

ações foram ajuizadas na Itália contra a República Federal da Alemanha com base em violações de direitos humanos durante a guerra.¹¹⁵⁰

Em dezembro de 2008, a Alemanha ingressou perante a Corte Internacional de Justiça da Haia contra a Itália alegando desrespeito ao princípio da imunidade. Em fevereiro de 2012, a Corte proferiu decisão favorável à imunidade da Alemanha, sob o principal fundamento de que os atos foram praticados pelas forças armadas, configurando-se exceção à hipótese de ilícito no foro.¹¹⁵¹⁻¹¹⁵² A exceção será tratada em item específico adiante. Como já se mencionou, a Corte Constitucional Italiana, em 2014, recusou-se a cumprir a decisão da CJJ sob o fundamento de que os tribunais italianos devem observância à Constituição italiana que prevê o respeito aos direitos humanos.¹¹⁵³

Destaque-se que a lei de Cingapura¹¹⁵⁴ e do Reino Unido¹¹⁵⁵ bem como alguns casos decididos por tribunais domésticos estrangeiros e internacionais também consideram que atos praticados pelas forças armadas estão cobertos pela imunidade.¹¹⁵⁶

Antes da flexibilização no direito brasileiro da imunidade do Estado estrangeiro, o STF apreciou ação indenizatória movida contra o Japão pelas vítimas de acidente de trânsito causado por veículo pertencente à referida sede da missão diplomática. O Estado-réu alegou o benefício imunitário com base na Convenção

1150. Francesco Moneta, *State Immunity for International Crimes: The Case of Germany versus Italy before the ICJ*, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, disponível em: <http://www.haqqijusticeportal.net/Docs/Commentaryes20 PDF/Moneta_Germany-Italy_EN.pdf>, acesso em 8 de setembro de 2015.

1151. *Case Germany v. Italy, Greece Intervening*, de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.icj-dj.org/doccket/index.php?p1=3&p2=2&case=143&code=alpb3-4>, acesso em 8 de setembro de 2015.>

1152. V. Roger O'Keefe, *State Immunity and Human Rights: Heads and Walls*, *HEARST JOURNAL OF TRANSMONTE LAW*, vol. 44, p. 1011 (2011). O autor afirma que se pode concluir que em matéria de atos praticados pelas forças armadas estrangeiras abre-se uma exceção à flexibilização da imunidade para ilícitos no foro.

1153. Decisão 318/2014 da Corte Constitucional Italiana, de 22.10.2014. Destaca-se trecho da decisão: "Come si è già osservato, il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice tutelato di diritto inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione e repubblicana, riconoscendo l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale deve ritenersi in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona." Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actio/SchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>, acesso em 11 de setembro de 2015.

1154. *State Immunity Act*, 1979, revisada em 1985. Disponível em: <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?ident=179b0e0e-6e71-48ad-8440-984c7d89de4b&page=0;query=DocId%3A%21be18f7-0968-4fc8-ac26-39d3451b7b70%22%20status%3Ainforce%20depth%3A0&oc=0#p19-h>.
Excluded matters">, acesso em 8 de setembro de 2015.

1155. *State Immunity Act*, 1978, disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>.
(a) proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in Singapore and in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act (Cap. 344)."

1156. *Greek Citizens v. Federal Republic of Germany* (Distomo Massacre) Bundesgerichtshof (BGH) [Federal Court of Justice], *Annato Editio* 26, 2003 (Gen.), reproduzida em 129 LLR, 556, 560-61 (2003); *Margellos v. Federal Republic of Germany*, *Annato Editio* 26, 2003 (Gen.), reproduzida em 129 LLR, 525, 531-32 para. 14; *McElhinney v. Dikastrio* [A.E.D.] [Special Supreme Court] 6/2002 (Greecel), translated in 129 LLR, 525, 531-32 para. 14; *McElhinney v. Ireland*, 123 LLR, 73, 85 para. 38 (Eur. Ct. HR, 2001). Casos citados por Roger O'Keefe, *State Immunity and Human Rights*

de Viena de 1961, o que foi acatado pela primeira instância. O Tribunal Federal de Recursos manteve a decisão, remetendo os autos ao STF, que, por unanimidade, negou provimento ao Agravo, embora não com base na Convenção de Viena, que codifica imunidades diplomáticas, mas em norma costumeira que dita a imunidade de jurisdição dos Estados.¹¹⁵⁷

O STF apreciou ação indenizatória movida contra os EUA em razão de danos materiais provocados por seus agentes alfândegários no aeroporto de Nova York aos autores que, em viagem do Brasil às Bermudas, fizeram escala naquele aeroporto, embora sem visto de entrada no país – e por esta razão tiveram que retornar ao Brasil. A ação foi extinta na primeira instância – o réu foi considerado imune à jurisdição brasileira. Por unanimidade, o STF negou provimento ao recurso e foi mantida a decisão da imunidade do réu, com base no art. 267, I e VI do CPC de 1973 – extinção do processo sem julgamento do mérito.¹¹⁵⁸

Esse caso, além da questão da imunidade, apresenta algumas particularidades: primeiramente, o ilícito, caso tenha ocorrido, se deu em território do Estado estrangeiro; além disso, a questão da entrada de estrangeiros está situada no âmbito do poder discricionário dos Estados nacionais e, finalmente, no mérito, impedir estrangeiro de ingressar em território nacional não viola nenhuma regra de direito internacional, já que, como regra geral, somente nacionais têm direito a ingressar no país de sua nacionalidade.¹¹⁵⁹

Em outro caso, julgado pelo STF, foi ajuizada ação indenizatória contra o Reino Unido, em decorrência de atropelamento causado por um de seus servidores diplomáticos. O Estado estrangeiro invocou sua imunidade nos termos da Convenção de Viena de 1961. Da decisão que julgou o pedido improcedente, sob o fundamento de que o servidor diplomático não agiu culposamente, ambas as partes recorreram: os autores reafirmando a ação culposa do servidor e o Estado-réu exigindo o reconhecimento de sua imunidade de jurisdição. Na decisão do STF,¹¹⁶⁰ que manteve o julgado de primeira instância, destaca-se o voto do Min. Relator Pádua Ribeiro, que ataiou o argumento da imunidade de jurisdição, por não ser a mesma mais considerada absoluta. Ademais, argumentou que em caso de responsabilidade civil não se aplica a imunidade de jurisdição, com base na Convenção Europeia de 1972 e no *State Immunity Act* do Reino Unido.¹¹⁶¹

1157. STF, DJ 19.09.1973, Agravo de Instrumento nº 56.466, Rel. Min. Bilac Pinto.

1158. STF, DJ 13.12.1993, Apelação Cível nº 13, Rel. Min. César Azevedo Rocha. Há também alguns julgados do STF que apreciam pedidos de indenização por parte de turistas brasileiros que, com visto de entrada, tiveram o seu ingresso no país estrangeiro negado, atos típicos de governo e assim, indubitavelmente, compreendidos na esfera da imunidade. Ademais, envolvem atos ocorridos no exterior e que não se consideram ilícitos. STF, DJ 23.6.2008, RO 70, Rel. Min. Nancy Andrighi; STF, DJ 23.6.2008, RO 69, Rel. Min. João Otávio de Noronha; STF, DJ 17.8.2009, RO 85, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Caso semelhante foi decidido no mesmo sentido pelo STF, DJ 13.10.2003, Recurso Ordinário nº 19, Rel. Min. Cesar Azevedo Rocha. Em sentido analógico, STF, DJ 17.09.2007, Recurso Ordinário nº 13, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; STF, DJ 2.3.2011, Ag 1118724, Rel. Min. Nancy Andrighi.

1159. *CHINKA TIBURCIO, The Human Rights of Alien Diplomatic Personnel and Comparative Law*, p. 210-234 (2001).

1160. STF, DJ 26.10.1966, Agravo de Instrumento nº 36493, Rel. Min. Hermes Lima. No mesmo sentido, STF, DJ 15.08.1994, Apelação Cível nº 14, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

1161. Caso interessante foi a decidido no STF, DJ 18.09.2000, em Decisão Monocrática na Ação Civil Originária nº 11.111.111.

O caso mais notório envolveu ação ajuizada pela família do ex-presidente João Goulart para requerer a condenação dos EUA ao pagamento de danos materiais e morais em virtude da participação de autoridades norte-americanas na sua deposição. Tratava-se de novidade entre nós. Na primeira instância, o juiz federal entendeu que os EUA não poderiam figurar como réus nessa ação em virtude do princípio da imunidade, sob o fundamento de que o comportamento do réu se caracterizaria como de império e extinguiu o processo sem julgamento de mérito. O Superior Tribunal de Justiça confirmou esse entendimento quanto à natureza do ato, e admitiu a citação do Estado-réu para que pudesse se pronunciar acerca de uma eventual renúncia ao benefício.¹¹⁶² A decisão não atentou para a exceção decorrente de ilícito ocorrido no foro.

Seguiu a mesma linha julgada do Superior Tribunal de Justiça em caso envolvendo a Alemanha. Por unanimidade, a Quarta Turma reconheceu a imunidade de jurisdição do Estado alemão para ação de indenização por danos causados por atos praticados no território nacional: afundamento de barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio, RJ, por um submarino nazista, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial. No entender da turma, tratava-se de ato de império e, portanto, imune à jurisdição nacional.¹¹⁶³

extracontratual por ato ilícito. Trata-se de uma ação civil de reparação patrimonial contra Estado estrangeiro (República dos Camarões) sob a alegação de que um membro integrante da Missão Diplomática desse último, dirigindo veículo pertencente a Embaixada, teria ocasionado danos materiais ao patrimônio público local. Após ter recebido a inicial, o Ministro Relator Celso de Mello decidiu sobre a aplicação do princípio da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro nesta hipótese. O Min. Rel. decidiu que, tendo em vista a evolução de jurisdição absoluta para a imunidade de jurisdição relativa dos Estados, e que o representante do Estado estrangeiro atuava em matéria de ordem estritamente privada (em situação alheia ao exercício das funções diplomáticas), antes de ordenar a citação de ré, fosse transmitido o inteiro teor daquele despacho ao Ministro das Relações Exteriores, para que este inerte a República dos Camarões a pronunciar-se sobre a sua eventual submissão à jurisdição brasileira, em face do que dispõem os arts. 22 e 30 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Importante observar que, ao pronunciar-se sobre a imunidade do Estado estrangeiro, o julgador utiliza como critério para a distinção entre atos de império e atos de gestão a natureza do ato praticado pelo representante do Estado, e não do ato do Estado. Entretanto, caso se parta do princípio de que o agente atuou em âmbito estritamente privado, em situação alheia ao exercício das funções diplomáticas e desvinculada do contexto de suas funções de representação do Estado acreditante, não é o Estado que agiu, sendo caso, portanto, de ilegitimidade passiva *ad causam*.

1162. STJ, DJ 14/2/2009, RO 57, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. "Internacional, civil e processual. Ação de indenização movida contra os Estados Unidos da América do Norte. Intervenção de caráter político e militar em apoio à deposição do Presidente da República do Brasil. Danos materiais e morais. Demanda movida perante a justiça federal do Estado do Rio de Janeiro. Ato de império. Imunidade de jurisdição. Possibilidade de relativização, por vontade soberana do estado alienígena. Prematura extinção do processo ab initio. Descabimento. Retorno dos autos à vara de origem para que, previamente, se oportunize ao Estado suplicado a eventual renúncia à imunidade de jurisdição. I. Enquadrada a situação na hipótese do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC, é de se ter como possivelmente competente a Justiça brasileira para a ação de indenização em virtude de danos, materiais e materiais aleadamente causados a cidadãos nacionais por Estado estrangeiro em seu território, decorrentes de ato de império, desde que o réu voluntariamente renuncie à imunidade de jurisdição que lhe é reconhecida. II. Caso em que se verifica preclusão a extinção do processo de pronto decreto pelo juiz singular, sem que antes se oportunize ao Estado alienígena a manifestação sobre o eventual desígnio de alienação de tal prerrogativa e ser demandado perante a Justiça Federal brasileira, nos termos do art. 109, II, da Carta Política. III. Precedentes do STJ. IV. Recurso ordinário parcialmente provido, determinado o retorno dos autos à Vara de origem para os fins acima."

1163. STJ, DJ 19/5/2008, RO 66, Rel. Min. Fernando Gonçalves. "Direito Internacional. Ação de indenização. Vítima de ato de guerra. Estado estrangeiro. Imunidade absoluta. I - A imunidade de ato que impõe a absoluta e não comparata exceção de jurisdição do Estado estrangeiro."

Em expressiva passagem de seu voto, afirmou o ministro Relator que "[a] imunidade acta jure imperii é absoluta e não comporta exceção à guisa da pobreza dos autores ou porque os fatos ocorreram no território nacional ou ainda porque se trata de direitos humanos. O respeito à soberania do Estado estrangeiro é um preceito maior e anterior a esses questões. Curvar um Estado à soberania de um outro só por renúncia, por guerra ou por acordo ou tratado bilateral". Observa-se que essa decisão se baseou somente na distinção entre atos de gestão e de império, tendência que está sendo abandonada no direito internacional e comparado, como se viu. Ademais, a decisão do STJ afirma claramente a supremacia da imunidade de jurisdição sobre o direito de acesso à justiça dos autores ou mesmo sobre graves violações de direitos humanos, tema que será tratado a seguir. Assim, o Tribunal parece ter seguido a linha do que foi decidido na CIJ, no caso *Alemanha v. Itália*, comentado *supra*, de que atos praticados pelas forças armadas estrangeiras no foro configura-se em ato de império.

III.3.1.5. A Imunidade de Jurisdição em Violações de Direitos Humanos

Tema relativamente recente em matéria de imunidade diz respeito a situações envolvendo violações de direitos humanos. Diante da relevância do assunto, que concerne a direitos fundamentais, questiona-se se prevalece o benefício imunitário do Estado. Registre-se que a dúvida envolve a prática de ilícito fora do território do foro, pois, como se viu, a prática de ilícito no foro, gerando danos, configura-se em exceção já aceita em matéria de imunidade.

A Corte de Apelação Federal de Washington D.C. decidiu, em 1994, um caso interessante envolvendo nacional americano e a Alemanha. Um norte-americano, judeu, chamado Hugo Prinz, que durante a 2ª Guerra Mundial vivia com sua família na Eslováquia, foi preso, entregue aos nazistas e mandado, juntamente com seus familiares, para campos de concentração. Seus pais e irmãs foram assassinados em Treblinka. Prinz foi para Auschwitz e depois para Birkenau.

O programa de reparação empreendido pela Alemanha não alcançou Prinz porque ele não era nem alemão, nem refugiado à época dos fatos. Em 1992, ele propõe ação perante a corte federal americana requerendo indenização da Alemanha pelos danos físicos e morais sofridos e pelo trabalho executado nos campos de concentração. A corte federal de 1ª instância decidiu que não haveria imunidade

para responder a ação de indenização por danos materiais e materiais por ato de império daquele País, consistindo em afundamento de barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio - RJ, por um submarino nazista, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial (L. "No mesmo sentido STJ, DJ 8/9/2009, RO n.º 72, Rel. Min. João Otávio de Noronha, STJ, DJ 13/8/2013, RO 134, Rel. Min. João Otávio de Noronha, STJ, DJ 2/10/2014, AgRg no RO 129, Rel. Min. Marco Buzzi. Em sentido contrário, vale menção ao voto vencedor proferido no julgamento de apelação nos autos do processo 2005.71.08.005055-9 originário do TRF 4, que tinha por objeto pedido de indenização por danos materiais e materiais, bem como pensão, em face da Alemanha, pelos terrores provocados pelo regime nazista. A decisão por maioria reconheceu a imunidade de jurisdição, entendendo tratar-se de ato de império (guerra). Mas, no voto vencido, não era reconhecida a imunidade de jurisdição do Estado pois não se há que falar em *jus imperii* elevando à condição de direito do Estado estrangeiro a utilização truculenta da força bruta. Atos que tipificados como crimes contra a humanidade não podem ser considerados nem administrativos nem jurídicos. Não são, pois, atos de império nem atos de gestão, são aberrações que como tais não podem frequentar o âmbito de atuação da jurisdição."

de jurisdição da Alemanha e que o Judiciário norte-americano poderia apreciar o caso, pois a legislação americana sobre imunidade de jurisdição (FSIA) “has no role to play where the claims alleged involve undisputed acts of barbarism committed by a one-time outlaw nation which demonstrated callous disrespect for the humanity of an American citizen, simply because he was Jewish.”¹¹⁶⁴

A Alemanha apelou e a corte federal de 2ª instância, Circuit Court, revertendo a decisão, considerou que o país poderia se utilizar do benefício da imunidade no caso porque: 1) a legislação norte-americana sobre imunidade não poderia ter aplicação retroativa, atingindo atos ocorridos bem antes de sua promulgação; e 2) ainda que a legislação pudesse ter aplicação retroativa, como esta hipótese não é prevista como situação em que não há imunidade, prevalece a regra geral da imunidade de jurisdição.

Nesse mesmo sentido, a Corte de Justiça do Distrito de Columbia reconheceu imunidade ao Estado japonês em ação indenizatória movida por um grupo de mulheres incluídas entre as chamadas “comfort women” – mulheres que foram submetidas à escravidão sexual pelo exército japonês entre 1931 e 1945 (*Hwang v. Japan*). A Corte acatou, dentre outros argumentos, a tese de que a violação, pelo Japão, do *ius cogens* por crimes de guerra ou crimes contra a humanidade não encontra respaldo, no FSIA, para a afirmação da jurisdição americana.¹¹⁶⁵

Interessante observar que o FSIA norte-americano foi alterado em 1997, nele incluindo-se mais um parágrafo na alínea (a) da Seção 1605. A nova seção 1605 (a) (7) criou uma hipótese atípica entre as exceções à imunidade de jurisdição do Estado, passando a admitir o exercício de jurisdição sobre países tidos como patrocinadores de ações terroristas.

De acordo com este dispositivo, o Estado estrangeiro não terá imunidade perante cortes dos Estados Unidos em ações indenizatórias por danos pessoais ou morte resultantes de ato de tortura, de morte não decorrente de condenação judicial, de sabotagem de aeronave, de sequestro, ou por fornecimento de suporte material ou de recursos para tais fins, se o ato é realizado por um oficial, empregado ou agente do Estado estrangeiro atuando a mando de suas respectivas agências ou departamentos.

Para isto, entretanto, é preciso que o Estado estrangeiro em questão seja considerado “sponsor of terrorism” (§ 1605 (a) (7) (A)) e que, alternativamente, a vítima tenha dado a oportunidade a que o Estado-réu, onde ocorreu o ilícito, aceite levar o caso à arbitragem (a) (7) (B) (i), ou que o autor ou a vítima seja nacional dos Estados Unidos à época do fato (a) (7) (B) (ii). Em virtude dessa alteração legislativa, Joseph Cioppio, sequestrado no Líbano por terroristas iranianos, teve êxito em ação indenizatória movida contra o Irã.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁴ Decisão da US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, publicado no INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS, vol. 33, p. 1488, e.p. 1486 (1994), *Prinz v. Germany* – III, Disponível em: <<http://ijl.org/courses/documents/prinzvgermany.pdf>>, acesso em 8 de setembro de 2015.

¹¹⁶⁵ Decisão da US District Court for the District of Columbia, julgada em 4 de outubro de 2001, Civil Action 00-02233 (HKN), *Cioppio v. Islamic Republic of Iran*, 18 F. Supp. 2d 62 (D.D.C. 1998).

Note-se que essa nova regra pôde ser aplicada a fatos ocorridos antes de sua vigência – Cioppio havia ajuizado a ação antes da emenda do FSIA, não tendo obtido sucesso.¹¹⁶⁷ A mudança pode apontar para um novo rumo no âmbito da imunidade de jurisdição estatal, tal como se processa com as imunidades penais de chefes de Estado (v. caso *Pinochet et alia*) e talvez de imunidades consulares e diplomáticas, em favor dos direitos humanos.¹¹⁶⁸ Vale observar, porém, que a decisão proferida pela CIJ no caso *Alemanha v. Itália* não considerou que o fato de haver violação de direitos humanos confere solução diversa à imunidade.¹¹⁶⁹ Em janeiro de 2014, a 4ª Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu no mesmo sentido. Em caso envolvendo alegação de tortura ocorrida na Arábia Saudita por oficiais locais, o Reino Unido extinguiu o processo que requeria reparação civil com base na imunidade. A questão foi levada à Corte Europeia, que numa primeira decisão, considerou que o Reino Unido não violou o direito de acesso à justiça ao negar prosseguimento da demanda com base na imunidade de jurisdição.¹¹⁷⁰

O caso *Estate of the Late Zahra (Ziba) Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran (Kazemi case)*, decidido pela Corte Suprema Canadense em 2014 é mais um exemplo dessa tendência. Em 2003, a fotoinnalista Zahra Kazemi, uma iraniana de nascimento, mas naturalizada canadense, foi torturada até a morte no Irã por funcionários do governo. Em 2006, o filho de Kazemi, Stephan Hashemi, ajuizou demanda em Montreal contra o governo do Irã, o ataiolá Ali Khamenei (líder supremo do Irã), o Procurador-Geral de Teerã, Saeed Mortazavi (que é acusado de ter ordenado a prisão de Kazemi), e Mohammad Bakhshi (ex-vice-chefe da inteligência para a prisão de Evin, onde Kazemi teria sido torturada). Em 2011, a *Quebec Superior Court* entendeu que Stephan Hashemi poderia prosseguir no julgamento, visto que o *State Immunity Act (SIA)* canadense de 1982, trata de exceção à imunidade quando uma pessoa no Canadá sofre danos morais decorrentes de maus-tratos a um membro da família no exterior. Todavia, quanto à demanda do Espólio de Zahra Kazemi, o Tribunal não admitiu prosseguir com o julgamento, visto que os abusos que Kazemi sofreu foram praticados apenas no Irã. O caso foi objeto de recurso para a *Quebec Court of Appeal*. Em 2012, a *Quebec Court of Appeal* confirmou julgamento da *Quebec Superior Court* quanto ao Espólio de Zahra Kazemi, e, estendeu a aplicação da imunidade às reivindicações de Stephan Kazemi, concluindo que a exceção no SIA não deveria

¹¹⁶⁷ *Cioppio v. Islamic Republic of Iran*, 30 F3d 164 (D.C. Cir. 1994).

¹¹⁶⁸ Neste sentido, Leandro de Oliveira Moll, *Imunidade de Jurisdição do Estado e Denegação de Justiça em Violações de Direitos Fundamentais: o caso Al-Adasni v. Reino Unido*, Revista Forense, vol. 370, p. 101 (2003); “A análise dos interesses envolvidos aponta para a prevalência do princípio da não-denegação de justiça sobre o princípio da imunidade de jurisdição em casos envolvendo a violação de direito humano fundamental, também porque a garantia de um remédio contra estes abusos é de interesse fundamental para a comunidade internacional como um todo.”

¹¹⁶⁹ Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/doccket/index.php?p1=3&p2=2&case=143&code=alRp3-4>>, acesso em 8 de setembro de 2015.

¹¹⁷⁰ *Jones and Others v. the United Kingdom* (application nos. 34356/06 and 40528/06), “...”) 3 Holds, by six votes to one, that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards Mr Jones’ claim against the Kingdom of Saudi Arabia; 4 Holds, by six votes to one, that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the applicants’ claims against the named State officials.”

ser aplicada ao seu caso. A questão foi submetida à apreciação da *Supreme Court of Canada* que decidiu em favor da imunidade.¹¹⁷¹

Assim, muito tem sido escrito a respeito, sem que se chegue a parâmetros definitivos sobre a matéria. Parte da doutrina já se manifestou no sentido de que não se aplica o benefício imunitório a violações individuais de direitos humanos diversamente do que ocorre em casos de violações em massa, quando o Estado violador age como poder soberano,¹¹⁷² o que não parece razoável. Com essa orientação, o Estado estrangeiro que provocou danos a várias vítimas será protegido pelo benefício da imunidade, o que não faz sentido já que sua violação será muito mais grave.

Note-se que o esforço de se tentar vislumbrar nessa categoria – violação de direitos humanos – uma nova exceção ao benefício imunitório, distinta da exceção de ilícitos no foro, até o momento tem sido em vão,¹¹⁷³ apesar dos esforços de parte da doutrina que milita nesse sentido.¹¹⁷⁴ Como afirma o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto dissidente no caso Alemanha v. Itália, decidido pela Corte Internacional de Justiça, não há que se falar na caracterização de ato de império para crimes de enorme gravidade:

“They are not *acta jure imperii*, as the Court repeatedly characterizes them; they are unlawful acts, *delicta imperii*, atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them.

1171. *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, decisão em 10.10.2014, [2014] 3 SCR 176. “Despite the tragic fate of Ms. Kazemi, the current state of the law does not allow the appellants to sue the respondents for damages in a Canadian court. Foreign states, as well as their heads of state and public officials, are immune from civil suit in Canada except as expressly provided in the SIA. The SIA does not withdraw immunity in cases alleging acts of torture committed abroad. Put differently, the Parliament of Canada has chosen to embrace principles of comity and state sovereignty over the interests of individuals wishing to sue a foreign state in Canadian courts for acts of torture committed abroad. I conclude that this choice is not contrary to international law, the Canadian Bill of Rights... or the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Accordingly, I would dismiss the appeal.”

1172. “These restrictions ensure that national courts could entertain proceedings against a foreign state regarding governing conduct which constitutes a tort under domestic law and – in addition – a violation of international law. Such human rights only in cases where the violations can be qualified as “individualized” violations, thus keeping the impact of such proceedings on the defendant state’s sovereignty at a level no different from that resulting from other proceedings against foreign states which are possible under the international state immunity rules as they stand de lege lata. Recourse to the immunity defence is available in all other cases in which damages are sought under national law for death or personal injury.

- if the injury was directed against a foreign state and not against an individual as such, as is the case in armed conflicts; and/or
- if the legality of the actions in question – also – depends on preliminary questions of international law (e.g. prohibition of the use of force, self-defence etc.) or
- if the injury of the individual is per definitionem part of a massive violation scheme because the activity of the foreign state also violates other norms of international law designed to protect large groups of individuals, for example the prohibition of genocide; Jürgen Bönigewitz, STATE IMMUNITY AND THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS, p. 213. (1997).

1173. Roger O’Keefe, *State Immunity and Human Rights: Heads and Tails*, *Heeds and Minds*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, p. 1045 (2011). V. também Daniel Greenbaum, *A Imunidade de Jurisdição do Estado alemão em matéria civil para atos decorrentes de atos praticados durante a Segunda Guerra Mundial*, *RDE – Revista de Direito do Estado*, vol. 10, p. 387-396. (2008).

1174. Vale registrar o voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Alemanha v. Itália que defende posição divergente, com referências inclusive a resolutores da International Law Association (ILA): “52. In sum and conclusion, contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually re-opens the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. It is noteworthy generally acknowledged that criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities cannot at all be covered up by the shield of State immunity.”

The traditional distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, as I have already indicated, is immaterial here, in a case of the gravity of the present one.”¹¹⁷⁵

11.3.2. Renúncia ao Benefício

A imunidade de jurisdição é um benefício concedido ao Estado estrangeiro em virtude do reconhecimento de sua soberania, e que o impede de ser julgado por outro Estado soberano, em função da regra *par in parem non habet jurisdictionem*. Como é um benefício, parte-se da premissa que o Estado estrangeiro pode renunciar a ele, de forma tácita ou expressa.¹¹⁷⁶

A renúncia tácita ocorre quando o Estado pratica atos incompatíveis com o benefício, como quando aciona algum réu perante jurisdição estrangeira ou quando responde a uma demanda e se defende no mérito sem alegar a imunidade de jurisdição. A renúncia expressa ocorre quando o Estado, por escrito, renuncia a esse benefício. Hipótese recente e polêmica de renúncia expressa envolveu a Argentina no caso da emissão de títulos da dívida pública nos quais havia cláusula de eleição do foro de Nova York e renúncia expressa ao benefício da imunidade de execução.¹¹⁷⁷

Assim, de forma geral, a possibilidade de um Estado renunciar ao benefício da imunidade de jurisdição é aceita pela doutrina, pois séria, como visto, uma decorrência da própria soberania do Estado.¹¹⁷⁸ Tal ponto de vista também foi acolhido pelo Instituto de Direito Internacional, na Resolução de 1891, em seu art. 4º, 4, e na Resolução de 1954, art. 2º, bem como no art. 5º da Resolução de 1991.¹¹⁷⁹

1175. Voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 290 do voto.

1176. Assim se justifica a possibilidade de renúncia: “A existência de imunidades de jurisdição pode representar um empecilho às pessoas de que são seus titulares: a via judicial, em particular quando se trata de iniciativa para defesa de direitos próprios, frente a particulares ou a Estados estrangeiros, pode ser uma alternativa das mais apropriadas, em particular, tendo-se em vista o forte poder de criação de um direito subjetivo de uma decisão judicial final (nacional ou estrangeira), bem como a relativa certeza de sua exequibilidade, assegurada na maioria dos sistemas jurídicos nacionais comparados. Por outro lado, em situações de vida corrente, a presença de imunidades de jurisdição pode representar um enorme embaraço para seus titulares, pois dificilmente relações negativas são estabelecidas, quando o outro parceiro tem conhecimento de que eventuais violações a seus direitos, concebidas como situações privilegiadas, cuja finalidade seria não impedir o exercício de as imunidades de jurisdição, concebidas como situações privilegiadas, quando o outro parceiro tem conhecimento de que eventuais violações a seus direitos, não podem ser apreciadas por tribunais nacionais ou estrangeiros. Na verdade, as imunidades de jurisdição, concebidas como situações privilegiadas, cuja finalidade seria não impedir o exercício de uma função ou de um serviço, em favor de representantes de Estados estrangeiros, e (...) do próprio Estado, acabam por dificultar naquele exercício, para cuja proteção se propõem”. Guido Fernandez Silva Santos, *Ordens dos Estados nas Relações Internacionais: Formas de Defesa e as Imunidades*, p. 198. (2001).

1177. Sobre o caso e seus desdobramentos, V. decisão notória em primeira instância do Juiz Griesa, confirmada pelo Tribunal de Apelação, *MMI Capital Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2nd Cir. 2012).

1178. Madrugada defende que: “Se a Constituição silencia, é porque a Nação confiou ao Estado, por meio de seus órgãos, o exercício do poder soberano. Em outras palavras, cabe aos órgãos do Estado, no âmbito de suas respectivas competências, o exercício pleno da soberania, dentro dos limites ou proibições estabelecidos pelo Constituição. Portanto, se a renúncia à imunidade de jurisdição é um exercício de soberania, como demonstraremos, e se não há proibição constitucional para esse exercício específico de soberania, o Estado estará autorizado a renunciar a imunidade de jurisdição.” Antônio Pereira Machado Faria, *A Renúncia à Benefício de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*, p. 359 (2003).

1179. Artigo 4º, da Resolução do Instituto de Direito Internacional, Hamburgo, 1891: “4. Les actions pour lesquels l’Etat étranger a expressément reconnu la compétence du tribunal – L’Etat étranger qui lui a enne”

De todo modo, é fundamental destacar que, para que reste configurada, a renúncia depende, em qualquer caso, de que o Estado do foro tenha jurisdição para julgar o caso *sub iudice*.

Ademais, alguns autores consideraram a configuração da imunidade estatal condição *sine qua non* para que a problemática da renúncia se coloque.¹¹⁸⁰ De acordo com Pontes de Miranda, quando a atuação de um Estado não envolver aspectos inerentes à sua soberania, não há aí imunidade, não havendo que se falar em renúncia ou em exceção: “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”.¹¹⁸¹ De acordo com essa compreensão, a renúncia à imunidade só se faz notar se o ato estatal em questão for de império, uma vez que em relação aos atos de gestão não haveria imunidade a ser renunciada.

Outra corrente doutrinária sustenta que quando o Estado pratica atos de gestão ocorre uma renúncia tácita ao benefício da imunidade de jurisdição. Assim, contrariamente ao entendimento anterior, automaticamente haverá renúncia envolvida quando o Estado atuar de forma semelhante a um particular.

du procès et quant à une demande reconventionnelle résultant de la même affaire; de même, l'État étranger qui, en répondant à une action portée contre lui, n'exécute pas de l'incompétence du tribunal, est réputé l'avoir reconnu comme compétent.

- Art. 2º da Resolução de Aix-en-Provence, 1954.

Article 2

Un État peut renoncer à se prévaloir de son immunité.

La renonciation peut être expresse ou tacite; elle doit être en tous cas certaine. Elle résulte du dépôt par l'État de conclusions au fond.

L'État demandeur, intervenant, ou tiers opposant devant un tribunal étranger, est censé accepter la compétence de ce tribunal. Sur une demande reconventionnelle dirigée contre lui, il ne peut invoquer l'immunité de juridiction si cette demande est en connexion directe, conformément au droit régissant la demande principale, avec cette dernière.”

Art. 5º da Resolução de 1991:

Article 5 Consent or Waiver

1. A foreign State may not invoke immunity from jurisdiction or from measures of constraint if it has expressly consented to the exercise of the relevant type of jurisdiction by the relevant court or other organs of the forum State;

a) by international agreement;

b) in a written contract;

c) by a declaration relating to the specific case;

d) by a voluntary submission to jurisdiction in the form of the institution of proceedings in the relevant organs of the forum State, or of intervention in proceedings for the purpose of pursuing issues related to the merits of those proceedings, or of a comparable step in the proceedings.

2. Consent to the exercise of jurisdiction does not imply consent to measures of constraint, for which separate and explicit consent is required.”

1180. ANTONIO FERREIRA MACHADO, FERRAZ, A Renúncia à Imunidade de Jurisdição do Estado Brasileiro no Novo Direito da Imunidade de Jurisdição, p. 333 (2003).

1181. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, p. 173 (1973). Também Luiz Carlos Sturzenegger manifestou-se nesse sentido: “Onde não há privilégio não há, também, ao que renunciar. Em consequência, a aceitação da jurisdição estrangeira em se tratando de atos jus gestions, não cobertos por imunidade jurisdicional, não configura renúncia àquela imunidade; significa, simplesmente, que o Estado anão a tem. Adourna a a jurisprudence comparada admitem, por outro lado, que um Estado pode aceitar submeter-se a jurisdição de outro Estado exatamente no exercício de seus poderes soberanos.” Luiz Carlos Sturzenegger, Imunidade de Jurisdição e de Execução dos Estados: Proteção Bem?

Deve-se notar que, independentemente da natureza do ato discutido, a submissão de um Estado à jurisdição de outro em si já é uma forma de relacionamento com um Estado estrangeiro e, mais que isso, uma forma de relacionamento subordinativo, pois envolve necessariamente a renúncia à imunidade e, em consequência, a um aspecto da soberania. Isso porque, na relação triangular que se forma em todo processo judicial (juiz – autor – réu), as partes subordinam-se à autoridade jurisdicional, de modo que o Estado-Parte estará subordinado ao Estado-Juiz. Por seu turno, o Estado estrangeiro que exerce jurisdição prática um ato típico de sua soberania. Em suma: submeter-se à autoridade jurisdicional estrangeira é manter relação com Estado estrangeiro e, independentemente da questão de fundo objeto da disputa, já é, por si só, um ato que acarreta uma opção pela subordinação, pois importa renúncia à imunidade, prerrogativa inerente à soberania.

Gaetano Morelli não admite a renúncia em situações envolvendo atos *ius imperii*, pois entende que nessas situações o Judiciário italiano não teria jurisdição para proferir decisões com relação a Estados estrangeiros. Por isso, mesmo em situações em que o Estado estrangeiro seja autor da demanda, onde há clara e inequívoca renúncia por parte do Estado estrangeiro ao benefício da imunidade de jurisdição, a autoridade judiciária italiana deveria, segundo esse processualista, negar-se a examinar tal situação.^{1182, 1183}

Com efeito, o exercício de um verdadeiro ato de império – em que o ente estatal figura como titular da potestade pública de que é investido – envolve a disponibilidade de atributos de sua própria soberania que, por princípio, não pode ser objeto de composição por outra jurisdição que não a do Estado envolvido. Para se ilustrar essa posição, imagine-se uma disputa sobre fronteiras nacionais ou propriedade de um território (como, p.e. o conflito Argentina x Inglaterra com relação às ilhas Falklands). Nenhum Judiciário nacional resolveria essa disputa que envolve questões sensíveis e que afetam diretamente o próprio Estado estrangeiro (relembre-se que o território é um dos elementos formadores do Estado).

Todavia, a exceção (impossibilidade de renúncia) deve ser aplicada com extrema cautela, principalmente em situações nas quais o Estado de outra forma não teria como obter para si um provimento jurisdicional efetivo. Isto porque, como não se pode perder de vista, a imunidade estatal é instituída sempre *em benefício do Estado*. Ademais, levando-se em consideração a sistemática adotada pelo direito interno atual de que será ato de império tudo aquilo que não for definido como exceção à imunidade, sua definição é muito vaga e não cobre exatamente o que aqui se defende. Sustenta-se que somente o *verdadeiro* ato de império não é passível de renúncia.

Dessa forma, é importante definir a natureza da demanda formulada perante o Judiciário local. Caso o que esteja sendo solicitado seja um ressarcimento – ainda

1182. GAETANO MORELLI, Dirección Procesal Civil Internacional, p. 149 (1993).

1183. “Los tribunales son naturalmente incompetentes para juzgar actos de soberanía extranjera, pues ella es de orden público y debe ser establecida de oficio, y por lo tanto la renuncia es inoponible.” MORELLI, A. Videa, Dirección Internacional, Práctico, tomo II.

que decorrente de apropriação indebita comprovada de recursos soberanos do Estado estrangeiro por parte, p.e, do Presidente da República ou de Ministro de Estado do referido Estado – parece ser demanda possível; já para as questões eminentemente políticas, essa apreciação não parece ser possível.¹¹⁸⁴

A Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição não adota esse entendimento e aparentemente determina que a renúncia é possível em qualquer caso, expressamente prevendo em que situações esta é presumida (arts 1º, 2º, 3º): quando o Estado propõe ação no exterior, situações nas quais se obrigou contratualmente a submeter determinadas controvérsias à jurisdição estrangeira ou quando comparece para discutir o mérito do litígio.¹¹⁸⁵

Como a Convenção Europeia estabelece em seu art. 3º que ocorre renúncia à imunidade na hipótese de defesa no mérito, surge a dúvida na hipótese de o Estado estrangeiro começar a se defender no mérito, mas concomitantemente alegar o benefício da imunidade e posteriormente abandonar a lide antes de seu término. Pode-se pressupor que como o Estado se defendeu no mérito houve renúncia ao benefício da imunidade, independentemente da alegação em contrário? Ou deve-se considerar que a manifestação expressa (alegação de que deseja se utilizar do benefício) vale mais do que a manifestação tácita (comparecimento em juízo e defesa no mérito)?

Acredita-se que é mais razoável o entendimento de que o comparecimento só deve valer como renúncia, nos casos em que a mesma é admitida, quando não for acompanhado de nenhuma objeção expressa à jurisdição local. Caso o Estado compareça e argua o benefício, mesmo que se defenda no mérito, deve-se entender que a defesa foi feita para preservar interesses imediatos. A renúncia, para ser considerada como tal, deve ser inequívoca, clara e objetiva, sem dar margem a dúvidas sobre a verdadeira intenção do Estado.

1184. Sobre a questão V. Lawrence Collins, *Revolution and Restitution: Foreign States in National Courts* (Opening Lecture, Private International Law Session, 2007), *Recueil des Cours*, vol. 326, p. 9-72 (2007). Vale também lembrar a Resolução do Instituto de Direito Internacional, Sessão de Oslo, 1977, *Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public*, citada pela Corte de Cassação Francesa para inadmitir ação ajuizada pelo Haiti contra o Baby Doc e sua família, que tinham bens na França, *Recueil des Cours*, vol. 326, p. 49 (2007).

1185. Art. 1º: "1. A Contracting State which institutes or intervenes in proceedings before a court of another Contracting State submits for the purpose of those proceedings, to the jurisdiction of the courts of that State. 2. Such a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of the other Contracting State in respect of any counterclaim arising out of the legal relationship or the facts on which the principal claim is based, if, according to the provision of this Convention, it would not have been entitled to invoke immunity in respect of that counterclaim had separate proceedings been brought against it in those courts. 3. A Contracting State which makes a counterclaim in proceedings before a court of another Contracting State submits to the jurisdiction of the courts of that State with respect not only to the counterclaim but also to the principal claim." Art. 2º: "A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the undertaking to submit to the jurisdiction of that court either (a) by international agreement, by an express term contained in a contract in writing; or (c) by an express consent given after a dispute between the parties have arisen." Art. 3º: "1. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if, before claiming immunity, it takes any step in the proceedings relating to the merits. However, if the State satisfies the Court that it could not have acquired knowledge of facts on which a claim to immunity can be based until after it has taken such a step, it can claim immunity based on these facts, if it does so at the earliest possible moment. 2. A Contracting State is not deemed to have waived immunity if it invokes immunity in a court of another Contracting State in order to assert immunity."

Pode-se questionar sobre o acerto desse entendimento – de que a submissão a jurisdições estrangeiras só é possível para atos de gestão e muito excepcionalmente para atos de império sensíveis – pois, dentro da sistemática atual, quando o Estado pratica atos determinados, considerados pela legislação local ou pelo costume internacional como atos de gestão, a renúncia não é necessária, pois ela é presumida. Ora, prosseguindo-se com esse questionamento, a renúncia, tal como definida no direito internacional público, nunca teria lugar, pois ou ela é presumida (ato de gestão), ou não é admissível (ato de império sensível), conforme aqui se defende.

Há que se considerar que a questão não é tão simples assim, já que se pode admitir a existência de alguns atos de gestão que não estão listados na legislação local e até mesmo países que não possuem tal legislação. Como já observado, a grande maioria dos países não possui normatização sobre o tema e assim a renúncia se faz necessária. Ademais, mesmo nas hipóteses em que há lei a respeito, a enumeração dos atos nos quais a renúncia não é necessária pode não ser exaustiva, podendo-se admitir outros atos que estariam dentro da classificação de gestão, sem regra expressa a respeito. Adicione-se a tudo isso a enorme dificuldade na distinção entre atos de gestão e de império.

Como regra, a renúncia se faz necessária nas hipóteses de atos de império que devam ser julgados no exterior. Como visto, quando se tratar de ato de império relativo a questões sensíveis atinentes à soberania do Estado estrangeiro, a regra é que a ação só poderá ser proposta no país do Estado envolvido.¹¹⁸⁶ Todavia, nem todo ato de império envolverá questão sensível à soberania estatal e por isso poderá ser submetido à jurisdição estrangeira. Porém, mesmo para questões sensíveis, se não houver jurisdição da autoridade local na matéria ou se a decisão a ser proferida não tiver condições de ser efetiva, bem como nos casos de urgência, excepcionalmente o Estado poderá propor demandas no exterior.

II.3.2.1. Quem Pode Renunciar ao Benefício

Note-se que o direito internacional exige para a renúncia à imunidade manifestação expressa do próprio poder soberano (por intermédio do seu representante) e não dos agentes por ela beneficiados. Isso se explica pelo fato de que o benefício da imunidade decorre da soberania estatal e, assim, só com base no exercício dessa mesma soberania, pode o Estado renunciar a ele. Isto está previsto na Convenção sobre Relações Diplomáticas de Viena, de 1961, art. 32, que pode ser aplicada analogicamente: *O Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozam de imunidade.*

A mesma regra é encontrada na Convenção sobre Relações Consulares de Viena, de 1963, art. 45: *O Estado que envia poderá renunciar, com relação a um membro da repartição consular, aos privilégios e imunidades previstas nos artigos 41, 43 e 44.*

1186. Relembre-se aqui a decisão do STF, já relatada, relativa a discussão envolvendo a Síria e o Egito, quando da dissolução da República de Arábia Saudita.

Assim, apesar de o benefício da imunidade estender-se aos diplomatas e cônsules, o que será visto a seguir, a capacidade para renunciar a este privilégio é da exclusiva competência do titular do benefício, ou seja, do Estado soberano. Dessa forma, não pode haver qualquer dúvida que a imunidade é concedida aos agentes diplomáticos e consulares porque são representantes do Estado estrangeiro e para que possam exercer as suas funções sem qualquer outra interferência. Nesse sentido, mesmo quando a imunidade é concedida à pessoa do agente, ainda que este não esteja no exercício de suas funções diplomáticas, isto ocorre porque esses agentes estão no Estado acreditado na condição de representantes do Estado acreditante. Portanto, são beneficiários da imunidade, mas não os seus titulares. Isto é claramente constatado a partir dos preceitos das convenções que exigem que a renúncia seja feita pelo Estado acreditante. Caso o cônsul ou o diplomata fossem os verdadeiros titulares do benefício, esses agentes poderiam a ele renunciar, independentemente da anuência do Estado que representam.

Esse princípio se aplica analogicamente a outras situações, tais como às subdivisões políticas e administrativas do Estado e a Ministros e chefes de Estado: somente ao Estado nacional é permitido renunciar à imunidade jurisdicional.

II.3.2.2. A Doutrina Brasileira sobre a Imunidade do Estado Brasileiro no Exterior¹¹⁸⁷

Em primeiro lugar, há que se deixar claro que tecnicamente não se trata propriamente da “imunidade de jurisdição do Estado brasileiro no exterior”, pois como já se viu, a imunidade de jurisdição dos processos judiciais ou administrativos é questão processual, a ser regida pela *lex fori*. A *lex fori*, por sua vez, pode tratar da imunidade com base em uma normatização doméstica, como nos EUA, Reino Unido, Canadá, Austrália, que possuem leis sobre o tema, ou pode seguir o costume internacional, como no Brasil. Assim, a rigor, se à República Federativa do Brasil é atribuída ou não a imunidade nos EUA, Reino Unido ou Austrália, trata-se de questão a ser regida pela legislação local, com base em parâmetros estabelecidos pelo direito internacional. A lei brasileira a respeito é irrelevante, como regra geral. Excepcionalmente, a legislação brasileira tornar-se-á relevante quando a ação foi ajuizada no exterior e a sentença proferida for trazida ao STJ para homologação. Neste caso, a legislação brasileira será aplicada para impedir ou não o reconhecimento da decisão alienígena.

A discussão doutrinária, apesar de utilizar essa terminologia – imunidade do Brasil no exterior – trata, portanto, da possibilidade de renúncia. Ou seja, se o Estado brasileiro pode renunciar ao benefício no exterior e se submeter validamente à jurisdição estrangeira. Como a renúncia é atribuição do titular da soberania, e como se trata da soberania brasileira, a legislação brasileira é a única competente para determinar quem é titular da soberania para que possa esse ente renunciar à sua consequência direta (imunidade) no exterior. Feita essa ressalva, analisar-se-á a doutrina sobre o assunto. Antes, porém, algumas observações sobre os conceitos de soberania e autonomia no direito brasileiro.

II.3.2.3. Conceito de Soberania no Direito Brasileiro

Nos termos da Constituição de 1988, a República Federativa do Brasil, é uma unidade estatal indissolivelmente formada pela União (ente federativo central), Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (entes federativos locais) (CF, arts. 1º e 18),¹¹⁸⁸

A *soberania* é atributo exclusivo da República Federativa do Brasil (CF, art 1º, D),¹¹⁸⁹ No plano interno, a soberania compreende a superioridade do poder estatal em relação a todos os indivíduos existentes em seu território.¹¹⁹⁰ Já em seu aspecto externo, a soberania é um conceito de direito internacional pelo qual se confere aos Estados a capacidade, em tese ilimitada, de praticar todo e qualquer ato de seu interesse.¹¹⁹¹ Por isso mesmo, apenas à República Federativa do Brasil é atribuída

1188. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:...

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. A esse respeito, leciona José Afonso da Silva: “Estado federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público Internacional. A União é a entidade estatal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno.” (grifos no original) José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 100 (2006).

1189. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – soberania;”

1190. Daltro de Azevedo Daluz, Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 80 (1998). “Partindo do pressuposto de que todos os atos do Estado são passíveis de enquadramento jurídico, tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma.”

1191. Jorge Miranda, Teoria do Estado e da Constituição, p. 219 (2007). “A vida internacional que se desenvolveu a partir dos séculos XIV-XVII assentou num sistema de Estados que se declaram livres e iguais. É a soberania ou poder independente na ordem externa pretendeu significar acesso a tal sistema ou comunidade de Estados, igualdade de todos, não subordinação à força ou às directrizes de nenhum Estado estrangeiro e, explícita ou implícitamente, a aceitação de um conjunto de normas jurídicas – de um embrionário Direito das Gentes – regulador das relações entre todos esses Estados.” Márcio Monteiro Reis, *Interpretação Constitucional do Conceito de Soberania – as Possibilidades do Mercosul*, Paulo Bortolha Casella (coord.), Mercosul: Integração Regional e Globalização, p. 927 (2000). “A soberania existe e é exercida, principalmente em dois domínios básicos: um interno e outro externo. De um lado significa supremacia, ou o direito de dar ordens a todos os indivíduos que compõem a nação e aos que residem no território nacional. De outro, independência, ou o direito de representar a nação nas suas relações com as outras nações, sem se sujeitar a nenhuma delas.” Paulo Bortolha Casella, *Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade*, Filosofia e Teoria Geral do Direito: Estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Jr., Juruá, 2007. “A soberania, como expressão do poder, no caminho do direito internacional, traz não a concretização, mas o fracasso de mecanismos e normas para a regulação da atuação dos estados, no plano externo no sentido de direcionar, i.e., a criação de mecanismos e normas para a regulação da atuação dos estados, no plano interno no sentido de institucionalizar o exercício do poder, segundo mecanismos institucionais que preservem, em considerável medida, as respectivas esferas de atuação (soberania, na sua face interna, ou domínio reservado do estado), como se dava no direito internacional de coexistência e até mesmo de atuação conjunta, ou institucionalmente coordenada, como se dá no contexto do direito internacional de cooperação. De onde se pode pretender passar do antigo paradigma da não-intervenção para o de suposto dever de ingerência – que deve ser utilizado com não menos cuidado. “Mais adiante, p. 1017. “Para estabelecer o direito das gentes, aplicam-se às relações entre as nações o mesmo que nas relações interpessoais. As nações devem ser consideradas, em suas relações reciprocas, como as pessoas livres, vivendo em estado de natureza. Daí resultam as regras para as nações, como para os indivíduos, uma lei natural, de onde derivam as mesmas obrigações e os mesmos direitos fundamentais. O sistema de direitos e obrigações constituirá o direito das gentes natural ou necessário.”

personalidade jurídica de direito internacional (CF, art. 4º),¹¹⁹² isto é, apenas ela, representada pela União (CF, arts. 21, I, e 84, VII),¹¹⁹³ dispõe de capacidade para travar relações de qualquer natureza com outros Estados.¹¹⁹⁴

Já os entes federativos são dotados somente de personalidade jurídica de direito público interno, de modo que são dotados de *autonomia*. Esta é uma noção de direito interno, que se desdobra em três sub-conceitos: (a) auto-organização; (b) autogoverno; e (c) auto-administração. De forma sumária, isto significa, respectivamente, que cada ente federativo tem capacidade: (a) de elaborar sua própria legislação, observados determinados preceitos constitucionais; (b) de eleger seus governantes; e (c) de levar a cabo suas políticas por meios próprios.¹¹⁹⁵

Do que já foi exposto, resta clara a distinção entre soberania e autonomia.¹¹⁹⁶ Enquanto a primeira se caracteriza como plena capacidade de autodeterminação e é inerente ao Estado em si mesmo considerado, no caso brasileiro atribuído somente da República Federativa do Brasil, a segunda pode ser definida como liberdade dentro de um espaço pré-traçado de competências – definido pela Constituição,¹¹⁹⁷ e é própria de uma específica forma de Estado, o Estado Federal.¹¹⁹⁸

O tema é pertinente, pois um dos corolários da soberania no âmbito internacional é o reconhecimento da imunidade de jurisdição. Também decorrente da

¹¹⁹² Art. 4º, A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

¹¹⁹³ Art. 21. Compete à União:

1 – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; 1 – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes;

¹¹⁹⁴ A regra geral em um sistema federativo é a de que apenas a República Federativa do Brasil, representada pela União, tem competência em matéria internacional, o que se aplica, em particular, ao Brasil, conforme se depreende das disposições da Carta de 1988. Porém, de acordo com Gerson de Brito Meilo Boson, há exemplos de regimes, como o suíço e alemão, que permitem aos Estados-membros exercer certas atividades na órbita internacional, ainda que de forma restrita (Gerson de Brito, Curso de Direito Internacional, Curitiba, vol. 1, p. 350 (1958)).

¹¹⁹⁵ Veja-se Luis Roberto Barroso, Direito Constitucional, Brasília: O Problema da Federação, p. 23 (1982).

¹¹⁹⁶ Sobre a distinção entre autonomia e soberania, é oportuno recorrer novamente aos ensinamentos de José Afonso da Silva: “No Estado federal há que distinguir soberania e autonomia e seus respectivos titulares. Houve muita discussão sobre a natureza jurídica do Estado federal, mas, hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida de direito internacional, é o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.” José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, Curitiba, p. 100 (2006). No mesmo sentido, Luiz Carlos Sturzenegger, *Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estados – Proteção de Bens de Bens Centrais*, Revista de Direito Administrativo, vol. 174, p. 31, nota 40 (1988).

¹¹⁹⁷ Luis Roberto Barroso, Direito Constitucional, Brasília: O Problema da Federação, p. 22 (1982); “A autonomia, corolário natural da descentralização política, é, por esta razão, inerente à própria definição de Estado federal, e se situa dentro dos limites de competência determinados e assegurados pela Constituição Federal. Cabe observar, a propósito, que, a despeito de entendimento de Pontes de Miranda, o Estado federal só é conceitual sob a normatividade de uma Constituição escrita. Somente ela, expressando a síntese da pluralidade de vontades das entidades federadas e da União, é capaz de moldar a estrutura de poder e de repartição de competências que dão forma ao Estado federal.”

¹¹⁹⁸ Nesse sentido a manifestação de HILGEBRANDT ACOFFY, G. E. em “NASCIMENTO E SILVA, PAULO BONA CASTELA, Manual de Direito Internacional, Curitiba, p. 259 (2015)”. A personalidade externa existe somente no superestado, isto é, no Estado federal. Os seus membros, ou seja, os Estados federados, possuem simplesmente a autonomia interna, sujeita esta, partilha de as restrições que forem impostas pela constituição federal. Existe, pois, nesse tipo de Estado composto, a partilha de atribuições do poder soberano, cabendo, porém, sempre ao Estado resultante da União, o exercício, conforme ficou dito,

soberania é a possibilidade de renúncia ao benefício, atribuída somente ao poder soberano estatal.

II.3.2.4. Doutrina sobre Renúncia à Imunidade

Observe-se que a doutrina brasileira clássica se manteve firme pela impossibilidade de submissão do Estado brasileiro perante toda e qualquer jurisdição estrangeira, independentemente da natureza/finalidade da questão. Mais recentemente, parte da doutrina tem defendido a possibilidade de o Brasil comparecer perante jurisdição estrangeira relativamente a atos de gestão e excepcionalmente em casos de império. Seguidores da doutrina clássica, Haroldo Valladao¹¹⁹⁹ e Pontes de Miranda¹²⁰⁰ inadmitiam a submissão do Estado brasileiro à jurisdição estrangeira.

Pontes de Miranda se baseava no art. 125 da Constituição de 1969, correspondente ao art. 109 da Constituição de 1988, que determina a competência dos juízes federais para processar e julgar as causas em que a União, entidades autárquicas e empresas públicas federais sejam interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, considerando o tratadista que esta é uma competência absoluta, exclusiva, de modo que nenhum outro tribunal poderia exercer jurisdição sobre os órgãos públicos referidos.¹²⁰¹

¹¹⁹⁹ “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”. HAROLDO VALLADAO, Direito Internacional Privado, vol. 3, p. 151 (1978).

¹²⁰⁰ “Da-se o mesmo com o Brasil se entende propor noutra Estado alguma ação, apesar de lhe caber alegação de imunidade. Mas, aí, o Governo brasileiro violou a Constituição.” (p. 174).

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. (p. 176-177).

Os arts. 333 e 334 (do Código de Bustamante) são relativos 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. (p. 177).

(...) e o Direito Constitucional Brasileiro repete qualquer renúncia do Estado à sua imunidade jurisdicional, mesmo se aliante só a algum assunto ou ponto. (p. 179).

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. (p. 180).

Se houver ou se há, na espécie, incidência do princípio jurisdicional do Brasil, qualquer sentença (...) em ação proposta no estrangeiro, pelo governo brasileiro, é sentença cuja eficácia de jure nenhum pode ter acolhimento no Brasil, nem poderia o Supremo Tribunal Federal homologá-la. (p. 182).

Se querem abstar meras controvérsias no estrangeiro, aconselhável é que se ponha a cláusula de ser competente, em qualquer circunstância, a Justiça Brasileira. (p. 183). Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 2, p. 174-192 (1995).

¹²⁰¹ Por outro lado, cumpre enfatizar que Pontes de Miranda admitia a submissão de Estados soberanos a jurisdições estrangeiras em se tratando de atos estatais/jurisdicionais: “Seria, aliás, elemento para que o princípio da imunidade jurisdicional não incidia, 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 criação. Tornou-se subditus temporariae. 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 isso, havemos de repelir a referência a renúncia, como fizeram alguns juristas desde o fim do século passado.” FRANCISCO CAMERON LINDQUIST, Comentários ao Código de Processo Civil, Curitiba, II – 197 (2014).

José Carlos de Magalhães, admitindo a possibilidade de que o Estado se submeta à arbitragem, criticou o entendimento apresentado por Pontes de Miranda, defendendo que o propósito da norma contida no art. 125, I, da Constituição de 1967/69 era o de fixar a competência interna do Poder Judiciário. Para ele, essa norma disciplinava somente a competência interna do juiz brasileiro, diversamente da competência internacional, prevista nos arts. 88 e 89 do CPC de 1973.¹²⁰² Concorde-se com essa posição, até porque as outras hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional, atualmente art. 109, não prevêem regras de competência absoluta do Judiciário brasileiro. Note-se que o inciso II trata das ações envolvendo Estado estrangeiro e pessoa física ou jurídica aqui domiciliada. A prevaler o entendimento de Pontes de Miranda e Valladão, essas ações só poderiam ser propostas no Brasil, o que não faz sentido.¹²⁰³

Na mesma linha, Antenor Madruga sustenta que a referida regra constitucional fixa a competência interna¹²⁰⁴ e que a renúncia é possível no exercício da soberania do Estado.¹²⁰⁵ Todavia, afirma que, ainda que se considere inadmissível a renúncia à imunidade por parte do Estado brasileiro, tal impedimento só valeria para os

1202. José Carlos de Magalhães, *Do Estado na Arbitragem Privada*, José Carlos de Magalhães e Luiz Otávio Barreira (Orgs.), *Arbitragem Comercial*, p. 82-83 (1986).

1203. Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

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, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; (...).¹²⁰⁴

1204. "O artigo 109 da Constituição e as demais regras constitucionais de organização judiciária apenas estabelecem critérios para a distribuição das causas jurisdicionais que competem à Jurisdição brasileira. São normas, portanto, de distribuição ou repartição interna de jurisdição. Diferente das normas de competência internacional, previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil, que estabelecem a competência geral (CIVIL) do Poder Judiciário brasileiro, as normas constitucionais em análise têm a função de repartir essa competência geral entre os diferentes órgãos jurisdicionais brasileiros... Assim, o problema da validade para o direito interno brasileiro da submissão à jurisdição estrangeira, tanto para o particular como para o Estado, configurando-se ou não imunidade de jurisdição, é alheio às normas de distribuição interna de jurisdição brasileira". *AVERILHO, PEREIRA, MAURÍCIO, FURTADO, A RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO E O NOVO DIREITO NA MATÉRIA DE JURISDIÇÃO*, p. 353-354 (2003).

1205. "Se a Constituição silencia, e porque a Nação confiou ao Estado, por meio de seus órgãos, o exercício pleno do poder soberano. Em outras palavras, cabe aos órgãos do Estado, no âmbito de suas respectivas competências, o exercício pleno da soberania, como demonstraremos, e se não há proibição constitucional para esse exercício específico de soberania, o Estado estará autorizado a renunciar à imunidade de jurisdição (...).¹²⁰⁶ Não há como conjugar soberania e intenção do Estado estar autorizado a renunciar à imunidade de jurisdição (...).¹²⁰⁷ Não há como conjugar soberania e intenção do Estado estar autorizado a renunciar à imunidade de jurisdição (...).¹²⁰⁸ O intrínseco não se admite a renúncia voluntária de prerrogativas que a própria soberania confere ao Estado... O traço distintivo entre a renúncia soberana (constitucional) e a renúncia não soberana (inconstitucional) é a voluntariedade e a especificidade. Renúncia forçada e geral é agressão à soberania e, portanto, inconstitucional, enquanto renúncia voluntária e casuística e exercício de soberania, perfeitamente constitucional... Renúncia à imunidade de jurisdição deve, portanto, ser inicialmente compreendida como um ato de gestão da representação judicial dos interesses do Estado, quando, dada as peculiaridades do caso concreto, serão mais bem defendidos em foro estrangeiro... Considerando-se a imunidade de jurisdição uma ferramenta de defesa judicial do Estado, entendemos que a competência para renunciá-la cabe à Advocacia-Geral da União, instituição que tem a incumbência constitucional de representar judicialmente a União e, conseqüentemente, o Estado brasileiro, conforme o art. 131, I, caput, da Constituição Federal... O Estado brasileiro pode renunciar à sua imunidade de jurisdição perante cortes estrangeiras". *AVERILHO, PEREIRA, MAURÍCIO, FURTADO, A RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO E O NOVO DIREITO NA MATÉRIA DE JURISDIÇÃO*, p. 359, 361, 363, 375, 388, 418 respectivamente (2003).

atos de império, quando a renúncia se faz necessária, admitindo-se a submissão ao Judiciário estrangeiro nas hipóteses de ato de gestão.¹²⁰⁶

Em sentido oposto, há quem sustente que só é possível a renúncia com autorização constitucional ou legislativa.¹²⁰⁷

A posição inicial de Jacob Dolinger pode ser sintetizada com o seu argumento de que, ainda que se pretendesse interpretar o art. 125, I, da CF de 1967/69, então vigente, como norma relativa à competência interna no direito brasileiro, não representando, assim, obstáculo à submissão da União e de seus agentes à Justiça estrangeira, tal submissão não seria possível em razão da legislação infraconstitucional brasileira sobre a matéria, que exigia a homologação de laudo estrangeiro pelo Judiciário local antes da homologação no Brasil.¹²⁰⁸

1206. "Assim, ainda que se admita, para argumentar, que a renúncia à imunidade de jurisdição é vedada ao Estado brasileiro, pode-se concluir que essa vedação não significa a impossibilidade de toda e qualquer submissão à jurisdição estrangeira, mas apenas proíbe a submissão, nos casos em que se configurar o direito à imunidade de jurisdição". *AVERILHO, PEREIRA, MAURÍCIO, FURTADO, A RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO E O NOVO DIREITO NA MATÉRIA DE JURISDIÇÃO*, p. 337-338 (2003). Ressalte-se que há aqueles que entendem que a submissão em qualquer situação, V. Leandro Moll, *A Submissão do Estado Brasileiro a Jurisdições Estrangeiras: Limites e Possibilidades*, Haverro DALLA B. DE PRADO (Org.), *Temas Contemporâneos de Direito Processual*, p. 269 (2006); "a submissão do Estado brasileiro a jurisdições estrangeiras - expressão ou técnica - deve depender somente da vontade do Estado, seja em *ius imperii*, seja em *ius gestionis*; (...) a vontade do Estado é definida em lei, em decorrência do princípio da legalidade".

1207. Luiz Carlos Sturzenegger entende impossível a renúncia em razão da omissão da Constituição em vigor com relação à matéria: "Quando a aceitação da jurisdição estrangeira envolver renúncia à imunidade jurisdicional - fato admitido pelo direito internacional e só existente na presença de atos *ius imperii* -, essa renúncia deve representar a expressão da livre e própria soberania do Estado renunciante. Isso presuppõe estar ele autorizado, no âmbito de seu próprio direito, a renunciar (...) Sendo a jurisdição um dos atributos do Estado como ente soberano, a imunidade de jurisdição se apresenta, da mesma forma, como um atributo inerente a essa autoridade soberana do Estado. Sendo a Nação a titular dessa soberania, disse resulta que só mediante autorização constitucional - pois que a Constituição é a forma clássica de expressão da vontade soberana da Nação - podem os órgãos representativos do Estado abrir mão de sua imunidade jurisdicional. Não há, na Constituição brasileira, essa autorização. Silente a Constituição, incorporado o princípio da imunidade de jurisdição e de execução ao direito interno, colocada a questão em sintonia com a concepção dominante no campo internacional e, sobretudo, observado o princípio de direito público, segundo o qual não é lícito atuar senão na forma autorizada pela lei, disse se conclui que, no silêncio da única fonte com poderes para permitir ao Estado brasileiro renunciar à imunidade assegurada pelo direito internacional, não podem seus órgãos representativos fazê-lo, quando da prática, no exterior, de atos qualificados de *ius imperii*; b) se se tratar de atos que não sejam como tal qualificados, a questão da renúncia à imunidade simplesmente não se coloca". *LUIS CARLOS STURZENEGGER, Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estados - Proteção a Bens de Bancos Centrais*, *REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO*, vol. 174, p.21-23 (1988). Também Júlio Marino de Carvalho, *A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional*, *REVISTA DOS TRIBUTOS*, vol. 674, p. 45 (1991) entende ser fundamental autorização legislativo para tanto.

1208. "Assim, parecem nos merecer todas as cláusulas dos contratos de financiamento que o Brasil vem firmando com pessoas domiciliadas no exterior em que, na qualidade de empregador ou garantidor, se submete a qualquer tipo de jurisdição no estrangeiro, excetada a arbitragem. Estes só é admissível quando não dependa de homologação judicial no exterior, o que só ocorreria se se tratar de arbitragem conforme as regras da Câmara de Comércio Internacional ou se for realizada em país que não exija homologação judicial de laudos arbitrais". *JACOB DOLINGER, A Imunidade Jurisdicional dos Estados*, *REVISTA DE INTERVENÇÃO LEGISLATIVA*, vol. 76, p. 63 (1982). Note-se, ainda, que, não obstante essa afirmação, o autor defende que, para uma maior comodidade das operações financeiras que o Brasil aparentemente precisa negociar no exterior, seria necessária a renovação dos dispositivos do Código de Contabilidade da União, das leis que regem o BUDES e os empréstimos contraiados no exterior e uma ligeira reforma do texto constitucional, para que ficasse consignado que as regras de competência do Supremo Tribunal Federal e dos juizes federais são de natureza interna, aplicáveis sempre que não caracterizada competência, contratualmente aceita, de jurisdição estrangeira. Jacob Dolinger registra, ainda, que esta reforma teria a vantagem de igualar a situação do Estado estrangeiro perante nosso jurisdição a de nosso Estado perante jurisdições estrangeiras, na medida em que a jurisdição brasileira vem gradativamente passando a aceitar a jurisdição no mesmo critério sobre Estados estrangeiros.

Finalmente, deve-se observar que o querido Professor, em virtude do desenvolvimento do tema no direito internacional e da mudança na jurisprudência interna brasileira – que passou a adotar a teoria da imunidade relativa para Estados estrangeiros, admitindo sua submissão à justiça brasileira –, reconsiderou em parte a sua posição, passando a admitir que o Brasil se submeta à jurisdição estrangeira relativamente a matérias *ius gestionis*, em respeito ao princípio da reciprocidade, que inspira e orienta o direito internacional.¹²⁰⁹

Entende-se que, quando se tratar de atos atetos a questões sensíveis atinentes à soberania estatal, a regra é que a ação só poderá ser proposta no Brasil (ou perante tribunais internacionais) eis que, como regra, não há jurisdição do Judiciário estrangeiro para decidir tais questões. Porém, se não houver jurisdição da autoridade brasileira na matéria ou se a decisão proferida no Brasil não tiver condições de ser efetiva, excepcionalmente, poderá a União, representando a República Federativa do Brasil, propor demandas no exterior. Trata-se de aptidão decorrente da soberania do ente estatal.

Todavia, a questão não é simples. A rigor, nos atos *ius gestionis*, como regra, não há necessidade de renúncia, pois o ato já é de gestão, salvo se a lei estrangeira adotar critério diverso. A renúncia só faria sentido com relação aos atos de império e como já se sustentou, a renúncia não é possível para os atos de império *sensíveis*.

Em verdade, para os atos considerados de gestão, segundo a lei estrangeira (*lex fori*), como regra, não há necessidade de renúncia. Para os atos considerados de gestão pela lei brasileira, mas não pela lei estrangeira, a renúncia é possível. Nos casos considerados de império pela lei estrangeira e não pela lei brasileira, também cabe a renúncia; não cabendo a renúncia somente no caso de ato extremamente sensível de império *stricto sensu*, segundo a lei brasileira.

Em conclusão, a República Federativa do Brasil não poderá ser *autora* de demandas no exterior quando se tratar de atos sensíveis ligados à soberania (segundo a lei brasileira), salvo em situações excepcionais, quando não houver jurisdição da autoridade brasileira na matéria ou se a decisão proferida no Brasil não tiver condições de ser efetiva ou ainda em caso de extrema urgência. A República Federativa do Brasil poderá ir a Juízo estrangeiro como *autora* para discutir *atos de gestão* (segundo a lei brasileira). Ademais, a República Federativa do Brasil não poderá ser submetida, em regra, como *ré*, à jurisdição estrangeira, nem poderá renunciar à imunidade, quando a demanda envolver atos sensíveis de soberania (segundo a lei brasileira), salvo nas exceções já mencionadas. A República Federativa do Brasil poderá ser submetida como *ré* à jurisdição estrangeira quando se tratar de *ato de gestão* (segundo a lei brasileira).

Ademais, ressalte-se que, nesse caso – submissão à jurisdição estrangeira – não há que se falar na aplicação do art. 55, § 2º, da Lei nº 8666/93, que prevê que é cláusula obrigatória dos contratos celebrados pela administração pública a que

determina como competente o foro da sede da administração.¹²¹⁰ O assunto aqui abordado – possibilidade de renúncia ao benefício da imunidade – diz respeito ao exercício da soberania do Estado brasileiro no exterior, e decorre da Constituição Federal. A possibilidade de aplicação da referida legislação, no caso, significaria, em última análise, que a lei ordinária estaria proibido que o ente soberano possa renunciar ao benefício da imunidade. Não se pode admitir que a referida lei tenha aptidão para regular o exercício da soberania do Brasil no exterior, o que significa dizer que, ao menos quanto a esse aspecto, é inaplicável a Lei nº 8.666.

Por fim, como a imunidade de jurisdição decorre da soberania estatal, a renúncia só é possível de parte do titular da soberania. Sendo assim, os Estados membros ou municípios não podem comparecer em juízo no exterior, seja como autores ou réus, devendo ser representados pela República Federativa do Brasil. Por sua vez, como regra geral, as entidades da administração pública indireta que possuam personalidade jurídica de direito privado poderão comparecer em juízo no exterior, como autoras ou réus.

Nas hipóteses em que efetivamente existe a imunidade, tanto no caso dos Estados membros e municípios quanto no caso da administração pública indireta, também é possível a renúncia em determinado caso concreto, desde que efetuada pelo órgão competente para tanto – a República Federativa do Brasil.

II.3.3. Arbitragem Internacional e Imunidade de Jurisdição

O primeiro ponto a ser esclarecido é de que tipo de arbitragem se trata. Caso seja uma arbitragem de direito internacional público ou mista, não há que se discutir a existência ou não da imunidade, pois a arbitragem será regida (e foi acordada) por tratados firmados por entes soberanos. A discussão relativa à imunidade só caberia quando se trata de arbitragem privada com sede no exterior. Ou seja, quando um Estado nacional, em contratos de natureza puramente comercial, se compromete a se submeter à arbitragem com sede, por exemplo, em Nova York.

A primeira questão polêmica diz respeito à cláusula compromissória celebrada pelo Estado: deve-se depreender que o Estado ao se submeter à arbitragem no exterior está renunciando ao benefício da imunidade de jurisdição?¹²¹¹ Ou melhor, pode-se admitir que posteriormente à celebração do contrato, depois de surgida a controvérsia e instaurada a arbitragem, possa o Estado arguir o benefício da imunidade perante o tribunal arbitral? Há duas situações que devem ser consideradas: 1) o Estado celebrou o contrato contendo tanto a cláusula compromissória como a cláusula que prevê a renúncia ao benefício. Nesse caso, poder-se-ia discutir a validade e a legalidade da renúncia, tema que analisado em outro sub-tem deste trabalho; 2)

1210 Art. 55 § 2º: “Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”

o Estado celebrou o contrato contendo somente a cláusula compromissória. Aqui se questiona se a cláusula compromissória, por si só, implicaria renúncia ao benefício. Essa questão tem sido respondida pela doutrina e por decisões de tribunais arbitrais de maneira afirmativa, mesmo não havendo no contrato referência expressa de renúncia à imunidade.

Há manifestações inequívocas da doutrina estrangeira no sentido de que a aceitação do ente público de se submeter à arbitragem representa uma renúncia implícita ao benefício imunitório para a arbitragem consentida.¹²¹²

Há, assim, relativo consenso na doutrina defendendo que, como a arbitragem tornou-se o meio utilizado para resolver os conflitos internacionais, o papel da imunidade de jurisdição perdeu, significativamente, sua importância prática: "Fortunately, it is now largely admitted that when a State or a State organisation or corporation has entered into an arbitration clause, it cannot invoke its immunity from jurisdiction."¹²¹³

Vale também lembrar a determinação prevista na Resolução do Instituto de Direito Internacional de 1989,¹²¹⁴ a qual afirma que um Estado ou entidade estatal não pode invocar sua incapacidade de concluir uma convenção de arbitragem para se recusar a participar da arbitragem à qual havia consentido.

Entretanto, ressalte-se que o mesmo não ocorre quanto à imunidade de execução dos Estados, pois a assinatura de uma cláusula de arbitragem não será considerada como uma renúncia à imunidade de execução, no caso de eventual prolação de sentença arbitral condenatória ao Estado: "(...) contrary to what happens with immunity

from jurisdiction, the signature of an arbitration clause is rarely considered as a waiver of the immunity from execution."¹²¹⁵

Os Regulamentos Facultativos da Corte Permanente de Arbitragem (CPA),¹²¹⁶ aplicáveis aos procedimentos que envolvam um particular e um Estado, estabelecem que a submissão ao juízo arbitral, através de convenção contratual escrita, implica renúncia a qualquer imunidade soberana de jurisdição que poderia ser alegada. Todavia, para renunciar à imunidade de execução o Regulamento exige a manifestação expressa do Estado, conforme se depreende do art. 1º do Regulamento:

"Artigo 1º - (2). Quando uma parte numa controvérsia aceita submeter essa controvérsia à arbitragem, de acordo com este Regulamento, renuncia, a propósito do litígio em questão, a qualquer imunidade jurisdicional à qual poderia ter direito em outras circunstâncias. A renúncia em relação à execução de uma sentença arbitral deve ser expressa de maneira explícita."¹²¹⁷

A Convenção do ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), art. 26, também confere tais efeitos à cláusula compromissória: "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy."¹²¹⁸

Cabe, entretanto, uma importante distinção a ser feita: as arbitragens patrocinadas pela CPA e pelo ICSID se baseiam em tratados internacionais firmados pelos

1212. George Delhume, *Judicial Decisions related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration*, ICSID REVIEW, vol. 2, p. 403 (1987); "It is not seriously disputed today that when a State consents to submit to transnational arbitration, it cannot plead immunity to challenge the jurisdiction of the arbitration tribunal". O mesmo autor em *State Contracts and Transnational Arbitration*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, p. 786 (1981). "In the absence of an express waiver of immunity, the question arises whether submission to arbitration should be regarded as an implicit waiver of immunity. The overwhelming weight of authority calls for an affirmative answer. Decisions of arbitral tribunals, treaty and statutory provisions found in the European Convention, the S.I.A. (The Foreign Sovereign Immunities Act of 1978 of the United Kingdom) and the F.S.I.A. (The Foreign Sovereign Immunities Act) and the pronouncement of domestic Courts, all concur that a State party to an arbitration agreement is precluded from asserting immunity in order to frustrate the purpose of an agreement." R. Luzzatto, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, RECUEIL DES COURS, vol. 157, p. 93 (1977); "Sovereign immunity has been frequently invoked by States with a view to getting rid, either of the obligation to arbitrate, or of the duty to execute the award. There should be, however, no doubt, in this connection, that an agreement to arbitrate constitutes an implicit waiver and that, therefore, international or municipal rules granting sovereign immunity should not apply. This view, which had already been taken by some writers and courts, has been upheld recently by the United States District Court for the District of Columbia in *Ipitrate International AS v. Federal Republic of Nigeria*. The court relied upon the Foreign Sovereign Immunity Act of 1976 and on its legislative history, particularly on a statement in the Congressional Committee Report on the Jurisdiction of United States Courts in Suits Against Foreign States of 9 September 1976, but the principle would seem to apply anyhow as a general rule. The mere impingement of the subject-matter of the agreement should therefore be irrelevant." MARIO RUBINO-SAMANIEGO, *INTERNATIONAL ARBITRATION LAW*, p. 173 (1990). "The entering by a sovereign into (an arbitration) agreement in general has the unambiguous meaning that it intends to submit to the arbitral proceedings and this prevents it from arguing later that it is not bound by its own commitment."

1213. Yves Derains, *Sovereign Immunity and Financial Obligations*, BUSINESS LAW INTERNATIONAL, Issue, vol. 8, p. 143-144, também nota que encontra dificuldade em compreender por que o Estado, apenas por seu status de pessoa jurídica de direito internacional público, deve ser considerado incapaz de se comprometer de forma vinculante. O autor entende que, mesmo nestas situações, o princípio pacta sunt servanda deve ser aplicado e respeitado.

1214. *Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises*, Session of Santiago de Compostela de 1989, Article 5; *A State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration which it has agreed*.

1215. YVES DERAINS, *Sovereign Immunity and Financial Obligations*, BUSINESS LAW INTERNATIONAL, Issue, vol. 8, p. 148, nota 17 (2000). C.H. Schreuer sintetiza a discussão nos seguintes termos: "For purposes of immunity of foreign States from jurisdiction the overwhelming authority points towards a test that looks at the nature of the activity and not its purpose. But the test for immunity from execution is usually the purpose of the property that is to be seized although the origin of the property is also sometimes taken into account." C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 1160 (2001), apud (Munir) A.F.M. Maniuzzaman, *State Enterprise Arbitration and Sovereign Immunity Issues: a Look at Recent Trends*, DESPITE RESOLUTION, JOURNAL, vol. 60, nota. 3 (2005).

1216. Atualmente, além das duas convenções constitutivas (celebradas na Haia, em 1899 e 1907), a Corte Permanente de Arbitragem conta, ainda, com cinco regulamentos facultativos que preveem procedimentos para resolução de litígios internacionais, todos eles baseados nas regras da UNICTRAL, quais sejam: 1) Regulamento Facultativo da CPA para Arbitragem entre Dois Estados; 2) Regulamento Facultativo da CPA para Arbitragem entre Duas Partes, sendo que somente uma é Estado; 3) Regulamento Facultativo da CPA para Arbitragem entre Organismos Internacionais e Estados; 4) Regulamento Facultativo da CPA para Arbitragem entre Organismos Internacionais e Partes Privadas; 5) Regulamento Facultativo da CPA para Arbitragem de Controvérsias Relativas a Recursos Naturais e/ou Meio Ambiente.

1217. O mesmo dispositivo está previsto no artigo 1º (2) do Regulamento Facultativo da CPA para Arbitragem entre Organismos Internacionais e Partes Privadas: "Artigo 1º (2). Quando uma parte numa controvérsia aceita submeter essa controvérsia à arbitragem, de acordo com este Regulamento, renuncia, a propósito da controvérsia em questão, a qualquer imunidade jurisdicional à qual poderia ter direito em outras circunstâncias. A renúncia em relação à execução de uma sentença arbitral deve ser manifestada de maneira explícita." Sobre o tema, V. BUNIA GARCIA BEJERIKOS, *DISEÑANDO DE INSTRUMENTOS DE LUDOS AMBITIALES INTERNACIONALES. PROBLEMAS CONTRA ESTADOS*, UERL, orientadora Carmen Tiburcio, p. 27 (2004).

1218. Okezie Chukwumerie, *ICSID Arbitration and Sovereign Immunity*, AMERICAN LAW, Rev. vol. 19, p. 166 e 177 (1990), em comentário ao referido dispositivo afirma: "Finally, it should be noted that a state party cannot plead jurisdictional immunity before an ICSID tribunal. A fundamental principle of the Centre's jurisdiction is the consent of the parties. Indeed, without the parties' consent the tribunal cannot assume jurisdiction. Once given such consent cannot be unilaterally withdrawn, neither can a party refuse to participate. Therefore within the system of the Convention once a state party has given its consent to arbitration, the issue of immunity from suit does not arise. Indeed, reference to jurisdictional immunity is inappropriate before ICSID arbitrators because the concept was designed for application before municipal courts. There was never a time when immunity was granted to states in arbitral proceedings to which they consented"

Estados. Assim, é inequívoco que um Estado, após firmar um tratado internacional aceitando se submeter à arbitragem, não poderá alegar imunidade de jurisdição. Essa situação difere substancialmente daquelas nas quais o Estado nacional (ou suas subdivisões) aceitou firmar cláusula compromissória em contrato privado, escolhendo câmara arbitral também privada sem que exista tratado anterior prevendo esta possibilidade. A doutrina e a jurisprudência tratam ambas as hipóteses igualmente, mas essa equiparação não parece razoável, pois, no primeiro caso, a arbitragem é de direito internacional público (instaurada por tratado) ou mista (por envolver também partes privadas), situações em que não cabe a alegação do benefício, como se viu, ao passo que, no segundo caso, a arbitragem foi prevista em cláusula de contrato privado firmado pelo Estado, passível de ser considerada nula com base na legislação aplicável ao Estado em questão.

As decisões arbitrais¹²¹⁹ são praticamente uniformes ao seguir entendimento de que a cláusula deve ser vista como renúncia à imunidade, em qualquer situação.¹²²⁰

Em primeiro lugar, é importante se fazer uma nota. Em arbitragem, a rigor, não há que se falar de imunidade de jurisdição. O benefício, como se viu, decorre da soberania e parte da premissa de que um Estado não pode ser julgado por outro Estado igualmente soberano. Na arbitragem não há Estado julgador, mas sim um tribunal constituído pela vontade das partes, sem ligação direta com um Estado nacional. Portanto, não se aplica o conceito de imunidade de jurisdição nesse contexto, devendo-se, porém, analisar a arbitralidade subjetiva e objetiva. Ou seja, verificam-se a capacidade do Estado envolvido em se submeter à arbitragem privada com base na sua lei nacional (arbitralidade subjetiva) e a matéria a ser decidida pelo tribunal arbitral (arbitralidade objetiva). Com relação a esta, temas afetos à soberania não são considerados arbitráveis no contexto da arbitragem comercial internacional, somente no contexto da arbitragem regida pelo direito internacional público.

1219. A propósito, vale citar decisão arbitral proferida em 1974: “I must admit that I have found some difficulties to follow a line of reasoning that a State, just because of its supreme position and qualities, should be unable to give a binding promise. The principle of *pacta sunt servanda* is generally acknowledged in international law and it is difficult to see any reason why it should not apply here. A sovereign State must be sovereign enough to make a binding promise both under international law and municipal law. As to the latter aspect of the question I was informed by the Counsel of the First Defendant that according to both... and English law the capacity of the State to enter into arbitration clauses was not restricted as such and that also the State could be sued in its own courts. To require or assume then that a promise of a State to submit to arbitration, in order to be binding has to be confirmed in the face of the arbitrator, would probably impair the sovereignty of a State and its dignity more than the arbitrator’s performance of his task, conferred upon him in accordance with what the parties once have agreed upon. The issue whether the subject matter of the present dispute is a matter, *jurisdictionis* or *juris imperii* has also been argued by the parties on each side. From what I have said above it follows that this distinction is of no relevance once that parties have agreed upon arbitration.” V. também ICC case nº 2321 (1974), Yearbook of Commercial Arbitration, vol. 1, p.133 e 135 (1976). Em decisão CCI, de 2002, no caso nº 1.559, não publicado, o tribunal arbitral sediado em Paris rejeitou a alegação das Requeridas (empresas que integram a administração pública no Brasil) de que a cláusula arbitral por elas firmada era inválida com base na lei brasileira. Sustentou o tribunal: “Assim, por respeito da vontade das partes, em tutela do princípio da boa-fé e em aplicação do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium* impõe-se a conclusão de que não é lícito às Requeridas, em contradição com todo o seu descrito comportamento anterior, vir agora arguir a invalidade da renúncia à imunidade de jurisdição e da convenção de arbitragem que livremente acordaram com a Requerente.”

Deve ser, entretanto, observado que a grande maioria dos casos decididos em arbitragem não distinguem as situações com clareza. A tendência dos tribunais arbitrais é, com base no princípio da autonomia da cláusula compromissória, julgarem-se competentes para decidirem o litígio, mesmo havendo o argumento da imunidade de jurisdição envolvido, sem que tal argumento seja analisado em uma lei específica. Assim, as decisões reiteradamente decidem pela impossibilidade do argumento com base na máxima *pacta sunt servanda*,¹²²¹ boa-fé,¹²²² e na premissa *favor arbitratis*.¹²²³

Como se viu, não se trata, a rigor, da imunidade de jurisdição, mas da inarbitrabilidade objetiva e subjetiva. Deve ser reconhecida, entretanto, a enorme dificuldade que é enfrentada pelos árbitros para definir a arbitralidade e para se admitir ou não a arbitragem. Quais os critérios que devem ser utilizados pelos árbitros para a qualificação da hipótese *sub arbitratis*? Várias possibilidades podem ser cogitadas, como se verá a seguir.

A primeira possibilidade é a aplicação da lei do Estado em questão. Tal solução é clássica no direito internacional e está prevista nas regras sobre arbitragem do ICISD – *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – (1984).¹²²⁴

Assim, com base nesse entendimento, os árbitros devem julgar a possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem com base na lei do próprio Estado.

Essa possibilidade, por sua vez, tem a desvantagem de exigir que terceiros que contratem com um Estado conheçam a lei desse.¹²²⁵ Note-se, porém, que a Convenção de Nova York, em seu art. VI.1 parece trazer a mesma regra: “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapaciadas (...)”

1221. Vide JACOB DOUMENGE e CARMEN TIBURCIO, *ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL*, p. 415-418 (2003) para examinar alguns casos decididos por arbitragem a respeito.

1222. No caso CCI nº 4.381, de 1986, o tribunal enfatizou que o princípio da boa-fé deveria levar à validade de tais cláusulas compromissórias: « (...) C’est (...) de homme foi que le cocontractant étranger d’une entreprise d’Etat a donné son accord à la clause d’arbitrage, et qu’il faut par conséquent considérer l’invalidité (de l’entreprise d’Etat) passer une convention d’arbitrage) comme inopérante en raison de sa caractéristique que: l’ordre public international dont la mise en jeu ne pourrait être exclue par l’application du droit (de l’Etat de l’entreprise en cause). JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 113, p. 1102 (1986); V. Pierre Karren, Chapter V, RUSF A. SCHULTZ (ed.), *INTERNATIONAL ARBITRATION: A COMMENTARY*, p. 375 (2013).

1223. *Arbitration between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises*, Session of Santiago de Compostela de 1989, art. 4º: “Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following: the law chosen by the parties; the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties; general principles of public or private international law; general principles of international arbitration; or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle in favour of *voluntatis*.”

1224. Art. 42 (1). “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties, in the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”

1225. Trata-se de hipótese corriqueira no Direito Internacional Privado, por força do art. 7º da LINDB, quem contrata no Brasil

Uma segunda possibilidade é a aplicação da lei que rege o mérito do litígio. Caso as partes tenham escolhido uma lei, defende-se que o árbitro deverá aplicar a lei por elas escolhida quando da celebração da convenção arbitral. Assim, o princípio da autonomia da vontade, que faz nascer a arbitragem, também deve prevalecer quanto à determinação da lei aplicável. Nesse contexto, essa lei regeira todas as questões surgidas com base no litígio, inclusive a possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem com relação à questão específica. Caso as partes não tenham escolhido uma lei, as modernas convenções a respeito, bem como as regras de organismos que se dedicam à arbitragem, determinam que os árbitros são livres para aplicar a lei que considerem mais adequada à hipótese.¹²²⁶ Afirma-se que a lei que rege o mérito do litígio deve ser levada em consideração para a verificação da arbitralidade da questão, pois é impossível a aplicação de uma lei ao mérito da causa, que considere, por sua vez, a matéria não passível de ser solucionada pela via da arbitragem.

Há também a possibilidade de se recorrer à lei que rege a convenção de arbitragem, como negócio jurídico autônomo, distinto do contrato original entre as partes. Uma outra solução é a aplicação da lei da sede da arbitragem. Faz-se um paralelo entre a arbitragem e a jurisdição estatal e segue-se o entendimento de que a arbitralidade é um problema de qualificação, a ser solucionado com base na *lex fori*.

Esse entendimento se baseia na teoria que considera a arbitragem como de natureza jurisdicional, partindo do pressuposto de que o Estado deve controlar e regular todas as arbitragens que ocorrem em sua jurisdição, equiparando assim o árbitro ao juiz de direito para todos os fins. Para os seus defensores, a jurisdição não é monopólio do Estado, pois se é possível a escolha de um terceiro para compor um conflito de interesses, atuando como se Estado fosse, indubitavelmente há jurisdição. Assim, mesmo reconhecendo que a origem da arbitragem está na vontade das partes contratantes, argui-se que a nomeação dos árbitros, a validade da convenção arbitral, os poderes dos árbitros e a execução do laudo, tudo isto se baseia na lei do lugar em que a arbitragem ocorre.¹²²⁷

Assim, para os defensores dessa corrente, o árbitro deve sempre obedecer à lei do lugar da sede da arbitragem e, ao agir como o juiz estatal local, deve recorrer às leis desse país para distinguir entre atos de império e de gestão, no último caso admitindo a arbitragem.¹²²⁸

1226. Sobre a determinação da lei aplicável à arbitragem, vide JACOB Document Comment, *INTERNATIONAL PRACTICE*, p. 91 e ss. (2003).

1227. Um dos precursores desta corrente foi Sauer-Hall, que, em relatório apresentado ao Instituto de Direito Internacional afirma: "(...) but this power to indicate the applicable law they can only exercise within the limits permitted by the connecting rules of the state of the seat of the arbitration tribunal which, as 'lex fori', delimits the extent of the autonomy to be recognized to the parties in this respect. If the parties have not concluded an agreement on the subject of the applicable law, the connecting rules of the seat of the arbitration tribunal will be applied by the arbitrators to resolve the conflicts of laws brought up before them by the parties." *ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL*, p. 571-572 (1952).

1228. Neste sentido foi a decisão proferida no caso CCI nº 1.507 de 1970. "Qu'il est de principe qu'en raison de son caractère autonome, la condition de validité de la clause compromissoire est régie par la loi en vigueur dans le pays où siège le tribunal".

Não obstante, o que parece mais problemático é a possível falta de ligação entre a lei da sede do tribunal e as partes. Em outras palavras: é bastante comum as partes escolherem que o tribunal arbitral terá sede em um Estado que tem pouca ou nenhuma relação com seus domicílios ou nacionalidades, ou com o local de celebração ou de execução do contrato. Nessa situação, ou a aplicação desta lei não se sustenta por ser descabida, ou devemos deixar de lado noções como *centro de gravidade* ou *sede* das relações jurídicas.

Note-se que essa possibilidade tem recebido muitas críticas, pois tem prevalecido o entendimento de que o árbitro não tem *lex fori*. A propósito, um laudo arbitral CCI em 1971 afirmou que "l'arbitre international ne dispose pas de *lex fori*",¹²²⁹ posição essa que tem sido admitida como regra geral.

A Convenção de Nova York, em seu art. VI.1.a, adota, além do critério da lei aplicável às partes – conforme visto – também o da lei do local da sede da arbitragem, nos seguintes termos: "1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tencionava o reconhecimento, prova de que: a) (...) ou que tal acordo não é válido nos termos da lei a qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida".

Outra solução seria o seu exame à luz da lei do lugar do reconhecimento da decisão, já que certamente a decisão não será reconhecida caso a matéria não seja passível de ser resolvida por arbitragem nesse país. Esse critério também é adotado na Convenção de Nova York, no artigo V. 2, que prevê: "O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tencionava o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem (...)".

Entretanto, cabe reconhecer que para os árbitros nem sempre é possível prever, quando da instauração da arbitragem, qual o lugar da execução do laudo e determinar a aplicação de sua lei.

Finalmente, alude-se à possibilidade de aplicação pelos árbitros da *lex mercatoria*. Dessa forma, a lei aplicável à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória será a *lex mercatoria*, ou seja, o conjunto de usos e costumes do comércio internacional, mesmo que a eles as partes não tenham se referido expressamente. Entretanto, deve ser mencionado que há controvérsias quanto ao significado dessa expressão, bem como quanto ao seu conteúdo, o que dificulta a sua utilização pelos árbitros.¹²³⁰

Nada obstante, em alguns laudos, para a solução do litígio, os árbitros se utilizam dos usos e costumes do comércio internacional,¹²³¹ princípios gerais do direito

1229. Caso nº 1512. *JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL*, vol. 71, p. 907 (1974).

1230. Quanto aos conceitos de *lex mercatoria* e a controvérsia doutrinária acerca de sua existência vide CHAO, PAUL, *PULLISON*, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION – ICD ADMINISTRATION*, § 35.01 (1990).

1231. *JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL*, vol. 71, p. 888 (1974); p. 989 (1976); p. 990 (1977); p. 982 (1985).

da arbitragem internacional¹²³² ou princípios gerais do direito que integram a *lex mercatoria*.¹²³³ Há inúmeros exemplos de arbitragens que foram decididas, na sua essência, com base na *lex mercatoria*, excluindo-se a aplicação de qualquer direito estatal, principalmente quando uma das partes envolvidas é um Estado.¹²³⁴ Ainda, pode a *lex mercatoria* ser utilizada a título subsidiário, hipótese em que sua aplicação é mais comum.¹²³⁵

Além, os princípios gerais de direito que regem os contratos internacionais têm sido frequentemente invocados na resolução de conflitos submetidos à arbitragem, notadamente como recurso subsidiário à aplicação da lei material escolhida pelas partes ou, na sua ausência, determinada pelos próprios árbitros.

Nota-se que este é o critério que tem prevalecido, pois as decisões arbitrais tendem a utilizar os princípios da *boa-fé* e *pacta sunt servanda* – exemplos da *lex mercatoria* – para validar a cláusula compromissória sem referência a qualquer outra legislação.¹²³⁷ Cabe aqui uma nota. Por mais que se pretenda configurar que integra a *lex mercatoria* o entendimento de que a cláusula compromissória confere renúncia ao benefício da imunidade perante o Judiciário local, o que parece razoável, não se pode confundir a interpretação da cláusula compromissória (como renúncia à imunidade com base na *lex mercatoria*) com a regra de que a renúncia deve ser efetivada somente pelo titular da soberania, que são questões diversas. A rigor, parece mais uma manifestação atécnica do *favor arbitraris*, sem atentar para aspectos relevantes do direito internacional.¹²³⁸

Outra questão a ser respondida, caso não fosse instaurada a arbitragem e a matéria fosse submetida ao Judiciário estatal de outro Estado, seria sobre o alcance da

cláusula compromissória. Trata-se de se questionar se o Estado, quando do contrato em questão, renunciara ao benefício imunitório em caráter geral no que se refere a todas as questões decorrentes daquele contrato específico?

Essa questão não é tão simples, eis que há uma grande diferença entre um Estado ser julgado por um tribunal arbitral independente, não subordinado a qualquer outro Estado e que eventualmente pode aplicar as leis desse mesmo Estado ou princípios gerais de direito e cujos árbitros são, pelo menos alguns deles, escolhidos pelo próprio Estado, e sujeitar esse Estado ao Poder Judiciário de um outro Estado soberano. Ademais, com base em princípios universalmente adotados de hermenêutica, a renúncia ao benefício, por representar um ato de liberalidade, que eventualmente pode prejudicar o renunciante, deve ser interpretada restritivamente.¹²³⁹

Ademais, há que se levar em conta a questão da renúncia, que, como visto, compete ao titular do benefício da imunidade, ou seja, o ente soberano. Como normalmente não será o ente soberano que celebrará a cláusula compromissória, esta não pode ser entendida como renúncia ao benefício – por que celebrada por pessoa distinta daquela que tem o poder de renunciar. Portanto, há que se considerar que somente o Estado nacional pode renunciar à imunidade e, portanto, no caso de convenção de arbitragem firmada por subdivisão política, por exemplo, não pode ser entendida como renúncia implícita pois firmada por quem não é titular da soberania. A despeito disso, inúmeras decisões de tribunais arbitrais concluem pela não imunidade ainda quando a cláusula é celebrada por instrumentalidades do Estado, o que contraria a importante regra de direito internacional que a renúncia deve ser feita pelo titular da soberania.

Por fim, questiona-se se a celebração da cláusula compromissória enseja a aplicação implícita da renúncia ao benefício da imunidade para as questões atinentes à arbitragem que sejam submetidas ao Judiciário do país da sua sede, tais como ação de anulação do laudo arbitral, medidas cautelares e outras similares. Por um lado, pode-se alegar que a aceitação da arbitragem comercial com sede em um país, implica necessariamente a submissão ao Judiciário do país da sede, único competente para tais ações. Essa submissão seria, portanto, implícita,¹²⁴⁰ o que é um entendimento bastante razoável. Por outro lado, a submissão à arbitragem, forma de solução de controvérsias fora do âmbito da jurisdição estatal e por isso mesmo escolhida por

1232. JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 109, p.978 (1982).
1233. JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 109, p.971 (1982). Sobre o assunto vide Ning Jin, *The Status of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, THE AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION, vol. 7, p. 163 (1996).
1234. Wide JACOB DOUGLIER e CAROLIN TRIBUNICO, *ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL*, p. 102-104 (2003). V. também Caso CCI nº 1.794 (1975).
1235. JACOB DOUGLIER e CAROLIN TRIBUNICO, *ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL*, p. 102-104 (2003). V. também Caso CCI nº 1.794 (1975).
1236. Neste sentido, ver o laudo proferido nos Casos CCI nº 3.099 e nº 3.100 (1979), INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION, Bulletin Special Supplement, p. 67-75 (1974-1985). Nesta decisão, o Tribunal Arbitral aplicou o princípio da irretroatividade das leis, determinando a aplicação da lei em vigor na época da celebração do contrato entre as partes, a saber, a lei francesa. Também vale ressaltar a decisão do Caso CCI nº 2.114 (1979), INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION, Bulletin Special Supplement, p. 67-75 (1974-1985), em que o Tribunal Arbitral entendeu que o caso sob análise era o típico caso em que a boa-fé possui extrema importância, tal como estabelecido pelo art. 2º, parágrafo 1º do Código Civil Suíço: "Chacun est tenu... de respecter ses obligations selon les règles de la bonne foi." Segundo o Tribunal Arbitral, ao ter tomado o que poderia ser considerada uma má decisão de negócios, fechando o contrato com a querelante sob o risco de os produtos objetos do contrato não serem comercializados com lucro, a ré não poderia usar parte do conhecimento e dos produtos da autora com a finalidade de produzir diferentes modelos que seriam comercializáveis e depois se recusar a pagar os royalties estipulados no contrato, o que iria no sentido oposto do estipulado pelo Código Civil Suíço, segundo o qual as partes devem se exportar da sua obrigação com base na boa-fé (art. 2º, § 1º e art. 3º). V. sobre a aplicação do princípio da boa-fé, Bernardo M. Cremades, *Good Faith in International Arbitration*, AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW, vol. 27, p. 761 e ss. (2012).
1237. Veja-se crítica a essa posição feita por JEAN-FRANÇOIS POUJURET, SEBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, p. 182 e ss. (2007).
1238. Sobre uma crítica ao sistema extremamente favorável à arbitragem com base na autonomia v. Horatia Muir Watt, *From Autonomy in International Contracts: from the Making of a Myth to the Requirements of Global Governance*, European Review of Contract Law (ERCL), vol. 6, p. 250 e ss. (2010).

1239. No direito brasileiro, tal regra hermenêutica foi contemplada, por exemplo, no Código Civil, art. 1114: "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente;" e no Código Tributário Nacional, art. 111: "Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – quitação de lançamento; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."
1240. A Convenção da ONU sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e seus Bens adota essa orientação: "Article 17. Effect of an arbitration agreement
If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:
(a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;
(b) the arbitration procedure; or
(c) the enforcement of the award."
...
...