa dos próprios interesses deram origem a normas costumeiras sobre o tema. Tais regras são a base dos tratados que disciplinam a matéria nos dias de hoje.

Saber qual a exata extensão da imunidade é, de modo geral, a primeira pergunta que se coloca. Por isso, é importante registrar que ela se aplica não só ao soberano, mas também ao Estado, às suas subdivisões políticas (Estados⁹, Distrito Federal e Municípios), aos órgãos públicos que integram a máquina governamental¹⁰ e aos agentes diplomáticos. É o que demonstra a prática contemporânea. Desse modo, a submissão do Estado — bem como a das demais pessoas jurídicas de direito público a ele vinculadas — ao juízo de outro sujeito originário do direito internacional dependerá de concordância preliminar.

Em relação ao soberano não há dúvida possível: ele é imune. Pouco importa saber a que título eventualmente tenha se envolvido em tal ou qual questão. Mesmo em assuntos privados, ele goza de imunidade. O pitoresco caso *Mighell v. Sultão de Johore*, de 1894, é bom exemplo. O Sultão prometeu casamento à senhorita Mighell. Sabe-se lá que favores obteve da referida mulher, bem como de sua família com base nessa promessa. Desiste da obrigação na vigésima-quinta hora. De acordo com as leis do Reino Unido à época, a quebra do compromisso era passível de indenização. Cuida-se, no entanto, de soberano vestido de imunidade. O Tribunal abdica, assim, de sua função judicante. Cento e cinco anos após, no mesmo país, a regra começa a conviver com exceção. Em precedente, a vários títulos pioneiro, a mais alta instância judiciária do Reino Britânico (*House of Lords*) limita a imunidade absoluta do Chefe de Estado. Cuida-se do **Caso Pinochet**¹¹. O argumento restritivo é, em síntese, a violação grave de direitos humanos. Nessa hipótese, invocar a imunidade é imprestável, ponderou a maioria vencedora dos *Law Lords*.

Se é certo que o soberano está dispensado da jurisdição de outro, parece razoável supor que seus representantes no estrangeiro — atuando nessa qualidade — também estejam. Eles são, em síntese, os representantes de seu país em território alienígena. Cuidam-se aqui dos chamados privilégios e imunidades diplomáticos. Portanto, é válido dizer que as imunidades que o direito das gentes concede são de dois tipos: (i) a dos Estados, e (ii) a de seus representantes diplomáticos. Tão certo quanto isso, é o fato de que antes do Século XIX nem as disposições legislativas dos Estados, tampouco a jurisprudência faziam referência a princípio de imunidade do Estado¹². Havia, no entanto, extensa pauta de dados sobre a isenção dos embaixadores e soberanos.

É pacífico o entendimento de que o diplomata goza de privilégios e imunidades no Estado receptor. A razão de ser é a necessidade funcional. É a proteção contra eventual interferência nos assuntos do Estado. É a garantia do eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas. Como ponderou MONTESQUIEU, os embaixadores "representam a palavra do príncipe que os envia, e esta palavra deve ser livre. Nenhum obstáculo deve obstar-lhes a ação."¹³. Isso não significa dizer, como veremos adiante, que ele está dispensado de cumprir as leis locais ou que fique isento de responsabilidade em termos jurídicos.

O instituto da imunidade dos agentes diplomáticos é velho de milênios. Já no antigo testamento encontra-se passagem que trata do assunto¹⁴. Assim, parece prudente compreender sua gênese antes de lhe maldizer. Os adágios latinos *ne impediatur legatio* (que a legação não seja impedida) e *legatus nec cogitur nec violatur* (não se coage nem se maltrata um embaixador) têm atrás de si longa história¹⁵. Abordaremos aqui o desenvolvimento histórico do instituto, tão-só, no que diz respeito às normas convencionais. Lembremos, contudo, que não há tratado de aplicação universal. De outro lado, vale registrar que a principal fonte relativa às imunidades dos Estados ainda é o costume internacional, que continua a reger as questões que não tenham sido expressamente reguladas pelas convenções específicas.

O primeiro tratado multilateral a contemplar o assunto foi o **Règlement de Viena** (1815). Cuidava-se ali de disciplinar algo bastante prosaico: a precedência dos representantes dos Estados¹⁶. Já que todos são iguais, quem antecede quem e por quê? A concepção da tábua redonda do lendário Arthur quiçá resolveria o assunto. Sentar-se à mesa, no entanto, não era o único

problema. Decidiu-se que a precedência obedeceria a data da entrega das credenciais¹⁷. O tema entra, assim, no domínio daquelas regras costumeiras que dão início ao processo de codificação.

A **Conferência de Aix-la-Chapelle** (1818) completou Viena no tocante à etiqueta diplomática, ainda em relação às questões de precedência¹⁸. Mais adiante, no âmbito do Instituto de Direito Internacional, são elaboradas as Regras de Hamburgo (1889/92). O Instituto, por sua própria vocação, avança no debate teórico. Lança novas idéias e vai além da prática. Sugere a mitigação da concepção de imunidade absoluta. Cuida-se, no entanto, de trabalho acadêmico. As Regras não vinculam tal ou qual Estado. Valem, no entanto, como sugestão para o legislador futuro¹⁹. Em 1926, celebra-se a **Convenção de Bruxelas sobre imunidade de navios públicos**. O tratado dispõe sobre a unificação de determinadas regras referentes às imunidades dos navios governamentais. Representou um passo importante para a evolução da matéria.

Os Estados Americanos, por sua vez, reunidos em conferência no ano de 1928 decidem pactuar sobre o tema²⁰. Trata-se do primeiro texto a abordar pauta mais extensa de assuntos ligados à imunidade dos diplomatas. O tratado, de um lado, não é exaustivo. O preâmbulo, por exemplo, dispõe que a Convenção compreende princípios geralmente admitidos pelas nações, enquanto não for possível formular uma regulamentação mais completa. Ela vincula, tão-só, os Estados do Continente. Do mesmo modo, a **Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos** (Código Bustamante, 1928)²¹.

A matéria ganha disciplina mais consistente, no que tange à imunidade diplomática, no romper dos anos sessenta com as **Convenções de Viena** [1961 (relações diplomáticas) e 1963 (relações consulares)]. Os textos de Viena têm origem nos estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU. Pode-se dizer com acerto que é o trabalho de maior êxito da Comissão no âmbito de suas atribuições. Ele não tem, no entanto, a pretensão de ser conclusivo. O discurso preambular é expresso: "... as normas de direito internacional consuetudinário devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas nas disposições da presente Convenção". Engloba, no entanto, larga maioria de temas que circundam a matéria.

Entre os artigos do Tratado (Viena/61)²² que merecem relevo, apontamos os seguintes: (i) o que dispõe sobre a necessidade de obediência ao direito local (art. 41 - § 1º), (ii) o que afasta a impunidade, ao dizer que o

agente diplomático não está isento da jurisdição de seu Estado por atos praticados no Estado acreditante (art. 31 - § 4º)²³, (iii) o que dá notícia da imunidade penal²⁴, civil e administrativa do agente diplomático e prevê exceções (art. 31 - § 1º), e (iv) o que garante a imunidade de execução (art. 31 - § 3º).

A Convenção fala, em mais de uma passagem, em privilégios e imunidades, não havendo distinção clara entre um e outro. É razoável supor que a isenção à legislação tributária é o maior privilégio²⁵. Ela, no entanto, admite exceções (art. 34). Acresça-se a isso o ingresso livre do pagamento de direitos aduaneiros, taxas e gravames conexos aos objetos destinados ao uso oficial da Missão ou do agente diplomático, bem como dos membros de sua família que com ele convivam (art. 36 - § 1º). Tal privilégio não chega ao ponto de isentar o pagamento das despesas de armazenagem, transporte e outras relativas a serviços análogos.

Importante registrar, de outro lado, que o tratamento é dado ao Estado, e não à pessoa. Só o Estado pode renunciar a sua pauta de privilégios. Cabe a ele colocá-las de lado, e não ao beneficiário direto. Lembramos, ainda, que o não-atendimento a eventual chamado judicial, não configura, por si só, renúncia a imunidade. Ela há de ser expressa. Assim dispõe a **Convenção de Viena de 1961** (art. 32 - § 2º). Lembramos, também, que eventual renúncia à imunidade no tocante às ações cíveis ou administrativas não faz supor a renúncia quanto às medidas de execução (art. 32 - § 4º). Por fim, vale destacar que verificada uma das exceções à imunidade, contempladas no art. 31 - I da Convenção²⁶, passa a operar a competência da Justiça local. Ela é, por igual, competente nas hipóteses de reconvenção em ação proposta pelo Estado acreditante. No ponto, prevalece o direito de formular pedido reconvenicional, baseado no mesmo negócio jurídico que originou a demanda principal.

É importante observar que o rigor da regra está em constante revisão. Com maior ou menor sucesso, há muito se discute o exato alcance da imunidade. Não está em xeque o princípio em si, frise-se. Busca-se, apenas, sua limitação. A restrição surge, aqui e acolá, baseada sobretudo na distinção entre atos de império e de gestão. Podemos observar tal diferenciação tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais locais. Incertas e contraditórias, as decisões domésticas são de difícil e duvidosa valoração. Elas, no entanto, têm dado o tom das mais recentes mudanças em relação ao entendimento dos Estados sobre a matéria. É o que analisaremos no próximo item.

III. Ato de império e ato de gestão

"... não sabe o tempo ter firmeza em nada".

LUIS DE CAMÕES (1524/80)

Parece certo dizer que, de acordo com o direito internacional, a imunidade do Estado se refere ao conjunto de regras e princípios que determinam as condições em que é lícito ao Estado estrangeiro invocar sua não-sujeição aos tribunais de um homólogo. Tal invocação, no entanto, sofre abrandamento não só nos tratados que cuidam da matéria, mas também na interpretação dos tribunais nacionais. A restrição baseia-se, em geral, na distinção entre atos de império (*acta iure imperii*) e atos de gestão (*acta iure gestionis*).

Boa parte da doutrina define ato de império como sendo aquele em que o Estado age como entidade soberana. Quando o Estado se equipara ao particular, cuida-se de ato de gestão. O enquadramento, como proposto, abstrai, em sua singeleza, a complexidade do tema. Parece possível incrementar a distinção. MARIA DI PIETRO sugere, por exemplo, que o ato de império é aquele "praticado pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes". Por ato de gestão, a administrativista entende que seriam os "praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares"²⁷.

O direito administrativo não tem, entretanto, a prerrogativa da definição. Outros ramos da ciência do direito (civil, constitucional, internacional) estariam, por igual, aptos a apresentar suas distinções. Nesse domínio, inexistente o conforto da unanimidade. Até porque a distinção não tem fundamento consistente. De Estado para Estado podem existir, por exemplo, divergências sobre o ideal da função administrativa. A diferença, em uma palavra, não é precisa. De outro lado, ela é fruto, em larga medida, da criação de tribunais, que não interpretam o alcance teórico da imunidade com critério uniforme.

Inúmeras têm sido as tentativas de se adotar regra unívoca de distinção. Propôs-se que a *lex fori* deveria determinar quais seriam os atos de gestão. Propugnou-se pela completa abolição de qualquer imunidade estatal.

Sustentou-se a necessidade de se disciplinar a matéria mediante edição de listas. Falou-se, por fim, na adoção de critérios tais como o da natureza ou o da finalidade do ato. Nada conclusivo. A prática é, ainda hoje, desconexa. Em derradeira análise, a distinção não tem fundamento sólido. Exemplo a vários títulos didático é o da aquisição pelo Estado de equipamento militar para a tropa (p. ex. uniformes e botas). Como classificar o ato? Quanto à natureza, é comercial. Em relação à finalidade, é de império, já que diz respeito à satisfação de funções próprias às forças armadas. Mas o que fazer com eventual excedente? Vender?

O tema tem a complexidade própria da cena internacional. A crônica do direito das gentes proporciona exemplos que podem ajudar a compreender melhor nossos problemas. Em 1989, a Suprema Corte estadunidense não teve dificuldade em reconhecer a imunidade da República Argentina em ação movida por proprietário de navio avariado pela força aérea daquele país durante a guerra das Malvinas²⁸. O uso das forças armadas em conflito bélico é exemplo típico de função estatal, ponderou a Corte. Em outra oportunidade, agora em solo Britânico, o desfecho foi ligeiramente distinto²⁹. Estava em jogo a transferência de aeronaves da Kuwait Airways para a Iraqi Airways Company realizadas por oficiais iraquianos após a invasão de território do Kuwait. A Corte de Apelação reverteu a decisão de origem ao argumento de que, à vista das "circunstâncias do caso" (sic), não se tratava de ato de império, mas de gestão.

Como resolver, no entanto, o famoso **Caso Parlement Belge (1850)** com os olhos de hoje. À época, os tribunais britânicos decidiram que não eram competentes para apreciar ação envolvendo navio, de propriedade do governo belga, utilizado simultaneamente para transporte de correio e para comércio. Preponderou a tese da imunidade absoluta. Na hora atual, a solução seria a mesma? Para responder à indagação, no entanto, é imperioso compreender a razão da crescente restrição feita à idéia da imunidade absoluta.

Até o romper do Século XX, a imunidade do Estado e de seus representantes era absoluta. Não havia restrição possível. Assim era a prática internacional. A doutrina, contudo, fazia reservas. CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK (1673/1743), por exemplo, era contrário à imunidade em matéria penal quando se tratasse de crime contra a segurança do Estado. Quanto à jurisdição civil, o autor neerlandês não admitia imunidade para atos de comércio. A regra, contudo, era a da absoluta imunidade. Não havia, no entanto, condescendência com a fraude. O fato de ser irrestrita não significava

dizer que ela convivia com a farsa. O CASO PANTALEÃO DE SÁ é bom exemplo. O irmão do embaixador de Portugal no Reino Unido comete crime. Pantaleão de Sá, diplomata português, pondera que o Reino de Portugal tencionava confiar ao irmão assassino a embaixada. O argumento não prospera. O resultado foi a condenação e execução do parente do embaixador. O assunto rendeu famosa dissertação do professor de Oxford, RICHARD ZOUCHÉ (1590/1660).³⁰

ALBERICUS GENTILI (1552/1608), italiano exilado na Grã-Bretanha, sustentava, por igual, a necessidade de delimitação da imunidade dos embaixadores. Fala em imunidade penal somente para os crimes não-consumados. Tal idéia é a base da monografia apresentada ao governo Britânico por ocasião do notório caso envolvendo o embaixador da Espanha Bernardino de Mendoza. Ele era acusado de conspiração contra a Rainha Elizabeth (1533/1603). A trama visava levar ao trono Mary Stuart (1542/87). Declarado *persona non grata*, o Sr. Mendoza é convidado a deixar o solo inglês.

O costume passa, entretanto, a conviver com temperamentos sobretudo depois do final da Primeira Guerra Mundial. O argumento restritivo opera à vista do crescente envolvimento do Estado em atividades comerciais. A expansão do comércio internacional após o grande conflito trouxe consigo participação notória dos sujeitos originários do direito internacional. GUIDO SOARES começa seu livro **Das imunidades de jurisdição e de execução** com observação que corrobora a afirmativa. Diz o mestre:

"A crescente participação dos Estados, direta ou indiretamente, na vida econômica, aliada à tendência atual de os negócios ultrapassarem as fronteiras nacionais, tem trazido questões inusitadas na esfera do Direito Internacional. Por outro lado, o aparecimento de atores novos, que se ombreiam com os Estados em suas prerrogativas, tais as organizações internacionais, tem causado maior freqüência de questões junto a tribunais judiciários dos Estados, em que se invocam privilégios e imunidades à jurisdição estatal".³¹

Sendo certo que a doutrina, como visto, indicava caminho limitativo, começam a pontuar aqui e ali exceções à regra. Entra em cena a distinção já mencionada entre atos de império e de gestão. O direito doméstico começa a trabalhar no sentido da restrição. A chamada *Tate Letter* (1952) é provavelmente o primeiro documento oficial a sugerir-la. Cuida-se, segundo

alguns autores, de instrução própria do período da Guerra Fria³². Em 1976, é promulgado o *Foreign Sovereign Immunities Act*. Os Estados Unidos assumem posição de vanguarda no que tange a edição de leis internas sobre o assunto. Seguem-lhe: Reino Unido [*British Immunity Act* (1978)], Cingapura (1979), África do Sul (1981), Paquistão (1981), Canadá [*The State Immunity Act of Canada* (1982)] e Austrália (1985). Todos enfrentam, no entanto, o mesmo drama: a questão da distinção entre os atos. Da leitura dos referidos diplomas fica patente que não há critério uniforme. E mais, resta claro que nenhum deles é perfeito.

Nos demais países, o tema é tratado pelos tribunais à luz dos casos que chegam à mesa judiciária. No Brasil, o assunto vem sendo abordado pelos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal adotou posição firme em prol da imunidade absoluta até 1989. Nesse ano, o Supremo aprecia caso versando matéria trabalhista (Apelação Cível 9.696, relator Ministro SYDNEY SANCHES)³³. O Ministro REZEK formula pedido de vista para propor restrição, em assunto envolvendo direito do trabalho, a imunidade absoluta originalmente sugerida pelo relator em atenção à jurisprudência da Casa. O julgamento é um divisor de águas. O *leading case* passa a ser acolhido pelo Judiciário brasileiro. No momento presente, pode-se dizer que em assunto trabalhista, e no processo de conhecimento, o Estado estrangeiro está submetido à jurisdição brasileira³⁴. Assim, o silêncio implica revelia³⁵.

Em sua larga maioria, os tribunais dos diversos países passaram a adotar, em casos ambíguos, o idêia do *in dubio pro jurisdictione*. Se é certo que a teoria restritiva ganhou força, não menos certo é que as questões do dia-a-dia ainda não foram superadas. A mais dramática delas é provavelmente a relacionada com eventual execução de decisão condenatória. Como ponderou IAN BROWNLEE, "...the problems encountered in practice are not avoided simply by hosting the conceptual flag of restrictive immunity" ["... os problemas encontráveis na prática não podem ser evitados simplesmente com a invocação da imunidade relativa" (tradução livre do autor)]³⁵.

IV. Jurisdição e execução

"Meu trabalho é te traduzir".

CAETANO VELOSO (1942)

Apesar das dificuldades ainda hoje existentes, pode-se dizer que a teoria da imunidade absoluta é, nos dias atuais, uma quimera. Ela se encontra

quase que universalmente reprovada. Passou-se do absoluto ao restrito. A evolução, no entanto, diz respeito ao processo de conhecimento. Vencida essa barreira, surge outra ainda mais fantástica: a da execução. Como executar em desfavor do Estado vencido decisão judicial condenatória? Julgar um Estado estrangeiro é uma coisa; submetê-lo à execução forçada é outra. O tema é tão espetacular que já foi taxado de ilógico. DOMINIQUE CARREAU, por exemplo, indaga: "*N'est-il pas illogique de refuser l'immunité de juridiction à l'Etat étranger tout en lui accordant une complète immunité d'exécution?*" ["Não é ilógico recusar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e lhe conceder completa imunidade de execução?" (tradução livre do autor)]³⁷. Um corolário do outro. Parece correto dizer, entretanto, que a prática da maioria dos Estados não escapa a essa contradição.

Todos os diplomas até aqui mencionados, tanto os internacionais quanto os internos, fazem, sem exceção, diferença entre imunidade de jurisdição e de execução. Para ficarmos com dois exemplos, invocamos: (i) o art. 22 da **Convenção de Viena/61** que estabelece a inviolabilidade dos locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, que não poderão ser objeto de busca, requisição, embargos ou medida de execução (v., ainda, o art. 31 - § 3º); e (ii) a Seção 13 (2) da lei inglesa que dispõe que os bens estatais estrangeiros não poderão ser objeto de procedimento de execução.

Novamente, doutrina e jurisprudência vêm em socorro do abrandamento do princípio da imunidade absoluta. Dessa feita, cuida-se da imunidade de execução. Argumenta-se que é possível eventual execução sobre bens ou contas bancárias não afetadas à função pública do Estado faltoso. Assim, os bens inequivocamente destinados pelo Estado estrangeiro ao desenvolvimento de atividades industriais ou comerciais não estariam isentos. Demonstrado, no entanto, que a execução recairá sobre bens que se destinam a cobrir, por exemplo, as despesas da legação, não é possível dar seguimento ao processo executório. O problema aqui está na comprovação de que tal ou qual bem pode responder pela condenação.

Em 1976, dissidentes chilenos são mortos nos Estados Unidos da América em atentado terrorista, patrocinado pelo então governo do General Pinochet. Um dos sobreviventes aciona, com base na legislação norte-americana, a República do Chile. Ao final do processo, é imposta condenação de cinco milhões de dólares estadunidenses. No ano de 1985, o autor da demanda pretende executar a decisão. Aponta, para tanto, o patrimônio da companhia chilena de aviação, a LAN³⁸. Argumenta que o capital da empresa

pertence ao Estado, e que suas atividades são eminentemente comerciais. Invocando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*concept of piercing the corporate veil*), o tribunal de segunda instância entendeu que não se poderia assegurar que o patrimônio da empresa aérea era de propriedade do governo. O caso, assim, não prosperou.

Outro precedente interessante ocorreu no Reino Unido. A Casa dos Lords reverteu decisão de segunda instância que penhorara conta bancária da República da Colômbia³⁹. Os Lords argumentaram que não seria razoável dissecar cada transação bancária para saber a que título ela foi realizada. Em relação a elas, vale destacar que o ônus da prova recai sobre o vencedor. Ocioso lembrar que é extremamente difícil demonstrar a natureza comercial da conta bancária de uma missão diplomática. Assim, pode-se dizer, à luz da prática internacional, que no processo de execução, opera o princípio *in dubio pro immunitate*.

V. Conclusão

"A dificuldade não está nas idéias novas, mas em escapar das antigas".

JOHN MAYNARD KEYNES (1883/1946)

Esse o quadro, vamos nos permitir alguns delírios à guisa de conclusão. De início, pensamos que a imunidade deve voltar a ser absoluta. No entanto, como toda regra comporta exceções, também aqui algumas se aplicariam: ofensa aos direitos humanos, matéria trabalhista e renúncia expressa do Estado. Convém, no entanto, desenvolver um pouco mais nossos "desatinos".

Parece certo dizer que a teoria restritiva adquiriu mais força com o advento do socialismo no romper da década de vinte⁴⁰. Os Estados que professavam a fé socialista passam a intervir diretamente no mercado. Como eventualmente acioná-los? O caminho fácil da invocação da imunidade poderia inviabilizar aquilo que o capital mais procura antes do lucro, a segurança. Transacionar com ente vestido de imunidade importaria no aumento desmedido de riscos. Ganha força, com isso, a idéia da limitação, imunidade *ma non troppo*. Passa a valer, com temperamentos, a restrição. Ela, no entanto, acarreta algumas contradições. De início, o enquadramento em império e gestão. Após, o problema de execução. Trata-se, ao primeiro

impacto de um contra-senso. Alega-se exceção à imunidade, para depois, ante eventual decisão condenatória, invocá-la novamente.

Com a queda do muro de Berlim, o "temor comunista" é posto de lado. Observa-se, de outro lado, a ampliação do processo de privatização que tem início na Grã-Bretanha da Senhora Thatcher para depois correr o mundo. O Estado começa a se despir de sua vertente empresarial. Atua mais nos bastidores. O modelo é seguido pela maioria dos países. O Brasil é exemplo de sua adoção. O Estado caminha em direção às suas funções essenciais, ao que NORBERTO BOBBIO denominou "Estado socialmente necessário". Essa, pelo menos, a idéia. Sobre o eventual (des)acerto de tal opção, só o futuro poderá dar notícia.

O instituto da imunidade não surgiu hoje. Sobre ele muito já se disse. Amaldiçoado. Criticado. Maldito. Mas sempre presente. Sempre atuante. Sempre invocável. O assunto, em síntese, parece não esgotar. De outro lado, as leis domésticas sobre a matéria não equacionaram, de modo satisfatório, muitos dos problemas aqui apontados. Para piorar, criaram outros. A falta de critério uniforme deu margem a grande discricionariedade. A opção legislativa não prosperou. Poucos países adotaram legislação tópica. E aqui, é bom lembrar uma contradição: os países da família do *common law* adotaram leis, os da família romano-germânica do direito preferiram valer-se da interpretação, dos precedentes judiciais. Houve, por assim dizer, uma inversão. Aparente incoerência é, sem dúvida, fruto da complexidade do assunto. Poucos países trilharam o caminho legislativo.

Sobre a exceção com base na renúncia, não há muito a ser explorado. As hipóteses convencionais são claras. Aspectos processuais tópicos, à vista das leis internas de tal ou qual soberania, estarão sempre presentes. O que há de forçar a renúncia do Estado a nosso sentir é, sobretudo, a pressão política da opinião pública mundial (Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais, Indivíduos)⁴¹. Cuida-se, é certo, de força bastante difusa. Mesmo opinião majoritária não assegura, necessariamente, uma uniformidade de comportamento. Exemplos na prática internacional, no entanto, induzem a crer que ela é cada vez mais importante. Sobreretudo nos dias de hoje: tempos de globalização e Internet.

Lembramos aqui a recente condenação em Washington do diplomata da Geórgia, Guerogui Makharadze, envolvido em acidente de trânsito (*drunk-driving crash*) que resultou na morte da adolescente Joviane Waltrick, de nacionalidade brasileira. O governo da Geórgia à vista da pressão tanto da

população estadunidense, quanto do governo norte-americano, bem como das circunstâncias do caso, renunciou à sua imunidade. Por isso o processo nos Estados Unidos da América, cujo desfecho foi a condenação do diplomata, segundo homem na hierarquia da Embaixada em Washington. O juiz ponderou ao final de sua sentença: "*Perhaps, had it not been for the shield of diplomatic immunity, Mr. Makharadze would have altered his behavior. Perhaps had he done so earlier, Miss Waltrick would be alive today*" ["Não fosse a proteção diplomática, é provável que o Sr. Makharadze tivesse agido de modo distinto. É possível, ainda, que se ele o tivesse feito antes, a Sta. Waltrick estivesse viva agora" (tradução livre do autor)]⁴².

Sobre o tema trabalhista, pensamos que deveria prevalecer a jurisdição do Estado receptor tanto para o processo de conhecimento quanto para o de execução, em benefício da parte mais fraca na relação laboral. De início, temos dificuldade em admitir que eventual condenação trabalhista venha a comprometer economicamente a existência do Estado falto; pôr em risco sua existência; ameaçar sua soberania. Tais condenações, a prática demonstra, não são vultosas. De outro lado, o Estado acreditado tem todas as condições para se cercar dos cuidados indispensáveis ao fiel cumprimento da legislação local. A Secretaria de Fiscalização do Trabalho do Ministério do Trabalho, por exemplo, editou cartilha de orientação para as legações⁴³. Elas poderiam se valer, por igual, de assessoramento especializado. Enfim, não há motivo convincente para deixar de cumprir a lei local. Assim impõe nosso ordenamento, desse modo quer a legislação internacional (art. 41 §º 1, Viena/61, p. ex.).

Como fazê-lo? Esse o grande problema. Estamos em que o governo brasileiro deveria, de início, garantir reciprocidade, até porque nosso país cumpre, invariavelmente, as decisões estrangeiras que condenam a República no plano externo em matéria trabalhista. Outra hipótese seria dar notícia ao representante do Estado, quando da concessão do *agrément*, da imperiosa necessidade de se honrar as pendências trabalhistas. Por fim, estimamos que a União deveria arcar com o ônus na eventualidade de o Estado condenado não cumprir a decisão. Cuida-se de matéria vinculada a alimentos. A boa razão, o espírito humano assim recomenda. Como operacionalizar, no entanto, semelhante proceder? Os assessores responsáveis pelo orçamento da União saberão encontrar rubrica própria para fazer frente a tais desembolsos que, insistimos, não são, salvo para os interessados, de grande dimensão. E mais, tais despesas poderiam ser compensadas mais adiante.

Nessas hipóteses, estimamos que o país deveria contabilizar tal dispêndio em desfavor do Estado faltoso. De outro modo, deveríamos manter registro de tais desembolsos para compensação futura. Ante eventual condenação da República Federativa do Brasil no Estado inadimplente, o Executivo faria um ajuste de contas. Ficaria com o excedente ou complementaria o montante. Estaria, assim, em posição mais elevada para invocar sua imunidade, ao argumento da reciprocidade de tratamento, ante eventual protesto. Não se trata aqui do instituto da proteção diplomática, já que nosso país não demandaria contra outro Estado em prol do direito de um nacional seu. O que propomos é uma saída mais pragmática à luz da própria imunidade, bem assim de argumentos humanitários e de ordem prática.

Sendo certo que ao presidente da República cabe a condução das relações internacionais [art. 84 (VII) da Constituição de 1988], parece correto dizer que ele dispõe de melhores condições para induzir outra soberania ao cumprimento de decisão judicial brasileira envolvendo assunto trabalhista. Ficaria, até mesmo, em posição confortável para – invocando reciprocidade – deixar de cumprir eventual condenação no Estado faltoso. Teria, por assim dizer, mecanismos de pressão mais contundentes. Some-se a isso, uma vez mais, o fato de os valores envolvidos não serem ciclôpicos.

O assunto trabalhista é emblemático visto que representa, pelo menos no Brasil, noventa e quatro por cento das demandas envolvendo Estado estrangeiro⁴⁴. Em síntese, a maioria dos casos estaria resolvido. Sobre a outra exceção proposta – tema relacionado à violação dos direitos humanos –, pode-se dizer que estamos diante de garantia coletiva que, partindo da solidariedade humana, protege direitos inerentes à toda pessoa. Nesse sentido, o **Caso Pinochet**, antes mencionado, é importante precedente. O residual ficaria para o jogo político. Para a pressão popular. Para a preservação do sentimento de justiça, da ideia do Estado de Direito etc. Em tais hipóteses, valeria a renúncia tópica do Estado eventualmente demandado.

Não temos a pretensão de imaginar que, com isso, o assunto esteja resolvido. As sugestões indicadas são passíveis de provocar desacordo. Quem sabe até uma ponta de ultraje. Se o fizer, no entanto, teremos alcançado nosso intento: suscitar novo debate. Estamos convencidos que o assunto, tal como se encontra, não colabora com o aprimoramento do convívio internacional. Ele, por certo, continuará na agenda das Nações pelos anos que estão por vir. Fazer uma leitura isenta, com base no direito internacional

é, pois, fundamental. Caminhar para soluções mais pragmáticas, de outro lado, parece-nos imperioso. Não podemos esquecer: o rei também erra.

Na Internet: confira áudio digital da participação do Professor Márcio Garcia nos debates do seminário “**A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**”. Arquivos em <<http://www.cedi.org.br/Eventos/Imunidade/debates.htm>>, páginas 1 e 7, trechos 1, 3, 31.

Notas

¹ Advogado (LL.B., UnB). Mestre em Direito Internacional [LL.M., Cambridge (bolsa de estudos do Governo Britânico)]. Professor de direito internacional público em Brasília (UnICEUB, IESB e IRB). Pesquisador-associado do Departamento de Relações Internacionais da UnB. E-mail: mppgarcia@hotmail.com

² Cuida-se de versão revista de artigo originalmente publicado em **Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais** - vol. II. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000, pp. 179 - 193. O autor concordou com nova edição considerando: (i) as modificações feitas por sugestão de amigos, e (ii) a tímida distribuição da obra antes referida.

³ v. **O direito internacional**. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 05 – 08.

⁴ Sobre o assunto, v., entre outros, CELSO DE A. MELLO, **Direito constitucional internacional: uma introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 130-137.

⁵ Inúmeros são os fatores que determinam a desigualdade real dos Estados: geografia (física e política), economia, população, projeção (forças armadas, prestígio, credibilidade, penetração econômica). Para maiores aprofundamentos, v. BROTONS, Antonio Remiro (e outros). **Derecho internacional**. Madri: McGraw-Hill, 1997, pp. 92 – 97.

⁶ Interessante observar que o mesmo argumento — soberania do Estado — é usado para justificar a atividade estatal da “jurisdição” (v., entre outros, A. Gusmão Carneiro, **Jurisdição e competência**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 3).

7 In "A imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local. O problema da execução na justiça do trabalho". *1º Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho*. Salvador: IBCB, 1995, p. 240.

8 In *Textbook on international law*. 3ª ed. Londres: Blackstone, 1996, p. 159.

9 V., p. ex., o *Caso Sullivan v. State of São Paulo* (1941).

10 V., entre outros, L. C. STURZENEGGER, "Imunidade de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de Bancos Centrais". RDCRI 2 (1989) 47 e ss.

11 V. ANDRÉ DE C. RAMOS, "O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional." RBCC 25 (1999) 106 e ss, e ANDREA BIANCHI, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case". EJIL 10 (1999): 237 - 278.

12 V. S. SUCHARITKUL in *Segundo informe à Comissão de Direito Internacional - CDI sobre imunidade jurisdicional dos Estados de seus bens*. (Doc. A/CN.4/331/Add.1, de 09.6.80, pp. 114 e ss.).

13 In *O espírito das leis*. Brasília: Editora UnB, 1982, p. 521.

14 V. H. ACCIOLY, *Tratado de direito internacional público*. 2ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956, p. 465.

15 Para comentário sobre textos clássicos [p.ex.: A. GENTILI (*De legationibus*, 1585), R. ZOUCHE (*Solutio questionis veteris et novae, sive, de legati delinquentis iudice competente dissertatio*, 1657) e C. VAN BYNKERSHOEK (*De foro legatorum*, 1721)], v., entre outros: A. NUSSBAUM, *A Concise history of the law of nations* (Nova York: MacMillan, 1954); A. TROYOL Y SERRA, *História do direito internacional público* (Lisboa: ISNP, 1996); e H. Legohérel, *Histoire du droit international public* (Paris: PUF, 1996).

16 Regulamento Sobre a Precedência entre Agentes Diplomáticos de 19 de março de 1815 (Anexo nº 17 à ata final do Congresso de Viena de 1815).

17 Na hora atual pode parecer delirante, mas o assunto foi alvo outrora dos mais acalorados debates. Inúmeras soluções foram aventadas (extensão territorial, forma de governo, antiguidade da família real, data da conversão do povo ao cristianismo etc.). Nenhuma alcançou o conforto

da unanimidade. A solução de 1815, pode se dizer, tem origem lusitana. O MARQUÊS DE POMBAL tentara, em 1760, disciplinar o assunto em Lisboa pela data das cartas credenciais. Vencido, não viveu para ver prevalecer sua solução.

18 Protocolo do Congresso de Aix-La-Chapelle, de 21 de novembro de 1818.

19 Trata-se aqui de bom exemplo da importância da doutrina como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, tal como previsto no art. 38 - I - d do Estatuto da Corte Internacional de Justiça da Haia.

20 A *Convenção sobre Funcionários Diplomáticos*, de 20 de fevereiro de 1928 teve sua gênese na *Sexta Conferência Interamericana*, celebrada na cidade de Havana.

21 V. artigos 333 a 339 (Livro IV, Título II, Capítulo II - Das exceções às regras de competência no cível e no comercial).

22 Não é nosso objetivo fazer análise comparativa dos textos de 1961 e 1963. Lembramos, tão-só, que a relação de privilégios dos cônsules é bem mais tímida do que a dos diplomatas. O cônsul goza de imunidade somente em relação aos atos de ofício.

23 Em outras palavras, o diplomata poderá responder pela eventual prática de ilícito no Estado acreditado em seu Estado de origem. Exceto, é claro, a renúncia expressa pelo Estado acreditante à sua imunidade. Por óbvio, não se trata do modo mais adequado à prestação de contas à comunidade local. Provável distância, dificuldades em obtenção de provas, oitiva de testemunhas etc. dificultam a apuração dos fatos. A comunidade local, por sua vez, poderia ficar frustrada em seu desejo de justiça. O assunto é mais palpitante quando se trata de matéria penal.

24 "Ambasciador non porta pena", dispõe antiga máxima italiana. O leigo, no ponto, não se conforma. Veremos adiante que, também aqui, o rigor da regra começa a sofrer temperamentos.

25 Entre nós, v., p. ex., a Instrução Normativa nº 151, de 21 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o ressarcimento de valor de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI a missões diplomáticas e repartições consulares.

26 "Art. 31 O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição ..., a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no