

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E REGRAS DE IMUNIDADE*

Daniel Francisco Nagao Menezes^{**}

Luis Renato Vedovato^{***}

RESUMO:

O texto desenvolve tema relativo a compras governamentais fazendo a correlação com imunidade de jurisdição do Estado perante tribunal estrangeiro, tanto no conhecimento quanto na execução. Os fatos que desencadearam a relativização da imunidade de soberania servem para entender a gradual adequação de sua regulação às características do direito internacional público, principalmente o consenso e a descentralização, através da divisão entre atos de império e de gestão, o que pode ser tido como consequência do crescimento da importância da atuação do Estado como agente incentivador da economia, ao realizar compras governamentais. Em comparação com outros ordenamentos jurídicos, que começaram a transição no final do século XIX, o brasileiro passou por um retardo, que teve a transição iniciada apenas após a Constituição de 1988. Essa pode ser tida como a desencadeadora da aplicação no país da teoria temperada, pois criou as condições para que se adotassem as novas normas costumeiras internacionais sobre o tema. Além disso, o Brasil, ainda caminha a passos curtos para a sua integração aos sistemas internacional e regional de compras governamentais, apesar de já haver adequação de suas normas internas ao direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações Internacionais. Compras Governamentais. Imunidade de Soberania.

* Recebido em: 27/06/2013

Aceito em: 08/09/2013

^{**} Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2002), especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Universitário da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Campinas e, das Faculdades de Campinas – FACAMP.

^{***} Graduado (1995), mestre (2002) e doutor (2012) em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor MS-3 da UNICAMP. Membro do Grupo de Pesquisa de Promoção de Saúde e Políticas Públicas integradas em Rede e do Grupo de Pesquisa de Planejamento Urbano Saudável, ambos credenciados pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

ABSTRACT:

The text develops theme related to government procurement by making the correlation with State immunity jurisdiction before a foreign court, both in knowledge and in execution. The events that triggered the relativization of sovereign immunity serve to understand the appropriateness of their gradual adjustment to the characteristics of public international law, especially the consensus, and decentralization, through the division between imperii and gestionis acts, which can be taken as a consequence growth in importance of the role of State as a supporter of the economy, at government procurement. Compared with other nations, which began the transition in the late nineteenth century, the Brazilian has gone through a delay, which had just begun the transition after the 1988 Constitution. This can be seen as triggering the application of tempered theory in the country, because it created the conditions for it to adopt the new international customary norms on the subject. Furthermore, Brazil, still walks with tiny steps to integrate the international and regional systems of government procurement, though there adequacy of its internal rules of international law.

KEYWORDS: Government procurement. Sovereign Immunity.

SUMÁRIO

- 1. Aspectos Introdutórios**
- 2. Fatos históricos essenciais**
- 3. Imunidades do Estado**
 - 3.1. Imunidade de Jurisdição
 - 3.2. Imunidade de Execução
- 4. Evolução das decisões nos casos concretos no Brasil**
- 5. Contratos com o Estado**
- 6. Compras Governamentais no Mercosul**
- 7. Conclusão**
- 8. Referências**

1 Aspectos Introdutórios

Numa primeira aproximação ao tema, é relevante que sejam destacadas as diferenças que caracterizam o direito internacional público, pois, de fato, quando comparado com os ramos do direito interno,¹ o direito internacional público² (DIP), como pregam uma parcela dos estudiosos do direito e a maioria dos leigos, pode ser tido como uma disciplina problemática,³ pois tem características próprias, que são reflexos de sua constituição preponderante por normas horizontais, resultado de sua grande dificuldade de

¹ Cf. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990, p. 75.

² Principalmente depois do surgimento da chamada doutrina Bush de ataques preventivos, que foi efetivada com a intervenção armada no Iraque em março de 2003, voltou a lume a discussão sobre a existência do direito internacional público. Entendendo, todavia, superada essa questão, pois se existe uma sociedade recheada de relações jurídicas, há direito a ela aplicável, *ubi societas ibi jus*, e os sujeitos de direito internacional formam uma sociedade internacional; nesse sentido, relevante as contribuições de MALANCZUK, ob.cit., p. 5, PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4ª ed. Madrid: Tecnos; 1993, p. 45, e PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4ª ed. Madrid: Tecnos; 1993, p. 79. A ação estadunidense, por sua vez, deve ser entendida como uma violação às normas de direito internacional público sobre a segurança coletiva internacional. Há ainda que se destacar o trabalho de AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 4-5; 102-168, no qual o autor se empenha em provar a existência de um direito internacional tributário, que serviria de referência obrigatória para o direito interno dos estados.

³ Cf. na obra de PASTOR RIDRUEJO, ob.cit., p. 37, sua preocupação com a fundamentação do direito internacional público.

impor condutas aos seus sujeitos⁴ internacionalmente reconhecidos,⁵ todos igualmente independentes⁶.

Logo, destaca-se a necessidade de identificação das suas características fundamentais que são: a *descentralização*, pois não há órgãos concentradores do monopólio da criação e aplicação de normas; o *consenso*, que estabelece a impossibilidade de obrigar um sujeito de direito internacional a cumprir uma norma à qual não se vinculou;⁷ a *difículdade de efetivação*, tida como consequência das anteriores, esclarece que a falta de um órgão supranacional destinado a aplicar o direito diminui a velocidade de aplicação do direito; e a *autotutela*, que é a opção restante nas situações em que há resistência no cumprimento do direito ou não vinculação a sistemas de solução pacífica de controvérsias.

⁴ São reconhecidos como sujeitos de direito internacional público os Estados, as Organizações Internacionais, a Santa Sé e, nos sistemas de proteção internacional dos direitos fundamentais, principalmente, no sistema europeu, o ser humano. Além deles, há sistemas específicos, em que se dá legitimidade de parte para pessoas jurídicas de direito interno, como é o caso dos investimentos internacionais.

⁵ Cf. CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. *Ordem Jurídica Internacional & Internacionalização do Capital*. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 15, é necessário que sejam identificados outros sujeitos de direito internacional, que “melhor distinguem a nova ordem jurídica, ressaltando que “também são estudados, apenas sob o ângulo dos incrementos recentes e relevantes para a compreensão de tais alterações, as organizações internacionais, as organizações não-governamentais, as empresas multinacionais e o indivíduo”.

⁶ A escolha pelo uso do termo *independentes* no lugar de *soberanos* é proposital, pois este último deveria ser usado em situações em que há relações de poder, no direito internacional público as relações são travadas entre iguais, que não podem ser soberanos quando comparados com os demais, daí o entendimento de que é mais propícia a utilização da palavra escolhida. Quanto a esse tema cf. MALANCZUK, ob.cit, p. 17 e para um estudo mais aprofundado sobre a soberania e o direito internacional público, cf. HELLER, Hermann. *La Soberanía - Contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica; 1995.

⁷ Excluem-se as normas do *jus cogens*, que é “o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas” REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva; 2002, p. 111.

Dessa forma, os sujeitos de direito internacional, em regra, devem chegar a um consenso para a criação da norma internacional,⁸ global ou regional. Todavia, a inexistência de um aparato assemelhado ao estatal impede a aplicação de maneira efetiva de sanções o que, na maioria das vezes, pode acarretar a utilização de guerra econômica,⁹ entre outras modalidades de pressão, para que o Estado seja impelido a agir de acordo com as regras às quais se vinculou.¹⁰

As normas do direito internacional público que regulam a imunidade de jurisdição dos Estados perante tribunais estrangeiros são fundamentalmente costumeiras,¹¹ existindo, porém, casos de positivação, como acontece na Convenção Européia sobre imunidade dos Estados, conhecida como Convenção da Basiléia, de 1972. Tais normas, costumeiras ou positivadas, por serem parte do DIP, carregam todas as suas características, o que importa em concluir que há, por vezes, aplicação diferenciada em vários países que alteram as hipóteses de limitações, além de existirem situações de violação ao direito que podem trazer um longo caminho até a reparação.

⁸ Cf. sobre o tema DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris: PUF; 1963, p.130.

⁹ A guerra econômica é objeto de estudo profundo de HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica – uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 201. Cf. também sobre a influência do poder dos Estados na criação do direito internacional público, vale a leitura da obra MORGENTHAU, Hans J. *Politics Among Nations - The Struggle for Power and Peace*. Revised by Kenneth W. Thompson. Chicago: McGraw Hill; 1993.

¹⁰ O termo vinculação é mais usado para se fazer referência a normas positivadas como os tratados, usa-se, no entanto, aqui em seu sentido amplo.

¹¹ Para um estudo aprofundado sobre o costume internacional, que é tido como a principal fonte desse ramo do direito, vale a leitura das obras: PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: Gênese do direito internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2002, e SOUZA, Ielbo Marcos Lobo de. *Direito Internacional Costumeiro*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros perante os tribunais estaduais constitui-se em uma das questões de direito internacional público mais comumente discutidas nas cortes internas. Ela normalmente é analisada em dois níveis, a imunidade no processo de conhecimento, que impede o julgamento de mérito de ações apresentadas contra sujeitos de direito internacional público pelos órgãos do judiciário interno, normalmente denominada pelo nome do gênero, imunidade de jurisdição; e a imunidade na execução, que impõe barreiras, muitas vezes intransponíveis, à determinação, pelos juízes nacionais, de atos coercivos que visem à satisfação do direito do credor.

As normas sobre a imunidade de jurisdição são tidas como garantidoras de um dos direitos fundamentais dos Estados.¹² Mais especificamente, elas são decorrências do direito à igualdade jurídica¹³ e do direito à independência,¹⁴ identificados no adágio *par in parem non habet judicium*, segundo o qual não se pode ser julgado por um igual,¹⁵ nascido da

¹² Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e Silva, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva; 2002, p. 144; nesse sentido também MEIRA MATOS, Adherbal. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88.

¹³ Segundo DINH, ob. cit., p. 407, “o vínculo é tão directo e tão estreito entre as imunidades do Estado e ‘a igualdade soberana’ que certos autores, em especial soviéticos, julgaram que o seu fundamento não deve ser procurado no direito consuetudinário mas deve ser deduzido directamente da soberania”.

¹⁴ Cf. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público - 2 vols.* 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2002, p. 432.

¹⁵ Além da impossibilidade de ser julgado pelos tribunais internos, a sujeição à jurisdição internacional só se dará com o consentimento do Estado, mais uma vez preza-se pela preservação das características do DIP. Para uma análise mais apurada do tema da sujeição vale a leitura de FONSECA, José Roberto Franco da. Estrutura e Funções da Corte Internacional de Justiça. in: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da coordenadores. *O Direito Internacional no Terceiro Milênio - Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr; 1998; pp. 750-762, obra em que o autor estuda todos os aspectos relevantes da chamada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

regra feudal *par in parem non habet imperium*, pela qual um senhor feudal não poderia ser responsabilizado pelos seus pares, mas apenas perante seus superiores.¹⁶

No Direito Internacional Público, a imunidade de soberania,¹⁷ como é chamada, é estruturada por um conjunto de normas, tanto regras quanto princípios,¹⁸ costumeiras ou contidas em tratados internacionais, que determina as condições necessárias para que o Estado estrangeiro não seja julgado pelos poderes públicos do Estado do foro. Dizem-se poderes públicos, pois ela envolve, além do Judiciário, tanto o Legislativo quanto o Executivo. Inicialmente, tal imunidade era absoluta.

De fato, tendo-se em mente a lógica do direito internacional público, que tem como principais sujeitos os Estados, o julgamento de um deles só poderia ser feito por um tribunal internacional, clara decorrência de suas características, principalmente a descentralização. Antes disso, no entanto, outros meios pacíficos de solução de controvérsias deveriam ser tentados, como, primordialmente, o caminho diplomático.¹⁹

O desafio no presente trabalho é analisar o recorrente tema da imunidade de soberania, tendo em mente as questões atinentes às compras governamentais, tema também estudado como licitações internacionais. Nesse

¹⁶ Cf. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2000, p. 351.

¹⁷ Também é chamada de imunidade do Estado, vale ressaltar que as duas expressões serão usadas indistintamente.

¹⁸ A diferenciação entre regras e princípios adotada é a ensinada por Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1997) .

¹⁹ cf. CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina; 2000, p. 60.

passo, impossível fazer a abordagem sem discorrer sobre a sua formação histórica, a sua positivação por meio dos tratados internacionais e, antes de se debruçar sobre a doutrina e a jurisprudência brasileiras, fazer uma apresentação dos sistemas espanhol, inglês e estadunidense.

Deixam-se de lado, no presente trabalho, as imunidades concedidas aos agentes diplomáticos e consulares e às Organizações Internacionais, pela necessidade de especificação do tema. Além disso, seguindo o entendimento de vários autores, elas não devem ser confundidas com a imunidade de soberania,²⁰ apesar de serem tidas, por parte da doutrina, como dela decorrentes.²¹

2 Fatos históricos essenciais

As teorias sobre a imunidade dos soberanos e dos chefes de estado, segundo Mariño Menéndez,²² formariam a raiz da imunidade de soberania. Como anteriormente dito, no entanto, as relações entre senhores feudais seriam as precursoras de tal imunidade,²³ para parcela da doutrina que busca o seu nascedouro na obra de Bártolo, de 1354. Pode-se, dessa forma, chegar à

²⁰ É o expresso por Michael Akehurst na obra atualizada por Peter Malanczuk (ob.cit. p. 118) na qual ele enfatiza que analisar as questões em conjunto seria o mesmo que misturar maçãs com pêras.

²¹ Guido F. S. Soares (SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2001, p. 233), ao comentar a decisão do STF quanto ao caso Geny de Oliveira, ressalta mais uma vez a necessidade de não haver confusão entre as imunidades pessoais, resultantes das Convenções de Viena sobre Imunidades Diplomáticas (1961) e Consulares (1963), e as que são atribuídas aos Estados estrangeiros.

²² Cf. MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público - Parte General*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta; 1995, p. 99.

²³ Nesse sentido, MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional*...p. 350, e MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2000, p. 127.

conclusão que, se é verdade que elas nasceram com Bártolo, ganharam força posteriormente,²⁴ com a sua extensão aos soberanos estrangeiros daquelas concedidas aos nacionais.

De toda forma, não há dúvida de que a sua consolidação se deu com a extensão aos soberanos estrangeiros das imunidades conferidas ao soberano do país do foro. Posteriormente, aqueles foram, paulatinamente, substituídos pelos Estados, evolução fortalecida pela adoção da regra da reciprocidade, muito comumente identificada antes do século XIX.²⁵

É de se ressaltar que a imunidade de soberania, tida como absoluta,²⁶ começou a se alterar, de maneira deveras tímida, somente no início do século XIX. Nessa época, os países responsáveis por essa aparente evolução, França e Reino Unido, permitiam o afastamento da imunidade, mas, enfatize-se, apenas para os casos em que Estados estrangeiros figurassem no pólo ativo dos processos perante o judiciário interno, retirando-se, portanto, pouca ou quase nenhuma de sua força original.

O passo seguinte, no Reino Unido, foi dado pelo afastamento da imunidade com o consentimento do Estado-réu; foi o que aconteceu nos casos *The Parliament Belge* (1880) e *Porto Alexandre* (1920)²⁷.

²⁴ Cf. MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional...*, p. 351: “A nosso ver não há uma incompatibilidade entre as duas posições: se Bártolo deu o ponto de partida as monarquias absolutas consolidaram o princípio, apesar de grandes autores não terem mencionado esta norma como Gentili, Grotius, Bynkershoek e Vattel”.

²⁵ Cf. I. Sinclair, *The law of sovereign immunity. Recent developments*, RCADI 1980, II, vol. 167, pg. 121.

²⁶ O judiciário britânico, em 1820, no caso *Prins Frederick*, dava mostras de que a imunidade era absoluta.

²⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989, p. 114.

Efetivamente, o tratamento da imunidade de jurisdição, como relativa, veio a acontecer na Bélgica, onde se iniciou a discussão sobre a diferenciação entre atos públicos e atos privados do Estado, como se depreende de uma sentença de 1903. Antes dela, no entanto, em 1840, já se encontrava essa possibilidade em uma sentença também belga e na doutrina italiana.²⁸

Fazia-se claro que a doutrina se batia contra a imunidade absoluta²⁹ e, em 1891, o Instituto de Direito Internacional, por uma resolução, estabeleceu as situações em que não poderia ser aplicada a imunidade de jurisdição do Estado. Mantinha-se apenas o ato praticado *jure imperii* como coberto pela imunidade, afastando-se os casos em que o Estado estrangeiro agia como particular (*jure gestionis*).³⁰

A necessidade dessa diferenciação passou a ser mais evidente com o crescimento, principalmente no início do século XX, das funções do Estado que “deixou de ser apenas a entidade organizadora da comunidade nacional destinada a representá-la na ordem internacional e a exercer funções políticas próprias e características, para ser, também, promotora do desenvolvimento nacional”³¹, tendo, para isso, que se envolver diretamente na economia, celebrando contratos comerciais de variadas espécies.

²⁸ Sobre esse tema, cf. MENÉNDEZ, ob.cit., p. 100.

²⁹ Como exposto por Celso A. Mello (MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional...*, p. 351), Weiss e von Bar se destacaram no combate à imunidade absoluta, tendo sido Gabba o “primeiro doutrinador a estudar de modo sistemático a questão em artigos publicados no ‘Journal du Droit International’ de 1888 e 1890”.

³⁰ Sobre a posição da Suprema Corte dos EUA, confira-se LEE, Thomas H., The U.S. Supreme Court as Quasi-International Tribunal: Reclaiming the Court’s Original and Exclusive Jurisdiction Over Treaty-Based Suits By Foreign States Against States. *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 7, November 2004; *Fordham Law Legal Studies Research Paper* No. 55. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=575583>.

³¹ Cf. MAGALHÃES, ob.cit., p. 128. O mesmo autor diz que o Estado “passou a intervir na

Ressalta José Carlos Magalhães³² a substituição do apelo à proteção diplomática³³ pelos sistemas privados de solução de controvérsias que tiveram grande avanço desenvolvimentista, principalmente a partir de 1950. Esse fenômeno pode ser explicado pela aplicação prática da cláusula Calvo,³⁴ sempre presente nos contratos entre Estados e pessoas jurídicas estrangeiras, e pela necessidade do endosso do Estado que faria a substituição processual do prejudicado, pois, nestes casos, esse não pode figurar no pólo ativo da demanda. Ademais, a proteção diplomática tendia a ser mais eficiente quando exercida por Estados poderosos em face de Estados sem poder suficiente para suportar a pressão do adversário.

Segundo Hermes Marcelo Huck:³⁵

A distinção entre atos de império e de gestão, estabelecida a partir da jurisprudência italiana e belga, durante a primeira metade do século 20, padece de crucial dificuldade, no que toca à qualificação do que seja ato de império e a definição de quando o ato passa a ser de gestão.

A tarefa dessa distinção, mais complicada do que à primeira vista possa parecer, tem se caracterizado por uma orientação meramente casuística.

De fato, encontram-se na doutrina vários exemplos de tentativas de identificar quais são os atos de gestão e o de império, sem, no entanto, clareza científica, sendo apenas situações de elenco dos casos em que o Estado atua

economia, estimulando e incentivando a iniciativa privada, celebrando contratos de desenvolvimento e atraindo capitais e tecnologia estrangeiros para seus propósitos de crescimento econômico”.

³² Cf. MAGALHÃES, ob.cit., p. 129.

³³ Sobre a proteção diplomática, vale a leitura da obra DINH, ob.cit., p. 708.

³⁴ A cláusula Calvo determina uma renúncia prévia à proteção diplomática pelo contratante.

³⁵ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989, p. 116.

por meio de atos de império. De acordo com Huck,³⁶ ao se referir ao anteprojeto Valladão, há buscas de “subsídios para a distinção entre atos de império e gestão não só na jurisprudência francesa, como também na doutrina internacional”, o que “acaba por concluir que cabe à lei do foro qualificar o ato, como sendo de império ou de gestão”.

Ao identificar a reação daqueles que entendiam que a imunidade absoluta redundava numa injusta desvantagem para os particulares e às pessoas jurídicas que transacionavam com os governos,³⁷ Carmem Tibúrcio³⁸ defende que:

Tal reação, que foi determinante para o fim do costume de tratar os Estados como absolutamente imunes à jurisdição de outros, já se fazia notar com a Resolução de Hamburgo, do Instituto de Direito Internacional, em 1891, acompanhada por decisões de vários tribunais europeus, por volta do início do século XX, no sentido de atenuar a doutrina da imunidade absoluta. Seguiu-se a elaboração do Código de Havana, em 1928, ratificado pela maioria dos Estados latino-americanos.

A evolução trazida pela doutrina e jurisprudência que determinava limitações à imunidade de soberania foi positivada na Convenção Européia de Basiléia, em 1972, sobre imunidade de jurisdição do Estado. Em tal diploma, os primeiros quatorze artigos se destinam ao estabelecimento de um catálogo dos atos de gestão, nos quais a imunidade é automaticamente suspensa.

A Convenção Européia de 1972, mesmo sendo tida como um reflexo do direito costumeiro sobre o tema aplicado na Europa, alterou profundamente

³⁶ HUCK, Hermes Marcelo, ob.cit., p. 120.

³⁷ DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal 76: 14-5, 1982.

³⁸ TIBÚRCIO, Carmem. Imunidade de jurisdição: O Estado Federal e os Estados-membros. in Revista de Direito do Estado. Ano 1, n. 1: 207-231 – jan/mar 2006.

o tratamento da questão no Reino Unido, que era, por tradição, menos restritiva. Em 1978, o Parlamento Britânico aprovou o *State Immunity Act* que retirou a imunidade dos Estados nas suas transações comerciais.³⁹

Também a Espanha, tradicional defensora da imunidade absoluta, alterou substancialmente o seu ordenamento jurídico. A Constituição Espanhola de 1978 permitiu uma gradual conversão à imunidade relativa. Efetivamente, todavia, a relativização da imunidade aconteceu com o Real Decreto 1654/1980⁴⁰ e com a Lei Orgânica do Poder Judiciário⁴¹ que, no seu artigo 21, nº2, determina a existência da imunidade de jurisdição para os casos definidos pelas normas do DIP, o que pode ser visto como uma evolução, exatamente pelo fato de que as restrições se encontravam presentes no direito internacional público, como se disse, ou nas normas costumeiras, ou, ainda, na Convenção da Basiléia.

Também os antigos Estados comunistas, após o esfacelamento da União Soviética, em 1991, têm aderido à imunidade relativa de jurisdição, restando a China, ainda, como uma das seguidoras da teoria absoluta.

Os Estados Unidos aplicaram a teoria absoluta até o ano de 1952,⁴² quando passaram a adotar a teoria da imunidade qualificada,⁴³ ou relativa que

³⁹ Para uma análise interessante sobre a definição de órgão de Estado soberano, confira-se: GRANNE, Michael A., *Defining 'Organ of a Foreign State' Under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (May 1, 2008). UC Davis Law Review, Vol. 42, p. 1, 2008; Seton Hall Public Law Research Paper No. 1137999. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1137999>.

⁴⁰ O preâmbulo do dispositivo diz: “(...) la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya em su etapa final. Hoy día la mayor parte, si no la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción (...)”.

⁴¹ O artigo 21, nº 2, traz os casos que ficam de fora da jurisdição do judiciário espanhol, determinando que “se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público”.

⁴² Cf. BANDES, Susan A. , *Treaties, Sovereign Immunity, and the Plan of the Convention*.

depende do ato praticado pelo Estado-réu, depois de uma decisão do Departamento de Estado⁴⁴ daquele país⁴⁵, mantendo-se a imunidade apenas se se tratar de um ato de império; as regras sobre essa questão foram editadas em uma lei de 1976,⁴⁶ o *Foreign Sovereign Immunity*.⁴⁷ Em momentos diversos, mas em períodos próximos, também o Canadá, o Paquistão e a Nova Zelândia passaram a temperar a imunidade do Estado.

Depois da Convenção Européia de 1972, surgiram dois projetos de tratados sobre o tema, o Projeto de Convenção sobre Imunidade do Estado de Montreal, aprovado pela Associação de Direito Internacional em 1982, e, em 1992, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas chegou a um consenso sobre os artigos referentes à Imunidade de Jurisdição dos Estados e suas propriedades. Ambos os projetos seguem a teoria restritiva da imunidade do Estado.

Virginia Journal of International Law, Vol. 42, p. 743, 2002. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=309582> or DOI: 10.2139/ssrn.309582, nesse artigo, a autora discorre sobre caso envolvendo o Estado do Missouri e a Holanda, em que se analisam as limitações à Suprema Corte dos EUA trazidas pelas normas internacionais.

⁴³ Vale aqui analisar o caso *Republic of Austria v. Altmann*, discutido em CHORAZAK, Mark J., Clarity and Confusion: Did Republic of Austria V. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?. Duke Law Journal, Vol. 55, p. 373, 2005. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=961881>.

⁴⁴ Vale aqui a análise feita por GARVEY, Jack I., Judicial Foreign Policy-Making in International Civil Litigation: Ending the Charade of Separation of Powers (June, 23 2008). Georgetown Journal of International Law, Vol. 24, No. 2, 1993. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1150396>, relativa à separação de poderes.

⁴⁵ Cf. Carta do Consultor Jurídico, J. B. Tate para o Departamento de Justiça, de 19 de maio de 1952 – Dept. State Bull. 26 984 (1952).

⁴⁶ Antes dessa data, em 1973, o Brasil teve a sua imunidade de jurisdição afastada por juiz estadunidense, que, após consulta ao Departamento de Estado, entendeu-se investido de jurisdição para julgar caso em que o Brasil figurava como réu (nesse caso, particulares que foram prejudicados pelas escavações para a construção de prédio adjacente à embaixada pleiteavam indenização).

⁴⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989, p. 114.

No Brasil, o afastamento da imunidade absoluta foi demorado,⁴⁸ pois, apesar de se poder fundamentar a relativização da imunidade de soberania já na Convenção Europeia da Basiléia de 1972, a sua limitação ganhou força apenas após a Constituição de 1988, e com o julgamento, em 1990, do caso Geny de Oliveira. Com a promulgação da Constituição de 1988, o artigo 114⁴⁹ (na sua redação original, ou o atual artigo 114, I, da CF) é fundamental, pois trouxe, para muitos doutrinadores, expressamente tal possibilidade. Dessa maneira, começaram, então, a surgir julgados que aplicavam a restrição à imunidade em tela, o que aconteceu, primordialmente, no campo do direito do trabalho, fundada na redação do artigo 114, I, que é expreso ao se referir à competência da Justiça do Trabalho. Tal fundamentação sofreu alterações, como será visto adiante.

3 Imunidades do Estado

Importante, nesse momento, a lembrança de que a imunidade de jurisdição do Estado é uma exceção ao exercício da soberania do Estado do foro, por meio de seus poderes constituídos, portanto, como exceção deve ser interpretada restritivamente.⁵⁰

⁴⁸ Sobre a exceção relativa ao Estado que é tido como protetor de ações de terrorismo, confira-se GARTENSTEIN-ROSS, Daveed, A Critique of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=408740> or DOI: 10.2139/ssrn.408740.

⁴⁹ A redação original do art. 114 era: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, **abrangidos os entes de direito público externo** e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. – grifado. Atualmente, após a EC 45/04, o art. 114, I, determina a competência da Justiça do Trabalho para julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de **direito público externo** e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”.

⁵⁰ Cf. MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional...*, p. 350.

Correta, dessa forma, a idéia de limitação da imunidade de jurisdição, que, como exceção que é, deve apenas ser preservada ao Estado estrangeiro quando ele realiza atos de império, excluindo-se as situações em que age como particular, apesar de ser bastante complexa a identificação dos casos em que ele atua como particular ou não. No campo da execução, como prevê o artigo 18 do projeto da Comissão de Direito Internacional, se houver necessidade de constrição patrimonial, a imunidade deve recair apenas sobre os bens especificamente destinados à utilização para fins de serviço público, novamente a aplicação da interpretação restritiva.

A imunidade, então, desdobra-se, podendo ser argüida tanto na ação de conhecimento quanto na execução.

3.1 Imunidade de Jurisdição

Consiste no impedimento de um Estado ser réu, no processo de conhecimento, perante tribunal estrangeiro. Atualmente, entende-se que ela só é aplicada aos atos de império. Resta, no entanto, uma definição precisa daqueles que podem ser considerados como atos de império e, por consequência, os cobertos pela imunidade.

Para Celso A. Mello,⁵¹ os atos de império são: (a) atos legislativos; (b) atos concernentes à atividade diplomática; (c) os relativos às forças armadas; (d) atos da administração interna dos estados; e (e) empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.

⁵¹ Cf. MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional...*, p. 353.

Ademais, tanto o projeto da Comissão de Direito Internacional (art. 10 a 16) quanto a Convenção Européia de 1972 (art. 1º a 14) trazem os casos em que a imunidade de jurisdição deve ser suspensa, ou seja, o Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição perante tribunal estrangeiro em processo relativo a transações comerciais; contratos de trabalho; propriedade e posse de bens situados no país do foro; propriedade industrial; participações em sociedades; e exploração de navios não utilizados para fins de serviço público não comercial.

As duas classificações devem ser utilizadas em conjunto para que se possa concluir que o rol de atos de império é taxativo, enquanto que o de suspensão da imunidade é exemplificativo. Não se enquadrando o caso nos atos materialmente estatais, mesmo não elencados entre as situações de suspensão da imunidade, deve haver a restrição da imunidade, pois, a existência da imunidade de jurisdição, como dito, é uma exceção ao exercício da soberania. E, como toda exceção, repise-se, deve ser interpretada restritivamente.

Vários são os países que construíram legislações internas próprias para cuidar do tema, o que não é o caso do Brasil que ainda se utiliza de normas internacionais para tanto, salvo, para alguns, no tocante às questões trabalhistas, já excluídas, segundo esse entendimento, expressamente na CF/88.

Logo, para o objetivo proposto no presente trabalho, a questão é intrincada, pois, pelo menos no tocante à imunidade de jurisdição no campo das compras governamentais, não é expressa a possibilidade de se restringir a

imunidade para todo e qualquer tipo de lide envolvendo licitações internacionais.

3.2 Imunidade de Execução

Ela consiste na impossibilidade de um Estado sofrer um processo de execução perante tribunal estrangeiro. Quanto à imunidade de execução, a questão pode ser, todavia, um pouco mais tortuosa. É evidente que só faz sentido se falar sobre essa imunidade, se o Estado do foro adota a teoria temperada.

Realmente, sem o título executivo, conseguido no processo de conhecimento, não há que se falar em processo de execução. Logo, havendo imunidade absoluta, desnecessário falar se em imunidade de execução, pois, ela se torna impossível. Nesses Estados, a imunidade de jurisdição só é afastada se houver concordância daquele que será demandado, aceitando a jurisdição. Tal aceitação, porém, não se estende à execução. Daí se dizer que, nos casos de aplicação da teoria absoluta, a satisfação do direito só acontecerá com o cumprimento espontâneo da decisão de mérito pelo Estado estrangeiro, nos casos em que tiver aceito previamente o processo de conhecimento. Caso ele não aceite, torna-se impossível, mais uma vez, falar-se em execução.

Como a grande maioria dos países do mundo viu os seus sistemas evoluírem para a teoria temperada, o processo de conhecimento deixou de ser obstáculo, passando a existir, no entanto, a necessidade da satisfação do direito.

A solução pode estar na própria limitação à imunidade de jurisdição. Por esse raciocínio, os bens utilizados para a realização dos atos de império estariam livres da execução, que beneficiaria “todos os bens afectos às funções de autoridade, o que engloba, além dos bens necessários à actividade dos representantes do Estado e dos seus serviços públicos no estrangeiro, as suas disponibilidades monetárias em bancos mesmo privados”.⁵² Dessa forma, os bens destinados a outras finalidades, que não são as acima elencadas, não seriam cobertos pela imunidade. O mesmo acontecendo com os bens que formam o próprio objeto da demanda.

No tocante às compras governamentais, a constrição ficaria mais complexa ainda, porém, sendo possível discutir-se o cabimento dela sobre bens não cobertos pela imunidade.⁵³ No Brasil, não haveria a possibilidade de se fazer a execução sobre bem imóvel, pois, de acordo com o artigo 11, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, os Estados estrangeiros só podem aqui manter bens imóveis destinados à instalação de embaixada e de consulados.

A maioria da doutrina entende impossível a execução de uma sentença contra Estado estrangeiro; espera-se que o pagamento se dê de maneira espontânea.

⁵² Cf. DINH, ob.cit., p. 409.

⁵³ É algo que já aconteceu no processo trabalhista, porém, mais difícil de acontecer no caso das licitações internacionais. Para uma relativização também na imunidade de jurisdição no processo de execução vale a análise do seguinte julgado do E. TRT da 10ª Região: 00089-2001-010-10-00-6 AP. Nele, diz-se que: “Possuindo a Reclamada, Estado estrangeiro, bens no país que não se destinam à sua representação diplomática, já que aqui não mantém Embaixada desde janeiro de 2000, é perfeitamente possível a constrição judicial sem que com isso se violem as Convenções de Viena”.

De toda forma, no Brasil, como citado por Guido Soares,⁵⁴ desconhece-se “sentença condenatória a Estado estrangeiro decretada por tribunal brasileiro e que tenha suscitado a questão da imunidade de execução contra seus bens”, e continua, “os casos brasileiros (...) de sentenças condenatórias que poderiam ter ensejado uma execução forçada, foram resolvidos por via diplomática ou amigavelmente”.⁵⁵

Não se pode, no entanto, afastar a possibilidade do surgimento de caso em que a composição seja impossível, por isso, a separação entre bens passíveis de execução ou não é fundamental para uma melhor prestação jurisdicional.

Pelo artigo 20 da Convenção Européia de 1972, o Estado parte compromete-se a executar as sentenças proferidas contra ele por tribunal estrangeiro, e, havendo recusa, deverá iniciar processo de conhecimento perante a Corte Européia de Direitos Humanos, a fim de discutir o mérito da causa. Sem dúvida é a representação de um avanço. Todavia, a realidade européia, no tocante à estruturação de uma Corte Internacional de Direitos Fundamentais, é mais evoluída que a americana. As mesmas estrutura e efetividade não são encontradas nas Américas (ou em qualquer outro lugar do mundo). Daí a dificuldade de se comparar o sistema europeu com os demais locais do globo, ou se querer aplicar a Convenção da Basiléia fora da Europa.

⁵⁴ Cf. SOARES, ob.cit., p. 174.

⁵⁵ A posição do Ministério das Relações Exteriores, expressa em nota circular às missões diplomáticas e repartições consulares, reconhecendo que os casos deveriam ser analisados exclusivamente pela Justiça do Trabalho, após a promulgação da Constituição, veio a fortalecer o papel do Judiciário Trabalhista e implementar as composições nesse campo.

4 Evolução das decisões nos casos concretos no Brasil

Como já dito, a alteração na orientação jurisprudencial no Brasil,⁵⁶ substituindo a imunidade absoluta por relativa, demorou a acontecer. Inúmeras reclamações trabalhistas contra Estados estrangeiros e suas representações, apesar de julgadas procedentes em primeiro grau de jurisdição, tiveram obstaculizadas o trânsito em julgado da decisão favorável, pois, divergiam do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que aplicava a imunidade de soberania de forma absoluta.

Somente com o julgamento da Apelação Cível 9.696-3, houve alteração do entendimento do STF. Nesse julgado relatado pelo Ministro Sydney Sanches afastou-se a imunidade absoluta do Estado estrangeiro. O voto do relator defendia a aplicação do art. 114 da CF/88, entendendo afastada a imunidade absoluta em todas as causas trabalhistas. Todavia, o fundamento vencedor foi o trazido pelo voto do Ministro Francisco Rezek.

Tal voto tinha como fundamentos principais: (1) a distinção entre as imunidades pessoais (resultantes das duas Convenções de Viena) e aquelas destinadas ao próprio Estado estrangeiro; e (2) a alteração das normas costumeiras sobre o tema pela positivação do direito através da Convenção Européia da Basiléia de 1972, reafirmada pelas citadas leis internas dos Estados Unidos e Reino Unido. Além disso, na sua fundamentação, o Ministro Rezek declarou não se apoiar no artigo 114 da CF/88, “mas no fato de não

⁵⁶ Para uma melhor análise da questão, vale conferir os seguintes julgados do E. TRT da 10ª Região, entre eles: 01170-2001-002-10-00-9 RO; 00288-2001-002-10-00-0 RO; 01305-2001-016-10-00-9 RO; 01372-2001-008-10-00-9 RO; 01290-2000-017-10-00-4 RO; 00705-2001-012-10-00-1 RO; 01170-2001-002-10-00-9 RO; 01305-2001-016-10-00-9 RO; 00089-2001-010-10-00-6 AP.

mais encontrar fundamento para estatuir sobre a imunidade absoluta como vinha garantindo o Supremo Tribunal Federal”.

Com relação à confusão entre as imunidades diplomáticas e as destinadas ao Estado, ela não acontece apenas no Brasil. Em 1980, três sentenças proferidas pelo Tribunal Central do Trabalho espanhol determinavam a incompetência da corte para julgar reclamações de trabalhadores de missões diplomáticas e secretarias consulares, fundando-se na Convenção de Viena de 1961, sobre imunidades diplomáticas, e na de 1963, sobre questões consulares. Não é, portanto, exclusividade do Brasil a falta de visão clara sobre o assunto.⁵⁷

Existe, todavia, uma divergência jurisprudencial relativamente a qual seria o melhor fundamento para o afastamento da imunidade absoluta, se o exposto pelo Ministro Sydney Sanches que se funda na aplicação simples do artigo 114 da CF/88 ou se o do Ministro Francisco Rezek, que acabou sendo o adotado no julgamento, fundando-se no DIP e em normas estrangeiras.

José Carlos de Magalhães⁵⁸ é enfático ao dizer que o fundamento do julgado diminuiu a importância da Constituição Federal Brasileira, pois evocou normas de tratado do qual o Brasil não faz parte e normas estadunidenses e britânicas, todas para justificarem a alteração do DIP. José Carlos Magalhães vai mais longe em suas críticas, defendendo que se trata “de matéria que se

⁵⁷ Cf. PASTOR RIDRUEJO, ob.cit., p. 565.

⁵⁸ Cf. MAGALHÃES, ob.cit., p. 143: “Vê-se, desse raciocínio, que prevaleceu no plenário da Casa, que a jurisprudência brasileira mudava não porque o Brasil, como autoridade de direito internacional que é, resolvera deixar de conceder a imunidade absoluta, por razões relevantes, assim consideradas pelo país – como é o caso das reclamações trabalhistas, em que o reclamante sofria denegação de justiça, até mesmo pela impossibilidade de apresentar sua pretensão perante o país estrangeiro – mas porque outros países o fizeram antes!”.

inclui dentro da jurisdição territorial do Brasil, cabendo-lhe a competência para decidir sobre a concessão ou não da imunidade”.

A preocupação do autor é procedente, afinal, se o DIP tem como característica o consenso, não se pode exigir que um Estado cumpra um tratado ao qual não se vinculou. Também não se justifica a alusão a normas estrangeiras para se decidir uma questão interna, salvo nos casos de relações jurídicas com conexão internacional, que diz respeito ao direito internacional privado, o que não é o caso.

Entretanto, não parecem inconciliáveis a aplicação do art. 114 da CF/88 e a fundamentação dada pelo Ministro Francisco Rezek, que é defendida por Guido Fernando S. Soare,⁵⁹ em comentários feitos ao julgamento do Caso Geny de Oliveira, no qual se utilizam os da Apelação 9.696-3.

De fato, o consenso é característica do DIP, mas, além dos tratados, o costume é fonte de direito internacional público. Nesse passo, pode-se entender que as normas da Convenção da Basiléia de 1972, apesar de pertencerem a um tratado do qual o Brasil não é parte, podem vincular o país se houver reiteração de condutas (elemento objetivo) e consciência da obrigatoriedade (elemento subjetivo).⁶⁰

A existência do artigo 114 da CF/88, além de definir a divisão interna de competência, traz os elementos para que se dê início à reiteração de condutas, o que, também, fundamenta a obrigatoriedade. Além disso, a evocação do DIP afasta o Brasil de agir unilateralmente, além de impedir

⁵⁹ Cf. SOARES, ob.cit., p. 233: “As razões da decisão daquela egrégia Corte se basearam nos argumentos extremamente bem construídos, do relator do Recurso Extraordinário, o eminente Ministro Francisco Rezek”.

⁶⁰ Sobre os elementos do costume, cf. PEREIRA, ob.cit., p.189, SOUZA, ob.cit, p. 14 e p. 46.

eventual ação de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos.

Assim, não se afasta a natureza internacional desse tipo de relação, respeita-se o direito internacional por indicação da Constituição, que, por sua vez, positivou a alteração do regramento sobre o tema, abrindo espaço para a aceitação, no Brasil, da teoria temperada da imunidade de jurisdição.

Atualmente, julgados se sucedem nesse sentido, com a necessidade de adequação quanto à fundamentação, mas alcançando o objetivo de entregar a prestação jurisdicional, principalmente nas questões trabalhistas que têm, como regra, casos de prejudicados impossibilitados a levar o seu clamor para tribunais estrangeiros.

Para ilustrar, vale a apresentação de ementa do Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sobre caso semelhante que usou a mesma fundamentação (Apelação Cível nº 2 – 89.8751-7 – apelante: Embaixada dos EEUU em Brasília; apelados: Paulo da Silva Valente e outro. Acórdão de 07/08/90, pub. em 03/09/90, no Diário da Justiça, Brasília):

Imunidades de Jurisdição. Reclamação Trabalhista intentada contra Estado estrangeiro. Sofrendo o princípio da imunidade absoluta de jurisdição certos temperamentos, em face da evolução do direito consuetudinário internacional, não é ela aplicável a determinados litígios decorrentes de relações rotineiras entre Estado estrangeiro e os súditos do país em que o mesmo atua, de que é exemplo a reclamação trabalhista. Precedentes do STF e do STJ. Apelo a que se nega provimento.

5 Contratos com o Estado

De acordo com o Hermes Marcelo Huck, no século XX, o estado se agigantou, passando a ter importância enorme na economia.⁶¹ Por conta disso, toda atuação do Estado com implicações econômicas se mostra relevante para que as dificuldades trazidas pela crise atual sejam superadas.⁶² Seguindo os ensinamentos de Hermes Marcelo Huck:⁶³

Conceitos tradicionais consagrados em séculos de evolução histórica são frontalmente contestados. Princípios gerais, antes pacificamente aceitos, passam a ser discutidos. E a busca do ideal do equilíbrio entre as nações, objetivo maior de gerações de internacionalistas, é substituída pelo conceito econômico de cooperação. De uma igualdade jurídico-formal entre Estados soberanos parte-se para uma luta pela superação das desigualdades, e o Direito Internacional é instrumento fundamental nesse processo.

Também a soberania, que está na base da imunidade acima analisada é identificada como um obstáculo para que os contratos com o Estado sejam tidos como uma forma segura de atuação do particular.⁶⁴ De fato, a imunidade é uma grande ameaça ao particular, que poderá, posteriormente, no máximo discutir o ressarcimento pelos investimentos realizados.

Os contratos com o Estado podem fazer nascerem pendências entre particulares e os Estados, daí, a relevância do tema na questão envolvendo imunidade de soberania.

⁶¹ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989, p. 9.

⁶² ANDERSON, Robert D. & YUKINS, Christopher R., *International Public Procurement Developments in 2008; Public Procurement in a World Economic Crisis(2008)*. West Government Contracts Year in Review Conference (Covering 2008) ; GWU Legal Studies Research Paper No. 458; GWU Law School Public Law Research Paper No. 458. Disponível em at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1356142>.

⁶³ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989, p. 9.

⁶⁴ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989, p. 24: “A soberania do Estado é a grande ameaça para o particular que com ele contrata”.

É importante que fique claro que o afastamento pelo Brasil da imunidade, no campo das compras governamentais, possibilita que ele tenha a sua imunidade afastada. O que traz consequências econômicas positivas e maior transparência nas licitações internacionais.

6 Compras Governamentais no Mercosul

Nesse ponto passa-se a analisar a importância dos acordos internacionais sobre compras governamentais, tendo-se em vista a existência das imunidades. O foco é a integração regional da qual faz parte o Brasil. Dessa maneira, o Mercosul será analisado, apesar da ainda embrionária evolução do bloco nesse ponto.

O desempenho dos mercados de compras governamentais tem grandes implicações para o bem-estar dos cidadãos de todo o mundo. Elas representam proporção substancial do produto interno bruto, 15-20 por cento, em média, em economias desenvolvidas.⁶⁵ Nos países em desenvolvimento e em transição com setor privado pouco desenvolvido, a proporção do produto interno bruto contabilizada pode ser substancialmente maior, na faixa de 30-40 por cento, de acordo com algumas estimativas.⁶⁶ Além disso, as compras governamentais tipicamente envolvem bens e serviços com especial representação econômica, social ou de desenvolvimento, podendo ser citados, o transporte e outras infra-estruturas físicas, que são vitais para a

⁶⁵ OECD, *The Size of Government Procurement Markets*, 2001.

⁶⁶ KOVACIC William E., "Competition Policy, Consumer Protection, and Economic Disadvantage," 25 *Washington University Journal of Law & Policy*, 2007, pp. 101-118.

competitividade das empresas para os cidadãos, além de hospitais e outros serviços de saúde pública; escolas e universidades; defesa e policiamento.

O que se percebe é a tentativa de regulação internacional do tema, objetivando padronizar os procedimentos e também dar maior segurança aos contratantes com o Estado.

A imunidade de soberania tem claras implicações econômicas⁶⁷. Segundo Menell,⁶⁸ ela pode minar esforços de cooperação internacional. Dessa forma, os protocolos sobre compras governamentais devem ser acompanhados de uma discussão sobre a imunidade de soberania, no caso do Brasil, especialmente no âmbito do Mercosul.

No Mercosul, foi celebrado, em 2004, um protocolo de Contratações Públicas (CMC/Dec. nº 55/04). Ele ainda não está em vigor, o que acontecerá após o 2º membro internalizar o instrumento. Até o momento, infelizmente, nenhum membro ratificou o protocolo, que assim se inicia:

CONSIDERANDO:

Que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL tem por objetivo proporcionar aos fornecedores e prestadores estabelecidos nos Estados Partes e aos bens, serviços e obras públicas originários dos Estados Partes um tratamento não discriminatório no processo de contratações públicas.

⁶⁷ Sobre o tema, especificamente no tocante à propriedade intelectual, vale a leitura de MENELL, Peter S., *Economic Implications of State Sovereign Immunity from Infringement of Federal Intellectual Property Rights*. Loyola Law Review, Vol. 33, 2000. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=256239> or DOI: 10.2139/ssrn.256239.

⁶⁸ Ob. cit., p. 1402: “It concludes that although state sovereign immunity for violations of federal intellectual property rights is unlikely to significantly undermine the rights of intellectual property owners because of a broad array of legal, market, social, and political restraints upon states and state actors, state sovereign immunity could undermine international treaty obligations and foreign diplomacy”.

A cobertura do protocolo é determinada por listas positivas ou negativas, da seguinte forma: Lista de entidades (positiva); de bens (negativa); de serviços (positiva); de obras públicas (positiva)

O Protocolo tem por objetivo proporcionar aos fornecedores e prestadores estabelecidos nos Estados Partes, e aos bens, serviços e obras públicas originários desses Estados Partes, um tratamento não discriminatório nos processos de contratações efetuadas pelas entidades públicas.

Os processos de contratações públicas de bens, serviços e obras públicas deverão ser realizados de forma transparente, observando os princípios básicos de legalidade, objetividade, imparcialidade, igualdade, devido processo, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, concorrência e os demais princípios que concordem com eles, segundo o próprio texto que o compõe.

Com relação às disposições estabelecidas pelo Protocolo, cada Estado Parte outorgará imediata e incondicionalmente aos bens e serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de qualquer outro Estado Parte um tratamento não menos favorável que aquele que conceda aos bens e serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de qualquer outro Estado Parte ou de terceiros países.

No tocante a todas as leis, regulamentos, medidas e práticas que afetem as contratações públicas cobertas pelo Protocolo, cada Estado Parte outorgará aos bens e serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de qualquer Estado Parte, conforme os ANEXOS do Protocolo, um tratamento não menos favorável do que o que outorgue a seus próprios bens,

serviços, obras públicas, fornecedores e prestadores, sem prejuízo da faculdade de cada Estado Parte manter exceções limitadas, conforme o disposto no ANEXO VI.

Segundo o protocolo, nenhum Estado Parte poderá:

- a) discriminar um fornecedor ou prestador estabelecido em qualquer dos Estados Partes por motivo de uma afiliação ou propriedade estrangeira; ou
- b) discriminar um fornecedor ou prestador estabelecido no seu território em razão de que os bens ou serviços ou obras públicas oferecidos por esse fornecedor ou prestador para uma contratação em particular sejam de outro Estado Parte.

Ressalta-se, também, que as disposições do protocolo sobre não discriminação não se aplicarão aos direitos aduaneiros ou a quaisquer outros encargos de natureza equivalente que incidam sobre o comércio exterior, nem a outras regulamentações de importação.

Cada Estado Parte fixou, por meio do protocolo, um piso acima do qual todas as compras governamentais acontecerão sob as normas do bloco. Logo, o que se percebe é a necessidade de criação de normas que ultrapassem as fronteiras, pois, tal procedimento, que poderia ser identificado também na adesão ao sistema do GPA (acordo sobre compras governamentais da Organização Mundial do Comércio) poderia trazer várias vantagens ao Brasil, que podem assim ser destacadas:⁶⁹

1. Benefícios diretos nas contratações domésticas: o que poderia representar um aumento da concorrência, trazendo a possibilidade de preços mais baixos, qualidade superior, além de acesso a tecnologia;
2. Acesso às contratações públicas de outros membros, no caso do GPA/OMC, destaca-se a entrada da China;
3. Baixo custo de adesão em termos de adequação procedimental, pois, a legislação brasileira atual já atende aos requisitos do Acordo e do protocolo do

⁶⁹ Segundo estudo da AMCHAM, de agosto de 2008.

Mercosul, o COMPRASNET reconhecido internacionalmente (ex.: implementação do modelo na Bolívia) é o exemplo, nesse caso.

Há também, segundo a mesma fonte, possíveis vulnerabilidades para o Brasil, que podem ser identificadas como:

1. Escassez de estudos na matéria: dados estatísticos pouco fidedignos;
2. Concorrência no mercado nacional de Compras Governamentais – demonstradas pela incerteza quanto à capacidade de empresas brasileiras ganharem contratos em competição aberta com empresas estrangeiras, logo os ganhos para o Governo Brasileiro decorrentes de menor preço dos contratos compensam perda para empresas brasileiras;
3. Concorrência no mercado de outros países - incerteza quanto à competitividade das empresas brasileiras em outros países membros (maioria dos membros é formada por países desenvolvidos), além da complexidade da legislação norte-americana e inúmeras exceções previstas

As inúmeras vulnerabilidades brasileiras, no entanto, devem ser identificadas, para que sua superação possa se iniciar, se não for possível no âmbito global, pelo menos no âmbito do Mercosul.

Identificar e enfrentar tais vulnerabilidades é essencial para que o país supere as dificuldades e possa se inserir na nova realidade mundial, que, hoje, por força da crise econômica, pode estar alterada, mas exigirá uma maior transparência do Estado em escala cada vez maior,⁷⁰ pois, a mudança no plano internacional foi acompanhada pela mudança no plano interno, fazendo que as normas internacionais cada vez mais regulem as ações dos Estados.

⁷⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Direito Econômico Internacional. Curitiba: Juruá, 2005, p. 302.

Como demonstração de que há necessidade de internacionalização, mesmo em tempos de crise, Anderson & Yukins,⁷¹ ao discutirem os desafios do governo Obama, assim asseveram:

The legal impact of limiting stimulus spending to domestic firms may, in practice, be muted, because of the way the funds are spent. If, for example, federal stimulus spending is passed through state infrastructure projects, those state procurements may be immune from some or all of the free trade obligations that normally attach to federal procurement.

The diplomatic impact of discriminating against foreign competition in procurement could be profound, however. Nations that have long resisted calls to open their own procurement markets to foreign competition could point to discrimination in U.S. stimulus spending as an excuse to keep their own procurement markets closed - and the efforts to open up the world's procurement markets could be set back for decades

Parece, portanto, necessário que o tema não seja analisado de forma isolada. As compras governamentais podem ser grande porta para a ampliação do comércio internacional.

7 Conclusão

As imunidades dos Estados podem ser vistas como decorrências naturais das características do Direito Internacional Público que é descentralizado e busca constantemente o consenso. Todavia, o implemento das atividades estatais retirou ou, pelo menos, diminuiu, de meados do sec. XX até agora, com maior aprofundamento a partir de final da década de 70 do século XX, a distância que os Estados guardavam dos particulares de outros Estados.

⁷¹ ANDERSON, Robert D. & YUKINS, Christopher R., International Public Procurement Developments in 2008; Public Procurement in a World Economic Crisis(2008). West Government Contracts Year in Review Conference (Covering 2008) ; GWU Legal Studies Research Paper No. 458; GWU Law School Public Law Research Paper No. 458. Disponível em at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1356142>.

Dessa forma, natural o desaparecimento da imunidade absoluta de jurisdição do Estado estrangeiro, o que explica o surgimento das limitações. Na verdade, a existência da imunidade absoluta era um resquício de um tempo em que não havia estruturação adequada do DIP, as regras serviam para beneficiar senhores feudais e reis.

Isso não quer dizer que se deve afastar a aplicação do adágio *par in parem non habet iudicium*, ele deve ser mantido para garantir a imunidade aos atos necessários à existência das relações internacionais. Na hipótese de a relação jurídica ser regulada pelo DIP, o que se confunde com os casos de atos de império, a solução tem que ser dada no âmbito internacional.

Fora dessas situações, no entanto, a garantia da imunidade não pode persistir, pois, dessa forma, será mantida a aplicação de norma de direito internacional público a casos que devem ser regulados pelo direito interno, como são as relações trabalhistas, ou por regras internas, supranacionais ou internacionais, no caso das compras governamentais.

Fundamental, no entanto, a evolução, mesmo que costumeira, para o Brasil, das regras sobre as imunidades. Rompê-las unilateralmente, sem o acompanhamento das suas fontes, poderia representar violação ao direito internacional, o que não é desejável para os envolvidos na sociedade mundial. Apesar de se ter certeza, em alguns casos, da dificuldade de efetivação do direito internacional público e, por consequência, da chance mínima de ser imposta uma sanção ao país violador.

Afinal de contas, como se sabe, a sociedade não precisa de boas leis, mas de bons sujeitos de direito. A Constituição Federal traz no seu artigo 4º os

princípios norteadores das relações internacionais para o Brasil, visando uma melhora gradativa das relações internacionais e, por consequência do DIP, pressupondo a participação do Brasil nessa sociedade, respeitando, assim, o Direito Internacional Público.

A solução da jurisprudência e da doutrina para uma questão de direito internacional público não poderia partir de uma norma interna. Exatamente por respeito às características de tal ramo do direito.

Dessa maneira, a vinculação do Brasil às normas internacionais sobre compras governamentais é desejável para que se possa conceder maior transparência às licitações brasileiras, além de ampliar a competitividade e preparar as empresas nacionais para participarem de licitações fora do país.

Enfrentar as vulnerabilidades e aprofundar as vantagens são tarefas necessárias para que o país possa ingressar de vez na era da globalidade governamental. Dessa maneira, diminuindo-se as implicações econômicas da imunidade.

8 Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e Silva, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 15^a ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva; 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1997.

ANDERSON, Robert D. & YUKINS, Christopher R., International Public Procurement Developments in 2008; Public Procurement in a World Economic Crisis(2008). West Government Contracts Year in Review Conference (Covering 2008) ; GWU Legal Studies Research Paper No. 458; GWU Law School Public Law Research Paper No. 458. Disponível em at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1356142>.

AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York,

Cambridge University Press, 2007, pp. 4-5; 102-168.

BANDES, Susan A. ,Treaties, Sovereign Immunity, and the Plan of the Convention. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, p. 743, 2002. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=309582> or DOI: 10.2139/ssrn.309582.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990.

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. *Ordem Jurídica Internacional & Internacionalização do Capital*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

CHORAZAK, Mark J.,Clarity and Confusion: Did Republic of Austria V. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?. *Duke Law Journal*, Vol. 55, p. 373, 2005. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=961881>.

CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina; 2000.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1999.

DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. in *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* 76: 14-5, 1982.

DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris: PUF; 1963.

FONSECA, José Roberto Franco da. Estrutura e Funções da Corte Internacional de Justiça. in: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coordenadores). *O Direito Internacional no Terceiro Milênio - Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTR; 1998; pp. 750-762.

GARTENSTEIN-ROSS, Daveed,A Critique of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=408740> or DOI: 10.2139/ssrn.408740.

GARVEY, Jack I.,Judicial Foreign Policy-Making in International Civil Litigation: Ending the Charade of Separation of Powers(June, 23 2008). *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 24, No. 2, 1993. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1150396>.

GRANNE, Michael A.,Defining 'Organ of a Foreign State' Under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976(May 1, 2008). *UC Davis Law Review*, Vol. 42, p. 1, 2008; Seton Hall Public Law Research Paper No. 1137999. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1137999>.

HELLER, Hermann. *La Soberanía - Contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica; 1995.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. Gráfica Aquarela, 1989.

_____. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica – uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

KOVACIC, William E., “Competition Policy, Consumer Protection, and Economic Disadvantage,” 25 *Washington University Journal of Law & Policy*, 2007, pp. 101-118.

LEE, Thomas H., The U.S. Supreme Court as Quasi-International Tribunal: Reclaiming the Court's Original and Exclusive Jurisdiction Over Treaty-Based Suits By Foreign States Against States. *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 7, November 2004; *Fordham Law Legal Studies Research Paper* No. 55. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=575583>.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional*. Curitiba: Juruá, 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. “Fatores de Limitação da Jurisdição do Estado”, in MERCADANTE, Araminta de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos de (coords.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. vol. II, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2000.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th. ed. London: Routledge; 1998.

MEIRA MATOS, Adherbal. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público - 2 vols*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2002.

_____. *Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2000.

MENELL, Peter S., Economic Implications of State Sovereign Immunity from Infringement of Federal Intellectual Property Rights. *Loyola Law Review*, Vol. 33, 2000. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=256239> or DOI:

10.2139/ssrn.256239.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público - Parte General*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta; 1995.

MORGENTHAU, Hans J. *Politics Among Nations - The Struggle for Power and Peace*. Revised by Kenneth W. Thompson. Chicago: McGraw Hill; 1993.
OECD, *The Size of Government Procurement Markets*, 2001.

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4ª ed. Madrid: Tecnos; 1993.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: Gênese do direito internacional*. 1ªed. Rio de Janeiro: Renovar; 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

SINCLAIR, I. The law of sovereign immunity. Recent developments, *RCADI* 1980, II, vol. 167, pg. 121.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2001.

SOUZA, Ielbo Marcos Lobo de. *Direito Internacional Costumeiro*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

TIBÚRCIO, Carmem. Imunidade de jurisdição: O Estado Federal e os Estados-membros. *in* Revista de Direito do Estado. Ano 1, n. 1: 207-231 – jan/mar 2006.