

A RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA EXTERNA E O RESPEITO À SOBERANIA NACIONAL

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO: A) A evolução internacional do conceito de soberania; B) A posição do direito norte-americano; C) Conclusões.

A) A evolução internacional do conceito de soberania

1. O crescente intervencionismo no Estado, tanto nos países capitalistas, como na área socialista, fez com que ocorresse uma verdadeira hipertrofia das entidades de direito público e das sociedades de economia mista, com amplos reflexos no campo internacional. Nas transações comerciais, uma parte sempre crescente das operações internacionais passou a ser realizada, direta ou indiretamente, pelos Estados, que se tornaram os acionistas únicos ou controladores não somente de companhias de transporte aéreo ou marítimo, mas também de bancos, *tradings*, empresas industriais e comerciais. A publicização da economia, que conhecemos no Brasil, passou a caracterizar a maioria dos países. Basta lembrar que os países produtores do petróleo negociam geralmente o "ouro negro" por intermédio de empresas estatais e que vários países não comunistas já nacionalizaram os seus bancos, como aconteceu recentemente no México e na França.

2. Por outro lado, as operações financeiras internacionais se centralizaram em Londres e Nova Iorque e o mercado muito ativo dos eurodólares passou a exigir uma regulamentação própria, que constou inicialmente de usos e costumes bancários. O envolvimento crescente dos Estados soberanos, nos financiamentos internacionais, exigiu uma revisão das normas sobre solução de conflitos e jurisdição e uma atualização do conceito de soberania nacional, que não poderia ser distorcido ao ponto de impedir a cobrança dos débitos no local escolhido livremente pelas partes. Finalmente, as crises decorrentes da revolução do Irã e da guerra das Malvinas evidenciaram a necessidade de uma reformulação das normas que regem as relações comerciais e financeiras entre Estados ou entre particulares e Estados.

3. A partir da década de 1950, passou a ser consagrada a chamada *teoria da soberania restrita*, que melhor se denominaria teoria dos efeitos restritos da soberania, excluindo a imunidade jurisdicional dos Estados no tocante aos seus atos de direito privado e particularmente de direito comercial.

4. Em 21.10.76, os Estados Unidos adotaram a Lei de Direito Público 94.583 intitulada *The Foreign Sovereign Immunities Act*. Em 1978, a Inglaterra, após ter evoluído, na sua jurisprudência, de uma posição radical em favor da

tese da teoria absoluta da soberania para a sua aceitação em termos relativos, conforme se verifica em diversos julgamentos da Câmara dos Lords, promulgou o *State Immunity Act*. No Canadá, a mesma tendência foi seguida com a aprovação do *Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts*. Na Europa, foi assinada a Convenção referente à imunidade dos Estados, em 16.5.72, que reconhece a jurisdição dos tribunais estrangeiros em relação às obrigações contratuais dos Estados, entendendo que elas não justificam a alegação de imunidade. A jurisprudência dominante na Europa tem sido no sentido de não admitir a imunidade dos Estados estrangeiros em todas as matérias nas quais as entidades de direito público nacionais estariam sujeitas às decisões dos tribunais. Simultaneamente, a arbitragem passou a ser adotada de modo generalizado nos conflitos internacionais em virtude de cláusulas específicas incluídas, para este fim, nos contratos.

5. Uma das razões que ensejou uma rápida evolução na matéria foi a tese dos países comunistas que pretendiam obter, para as suas representações comerciais, que discutiam os contratos de direito privado, a imunidade de jurisdição assegurada aos diplomatas, entendendo ainda que as empresas nacionalizadas só poderiam ser aacionadas perante tribunais do seu país de origem ou com o consentimento do Estado que as controla.¹ Diante dessa posição dos países socialistas, foi preciso encontrar uma nova formulação jurídica a fim de garantir a própria igualdade entre os contratantes. O Min. Clóvis Ramalhete em excelente artigo sobre a matéria teve o ensejo de levantar as opiniões dos mestres da matéria, tais como Alfred Verdross,² Charles de Visscher,³ Marcel Silbert,⁴ Quadri,⁵ Podesta Costa⁶ e Cesar Sepúlveda,⁷ para concluir que, para todos eles, a imunidade jurisdicional só beneficiava os agentes diplomáticos e não os representantes da economia estatizada, não sendo admissível a tese soviética da imunidade em relação aos litígios oriundos das atividades comerciais. Para todos os autores citados, os atos de comércio do Estado estrangeiro e os seus contratos ficam sujeitos à justiça local, por serem atos de gestão e não de império.

6. Na realidade, a doutrina chegou ao consenso, ao considerar que, em matéria de imunidade jurisdicional, devia ser examinada a natureza do ato e não a personalidade de direito público ou privado de quem o praticava. Lembrando que soberania e imunidade constituíam conceitos plasmados “pela idéia da função antiga do Estado” que exercia o poder de polícia (*Etat Gendarme*) e se limitava a praticar atos políticos, o Min. Clóvis Ramalhete salienta que ocorreu, a partir do fim do século passado, uma transformação importante na missão exercida pelo Poder Público, razão pela qual: “A esta ordem social externa nova, corresponde novo Direito Internacional Público”.⁸

1. Ivo Lapenna, *Conceptions soviétique du droit international public*, Paris, Pédone, 1954, p. 20.

2. *Derecho Internacional Público*, trad. Aguilar, 1961, p. 227.

3. *Théories et réalités en droit international public*, p. 306.

4. *Traité de droit international public*, 1951, p. 271.

5. *Diritto Internazionale Pubbico*, p. 496.

6. *Derecho Internacional Público*, p. 351.

7. *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 121.

8. “Estado estrangeiro perante a Justiça Nacional”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, setembro-dezembro, 1970, p. 4/317.

7. Evocando várias decisões dos tribunais europeus do início do século e a melhor doutrina dominante no campo do direito internacional público, conclui o Min. Clóvis Ramallete que: "Os objetivos econômicos do Estado, fato novo, passaram a pôr em xeque a própria utilidade do velho conceito de soberania, subitamente tornado incômodo".⁹

8. Assim sendo, podemos afirmar que, desde 1980, a teoria da soberania absoluta ou dos efeitos absolutos da soberania tornou-se obsoleta, seja em virtude de leis locais, como ocorre nos EUA, na Inglaterra, no Canadá e em outros países, seja em virtude de convenções internacionais, como as vigentes na Europa, ou ainda em decorrência de decisões judiciais, que distinguiram os atos de império e de gestão, e finalmente por força de acordos bilaterais de comércio exterior, como aqueles geralmente firmados com os países comunistas, que adotaram a arbitragem como meio de resolver os seus conflitos referentes ao comércio exterior. Deve aliás ser salientado que o julgamento por árbitros não deixa de ser uma forma alternativa de renúncia à imunidade de jurisdição.

B) A posição do direito norte-americano

9. A lei competente para reger os contratos é, de acordo com o art. 9.º da nossa Lei de Introdução, a do país em que foram celebrados.

10. Em relação ao ato firmado em Nova Iorque em 25.2.83 entre a União Federal, o Banco Central e os bancos estrangeiros, para um financiamento internacional a ser pago no exterior, a lei aplicável é evidentemente a dos EUA e particularmente, no caso, a Lei do Estado de Nova Iorque. Além de decorrer da norma vigente na legislação brasileira, as disposições do direito do mencionado Estado também foram adotadas pelas partes, na cláusula 8.10 do instrumento, para reger as relações entre credores e devedores.

11. Cabe, pois, examinar a posição do direito norte-americano em relação à imunidade de jurisdição, o que passaremos a fazer em seguida.

12. Os EUA reconheceram, ainda no início do século XIX, a imunidade dos Estados estrangeiros, ao julgar o caso *Schooner Exchange v. MacFaddon*, e o Presidente da Corte Suprema, *Chief Justice Marshall* a admitiu, com fundamento na prática internacional. Durante cerca de século e meio, a matéria foi mansa e pacífica nos tribunais norte-americanos, que acompanharam as opiniões então defendidas pelo Ministério das Relações Exteriores (*State Department*).

13. Em 19.5.52, o Consultor Jurídico do *State Department*, Jack B. Tate,¹⁰ teve o ensejo de salientar que se confrontavam no mundo duas concepções de soberania para fins de reconhecimento de imunidade aos Estados estrangeiros. De acordo com a teoria clássica ou absoluta das imunidades soberanas, salientava o consultor, o Estado não se pode sujeitar a um tribunal estrangeiro, sem o seu prévio consentimento. Por outro lado, a teoria restritiva das imunidades as assegura tão somente aos atos públicos do Estado (*jure imperii*) e não aos atos privados (*jure gestionis*). Depois de reconhecer que a teoria clássica tinha sido adotada na Inglaterra, nos tribunais norte-americanos e em

9. Artigo citado, p. 323.

10. Em carta dirigida ao Procurador-Geral da República.

alguns outros países, afirmava o consultor jurídico que ao contrário, a jurisprudência belga e italiana, também consagrada posteriormente pelo Egito, pela Suíça, pela França, pela Grécia e pela Áustria, assim como a tendência da doutrina se manifestavam pelos efeitos mais restritos da imunidade, a fim de admiti-la tão-somente em relação aos atos *jure imperii*. Salientou, outrossim, que, pela Convenção de Bruxelas de 1926, numerosos países renunciaram à imunidade de jurisdição no tocante aos navios mercantes de sua propriedade. Nas suas conclusões, escreveu Jack B. Tate que uma reformulação jurídica se impunha na matéria, com a aceitação dos efeitos restritos da imunidade jurisdicional decorrente da soberania, pois os EUA se sujeitavam aos tribunais estrangeiros no tocante à responsabilidade delitual e contratual, justificando-se assim que os Estados estrangeiros envolvidos em atividades comerciais também se submetessem às Cortes norte-americanas. Esta foi, pois, a nova posição assumida a partir daquela data pelo Departamento de Estado, que funciona como uma espécie de *amicus curiae* nos feitos em que são discutidos problemas de direito internacional público.

14. De 1952 até 19.1.77, data na qual entrou em vigor a nova legislação, os tribunais norte-americanos acompanharam a posição do Departamento de Estado que, por sua vez, se orientou no sentido de só reconhecer a imunidade no caso de atos de império.

15. Na década de 1970, o Poder Executivo norte-americano elaborou um projeto de lei que, após longa discussão e a audiência dos vários órgãos interessados e inclusive da American Bar Association, veio a ser transformado no *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, que entrou em vigor em 17.1.77.

16. O diploma legal adotou a teoria restritiva tanto no tocante à jurisdição como à execução dos bens dos devedores. Nele se exclui o direito à imunidade, no tocante à atividade comercial, de países estrangeiros nos EUA, abrangendo tanto os Estados propriamente ditos como também as entidades de sua administração indireta (empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e fundações), todas englobadas na expressão usada pela lei "agency or instrumentality of foreign State" (§ 1.603). A jurisprudência norte-americana tem entendido que os bancos centrais se enquadram entre as agências estrangeiras sujeitas à lei local que não gozam de imunidade.¹¹ A doutrina esclarece que a intenção do legislador de abranger os bancos centrais estrangeiros deflui dos trabalhos preparatórios¹² e encontra fundamentos no próprio texto legal.¹³ Efetivamente, o § 1.611, alínea "b" da lei esclarece que, sem prévia autorização do Banco, não são penhoráveis, nem podem ser executados os recursos próprios de um banco central estrangeiro, ou seja, *in verbis*: "Notwithstanding the provision of section 1.610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution if: (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless

11. Decisões proferidas nos casos *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria* 647 F 2d 320 (2d Cir 1981) 102 S.Ct. 997 (1982) e *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua* 515 F Supp. 900 (E.D. La 1981).

12. House Report Rep. n. 1.487, 94th Cong. 2d session, 8-9 (1976) republicado in (1976) *U.S. Code Cong. & Ad. News* 6.604 e *Digest of United States Practice in International Law* 1973, pp. 227-230.

13. John R. Stevenson, Jeffrey F. Browne and Lori Fisler Damrosch, *United States Law of Sovereign Immunity*, Euromoney publications, Bath, 1983, 24.

such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution . . .”.

17. A lei norte-americana também cuida da citação dos Estados estrangeiros e das entidades da sua administração indireta, prevendo no § 1.608, alíneas “a” e “b”, que seja feita na forma prevista no contrato, que para este fim, indicará um procurador com poderes especiais para ser citado, sem prejuízo de outras modalidades das quais também cuida.

18. Nos últimos anos, numerosos foram os Estados que emitiram títulos para serem colocados nos EUA sujeitos à prévia aprovação da *Security Exchange Commission* e que, por este motivo, tiveram que nomear procurador com poderes para ser citado (*agent for service of process*), destacando-se entre outros a Finlândia, a Suécia, a Noruega, e a Nova Zelândia. O mesmo ocorreu com inúmeras *agencies* de governos estrangeiros (autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas), que também indicaram procuradores para este fim, como foi o caso, entre outras, do Banco de Desenvolvimento do Japão, da *Caisse Nationale des Telecommunications* francesa e da *Electricité de France*. Há numerosos precedentes de *agencies* que aceitaram a jurisdição das cortes norte-americanas e admitiram serem citadas por procurador especial sediado nos EUA, sem que todavia, os Estados garantidores aceitassem essas cláusulas, como foi o caso da França, por ocasião da emissão de títulos de *Electricité de France*, e do Japão, em relação aos títulos de emissão de sua entidade financeira de desenvolvimento (*The Japan Development Bank*).¹⁴

18. Em relação aos Estados estrangeiros, a citação poderá ocorrer na forma acertada contratualmente ou, no silêncio do contrato, por via diplomática, conforme regulamentação do Departamento de Estado (§ n. 1.608 (a)). Em relação às *agencies (or instrumentalities)*, entidades da administração indireta, a citação deverá ser feita de modo a garantir que o réu teve efetivamente notícia do processo, de acordo com o princípio do *due process of law*. Efetivamente, esclarece a lei que a citação deve ser feita em modalidade que seja razoavelmente considerada como dando ciência da ação ao réu (*reasonably calculated to give actual notice*, § 1.608 (b) 3), seja conforme previsto no contrato (*in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the agency or instrumentality*), ou por carta com aviso de recepção que deverá ser devidamente assinado pelo representante legal ou convencional do réu, ou ainda por carta rogatória ou finalmente na forma da lei vigente no lugar onde a citação deve ocorrer (*as directed by order of the court consistent with the law of the place where service is to be made*). (Art. 1.608, (b) 3).

19. A lei americana que é de ordem pública exclui, pois, da imunidade jurisdicional as atividades comerciais dos Estados estrangeiros e de sua administração indireta, considerando penhoráveis os seus bens comerciais para satisfação dos julgamentos contra eles proferidos (§ 1.602). Firmou-se, na jurisprudência norte-americana, o entendimento de acordo com o qual a execução só poderá alcançar os bens comerciais, afastando a regra em relação aos bens públicos, em geral, do Estado e das entidades que não comerciam. Essa questão foi suscitada por ocasião do contencioso entre os EUA e o Irã. Na ocasião, o Governo norte-

14. John R. Stevenson e outros, obra citada, pp. 36 e 37.

americano, por intermédio de um *amicus curiae*, firmou essa posição, concluindo que a renúncia estabelecida no tratado entre os dois países “does not apply to the property of the states themselves and of their non-commercial agencies and instrumentalities, but rather that it applies only to the property of publicly owned or controlled commercial or business enterprises of the state”. (Não se aplica aos bens do Estado e das entidades públicas não comerciais, mas tão-somente aos pertencentes às empresas comerciais controladas pelo Estado”.¹⁵

20. As autoridades e a jurisprudência norte-americanas reconheceram o caráter de ordem pública das normas contidas no *Foreign Sovereign Immunities Act* de tal modo que, mesmo quando os Estados estrangeiros não se submeteram voluntariamente à jurisdição norte-americana, nos casos de emissão de títulos no mercado financeiro, a *Security Exchange Commission* (SEC) determinou que constasse nos prospectos que, não obstante a inexistência de tal renúncia (*waiver*), poderiam os credores recorrer aos tribunais norte-americanos, nos termos da legislação do país, desde que o Poder Judiciário reconhecesse que o levantamento de empréstimo constitui uma atividade comercial nos termos da lei acima referida. Assim, no empréstimo levantado, em 1978, pela Finlândia, a SEC mandou que constasse da respectiva documentação que: “the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 may provide an effective means of service and preclude immunity in such actions” (“a lei referente à imunidade dos Estados soberanos pode garantir os meios adequados de citação e excluir a imunidade em tais ações” (no caso de inadimplemento do devedor).¹⁶

21. A doutrina norte-americana explica essa posição pelo fato de envolver necessariamente a emissão de títulos, no mercado financeiro norte-americano ou internacional, uma atividade comercial sujeita às disposições imperativas da legislação vigente nos EUA. Efetivamente, embora o texto legal não se refira expressamente aos financiamentos, a interpretação dada ao texto levou os tribunais norte-americanos à conclusão de serem os financiamentos enquadrados no conceito de “atividades comerciais” às quais se refere à lei. Efetivamente, nos trabalhos preparatórios de elaboração do texto legislativo, ficou esclarecido que os débitos decorrentes de financiamentos obtidos, nos EUA, de fontes públicas ou privadas, deveriam ser considerados como oriundos de atividade comerciais, para fins da aplicação da lei. Chegou a haver, na ocasião, uma emenda com a finalidade de excluir os empréstimos públicos, levantados no país (USA) por Estados soberanos estrangeiros, mas a mesma foi rejeitada, com base no seguinte argumento: “Moreover, both a sale of bonds to public and a direct loan from a U.S. commercial bank to a foreign government are activities which are of a commercial nature and should be treated like other similar transactions”. (Acréscce que uma venda de títulos ao público ou um empréstimo direto de um banco comercial norte-americano a um governo estrangeiro constituem atividades de natureza comercial e devem ser tratados como as demais atividades comerciais similares”.¹⁷

15. Posição do *amicus curiae* no processo *Electronic Data System Corp. Iran v. Social Security Organisation of Iran*, n. 79 Circ. 1.711 (S.D.N.Y. May 23, 1979 e 610 F. 2d 94 (2d Cir. 1979) *apud* John R. Stevenson e outros, ob. cit., p. 88).

16. Registro da emissão de títulos da responsabilidade da Finlândia, registro da SEC n. 2.61659 (1978).

17. *House Report* já referido, n. 17.

22. Por sua vez, os tribunais norte-americanos reconheceram que tanto a venda de títulos de entidade pública estrangeira nos EUA, como o funcionamento, no país, de filial de banco estrangeiro, não são atividades que possam ser consideradas não sujeitas à jurisdição norte-americana.¹⁸

C) Conclusões

Aplicando-se, assim, a lei do local onde foram firmados os contratos, que é a lei norte-americana, e considerando-se o aspecto exclusivamente comercial da renegociação da dívida, conclui-se que evidentemente inexistiu, qualquer violação da soberania nacional, não ocorrendo, no caso, qualquer inconstitucionalidade, como aliás acaba de reconhecer o Procurador-Geral da República ao arquivar representação da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁹

A aceitação pelo Banco Central do Brasil da aplicação de Lei do Estado de Nova Iorque, decorre pois, de determinação imperativa da lei local que se coaduna e compatibiliza, no particular, com a lei brasileira.

18. No tocante à emissão de títulos a decisão se refere ao caso *Jackson v. People's Republic of China* 550 F. Sipp. 869, 873 (N. D. Ala. 1982) e em relação ao funcionamento de banco estrangeiro o acórdão é do processo *State Bank of India. v. Chicago Joint Board*, Case 13-RC-14.061, decisão do *National Labor Relations Board* de 20.5.77, ambos mencionados in John R. Stevenson e outros, obra citada, pp. 68 e 71.

19. Despacho de 17.1.84, in DJU de 19.1.84, fundamentando-se no parecer da Procuradoria Geral da Fazenda, publicado no *Diário Oficial* de 10.1.84, Seção I, pp. 413-432.