



.....

PARECERES DOS
CONSULTORES
JURÍDICOS
DO ITAMARATY

Volume VII (1972-1984)

*Organização de
Antônio Paulo Cachapuz
de Medeiros*

.....

COLEÇÃO

BRASIL 500 ANOS

.....





Ponto de Encontro, 1969, Mary Vieira.
Palácio Itamaraty, Brasília.



PARECERES DOS
CONSULTORES JURÍDICOS
DO ITAMARATY

VOLUME VII (1972-1984)



Mesa Diretora

Biênio 2003/2004

Senador José Sarney
Presidente

Senador Paulo Paim
1º Vice-Presidente

Senador Eduardo Siqueira Campos
2º Vice-Presidente

Senador Romeu Tuma
1º Secretário

Senador Alberto Silva
2º Secretário

Senador Heráclito Fortes
3º Secretário

Senador Sérgio Zambiasi
4º Secretário

Suplentes de Secretário

Senador João Alberto Souza

Senadora Serys Shhessarenko

Senador Geraldo Mesquita Júnior

Senador Marcelo Crivella

Conselho Editorial

Senador José Sarney
Presidente

Joaquim Campelo Marques
Vice-Presidente

Conselheiros

Carlos Henrique Cardim
João Almino

Carlyle Coutinho Madruga
Raimundo Pontes Cunha Neto

.....
Coleção Brasil 500 Anos

PARECERES DOS
CONSULTORES JURÍDICOS
DO ITAMARATY

VOLUME VIII (1972-1984)

Organização e Prefácio de
Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros

Brasília – 2004

COLEÇÃO BRASIL 500 ANOS

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997 buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de importância relevante para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do País.

COLEÇÃO BRASIL 500 ANOS

Obras publicadas

- De profecia e Inquisição* – Padre Antônio Vieira
O Brasil no Pensamento Brasileiro (Volume I) – Djacir Menezes (organizador)
Manual Bibliográfico de Estudos Brasileiros (2 volumes) – Rubens Borba de Moraes e William Berrien
Catálogo de Exposição de História do Brasil – Ramiz Galvão (organizador)
Rio Branco e as Fronteiras do Brasil – A. G. de Araújo Jorge
Galeria dos Brasileiros Ilustres – (2 volumes) – S. A. Sisson
Amapá: a terra onde o Brasil começa, 2ª edição – José Sarney e Pedro Costa
Na Planície Amazônica – Raimundo Moraes
Castilhismo: Uma filosofia da República – Ricardo Vélez Rodríguez
Um Paraíso Perdido (Ensaio Amazônicos) – Euclides da Cunha
Porque construí Brasília – Juscelino Kubitschek
Efemérides Brasileiras – Barão do Rio Branco
Dom Helder: o Artesão da Paz – Raimundo Caramuru Barros (organizador)
O Discurso autoritário de Cairu – João Alfredo de Sousa Montenegro
O Rio de Janeiro nos Tempos dos Vice-Reis – Luís Edmundo
Formação Histórica do Acre (2 volumes) – Leandro Tocantins
A Amazônia e a Integridade do Brasil – Arthur César Ferreira Reis
Pareceres dos Consultores jurídicos do Itamaraty (9 volumes) – organização de Paulo Cachapuz de Medeiros

Projeto gráfico: Achilles Milan Neto

© Senado Federal, 2004

Congresso Nacional

Praça dos Três Poderes s/nº – CEP 70168-970 – Brasília – DF

CEDIT@cegraf.senado.gov.br – <http://www.senado.gov.br/web/conselho/conselho.htm>

.....

Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty/organização e prefácio
de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros – Brasília: Senado Federal,
Conselho Editorial, 2004–, 9 v.
562 p. — (Coleção Brasil 500 anos)

1. Direito Internacional Público, jurisprudência, Brasil. 2. Direito
Internacional Privado, jurisprudência, Brasil. 3. Direito Constitucional,
jurisprudência, Brasil. 4. Direito Civil, jurisprudência, Brasil. 5. Direito
Administrativo, jurisprudência, Brasil. 1. Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz
de. II. Série.

CDDir 340.6

.....



MINISTÉRIO
DAS
RELAÇÕES
EXTERIORES



Senado Federal

Presidente do Senado Federal

Presidente do Conselho Editorial

Diretor-Geral

Ministério das Relações Exteriores

Embaixador Celso Amorim
Ministro de Estado das Relações Exteriores

Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães
Secretário-Geral das Relações Exteriores

Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Consultor Jurídico

Fundação Alexandre de Gusmão

Embaixadora Thereza Maria Machado Quintella
Presidente

.....
Coleção Brasil 500 Anos

*PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY*

Plano da Obra

Co-Edição Senado Federal/Ministério das Relações
Exteriores/Fundação Alexandre de Gusmão

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Organizador)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume I)

Edição Fac-similar do volume editado pela Seção de Publicações do
Ministério das Relações Exteriores em 1956, sob o título de
“Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo I – 1903-1912”

Organização e apresentação de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume II)

Edição Fac-similar do volume editado pela Seção de Publicações do
Ministério das Relações Exteriores em 1962, sob o título de
“Pareceres dos Consultores jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo II – 1913-1934”

Organização de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Zuleika Lintz

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume III)

Edição Fac-similar do volume editado pelo Departamento de
Imprensa Nacional em 1961, sob o título de
“Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo III – 1935-1945”
Organização de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Zuleika Lintz

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume IV)

Edição Fac-similar do volume editado pela Seção de Publicações do
Ministério das Relações Exteriores em 1967, sob o título de
“Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo IV – 1946-1951”
Organização de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Zuleika Lintz

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume V)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Hildebrando Accioly (1952-1960)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume VI)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Haroldo Valladão (1961-1971)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume VII)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Amílcar de Araújo Falcão, de Augusto de Rezende
Rocha e de Miguel Franchini-Netto (1972-1984)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume VIII)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Antônio Augusto Cançado Trindade (1985-1989)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume IX)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Vicente Marotta Rangel, de João Grandino Rodas e
de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1990-1999)

.....

Prefácio

O

s leitores do volume VII da Série Pareceres dos Consultores Jurídico do Itamaraty não devem ficar confusos com a circunstância de que os pareceres não seguem uma ordem precisamente cronológica.

Ocorre que houve certos períodos em que o Ministério das Relações Exteriores chegou a ter dois Consultores Jurídicos (chamados de 1º Consultor e de 2º Consultor), em virtude do excesso de atribuições confiadas à área de controle da legalidade dos atos da Chancelaria brasileira.

Logo, Consultores Jurídicos conviveram no exercício de suas funções, nem sempre ocorrendo uma sucessão entre os mesmos.

Entre os anos de 1963 e 1984, exerceram a função os notáveis juristas pátrios Haroldo Valladão, Amílcar de Araújo Falcão, Augusto de Rezende Rocha e Miguel Franchini-Netto.

Haroldo Valladão, que nesta Série teve seus pareceres publicados no volume VI, e Amílcar de Araújo Falcão, ocuparam conjuntamente a Consultoria de 1963 a 1967.

Com o propósito de dedicar o volume VI inteiramente ao Professor Haroldo Valladão, incluímos no presente tomo os pareceres de Amílcar Falcão, embora anteriores a 1972.

Amílcar de Araújo Falcão, natural de Salvador, Bahia, faleceu prematuramente, em 1967, aos quarenta anos de idade, causando forte comoção

nos meios acadêmicos e forenses, junto aos quais desfrutava de elevado conceito e de justa aura de genialidade, pois já era Catedrático de Direito Financeiro da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (hoje UFRJ) e da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (atual UERJ).

Miguel Franchini-Netto, por sua vez, foi Catedrático de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e ingressou no Ministério das Relações Exteriores, em 1953, como Ministro para Assuntos Econômicos. Serviu em várias Embaixadas brasileiras e na Delegação junto à ONU, em Nova York.

Entre os pareceres que ora vêm a lume, destaco os referentes aos aspectos jurídico-internacionais da demarcação do Salto de Sete Quedas; à interpretação do fundamento da inviolabilidade da sede de missões diplomáticas estrangeiras; ao uso industrial e agrícola de rios e lagos internacionais; vários pareceres concernentes aos primórdios da relativização da imunidade jurisdicional dos Estados; ao reconhecimento pelo Brasil do Governo da República Popular da China; à inviabilidade de acordos internacionais secretos; ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil – ONU e Agências Especializadas; ao status jurídico do Pnud; à clandestinidade de estrangeiro – quem a decide e quem a julga; aos aspectos jurídicos da crise entre a República Argentina e o Reino Unido em tomo das Ilhas Malvinas; à prévia autorização legislativa para participação das forças armadas em operação internacional; ao asilo diplomático; às citações judiciais dirigidas a servidores do Ministério das Relações Exteriores; à celebração de acordos e convênios entre prefeituras municipais e governos estaduais com entidades análogas no exterior.

Esse elenco de temas é meramente exemplificativo da riqueza de conteúdo deste volume.

Brasília, 5 de novembro de 2002.

ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS
Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores

.....

Sumário

1963

1964

1965

Bens pertencentes à embaixada alemã no Rio e confiscados pelos Estados Unidos da América. A moeda: <i>Juscudendae monetae</i> ; a propriedade da moeda e a <i>lex rei sitae</i>	23
Salto das Sete Quedas – 1 e 2. O problema de limites. 3. A consulta. 4. Rios internacionais: conceito e espécies. 5. Utilização industrial. 6. O regime jurídico. 7. A teoria da servidão internacional. 8. O direito de vizinhança. 9. Conseqüências jurídicas. 10 e 11. O Direito Internacional Positivo. 12. O abuso de direito. 13. Soluções possíveis. 14. Conclusões.	29
Reclamação da Tchecoslováquia sobre violação do terreno destinado a sede de sua Missão em Brasília.	54
Acordo (multilateral) sobre Privilégios e Imunidades da OEA. Pareceres de Comissões do Senado Federal. Reservas aos artigos 9º, letra b, e 10, letra b.	56
Acordo Brasil-República Federal da Alemanha, sobre fomento e garantia de investimentos privados.	65
Questão pendente entre a Petro-lexport, de Bucarest, e a Cia. Wetzel Industrial, de Joinville, Santa Catarina.	72
Uso industrial e agrícola de rios e lagos internacionais. Projeto de Convenção elaborado pela Comissão Jurídica Interamericana.	75
Pedido de esclarecimentos da Embaixada do Japão sobre a posição do governo brasileiro em face de reclamações comerciais de natureza internacional.	98

1973

Auxiliares de Adidos Militares: prerrogativas e vantagens a que fazem jus. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. 103

1974

Consulado em Berlim: ação trabalhista e sua execução condenatória contra o governo brasileiro. Controvérsia acerca da liceidade da execução: renúncia à imunidade, antes e depois da execução; quando a execução voluntária se impõe, embora com notificação expressa de que não há renúncia à imunidade: por que essa forma decorre do contexto da Convenção de Viena. 117

Reconhecimento do governo da República Popular da China pelo governo brasileiro. 126

Condição jurídica da Comissão Fulbright: órgão binacional, resultante de Acordo celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América: “para executar a política de concessão de bolsas de estudos e de intercâmbio de professores entre os dois países” 132

1975

Relação jurídica da Província de Ontário, no Canadá, com o Brasil. 139

Tratados ou outros ajustes internacionais – sua processualística: requisitos constitucionais e legais internos; requisitos de praxe internacional. Acordos Secretos: (1) se forem normativos condição prévia que sem inconvenientes maiores pode ficar estabelecida, não dispensam publicação para sua vigência; no caso do Acordo de Segurança relativo a trocas de informação de caráter sigiloso entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Francesa: não encerra matéria sigilosa propriamente dita, senão a sistemática a ser-lhe aplicada; (2) dada a natureza do acordo, bem como dos seus acordados, referente a matéria de alcance político, parece-

nos que ele não pode dispensar aprovação do Congresso, mesmo que sua formalização tenha sido mediante troca de notas; todavia, a decisão sobre a não-publicação de certos acordos secretos, importando inobservância de norma substancial à validade do processo legislativo ou do convencional, só como ato de governo poderia talvez ser legitimada, ainda assim depois de audiência prévia do Conselho de Segurança Nacional e antes de ser enviado ao Congresso; s.m.j. impossibilidade de aceitação da tese no caso do presente acordo, dado o seu caráter normativo.	150
A Nota francesa não deixa alternativa: análise de seu conteúdo; a não publicação do Acordo praticamente o invalidará, retirando-lhe a eficácia ou as virtualidades, já que não possibilitará as vantagens do superveniente decreto do governo francês.	151

1976

Projeto de Convênio complementar ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil – Nações Unidas e Agências Especializadas. O caso do Pnud: seu status jurídico e suas transformações.	173
Interpretação do artigo 21 do Tratado de Montevideú.	203
Compatibilidade entre a nova Constituição portuguesa (2 de abril de 1976) e a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses (7 de setembro de 1971).	210

1977

Aquisição de imóvel no Rio de Janeiro pelo governo da República Federal da Alemanha.	229
Pedido da Japan Tobacco and Salt Public Corporation para funcionar no Brasil: constituição, natureza (“monopólio governamental”) e alcance de sua competência, interna e externamente.	242

1978

Situação de clandestinos. Situação regular de estrangeiros que entraram em território nacional quando seu governo era reconhecido e seus passaportes válidos, conquanto não tenham sido eles prorrogados ou substituídos, e/ou situação de clandestinos – “detentores de passaportes de países não [mais] reconhecidos pelo governo brasileiro” ou que não puderam ou quiseram renová-los. Clandestinidade de estrangeiros: quem a define e quem a julga; art. 73 do Decreto-Lei nº 941/1969 e sua exegese; a clandestinidade é regulada por lei interna e independe de fatores ou circunstâncias políticos de reconhecimento estatal ou governamental; Expulsão: por que ocorre; quando pode ocorrer e quando não pode ocorrer: efeitos. 259

Sociedade anônima estrangeira – Bralaca Ltda. – sediada em Clarksville, Missouri, EUA – não pode funcionar: (1) por lhe faltar autorização do governo brasileiro (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 11, § 1º); e (2) por não ter representante devidamente nomeado; (3) não pode ter filiais ou agências antes da aprovação dos seus atos constitutivos (cf. Tenório, Valladão, Serpa Lopes, entre outros). 281

1982

Crise das Malvinas. Aspectos Jurídicos 289

Crise das Malvinas – Aspectos jurídicos (Adendo). Apoio latino americano à primazia dos Princípios da Carta da ONU. 304

Zona total de exclusão em torno das Ilhas Malvinas. Deliberação do governo do Reino Unido. 308

Projeto de Lei do Senado Federal nº 32/82. 313

Envio de informações a respeito da evolução de política externa. 313

Projeto de Lei do Senado nº 36/82, dispõe sobre a “apresentação de Relatório Circunstanciado ao Congresso Nacional, após a realização de cada visita a país estrangeiro pelo Ministro das Relações Exteriores impreterivelmente até 30 (trinta dias após a

sua chegada em território nacional”. O referido projeto de lei, estatui ainda que “qualquer membro do Congresso Nacional poderá requerer informes complementares sobre o assunto que julgue não ter sido suficientemente esclarecido”. 2. Pela não aprovação do projeto, cujas benéficas intenções reconhecemos, mas que, inconstitucional, torna-se ainda, irrealizável, na diplomacia universal.	317
O senhor Ministro de Estado envia a Nota nº 192 da Embaixada da Argentina, para o parecer desta Consultoria, “sobre as alegações ali expressas, doutrina e prática inglesas e possíveis precedentes”.....	324
Submissão à prévia aprovação legislativa de toda a transação ou acordo visando solucionar litígio entre a administração pública e pessoa física ou jurídica estrangeira.	335
Projeto de Lei nº 184/82, “que submete à prévia autorização legislativa a participação das Forças Armadas em operação internacional”.	337
Asilo diplomático concedido pela Embaixada do Brasil na Guatemala ao Dr. Francisco René Bobadilla Palomo, ex-Ministro da Agricultura, Pecuária e Alimentação do governo Lucas Garcia, deposto do poder pela Junta Militar chefiada pelo General Efraim Rios Montt.	339
Projeto de Lei nº 5.974/1982, que dispõe sobre a participação de representantes oposicionistas em missão oficial ao exterior.	358
Instituto Pan-americano de Geografia e História. Normas e Instruções Complementares à execução do Decreto nº 74.214 de 24.7.74.	362

1983

Citações judiciais a funcionários do Ministério das Relações Exteriores. Forma de processamento.	367
Pesquisa de opinião pública realizada pela Missão da Liga dos Estados Árabes. Funcionamento de “Escritórios de Informações” não reconhecidos pelo governo brasileiro.	375
Status jurídico da Comissão Fulbright.	383

Asilo diplomático na América Latina. Conveniência e oportunidade da elaboração de circular com informações e instruções aos postos no continente.	389
Ação de tribunal norte-americano contra o Brasil	397
Ação de tribunal norte-americano contra o Brasil. Adendo	406
Concessão de privilégios e imunidades aos técnicos internacionais a serem contratados pela Escola Interamericana de Administração Pública (EIAP).	408
Brasil-Reino Unido. Financiamento. Projeto Jacuí – Validade do Memorandum de Entendimento assinado pelo Secretário de Cooperação Econômica e Técnica Internacional da Seplan e pelo embaixador britânico. Carta do Ministro das Minas e Energia, confirmando entendimento com a Embaixada da Grã-Bretanha.	413
Projeto de Lei nº 1.332/83, “que dispõe sobre ação compensatória visando à implementação do princípio da isonomia social do negro e determina a reserva de 40% das vagas do Instituto Rio Branco a cidadãos da raça negra”.	424
Projeto de Lei nº 117/83, “que dispõe sobre o relacionamento externo da União e dá outras providências.”	427
Embaixada do Brasil em Roma. Privilégios e imunidades. Funcionárias brasileiras casadas com cidadãos italianos.	429
Tratados Intencionais. Interpretação	437
ADENDO	444
Projeto de Lei nº 1.231/83, que altera os dispositivos da Lei nº 7.064 de 6.12.82, a qual dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior	445
Ação contra o Brasil em tribunal norte-americano – Apelação	448

1984

OEA – Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP – III/4), (CIDIP-III/5). Projetos de Convenções.	465
--	-----

Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Nova York, 10.6.1958, e Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, Panamá 30.1.1975. Pedido de Ratificação.	468
Ações diretas no Brasil por parte de órgão da Administração e do Poder Judiciário norte-americano. Ofício do senhor Ministro da Justiça.	473
Relações República Dominicana/Brasil. Cooperação técnica do Estado do Rio de Janeiro.	484
Imunidade Jurisdicional dos Estados. Projeto da CJL.	495
Projeto de Lei nº 3.509/84, “que atribuiu competência ao poder Executivo para solicitar, por inter-médio do governo do país sob cuja jurisdição estiverem instituições financeiras radicadas no exterior, informações a respeito de depósitos ali efetuados por brasileiros ou estrangeiros com residência definitiva no Brasil”.	505
Mato Grosso do Sul e Província de Okinawa, Japão. Convênio de Fraternidade.	508
Anexo: Parecer CJ/331 de 24.4.84 e CJ/ 334 de 1º.8.84.	
Projeto de Lei – nº 3.411/84 Celebração de acordos e convênios entre prefeituras municipais e governos estaduais com entidades análogas do exterior.	510
Em Anexo – Aviso Circular nº 07/83 de 19.9.83 do Gabinete Civil, aos governadores dos Estados.	518
Projeto de Decreto Legislativo nº 3, de 1983. Acréscimo ao artigo 1º do Decreto Legislativo nº 85/1975.	520
Substitutivo oferecido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao Projeto de Lei nº 5.983/82 que altera a Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950.	528
Projeto de Decreto Legislativo nº 67/84. Apresenta novo dispositivo ao “Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina” de 9.5.1967.	536
Incorporação ao Tesouro Nacional de bens mobiliários de cidadãos do Eixo, não reclamados em tempo hábil, para pagamento de indenizações de guerra, na forma da Lei nº 6.122/74.	544

Proposta de Emenda à Constituição nº 72/84. 548

1985

Acidentes de trânsito imputáveis a diplomatas estrangeiros.
Imunidade de Jurisdição. 559

1963
1964
1965

Bens pertencentes à embaixada alemã no Rio e confiscados pelos Estados Unidos da América. A moeda: *Jusculendae monetae*; a propriedade da moeda e a *lex rei sitae*.

PARECER

1. Com fundamento no Decreto-Lei nº 4.166, 11 de março de 1942, o governo brasileiro confiscou os bens pertencentes à embaixada alemã no Rio de Janeiro.

Entre esses bens, constava a quantia de “US\$ 111.343,00, que foi devidamente recolhida ao Banco do Brasil, em 22 de maio seguinte, pela Embaixada da Espanha, no momento encarregada dos interesses alemães” (cf. mem DEOc/29/949.4(00), de 8.8.63, item 3).

Acontece que, diante de medidas restritivas estabelecidas pelo governo norte-americano quanto à sua circulação fiduciária, impunha-se que o governo brasileiro fizesse a substituição das cédulas que lhe pertenciam. Nesse particular, consultou-se a Embaixada dos Estados Unidos: recomendou o senhor W.J. Dennely, Conselheiro dos Negócios Econômicos da Embaixada, que por intermédio do Banco do Brasil fossem aqueles dólares remetidos ao Federal Reserve Bank of New York, a fim de que a substituição por cédulas novas se fizessem.

A recomendação foi seguida pelo governo brasileiro, fiado, como não podia deixar de ser, na palavra de um governo amigo, transmitida através de órgão competente.

Eis que, remetidos os dólares, para substituição das respectivas cédulas, durante longo tempo manteve-se silente o Federal Reserve Bank, apesar de instado constantemente a dar solução ao caso.

Em 9 de janeiro de 1952, finalmente, veio a resposta surpreendente de que o Departamento de Justiça norte-americano (*Office of Alien Property*) confiscara tal dinheiro, nos termos da legislação de guerra.

Outras tentativas de solução da questão foram realizadas pelo Banco do Brasil ou mesmo pela nossa Embaixada em Washington sempre sem êxito.

O governo norte-americano tem-se mantido inflexível na decisão que tomou de confiscar aquela quantia.

Pretende-se, ainda uma vez, provocar a reabertura do debate.

A esse propósito, é solicitado o meu parecer sobre o fundamento em que o referido país amigo assenta a sua decisão.

2. É indiscutível que, por força do Decreto-Lei nº 4.166, de 11 de março de 1942, o governo brasileiro adquiriu, por confisco, a propriedade dos US\$ 111.343,00 sobre que se discute.

Convém lembrar que essa legislação distingue duas hipóteses, às quais dá tratamento diverso. Em primeiro lugar (art. 1º e segs.) refere-se ela a bens e direitos de súditos alemães, japoneses e italianos, pessoas físicas ou jurídicas. Propriamente, o confisco destes bens não importou em transferir-lhes a propriedade plena para o governo do Brasil; sobre tais bens inscreveu-se uma garantia legal, uma espécie de penhor ou hipoteca legal, onerando-os, de modo que respondessem por prejuízos causados ao Estados brasileiros ou a seus súditos por atos de agressão praticados por aquelas potências; quando muito, dir-se-ia que sobre tais bens existiria uma propriedade resolúvel, na medida e até o momento da satisfação dos prejuízos mencionados. Em segundo lugar (art. 11), porém, refere-se o Decreto-Lei nº 4.166 a bens pertencentes aos próprios Estados inimigos, a pessoas de direito público por eles criadas ou a súditos seus domiciliados no estrangeiro. Já agora, a propriedade de tais bens passou definitivamente ao nosso governo.

É exatamente essa última a situação dos Us\$ 111, 343.00. Domínio sobre aquelas moedas, cumpre passar ao exame da tese sustentada pelo governo norte-americano, especificamente, pelo *Office of Alien Property Custodian*, consoante correspondência de 21. 3. 63, subscrita pelo senhor Robert Eakens, Conselheiro para Assuntos Econômicos da Embaixada dos

Estados Unidos.

Eis o trecho em que se registra a concepção norte-americana:

It is well established that a sovereign government has exclusive jurisdiction over its own currency wherever located. See Brussels Agreement, 50 U.S.C. N° 40. Thus, even if it were proven that Brazilian Government Decree Law 4.166 of March 11, 1942, vested all German property in Brazil, the Law would be ineffective with respect to the \$ 111,343.00 in United States currency at the German Embassy in Rio de Janeiro.

This currency was property within the jurisdiction of the United States within the meaning of Executive Order N° 8.389 and a Treasury license was necessary for its legal transfer.

Thus, since title to the currency remained in the German Governant until its vesting by Vesting Order N° 15.831, the claim of the Bank of Brazil was properly dismissed.

3. Há um erro fundamental no modo como as autoridades americanas equacionaram o problema jurídico em cogitação.

Existem, com efeito, dois aspectos a distinguir, de modo rigoroso: (a) o aspecto da soberania sobre a moeda; (b) o aspecto, de direito internacional privado, da lei pela qual se rege a aquisição da propriedade da moeda.

4. Não é objeto de dúvida que a soberania sobre a moeda, aquilo que Hans Huber denomina de *Geldhoheit*, pertence ao Estado que a cunhou (*Munzregal*, ou *jus cudendae monetae*).

Nesse sentido é que se entende o ensinamento de Huber: “*Geldhoheit ist ein wesentliches der Staatshoheit...Geldhoheit ist ein Wesensmerkmal der kriterium staatlichen Souveranitat*” (cf. Hans Huber, *Wirta chafisver wal tungsrecht*, 2ª ed., 1953. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1º vol., p. 490).

Do caráter estatal do *jus cudendae monetae* várias conseqüências decorrem. Em primeiro lugar, a de que o direito à retirada da moeda de circulação pertence ao Estado que a emitiu ou cunhou (cf. *Philip Zorn, Das*

Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlim, J. Guttentag, *Verlagsbuchhandlung*, 2ª ed. 1897, vol II, p. 337-338; F.A. Mann, *The legal aspect of money*, 2ª ed., Oxford, At the Clarendon Press, 1953, p. 17-18). Por isso que o Estado tem soberania sobre a sua moeda, pode ele, de acordo com os princípios do nominalismo, atribuir-lhe o valor que entender – *valor extrinsecus* ou *impositus*; *ipso facto*, pode depreciá-la, sem cometer falta ou violação de princípios de Direito Internacional.

Mann, condensando a noção do *jus cudendae monetae* e confrontando-a com as regras de direito das gentes, afirma as seguintes conclusões:

The State's undeniable sovereignty over its currency is traditionally recognized by public international law; to the power granted by municipal law there corresponds an international right to the exercise of which other States cannot, as a rule, object. As the Permanent Court of International Justice has said, "it is indeed a generally accepted principle that a state is entitled to regulate its own currency" ... (cf. op. cit., p. 419).

Eis aí o primeiro dos aspectos que mencionamos. É indiscutível, tranqüilo e pacífico o poder soberano que tem o Estado sobre a sua moeda.

5. O outro aspecto que indicamos e cuja distinção se impõe é o relativo a saber qual a lei aplicável para reger a aquisição da propriedade sobre a moeda.

A moeda é bem corpóreo, móvel:

El signo monetario individual o specific money (moneta o bilhete) es una "cosa" en sentido jurídico (tangible thing), uma res corporalis. En el sistema del common law se halla sujeta, por su calidad de chattel (cosa mueble, a las normas que rigen la personal property. En el derecho civil, se encuentra gobernada por las normas referentes a las cosas muebles (movable things) cf. Arthur Nusebaum, Dereche monetarie nacional e in personal, Mann, op. cit., p. 8).

Quando se trate de moeda estrangeira, aplicam-se-lhe, como coisa móvel que ela é, os princípios gerais de direito civil: “ *Ist ein solches Umlaufverbot nicht ergangen, so zirkulieren frende münzsorten als were,*

und stehen als solche unter den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen” (cf. Zorn, op. e loc. cit., p. 337-338).

Fixada essa idéia central, a conclusão que daí se extrai é inevitável: a sua transferência está sujeita à *lex rei sitae* ou à *lex situs* – “*is governed by the lex rei sitae*”, na asserção de Mann (cf. op. cit., p. 12).

O mesmo Mann se apressa logo a determinar o *situs*, ou seja, o lugar de situação da moeda (*bank notes as well as coins*): *they are situate where they are actually found, not where they can be enforced* (cf. op. cit., p. 12).

Aí está a solução de problema.

6. Se a moeda em cogitação encontrava-se no Brasil, aplicável para reger a sua transferência ou aquisição não poderia deixar de ser a *lex rei sitae*, ou seja, a lei brasileira.

De modo nenhum a lei norte-americana poderia ter incidência sobre a espécie. Já por um lado, sejam as leis sobre a moeda, sejam as leis de guerra têm aplicação rigorosamente territorial, consoante o magistério de Haroldo Valladão (cf. *Estudos de Direito Internacional Privado*, 1947, Liv. José Olympio, Rio de Janeiro: p. 368 e segs.). Não valeria, pois, no Brasil, sem melindre dos princípios de ordem pública entre nós vigorantes, a tentativa de dar eficácia a tal legislação dentro do nosso território.

Mas, não é só. Situada no Brasil a moeda em cogitação, a sua aquisição pelo nosso governo, nos termos do Decreto-Lei nº 4.166, de 11 de março de 1942, é incontestável.

Logo, ao confiscar tal moeda, o governo dos Estados Unidos da América tomou para si bem de propriedade brasileira.

7. Mesmo que, só pelo amor ao debate, se afastasse essa conclusão por um instante, a solução do problema não poderia ser favorável à tese norte-americana.

Não se admite a possibilidade de estabelecer-se uma cadeia sucessória, para verificar a procedência da moeda apresentada pelo *solvens* num momento determinado, a menos que se demonstre ter sido aquela moeda adquirida criminosamente.

É o próprio direito anglo-americano que afirma o apotegma – “*money has no earmark*”, exatamente para obstar à reivindicação da moeda adquirida de modo regular e, pois confundida com os bens do “*accipiens – to prevent recover of mingled money*”.

Os dólares que apresentamos para troca não teriam correspondido rigorosamente às cédulas confiscadas à embaixada alemã. Poderiam ter sido outras cédulas decorrentes da mistura ou confusão (*commingly*) das cédulas confiscadas com outras de procedência diversa.

Ora, se o dinheiro não traz marcas de procedência – *has no earmarks*, não é admissível, também por essa razão, o confisco feito pelo governo norte-americano.

8. Como se vê, não há como confundir os dois aspectos aqui perfeitamente extremados.

A soberania, tem-na o governo norte-americano sobre sua moeda: para cunhá-la (*jus cudendae monetae*), para dar-lhe valor nominal (*valor impositus* ou *extrinsecus*), para desvalorizá-la ou depreciá-la, para desmonetarizá-la (*formal demonetization*).

Não está em cogitação, no entanto, qualquer dessas situações.

Aqui, trata-se de saber qual a lei aplicável, em face de um conflito de normas, à transferência do bem corpóreo, *res corporalis, chattel personal, movable thing*, que é a moeda.

Encontrando-se ela no Brasil, aplica-se a *lex rei sitae* e, de acordo com esta, é incontestável a aquisição de propriedade pelo nosso governo.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 3 de dezembro de 1963.

Amílcar de Araújo Falcão

Salto das Sete Quedas

- 1 e 2. O problema de limites.
3. A consulta.
4. Rios internacionais: conceito e espécies.
5. Utilização industrial.
6. O regime jurídico.
7. A teoria da servidão internacional.
8. O direito de vizinhança.
9. Conseqüências jurídicas.
- 10 e 11. O Direito Internacional Positivo.
12. O abuso de direito.
13. Soluções possíveis.
14. Conclusões.

PARECER

O problema de limites

1. Pretende o governo brasileiro aproveitar industrialmente a energia hidráulica produzida pelo Salto das Sete Quedas.

Estudos e projetos técnicos têm sido, sob auspícios do nosso governo, elaborados sobre a matéria.

Em 12 de março de 1962, entretanto, o governo paraguaio, através de nota subscrita pelo seu embaixador no Rio de Janeiro, levantou várias objeções seja quanto à soberania brasileira sobre o mencionado acidente

geográfico, seja quanto à definitiva demarcação de limites e caracterização de fronteiras entre os dois países, sob o fundamento de que a demarcação e caracterização referidas ainda se encontram em curso, aos cuidados da Comissão Mista para tal efeito constituída.

Conclui a nota paraguaia:

4. Mi Gobierno considera que, antes de que dicha demarcación de límites y caracterización de fronteras quede concluída, ninguno de los dos Gobiernos, ni el de los Estados Unidos del Brasil ni el de la República del Paraguai podría proponerse unilateralmente el aprovechamiento integral de la energía hidráulica del Salto del Guairá.

5. El propósito de esta nota no es iniciar prematuramente una polémica extemporánea sobre el dominio del Salto del Guairá, sino expresar al Gobierno de los Estados Unidos del Brasil, por el digno conducto de Vuestra Excelencia, que la República del Paraguay, basada en títulos seculares y tratados vigentes con el Brasil, considera que su dominio territorial y fluvial se extiende sobre el Salto del Guairá o Salto Grande de las Siete Caídas en la medida que será determinada por los resultados de la demarcación y caracterización de la frontera, y que en consecuencia, de ser cierta la noticia mencionada bajo el numeral uno de esta nota, ella trasuntaría una medida gubernativa adoptada con lesión de los derechos del Paraguay, cuya vigencia no podría ser mantenida sin deterioro de las cordialísimas y fraternas relaciones que unem a nuestros pueblos y Gobiernos (cf. dossiê anexo).

A resposta do governo brasileiro, datada de 19 de setembro de 1962, foi incisiva quanto à afirmação de nossa soberania sobre o Salto das Sete Quedas:

3. A posse que o Brasil tem sobre o conjunto do Salto das Sete Quedas ficou definitivamente reconhecida e estabelecida, de acordo com os trabalhos da Comissão Mista Brasileiro-Paraguaia encarregada de demarcar os limites determinados pelo Tratado de 9 de janeiro de 1872, reunida entre 1872 e 1874. Essa delimitação, claramente definida e aprovada nos atos da XI, XII e XVI Conferência da Comissão Mista, foi traçada nas cartas originais

pelos Comissários dos dois países. (cf. a Nota AAA/DAM/SDF/DAJ/24/254. (43), de 19 de setembro de 1962).

Acrescenta a nota brasileira que não há motivo para aguardar-se a conclusão dos trabalhos da Comissão Mista, constituída nos termos do Protocolo de 9 de maio de 1930, por isso que a sua função é apenas a de restaurar ou substituir marcos, aviventar rumos e densificar balizas. Conclui o documento, entretanto, com o aceno fraternal de que se examinará a possibilidade de participação do Paraguai no aproveitamento dos recursos energéticos e de outra espécie a serem explorados no Salto referido (cf. nota cit.).

Treplicou, então o Paraguai, através da Nota MRB nº 115, de 14 de junho de 1963, para asseverar que

El Salto Del Guairá o Salto Grande de las Siete Caídas, no solamente no está 'situado integralmente en territorio del Brasil' – como afirma Vuestra Nota del 19 de setiembre de 1962 – sino que la República del Paraguay tiene derechos de soberanía territorial sobre su ribera occidental, y en consecuencia derechos de soberanía fluvial, y derecho de condominio sobre las aguas en cuanto puedan ser utilizadas cualquiera de sus recursos (cf. dossiê anexo).

2. A matéria de longa data vem sendo objeto de estudos acurados nesta Secretaria de Estado.

Já em 1928, com a proficiência e o zelo que caracterizaram os seus trabalhos, o saudoso Embaixador Hildebrando Accioly dedicou ao tema uma longa e fundamentada informação, na qual, depois de examinar os trabalhos da Comissão Mista, desenvolvidos entre 1872 e 1874, chega ao resultado de que o ponto de interseção das linhas oeste-leste e norte-sul da fronteira brasileiro-paraguaia está defronte da quinta cachoeira do Salto das Sete Quedas e não, como afirmam os paraguaios, no próprio Salto. “Do exposto, parece poder concluir-se que, segundo os demarcadores de 1874, o ponto de junção da fronteira, entre a linha oeste-leste (Serra de Maracaju) e a linha norte-sul (rio Paraná), se encontra defronte da 5ª e mais importante cachoeira do Salto das Sete Quedas” (cf. Informação no maço 254. (43), de 1927-1941).

Em *memorandum* de 25 de setembro de 1934, o Ministro Fonseca Hermes insistia no mesmo entendimento de que o conjunto do Salto de Sete Quedas pertence integral e exclusivamente ao Brasil:

4. Os demarcadores de 1872/1874 não seguiram, nos seus trabalhos, o roteiro traçado pelo tratado, preferindo o caminho inverso; assim é que, vindo pelo *divortium aquarum* da Serra de Maracaju, chegaram às Sete Quedas, à altura da 5ª e mais importante dessas quedas para ali fixar o ponto terminal da linha seca, com a coincidência de que essa queda se encontra a meia distância entre a 1ª e a 7ª do grupo das cachoeiras que formam o Guairá.

5. Deu, possivelmente, esta circunstância a impressão aos paraguaios de que havia condomínio equivalente, uma posse comum das mesmas quedas por parte dos dois lindeiros. Tal, porém, não acontecia, porque, vindo a fronteira pelo álveo do rio Paraná até o Salto Grande das Sete Quedas, este álveo, uma vez que não foi interrompido no encontro com o primeiro acidente do Salto, deve continuar pelo álveo do canal até encontrar a 5ª queda, ficando, portanto, todas as águas à esquerda do álveo do canal pertencendo ao Brasil, e, como todas, a 5ª, a 6ª e a 7ª estão à esquerda e as quatro primeiras, acima da linha de fronteiras, resulta que todo o grupo das Sete Quedas está do lado do Brasil e a nós pertence (o *memorandum* se encontra no mesmo maço 354.(43), citado).

É essa mesma posição que coerentemente o governo brasileiro mantém agora, no seu diálogo com o Paraguai, ao afirmar a exclusividade da soberania pátria sobre o Salto das Sete Quedas (cf. nota já citada expedida por esta Secretaria de Estado à Embaixada do Paraguai, com data de 19 de setembro de 1962).

A consulta

3. O aspecto submetido ao parecer desta Consultoria Jurídica pressupõe a plenitude do domínio brasileiro.

Em verdade, os pontos jurídicos duvidosos estão objetivados em despacho proferido ao final do *Memorandum DAM/34*, de 8 de agosto de 1963, fls. 8 (cf. *dossiê anexo*).

Eis, precisamente, os temas em consultas:

- a) se o condomínio das águas do rio Paraná, pelo Paraguai, abaixo do Salto, determina a necessidade de um acordo com a República vizinha para que se possa proceder ao aproveitamento das Sete Quedas.
- b) tendo em vista que o aproveitamento de Sete Quedas poderá acarretar alteração no regime de águas imediatamente abaixo do Salto, ao longo do trecho de que é ribeirinho o Paraguai, indaga-se se, ainda por esse motivo, estaria o Brasil obrigado a entendimentos prévios com aquele país.

Rios internacionais: conceito e espécies

4. O rio Paraná, no qual se encontra o conjunto do Salto das Sete Quedas e, pois, a 5ª Queda sobre que especificamente se discute, é um rio internacional.

Como tal se entendem os cursos d'água que separam ou atravessam o território de dois ou mais países: tal conceito ainda costuma ser estendido – registramo-lo, embora não interesse à exposição esse aspecto – aos rios internos que por ato internacional tenham sido vinculados ao uso, em geral para fins de navegação, de outros países. Os primeiros serão rios internacionais por sua própria natureza, enquanto os segundos sê-lo-ão apenas por definição convencional ou legal.

Os rios internacionais por sua própria natureza (daqui por diante simplesmente designados como – rios internacionais) podem ser de duas espécies: (a) contíguos, simultâneos ou fronteiriços – aqueles que correm entre dois ou mais países, separando-os e constituindo-lhes o próprio limite arcfínio: (b) de trânsito ou sucessivos – aqueles que atravessam dois ou mais Estados.

Como observam Schulthess e Marienhoff, pode acontecer que um rio seja simultaneamente sucessivo e contíguo. A solução em tal caso é simples: aplicar-se-á o regime jurídico pertinente a cada seção do rio considerada ou, consoante diz Marienhoff:

Sin embargo, en el caso concreto, siempre se tratará de una o otra categoría de curso de agua, según la sección del mismo que se tome en cuenta (cf. Miguel S. Marienhoff, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires: Valério Abeledo-Editor Librería Jurídica, 1939. p. 363).

É nessa última situação que se encontra o rio Reno. Tal é, especificamente, a condição do rio Paraná, que se torna rio contíguo em seguida a Sete Quedas; ele é, porém, rio sucessivo até esse ponto, como tal abrangendo o Salto.

A distinção entre rios contíguos e sucessivos é importante, por isso que varia o regime jurídico de um para o outro caso.

De logo cumpre fazer uma observação. A designação – rio internacional não tem em vista a propriedade do rio, ou a soberania sobre ele, em si mesmas consideradas. Por outras palavras, quando se usam aquelas expressões, não se pretende significar, necessariamente, que o rio pertença aos Estados que atravesse ou separe. Considera-se, sob tal *nomen juris*, o estatuto jurídico do rio, que passa a sofrer a interferência de princípios e idéias – forças de Direito das Gentes: a utilização do curso d'água há de respeitar certas regras consagradas pelo Direito Internacional.

Utilização industrial

5. As utilizações a que se prestam os rios internacionais são as mais variadas, indo da navegação, flutuação e pesca aos aproveitamentos industriais. O regime jurídico, pois, aplicável a cada hipótese deve levar em conta a espécie de utilização concretamente encarada, bem como as próprias características do curso d'água:

La géographie physique des États présente de telles particularités que des principes appliqués dans un cas se révéleraient tout à fait futiles ou même nuisibles pour d'autres cours d'eau. Il convient de remarquer que les diverses utilisations des fleuves et rivières sont loin d'avoir la même influence sur leur débit, leur volume, la potabilité de leurs eaux, la composition chimique de ces dernières. Certaines utilisations ne sont de nature à influencer le cours d'eau, en aucune manière. Il y a ce qu'on appelle usage inépuisable de l'eau; c'est le cas

*de la navigation, de la pêche, du flottage. D'autres utilisations sont susceptibles de diminuer ou même de tarir complètement le cours d'eau; il y a usage épuisable de l'eau; il peut en être ainsi en cas d'irrigation agricole ou même, pour des sources peu importantes, de consommation d'eau potable par des grandes agglomérations urbaines, voire même d'usage commun. L'eau détournée ne peut pas être rendue à son cours. Certaines utilisations sont susceptibles d'altérer la composition chimique de l'eau; tel sera le cas si un cours d'eau sert à l'écoulement des égouts d'une grande ville, ou même, sur une échelle plus petite, si les eaux sont polluées par l'usage industriel qu'en font des usines sises au fil de l'eau, surtout celles de l'industrie chimique. Ou encore, la tentative, ou la prétention de détourner un cours d'eau de son cours naturel, expose une agglomération urbaine à ne plus pouvoir assurer l'évacuation de ses égouts et risque de compromettre l'hygiène de sa population. La modification physique d'un cours d'eau peut encore résulter de ce qu'on appelle un abaissement ou une surélévation de la nappe phréatique, c'est-à-dire de la nappe d'infiltration qui résulte de l'imprégnation complète et permanente du sol par l'eau à une profondeur variable au-dessous de la surface” (cf. Geoges Sauser-Hall, *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, In Recueil des Cours, A.W. Sijthoff, Leyde Países Baixos: 1955. tomo 83 da Coleção (1953-II), p.472).*

É essa circunstância mesma da especificidade do regime jurídico para cada tipo de utilização, aliada a um certo determinismo geográfico sobre a formulação dos princípios aplicáveis, que leva os autores e Sauser-Hall à frente deles a afirmarem a necessidade de prudente discricção e comedida cautela para o estudo das regras pertinentes do direito fluvial internacional:

Plus que dans tout autre domaine du droit des gens, il est difficile de formuler à priori les principes gouvernant l'utilisation industrielle des fleuves et cours d'eau internationaux... L'adoption de normes abstraites et à priori est peu recommandable parce que la situation politique, économique et topographique de ces cours d'eau est extrêmement diverse (cf. Sauser-Hall, p. cit., p. 471).

À presente exposição interessa o problema da utilização do rio internacional, sucessivo no caso, para a captação de energia hidráulica.

O regime jurídico

6. Já ficou dito anteriormente (final do item 4 deste parecer) que o regime jurídico é diverso, conforme se trate de rios contíguos ou sucessivos e, no caso de rios simultaneamente contíguos e sucessivos, conforme se trate da porção de trânsito ou da porção limítrofe do rio.

Resta, agora, definir esse regime de Direito Internacional.

Várias soluções têm sido apresentadas pelos autores.

Alguns afirmam que há uma partilha ou divisão da soberania dos ribeirinhos sobre a força hidráulica, exercendo-se o domínio em termos absolutos. É a posição de Max Huber, acolhida pelo direito cantonal suíço. Essa conclusão, embora divirja quanto aos fundamentos, acaba por coincidir com a teoria da soberania absoluta, que se consagrou nos Estados Unidos da América sob o nome de “doutrina Harmon”, nome tirado do pronunciamento emitido pelo *attorney-general* Harmon, no dissídio entre os Estados Unidos e o México relativamente à utilização das águas do Rio Grande ou Bravo para fins de irrigação por parte daquele primeiro país: afirmou Harmon que o Estado tem direito de usar como bem entenda as água que atravessem o seu território, embora tal aproveitamento venha a tornar-se detrimetoso para outros Estados ribeirinhos a jusante. Os Estados Unidos nunca abandonaram ostensivamente essa doutrina, embora, seja no caso do Rio Grande, com o México, ou da Chicago Diversion e mesmo do canal de Calumet Stag, com o Canadá, adotassem solução transacional pela via convencional.

A doutrina Harmon evidentemente não pode ser aceita, por anárquica e contrária aos mais elementares princípios de convivência internacional.

Uma fórmula atenuada, que entretanto leva em conta o interesse dos Estados ribeirinhos, é a da teoria anglo-saxônia dos *riparian rights*, segundo a qual cada Estado tem direito à totalidade das águas, em condições físicas e de composição iguais às que lhe assegure a natureza; por isso mesmo cada Estado terá o direito de opor-se a qualquer utilização que modifique o *status quo*, ainda que nenhum prejuízo específico daí lhe advenha.

Eis o resumo dessa doutrina em Oppenheim-Lauterpacht:

But the flow of not-national, boundary, and international rivers is not within the arbitrary power of one of the riparian States, for it is a rule of International Law that no State is allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of the territory of a neighbouring State (cf. Oppenheim, International Law – A Treatise, editado por H. Lauterpacht, 8ª ed. 1955. Longmans, Green and Co. v. I – Paz, p. 474; cf. no mesmo sentido interessante decisão transcrita em J.N. Pomeroy, edição de H.C. Blac, A treatise on the law of eater rights, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1893. p.233).

O defeito dessa teoria, que igualmente atenta contra o princípio geral da igualdade entre os Estados, está no direito absoluto de veto que ela assegura ao ribeirinho de jusante, em detrimento do ribeirinho de montante. Como a doutrina Harmon, também a teoria dos *riparian rights* é inaceitável.

Segue-se a teoria da co-soberania dos vários Estados ribeirinhos, consubstanciada num condomínio sobre os rios limítrofes e num co-império sobre os sucessivos. Essa tese, que tem sido aceita em matéria de rios contíguos, com reservas aliás, jamais foi admitida pela prática dos Estados relativamente aos rios de trânsito. Quanto aos rios contíguos, a ressalva feita refere-se àqueles casos em que a fronteira de um Estado é constituída por uma das margens do rio, pertencendo este, pois, integralmente a um dos ribeirinhos. Na reunião do Instituto de Direito Internacional, de 1911, ao discutir-se a Resolução de Madri, Politis procurou sustentar a tese do condomínio.

A objeção que lhe move Fauchille é decisiva:

Il se peut que le fleuve formant la frontière entre deux États appartienne tout entier à l'un d'eux. Alors c'est du fleuve tout entier et non plus d'une de ses parties seulement, jusqu'à son milieu ou jusqu'à son thalweg, que ce dernier pourra faire un usage industriel ou agricole. L'autre riverain, qui n'a en réalité sur le fleuve aucun droit de propriété ou de souveraineté puisque sa frontière est constitués par son rivage, ne pourra à ce point de vue exercer sur lui aucune action: c'est à tort qu'un auteur, M. Politis, a voulu lui reconnaitre un droit d'utilisation industrielle ou agricole sur la portion des eaux

*s'étendant de son coté, car ce droit, n'étant pas comme celui de libre navigation d'un usage inépuisable, implique nécessairement qu'on possède sur les eaux un dominium eminens: à cet État ne peut appartenir sur le fleuve, comme à tout État non riverain, que le droit de naviguer. L'État propriétaire et souverain du fleuve aura le droit d'y faire, dans tout son cours, usage de l'eau à son gré, à la double condition que, par ses entreprises, il ne nuise pas, d'une façon quelconque à la rive adverse et ne mette pas d'obstacles au droit de navigation, apanage de tous les peuples (cf. Paul Fauchille, *Traité de Droit International Public*, 8^a ed., Paris: Rousseau & Cie., Editeur, 1925, tomo 1,2^a parte – Paz –, n^o 523, p. 457).*

De qualquer forma, feita essa ressalva, tem tido aceitação na prática e mesmo na doutrina predominante a tese do condomínio dos Estados ribeirinhos sobre os rios contíguos. Sauser-Hall, que não adere a esse entendimento (op. cit., p. 551, item 2, *in fine*), entretanto afirma que ele é prevalente:

L'idée d'un condominium limité à la force hydraulique des fleuves ou rivières contigues est en revanche beaucoup plus plausible. Cette conception peut s'autoriser de la pratique et de la doctrine actuellement dominantes, selon lesquelles chaque État riverain a droit à une partie de la puissance hydraulique contenue en puissance dans un fleuve formant la frontière, sans qu'il y ait lieu de considérer, in concreto, si la frontière passe par le thalweg ou par la ligne médiane, sans se préoccuper non plus du domaine territorial où se trouve la masse principale des eaux, ni la plus forte déclivité du lit (op. cit., p. 547).

Em tema de rios sucessivos, porém, a doutrina do condomínio não possui o menor fomento de direito ou o mínimo acolhimento na prática dos Estados.

Vejamo-lo ainda na lição de Sauser-Hall:

L'idée d'un co-imperium sur des cours d'eaux sucessifs ne saurait neus retenir longtemps. Elle ne trouve pas le moindre appui dans la pratique internationale. La raison en est que les frontières sont transversales et qu'elles coupent toujours le fleuve ou la rivière en autant de tronçons qu'il y a d'États traversés par le même cours; il n'a jamais

été soutenu que les États d'amont pussent avoir des droits de co-souveraineté sur les eaux des États d'aval, ou vice-versa. Si on voulait l'admettre, aucun État ne pourrait, sur son territoire fluvial, accorder de concession d'exploitation de la force hydraulique sans le consentement de tous les États intéressés, ce qui n'a jamais été observé (op. cit., p. 547).

Bohdan Winiarski em termos incisivos rejeita igualmente a idéia de condomínio:

*Mais l'idée de condominium ne saurait être acceptée, car ni le droit international positif ni les rapports entre les riverains ne donnent lieu à une telle construction. Il est au contraire bien établi dans le droit international que chacun des États riverains exerce sa souveraineté sur les sections du fleuve qui font partie de son territoire. L'idée d'un condominium ou plutôt d'un coimperium leur est totalement étrangère (cf. Principes généraux du droit fluvial international, In *Recueil des Cours*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933-III, tomo 45 da Coleção, p. 129).*

A teoria da servidão internacional

7. Diante da insuficiência desses pontos de vista anteriormente examinados certos escritores procuram encontrar o fundamento do direito fluvial internacional, aplicável à utilização da força hidroelétrica, na existência de verdadeira servidão internacional, semelhante às servidões consagradas pelo direito privado. Nesse sentido, há interessante trabalho da lavra de Helen Dwight Reid, publicado no *Recueil des Cours* (cf. *Les Servitudes Internationales*, In: *Recueil*, 1933, v. III, p. 5 e segs.).

O ponto de vista é inaceitável quer se admita, quer se rejeite a configuração de veras servidão em direito internacional. Com efeito, o que ocorre em tais casos são limitações, *faciendo*, *non faciendo* ou *patiendo*, ao exercício da soberania e não, consoante é próprio da servidão como direito real que é, limitações ao direito de propriedade. Tem toda razão Verdross quando isso proclama. É, no particular, exata a alternativa de von Liszt, quando assevera que de duas uma – ou se cogita de limitação ao direito de propriedade, afigurando-se inaplicável o direito das gentes, ou então trata-se de limitação à soberania, resultando, pois,

inadequada a noção de servidão. Ao conceito de servidão internacional Angelo Piero Sereni formula objeções que são irrespondíveis (cf. *Diritto Internazionale*, Milão: Giuffrè, 1958. V. II, seção 1ª, p. 627-646). Concludentes são, em especial, as observações de Winiarski, contrárias à existência de servidões internacionais (op. cit., p. 133 e segs.). Mesmo aqueles que admitem a figura das servidões internacionais, porém, não costumam aceitar – e nisso têm razão – que no caso esteja em presença uma servidão. É o que proclama o já tantas vezes citado Sauser-Hall:

Mais il faut considérer que le régime de l'aménagement industriel des fleuves internationaux ne s'épuise pas, d'une part, dans l'obligation de l'État d'aval de recevoir les eaux courantes en amont et dans l'obligation de l'État d'amont de en point détourner le cours au préjudice de l'État d'aval. Il implique un ensemble de relations plus complexes. Ce régime dépasse le cadre de la servitude (op. cit., p. 553).

O direito de vizinhança

8. A verdade é que a doutrina preponderante, aliás com assento na própria prática dos Estados, tem consagrado como fundamento do direito internacional fluvial aplicável ao aproveitamento hidroelétrico os princípios do direito de vizinhança.

Eis como se expressa a propósito Winiarski:

Pour nous il y a la deux problèmes. Le premier est celui des rapports que fait naître entre États voisins l'exploitation industrielle ou agricole des cours d'eau: ce sont là des règles de voisinage qui s'y appliquent; j'en ai déjà parlé, elles rentrent dans ce qu'on peut appeler le droit fluvial international sensu lato. En 1910, l'Institut de Droit International avait décidé de mettre en étude la "détermination des règles du droit international en ce que concerne les cours d'eau internationaux au point de vue de l'exploitation de leurs forces motrices". Les règles adoptées par l'Institut à la session de Madrid de 1911 n'ont en réalité pour objet que des rapports de voisinage (cf. Bohdan Winiarski, op. cit., p. 187).

Idêntico é o pensamento de A. W. Quint:

*La position de fait des parties une fois établie, il nous restera à envisager de plus près la situation juridique. Il s'agit de conflits d'intérêts sur les rivières internationales qui relèvent du droit international de voisinage. Ce droit est avant tout un droit d'équité, ce qui dans les litiges d'intérêts est d'une importance prépondérante. Veut-on essayer d'obtenir une ou plusieurs règles touchant le sujet de notre étude, le droit privé nous fournit à cet effet un excellent point de départ. Sous ce rapport il est intéressant d'observer que selon Huber l'analogie du droit international et du droit privé s'accuse avec force précisément sur le terrain du droit de voisinage (cf. Nouvelles tendances dans le droit fluvial international, In: *Revue de Droit International et de Législation Comparés*, 1931, p. 328).*

Quint transcreve adiante o pensamento de Planiol-Ripert a propósito do art. 644 do Código Civil francês:

Le droit de riveraineté, droit réel sui generis, est un droit d'usage et comme tel soumis à des limitations; néanmoins l'article doit être interprété largement dans ce sens qu'à côté de l'usage agricole il comprend aussi l'usage industriel (op. cit., p. 328-329).

Estabelecidas essas idéias, Quint faz o seu transunto no Direito Internacional:

Appliqué au droit international on peut donc poser en principe que le droit conciliateur de voisinage permet un "usage innocent" décrit par Grotius comme, talis usus qui prodest his, illis non nocet (op. cit., p. 329).

Fauchille, já tantas vezes citado aqui, também oferece o prestígio de sua autoridade à fundamentação com base no direito de vizinhança, daí retirando não só as limitações, mas também a medida das possibilidades de exploração industrial dos rios internacionais.

Ele começa criticando as doutrinas da soberania absolutas e dos *riparian rights*, para afinal equacionar o problema em termos de relações de vizinhança:

En definitive, ce n'est ni aux riverains d'amont, ni aux riverains d'aval, qu'il faut exclusivement donner la préférence; ce

qu'il faut ici, c'est concilier les droits qui appartiennent aux uns et aux autres, afin que chacun puisse exercer les siens dans une mesure qui ne fera disparaître ceux des autres; la propriété ou la souveraineté est le droit de disposer d'une chose ou d'agir sur une chose sans porter atteinte aux droits d'autrui.

Mais toute exploitation quelconque d'un cours d'eau n'est-elle pas en elle-même préjudiciable? Sans nul doute. Néanmoins, en fait, les utilisations industrielles ou agricoles qu'on peut faire d'un fleuve ne sauraient à égard être placées toutes sur la même ligne. La vérité est que, pour les États comme pour les individus, le voisinage entraîne certaines obligations et impose certaines restrictions à l'exercice de leurs droits. Le riverain d'un cours d'eau aura le droit de faire tous les actes qui ne présentent pour ses co-riverains que les inconvénients ou les incommodités inséparables du voisinage, mais il devra s'abstenir de tous ceux qui excéderont ces inconvénients ou ces incommodités. Tel est le principe (op. e loc. cit., p. 449).

Sausser-Hall tem a mesma inclinação:

Il peut être satisfait à toutes ces exigences par l'observation de principes dégagés en droit des gens moderne pour régler les relations de voisinage entre États. C'est donc dans le droit de voisinage qu'il faut chercher la justification de la limitation de la souveraineté des États sur leurs eaux courantes. Le droit de voisinage est une institution du droit des gens (op. cit., p. 554).

Consequências jurídicas

9. Identificado, assim, o fundamento teórico do problema no direito de vizinhança, fácil é extrair as consequências que interessam à exploração industrial.

Já num primeiro lance se confirma asserção que anteriormente fizemos de que a propriedade do curso d'água, no caso de rios sucessivos, é plena e incondicionalmente do Estado em que encontra o trecho ou parte considerada. Não há que falar a propósito nem em servidão, nem em condomínio.

Se a propriedade do rio internacional sucessivo é de cada um dos Estados nos quais ele se encontra, resulta disso cada um deles, no trecho que lhe pertencer, pode dar às águas a utilização industrial ou agrícola que entender. Em princípio, para fazê-lo não depende da aquiescência do Estado ribeirinho de montante ou de jusante.

Dir-se-á que toda utilização industrial ou agrícola acarreta alguma repercussão a ser experimentada pelos demais ribeirinhos.. Ainda aqui, o direito de vizinhança indica a solução: aqueles inconvenientes ou incômodos inseparáveis da vizinhança, embora decorram do aproveitamento industrial, devem ser suportados.

Vem agora a contrapartida. Se do aproveitamento decorre um prejuízo ou dano relevante para os demais ribeirinhos, a sua concretização dependerá da aquiescência destes ou das compensações que se lhes ofereçam.

Já se disse, tentando reduzir o direito continental europeu, no particular, a uma síntese mínima, que o denominador comum das regras estabelecidas acabaria por identificar-se no princípio romano *alterum non laedere*:

Si l'on voulait chercher un dénominateur commun à toutes ces règles on n'irait guère au delà, par voie d'abstraction, du principe général de droit romain-alterum non laedere. Nul ne doit employer la force hydraulique à sa disposition de manière à lésar les intérêts d'autrui (cf. Sauser-Hall, op. cit., p. 506).

Afinal de contas, tonificam-se e revigoram-se os velhos apogemas do direito clássico fluvial romano, de que o uso das águas poderia fazer-se *pro modo possessionum*, desde que *sine iniuria alterius*, ou ainda – *ita tamen ut vicinis non noceant* (cf. Emilio Albertario, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, In: *Studi di Diritto Pubblico in onore Di Oreste Raneletti*, Cedam, Pádua, 1931. v. 2. p. 291 e sags.).

Objetar-se-á, que se teoricamente a solução está encontrada, a dificuldade persiste ao tentar-se transpô-la para a prática, para o campo das aplicações concretas, quando se acentuará a problemática da distinção entre incômodos inerentes à vizinhança e prejuízos relevantes decorrentes da utilização do rio.

É difícil estabelecer regras absolutas fixadas *a priori* capazes de solucionar todos os casos. De logo, como observam A. W. Quint, H. A. Smith e van Eysinga, cada rio tem sua individualidade própria – “*on devra de plus en plus reconnaitre en chaque rivière une individualité propre tant juridique qu'économique*” (cf. Smith, op. e loc. cit., p. 326); por isso mesmo, – a asserção está em Smith, cumpre considerar as circunstâncias de cada caso, sendo incurial proclamar regras gerais descendo a maiores detalhes – “*The circumstances of every individual case will vary greatly, and probably it is not possible for international law to lay down rules in any more precise detail*” (cf. H. A. Smith, *The Chicago Diversion*, In: *The British Year Book of International Law*, 1929. p. 154).

Em segundo lugar, importa não esquecer que a natureza especialmente detrimetosa do aproveitamento fluvial depende da apuração de caráter técnico, verificável em cada caso, em cotejo com as dimensões, o volume do rio e as proporções e fins do uso de suas águas (o uso comum ou *Gemeingebrauch*, o aproveitamento hidroelétrico, a irrigação, a poluição química ou pelos esgotos, o desvio do curso, etc.).

Admitidas as necessárias ventilações em decorrência da cambiante fisionomia de cada hipótese, é, entretanto, possível fixarem-se *standards* de prejuízos ou danos relevantes que condicionam a acordo, compensações ou reparação o aproveitamento industrial.

Fauchille indica um rol de aproveitamentos condenáveis (op. e loc. cit., p. 451). Accioly, aderindo à lição de Fauchille, assim reproduz o seu pensamento:

Não será lícito a um ribeirão de rio internacional: (a) mudar o ponto em que o rio penetra no território de outro ribeirão sem o consentimento desse outro; (b) alterar, de modo nocivo, as águas do rio; (c) fazer ou deixar fazer em seu território obras que devam ser, para outro ribeirão, causa de inundação; (d) executar, na seção do rio sob seu domínio, atos que devam ter como efeito secar ou suprimir completamente o curso d'água, antes de chegar ou ao chegar ao território de outro ribeirão; (e) tirar do rio, se este é contíguo, uma quantidade de água que possa prejudicar a utilização agrícola ou industrial das águas, por parte do co-ribeirão. A estas regras, acrescentou (refere-se a Fauchille, nossa

é a ressalva) mais uma, que por sua forma demasiadamente ampla, talvez não se possa considerar como incontestável: a de que um ribeirão não pode fazer num rio nada que, direta ou indiretamente constitua um obstáculo à liberdade de navegação, para qualquer Estado, ribeirão ou não (cf. Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1956. 2ª edição, v. II, p. 182).

A Comissão Jurídica Interamericana, em interessante trabalho monográfico elaborado no ano passado, sob o título de – *Estúdio del Comité Jurídico Interamericano sobre uso industrial y agrícola de rios y lagos internacionales* (texto em *multilith*), depois de afirmar a sua adesão à tese do direito de vizinhança, conclui dando exemplos de prejuízos repelidos pelo direito internacional:

Por ejemplo, en el caso de rios sucesivos, cuando un Estado cambie sin permiso el punto en que el rio atraviese la frontera, cuando use una cantidad de agua tal que modifique gravemente el carácter esencial del curso de agua a su llegada al territorio del otro Estado; cuando el aprovechamiento perjudique económicamente al otro Estado; cuando el Estado del curso inferior haga obras que puedan producir inundaciones en el otro Estado; cuando se produzca una polución de las aguas que perjudique su aprovechamiento posterior, etc. (cf. op. cit., p. 14-17).

Eis aí. A propriedade do rio, da queda d'água, da força hidráulica, nos cursos d'água, sucessivos ou de trânsito, pertence ao Estado em cujo território se encontra o trecho considerado.

Já se disse mesmo que, sendo certa a propriedade do leito do rio (integral domínio de cada trecho, nos rios sucessivos; domínio até a linha mediana do leito, ou até o *thalweg*, ou excepcionalmente até uma das margens, nos rios contíguos, sendo raríssimo o caso, em rios dessa última espécie, em que, por convenção, se estabelece – a linha de fronteiras em cada margem, tornando o leito e as águas *res nullius*), repetimos, sendo certa a propriedade do leito do rio, evidentemente ao seu titular há de pertencer o direito à exploração de energias que decorrem das próprias características, acidentes, declividade ou solução de continuidade do próprio leito, como é o caso do aproveitamento da potência hidroelétrica.

De tal aproveitamento a montante decorrem incômodos normais para o ribeirão a jusante? Deverá este suportá-los se não passam de inconvenientes inseparáveis da vizinhança.

Trata-se, porém, de prejuízos ou riscos graves? Nesse caso, o aproveitamento está condicionado à aquiescência do outro Estado ribeirão e, conforme a hipótese, a reparações ou compensações a serem oferecidas a este último.

O Direito Internacional Positivo

10. O Direito Internacional Positivo, no particular, é predominantemente consuetudinário. Textos escritos, de caráter geral, não há mais de dois, ambos aliás de reduzida aplicação.

O primeiro é a Convenção relativa ao aproveitamento das forças hidráulicas no interesse de vários Estados, – Convenção de 9 de dezembro de 1923, aprovada durante a Segunda Conferência das Comunicações e do Trânsito, reunida em Genebra.

Essa Convenção, como assinala Sauser-Hall, tornou-se letra morta, por isso que somente foi ratificada por nove países, situados em continentes diferentes e, de qualquer forma, sem que entre qualquer dos signatários houvesse curso d'água de interesse comum. O Brasil não foi parte nessa Convenção. Todavia, ela pode ser mencionada como o transunto de algumas idéias que prevalecem no particular – “*on peut cependant la considérer comme une manifestation des idées générales qui sont dans l'air actuellement et dont les États devaient s'inspirer pour la réglementation internationale de l'utilisation industrielle des eaux*” (cf. Sauser-Hall. op. e loc. cit., p. 536).

Pois bem, na Convenção de Genebra de 1923, começa-se por afirmar o direito de cada Estado de, no seu território, fazer o aproveitamento de forças hidráulicas, desde que proceda com resguardo das normas de Direito Internacional. É o que está em seu art. 1º. :

La présente Convention ne modifie en aucune manière la liberté pour tout État, dans le cadre du droit international, d'exécuter sur son territoire tous travaux d'aménagement de forces hydrauliques qu'il désire.

Estabelecido o princípio geral, a Convenção particulariza o aspecto de direito internacional a resguardar, ao condicionar a acordo ou consentimento dos demais ribeirinhos aqueles casos em que da exploração ou aproveitamento decorra para ele um prejuízo grave *un prejudice grave*. Ainda aqui, a Convenção está dentro do pensamento comum que distingue entre incômodos inerentes à vizinhança ou dela inseparáveis e prejuízos graves, isto é, especialmente qualificados. Eis o teor do art. 3º da Convenção:

Lorsqu'un État contractant désire exécuter des travaux d'aménagement de forces hydrauliques dont il pourrait résulter, pour tout autre État contractant, un préjudice grave, les États intéressés négocieront en vue de la conclusion d'accords destinés à permettre l'exécution de ces travaux.

A idéia de regulamentar a matéria, nas relações entre os Estados americanos, surgiu sem demora. Na VI Conferência Internacional Americana, reunida em Havana em 1928, o delegado argentino Honorio Pueyrredón apresentou um projeto a respeito. Adiou-se para futura conferência a discussão da matéria. Por isso mesmo, a Comissão Permanente de Codificação do Direito Internacional Público, do Rio de Janeiro, em relatório de 23 de julho de 1932, encaminhou à União Pan-Americana, para servir de base às discussões da VII Conferência Internacional Americana um princípio considerado geral e assim objetivado:

Para a utilização das águas dos rios internacionais, no interesse industrial ou agrícola, é indispensável um acordo entre os Estados ribeirinhos, desde que possa esse aproveitamento influir de qualquer modo, na outra margem, se o rio for contíguo, ou no território do Estado vizinho, se o rio for sucessivo.

Sobreveio a VII Conferência Internacional Americana, reunida a 24 de dezembro de 1933 em Montevideú.

Surgiu, então, o segundo texto escrito de caráter geral a que fizemos referência. Com efeito, o delegado argentino à Conferência de Montevideú, Isidoro Ruiz Moreno, apresentou um projeto de convenção

que visava a adaptar às necessidades americanas as disposições da Convenção de Genebra de 1923.

Não se aprovou, porém, uma convenção, senão uma resolução, a Resolução LXXII.

O art. 2º da Resolução começa por afirmar o princípio geral de que – *“los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción, de las aguas de los ríos internacionales”*.

Vem em seguida, no mesmo artigo, a ressalva do prejuízo – *“Ese derecho sin embargo, está condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción”*.

Consagrou-se, na Resolução LXXII, como se vê, o princípio do direito de vizinhança. Reconhece-se a propriedade de cada ribeirão, mas se ressalva o fato de que, ao exercer o domínio através da exploração industrial, um Estado prejudique ou ponha em risco direito idêntico dos demais ribeirinhos.

Se o caso for esse último – utilização prejudicial – cumprirá oferecer indenização, reparação ou compensação pelos danos. É o que dispõe o art. 3º da Resolução LXXII:

En los casos de perjuicio a que se refiere el artículo anterior, será siempre necesario el acuerdo de las partes. Cuando se tratare de daños susceptibles de reparación, las obras sólo podrán ser ejecutadas después de solucionado el incidente sobre indemnización, reparación o compensación de los daños, de acuerdo con el procedimiento que se indica más adelante.

Os princípios, como se vê, estão estabelecidos para os rios contíguos mas o art. 4º da Resolução LXXII os estende aos rios sucessivos.

Tanto nessa resolução, como na Convenção de Genebra de 1923, indica-se como adequada a via do entendimento amigável sempre que possível o seu uso.

Quint, aliás, chega a afirmar que, mesmo quando a matéria estiver sujeita a uma decisão jurisdicional, deve esta informar-se dos princípios da equidade, de tal forma que daí poderá resultar um vero sistema de arbitragem legislativa:

Le caractère conciliant, accomodant qui distingue les analogies tirées du droit de voisinage, se retrouve dans les règlements ad hoc effectués soit par traités, comme on l'a vu plus haut, soit par jurisprudence.

.....
Le caractère transactionnel de la jurisprudence résulte donc de ce que le juge établit d'abord lui-même la norme et l'applique ensuite aux faits. La norme, c'est-à-dire le droit que l'on applique, n'est pas ici emprunté au droit positif mais est basée sur l'équité. On obtient ainsi un systhène d'arbitrage législatif (op. e loc. cit., p. 331-332).

Os autores, como Sereni, que opinam contrariamente à existência de normas gerais na matéria, do mesmo passo insistem na recomendação de soluções conciliatórias nutridas de princípios de equidade:

Cio che si può affermare è che sempre più si diffonde tra gli Stati il sentimento della opportunità di conciliare equamente le esigenze degli Stati ripuari. Alla base di tale sentimento é la necessita di fatto di evitare la concorrenza sterile e in ultima analisi dannosa per tutti. Ma l'esistenza di norme giuridiche generali limitative della sovranità sembra doversi escludersi (op. cit., p. 646).

Essas observações se fazem, com o propósito de retornar à Resolução LXXII e à Convenção de Genebra de 1923.

Uma e outra recomendam que, ao ter que empreender obras de aproveitamento industrial de rio internacional, o Estado notifique os demais ribeirinhos dos planos e projetos que pretende realizar, dando-lhes as necessárias informações técnicas, de modo a possibilitar-lhes o estudo da matéria e a formulação das arguições que couberem para salvaguarda de seu direito (art. 7º da Resolução; arts. 3º e 4º da Convenção de Genebra).

Na Resolução LXXII, o prazo para a manifestação em resposta à notificação é de três meses, com ou sem observações (art. 8º da resolução).

Duas anotações finais quanto ao texto de Montevideu cabe fazer. A primeira é que essa Resolução contém várias deficiências, das quais a principal é a adesão, de alguma forma, à doutrina dos *riparian rights*, tal qual

resulta da terceira e última parte do seu art. 2º. A segunda observação é que, embora o Brasil tenha subscrito a Resolução, o fato de não ser o seu texto aprovado pelo Congresso Nacional e em seguida ratificado pelos governos signatários lhe retira eficácia cogente. O seu texto vale, porém como um conjunto de disposições programáticas ou diretivas a servirem de inspiração aos Estados do continente americano nas questões que em tal matéria entre eles surgirem.

11. Em acordos bilaterais específicos, a solução da consulta prévia tem sido adotada. Mencionemos alguns exemplos, no continente americano: assim nos tratados entre os Estados Unidos da América, o México e o Canadá; entre a República Dominicana e o Haiti, de 1929; entre a Argentina e o Paraguai (rio Pilcomayo), de 1945; entre a Argentina e o Uruguai (rápidos do rio Uruguai, na zona do Salto Grande), de 1946, etc.

O Brasil, nos acordos bilaterais que tem firmado sobre a matéria, manifesta acatamento pelo princípio da notificação prévia e do resguardo contra prejuízos graves.

No particular, mencionam-se para consulta os seguintes atos: o Convênio para a fixação do Estatuto Jurídico da Fronteira, entre o Brasil e o Uruguai, de 20 de dezembro de 1933 (art. XX); o Convênio de cooperação para o estudo do aproveitamento da energia hidráulica dos rios Acaraí e Mondaí, entre o Brasil e o Paraguai, de 20 de janeiro de 1956; ainda entre atos similares, podem indicar-se a Declaração Conjunta, firmada a 23 de setembro de 1960, em Buenos Aires, pelo Brasil, Argentina e Uruguai, relativamente ao aproveitamento por esses dois últimos países dos rápidos do rio Uruguai; e igualmente, a Ata de Conversações Brasil-Uruguai, de 8 de dezembro de 1961, relativamente a vários assuntos de interesse comum e, especialmente, aos estudos referentes ao aproveitamento do Salto Grande.

Omitimos, por desnecessária e superabundante, a referência a atos bilaterais, firmados por países dos continentes europeu, asiático e africano, cuja consulta, entretanto pode ser feita no volume *Rios Internacionais (Utilização para fins industriais)*, publicação da União Pan-Americana, Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, Washington, D.C., março de 1963.

O abuso de direito

12. Um problema delicado, no que diz respeito às notificações de obras de aproveitamento industrial, é o da chantagem do Estado ribeirinho nas exigências feitas para negociar o acordo ou manifestar a sua aquiescência.

A hipótese é solúvel, em tal caso de negativa maliciosa, pela aplicação de teoria do abuso de direito (cf. Sauser-Hall, op. e loc. cit., p.531-532 e 535).

Soluções possíveis

13. Resta aludir às soluções possíveis, em caso de prejuízo grave na exploração industrial, a serem consideradas nas negociações entre os ribeirinhos.

O problema, pelo menos quanto à constatação de suas proporções e configuração, é de índole técnica.

O seu deslinde é, porém, de natureza acentuadamente política.

Não cabe, nos limites de um estudo jurídico, descer a considerações dessa espécie.

Em caráter meramente exemplificativo, poderíamos, no particular, fazer menção às seguintes soluções:

- a – pagamento de indenização;
- b – garantias por futuros riscos de inundação ou de outra espécie;
- c – segurança de que será mantida a vazão de um certo volume de água, como fizeram os Estados Unidos da América e o México, na Convenção que firmaram em 21 de maio de 1906;
- d – participação gratuita ou a preço mais reduzido pelo Estado prejudicado, no fornecimento de energia pelo Estado que pretende fazer o aproveitamento hidroelétrico – essa solução foi aventada pelo Ministro Fonseca Hermes, em memorandum de 19 de fevereiro de 1935, dirigido ao senhor Secretário-Geral (item 8º);

- e – exploração conjunta do empreendimento, o que se justifica nos rios contíguos, mas não é aceitável nos rios sucessivos, em que é definida a sabedoria sobre o salto ou queda d'água a explorar.

Enfim, o problema é eminentemente político e como tal ficará sujeito a estudo e deliberação em outra sede, pelas autoridades competentes para tanto.

Conclusões

14. É tempo de concluir a presente exposição. De tudo o que aqui ficou dito, resulta o seguinte:

- a – o Brasil tem como certa a sua propriedade e, pois, a sua soberania sobre todo o conjunto do Salto das Sete Quedas, inclusive sobre o 5º desses saltos, sobre que se discute; o problema de fronteiras, tem-no o Brasil como fixado nesses termos. Por isso mesmo, entre as compensações a serem eventualmente discutidas, nenhuma deve importar em reconhecimento da soberania paraguaia sobre qualquer porção de Sete Quedas, a não ser que para tanto exista ato permissivo do Congresso Nacional, nos termos do art. 65, VIII, da Constituição;
- b – reconhecido que, no trecho de Sete Quedas, a soberania é brasileira, cumpre, a esse propósito, tratar o rio Paraná como rio internacional sucessivo, donde decorre que só o nosso governo tem o direito de explorar a energia hidroelétrica daquele acidente fluvial, resguardados, já se vê, os princípios de Direito Internacional pertinentes às relações de vizinhança e, em especial, assegurado o direito do ribeirinho de jusante à indenização, reparação ou compensação contra prejuízos específicos que haja de experimentar em consequência do empreendimento;
- c – tais prejuízos, a serem tecnicamente constatados, não devem limitar-se aos incômodos e inconvenientes normais

inseparáveis da vizinhança; só os particularmente intensos ou, como diz a Convenção de Genebra de 1923, os prejuízos graves é que são dignos de consideração;

- d – o Brasil deve notificar o governo paraguaio, dando-lhe informações técnicas concretas sobre as obras que pretende realizar e ouvir, pelo prazo máximo de um trimestre, as observações ou pretensões que este último Estado queira manifestar-lhe;
- e – se da obra a ser realizada nenhum prejuízo grave advier ao Paraguai, nenhum direito tem ele a ser atendido; se prejuízo grave houver, cumpre negociar o acordo, ressalvado, já se vê, o caso de abuso de direito na negativa.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1964.

Amílcar de Araújo Falcão

Reclamação da Tchecoslováquia sobre violação do terreno destinado a sede de sua Missão em Brasília.

PARECER

1. No anexo *memorandum* expõe-se o seguinte: “A Embaixada da República Socialista da Tchecoslováquia passou nota ao Itamaraty, na qual, após comunicar que ‘no dia 28 de abril, aproximadamente às 10 horas da manhã, os membros da Polícia do Distrito Federal penetraram, sem pedir autorização, dentro da sede desta embaixada, em construção, situada no Setor das Embaixadas, Avenida das Nações, Lote nº 21 prendendo ali o operário Silvio Farias de Albuquerque, libertando-o posteriormente,’ protesta contra ‘esta flagrante violação do seu terreno exterritorial’ e pede ao Ministério das Relações Exteriores que se digno tomar as providências cabíveis junto às autoridades competentes para que tais fatos não se repitam”.

Acrescenta a informação que existem no “terreno pertencente à Embaixada da Tchecoslováquia apenas as fundações do prédio que deverá abrigar futuramente a sede da Missão”.

Submete-se a matéria ao parecer desta Consultoria Jurídica.

2. Não tem procedência o protesto formulado pela Embaixada da Tchecoslováquia.

A noção de extraterritorialidade é rigorosamente falsa, se entendida segundo soa a palavra.

O terreno onde se situa qualquer embaixada ou missão diplomática estrangeira no Brasil é território pátrio tanto quanto qualquer outro que se encontre dentro das nossas fronteiras.

Ao diplomata atribuem-se imunidade penal, jurisdicional e fiscal, não por admitir-se a presença de um Estado estrangeiro criando uma solução de continuidade no território nacional, mas por considerações pessoais, com propósitos funcionais.

É esse o caráter e o fundamento da chamada *franchise d'hôtel*, reconhecida à residência do diplomata, bem como à sede da missão. A finalidade é essencialmente funcional: permitir que o desempenho da missão transcorra sem perturbações ou interferências do governo junto ao qual está acreditado o diplomata.

3. Se o terreno não é usado pelo diplomata, se a sede da missão não está edificada e, pois, ela se encontra desocupada, por isso que impossível a sua utilização para o fim a que só mais tarde se destinará, não há *franchise d'hôtel* a reconhecer.

Nesse sentido é o magistério de Alfred Verdross:

Existe también una exterritorialidad derivada por lo que respecta al edificio de la representación diplomática y las viviendas de los agentes (franchise d'hôtel). Tampoco estos edificios se consideran fuera del Estado en cuyo territorio se encuentran. No son tierra extranjera, sino territorio nacional. ...este principio se aplica únicamente a los edificios que las personas exterritoriales utilizan efectivamente, sin que una interrupción del uso suspenda la exterritorialidad. Por eso, la mera adquisición de un edificio para uso de una embajada no da lugar a su exterritorialidad mientras no haya sido puesto efectivamente al servicio de la embajada. También se extiende la exterritorialidad a los bienes muebles usados por los agentes diplomáticos (cf. Derecho Internacional Público. trad. 3ª ed. 1961. p. 224).

4. O protesto apreciado é, assim sendo, destituído de fundamento jurídico.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 8 de junho de 1964.

Amílcar de Araújo Falcão

Acordo (multilateral) sobre Privilégios e Imunidades da OEA. Pareceres de Comissões do Senado Federal. Reservas aos artigos 9º, letra b, e 10, letra b.

PARECER

1. O senhor Presidente da República submeteu à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do art. 66, inciso I, da Constituição federal, o texto do Acordo sobre Privilégios e Imunidades da Organização dos Estados Americanos, aberto à assinatura dos Estados do nosso continente na União Pan-americana, a 15 de maio de 1949, e firmado pelo Brasil a 22 de setembro de 1949.

No curso da tramitação do Acordo no Senado, surgiram, especialmente, duas impugnações, uma relativa ao art. 9º, letra b, – que reconhece a capacidade da União Pan-Americana para adquirir bens móveis e imóveis e dispor deles –, e a outra relativa à letra b do art. 10º – que concede aos funcionários e demais membros do pessoal da União Pan-Americana isenção “de impostos sobre os soldos e emolumentos que lhes pague a União Pan-Americana nas mesmas condições em que gozem de tais isenções, relativamente a cada Estado-membro, os funcionários das Nações Unidas”.

Em consequência, apresentou-se no Senado uma emenda ao correspondente projeto de decreto legislativo, propondo a aprovação do acordo, com reservas relativamente aos arts. 9º, letra b, e 10º, letra b, deste último.

Solicitado o pronunciamento do Itamaraty, quer-se, ao ter que manifestá-lo, ouvir o parecer da Consultoria Jurídica sobre os seguintes pontos duvidosos:

- a) Constitui empecilho à aprovação legislativa de ato internacional a eventual discrepância entre disposição sua e preceitos da legislação interna?
- b) Que decorrências provêm das emendas ou reservas formuladas unilateralmente pelo legislativo de uma das partes, ao dar a sua aprovação a tratados, convenções ou acordos internacionais?

2. Uma observação prévia cumpre fazer, de logo. Do ponto de vista estritamente jurídico, lei e tratado internacional, no plano interno, consideram-se normas jurídicas de igual hierarquia: vale dizer que, se uma disposição de tratado internacional (aprovado, ratificado e promulgado, já de vê) entra em conflito com lei interna anterior, ocorre a derrogação ou ab-rogação desta.

O problema apresentado, pois se conflito houvesse entre a convenção e a Lei de Introdução pátria, resolver-se-ia em favor da prevalência da norma convencional ulterior. No Brasil inexistente qualquer preceito constitucional regulando a mesma matéria de que cogitam as leis ordinárias trazidas à colação.

3. Entretanto, essa ordem de idéias não impede que se examine se efetivamente ocorre o suposto conflito com a Lei de Introdução ao Código Civil, caso em que, subsistindo os mesmos pressupostos, deveria ser rejeitado o acordo.

Parece-me que o art. 11, § 2º, da Lei de Introdução só veda a aquisição de imóveis e demais bens suscetíveis de desapropriação às seguintes pessoas jurídicas: (a) aos governos estrangeiros; (b) às organizações de qualquer natureza que eles hajam constituído, dirijam ou tenham investido de funções públicas.

Ora, os organismos internacionais, dos quais inclusive participe o nosso país, são pessoas jurídicas de direito internacional, inconfundíveis seja com os governos estrangeiros, seja com as organizações – sociedades, fundações, empresas, institutos, autarquias, etc., com personalidade de Direito Interno, evidentemente – por eles fundadas ou dirigidas.

Não penso, por exemplo, que a ONU estivesse sob o império da proibição formulada no art. 11, § 2º, da Lei de Introdução. Bem sei que alguns autores, como é o caso de Oscar Tenório e de Serpa Lopes, entendem que a proibição abrange também organismos internacionais do tipo do aqui discutido e mencionam como exemplo de pessoas jurídicas em tais condições a antiga Liga das Nações.

4. Para opinar em sentido oposto, além da contextura léxica da disposição legal, duas considerações se me afiguram decisivas: uma relativa à evolução histórica da preceituação legal e outra de ordem lógica ou sistemática.

Com efeito, o art. 11, § 2º, da atual Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.42) teve como antecedente o art. 20, *caput*, da precedente Lei de Introdução (Lei nº 3.071, de janeiro de 1916, combinada com a Lei nº 3.725, de 15.1.19). Na lei anterior (art. 20), falava-se, porém, em pessoas jurídicas de direito público externo, expressões estas de acepção ampla e abrangedora, pois, dos organismos internacionais.

Veio o legislador de 1942 e restringiu o conceito, para mencionar algumas espécies, apenas, daqueles *genus*: os governos estrangeiros e as pessoas jurídicas ou organizações por eles criadas ou dirigidas. O abandono de primitivo conceito claramente colocou além do alcance da norma os organismos internacionais, com personalidade jurídica típica de Direito das Gentes.

Com essa consideração de ordem histórica se conjuga, em prol da mesma conclusão, o elemento lógico ou sistemático, consistente na identificação da *mens legis*.

Por que dita o nosso legislador a mencionada proibição?

Dita-a, porque entende perigoso ou inconveniente que parcela do território nacional ou de bens que nele se encontrem pertençam a entidades dotadas de soberania e que tal propriedade interfira direta, indireta ou mesmo remotamente, com a nossa soberania interna e possa, de alguma forma, estorvar, embaraçar, perturbar o domínio eminente que tem o Estado brasileiro.

Ora, idênticas observações não teriam cabimento no caso de organismos não dotados de soberania (diversamente do que ocorre com os Estados estrangeiros), de caráter supranacional e politicamente neutros

(diferentemente do que acontece ou pode acontecer com as organizações nacionais fundadas ou dirigidas por Estados estrangeiros, ou que estejam sob a sua influência).

Dir-se-á que, desse modo, haveria o risco de governos estrangeiros, sob a cobertura de supostos organismos internacionais por eles criados, conseguirem burlar a proibição legal, logrando a propriedade que lhes é vedada. A objeção não me parece decisiva, porque na hipótese estaria configurado o *in fraudem legis agere*, capaz de ensejar a aplicação do preceito legal.

Não vejo, pois, na letra b do art. 9º do acordo submetido à aprovação legislativa, conflito ou discrepância com o preceito da nossa Lei de Introdução.

5. Quanto à isenção tributária, o problema não é de maior monta.

Concede-a o nosso país a diplomatas estrangeiros e mesmo a agentes consulares.

Mais de uma convenção internacional subscrita pelo Brasil registra cláusula semelhante, sendo de observar que as disposições impugnadas constam das seções 1ª, alínea b, e 18 alínea b, da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 13 de fevereiro de 1948, ratificada em 1949 e promulgada pelo Decreto nº 27.784, de 16 de fevereiro de 1950 – D.O de 14 de março de 1950), e bem assim das seções 3ª e 19, alínea b, da Convenção relativa aos Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10, de 14 de setembro de 1959, retificada em 1960 e promulgada pelo Decreto nº 52.288, de 24 de julho de 1963).

Se a nossa legislação do imposto de renda constituísse óbice a que, por acordo internacional, reconhecessemos imunidades diplomáticas ou isenções a funcionários internacionais, o nosso país ficaria, na verdade, marginalizado no convívio com as demais nações.

Claro está que tais isenções podem validamente consagrar-se em tratados e acordos.

Acrescente-se, aliás, que nem mesmo haverá maiores prejuízos ou perdas para os cofres brasileiros, se se acolher essa discutida isenção. Não fica em nosso país a União Pan-americana. Ela está sediada em Washington, de

modo que a disposição considerada vai produzir efeitos essencialmente nos Estados Unidos da América.

Não se me afigura, pois, que haja óbice jurídico à aprovação integral do acordo, também encarado sob esse ponto de vista.

6. Resta o último aspecto, referente este à reserva unilateral e seus efeitos.

Os tratados, convenções ou acordos internacionais são atos coletivos, resultantes da coincidência de vontade de dois ou mais Estados. No momento da elaboração do ato, é essa coincidência do ânimo de obrigarse, manifestada pelas pessoas jurídicas de direito público dele participantes, o traço essencial que o caracteriza.

Algumas vezes, o próprio ato internacional prevê a reserva pelas partes e, nesse caso, nenhum problema de monta surge.

Mas, se o tratado internacional, sobretudo o multilateral, não prevê a formulação de reservas pelas partes, admitir-se-á que, não obstante, elas o façam?

Se o tratado for bilateral e a reserva se apresentar no ato da assinatura do tratado, a questão terá gravidade mais reduzida, porque outra parte poderá aquiescer na reserva e subscrever o ato ou nela não anuir e recusar a sua assinatura. Nessa fase, pois, a assinatura da outra parte importa na aceitação da reserva.

Quid, porém, se o tratado for multilateral e, demais disso, a reserva só for apresentada quando da ratificação? A propósito, pode o Poder Legislativo, ao aprovar um tratado internacional, fazê-lo com reserva de alguma ou algumas cláusulas?

7. Parece-me que, se o Legislativo o fizer, o seu ato não será propriamente de aprovação do tratado, senão de sua rejeição, com a sugestão do Executivo de que negocie a aceitação das reservas propostas, caso em que, acolhendo-as as outras partes, considerar-se-á de antemão dada a aprovação do Congresso, podendo-se tão logo ratificar o tratado.

Hildebrando Accioly, em várias oportunidades estudou longamente o problema, para chegar à conclusão da ilegitimidade das reservas unilaterais em casos dessa espécie.

São desse excelso internacionalista os seguintes conceitos, formulados em tratados por ele apresentados, sob o título de “Efeito jurídico

das reservas a tratados multilaterais”, à Sessão Extraordinária do Conselho Interamericano Econômico e Social, reunida em Washington em 1950:

Ora, um tratado deve constituir uma unidade jurídica, deve ser um conjunto de normas estáveis e aplicáveis a todos os contratantes, pois esta é sua verdadeira razão de ser. Além disto, com a solução preconizada, haveria o sério inconveniente, de ordem prática, assinalado por um jurista contemporâneo, ou seja o de que a adoção do sistema de reservas com relação a tratados multilaterais poderia dar em resultado uma grande variedade no conteúdo das relações que unem uns Estados aos outros, e o tratado multilateral correria o risco de se resolver numa gama de acordos bilaterais de conteúdo diferente (Jacques Dehaussy, *Le Dépositaire de Traités, Revue Générale de Droit International*, 56,1952, p. 509).

Aliás, a grande maioria dos internacionalistas contemporâneos e a prática internacional têm sido contrárias à admissibilidade de reservas em tratados multilaterais, quando não previstas nos mesmos ou não aceitas por todas as partes contratantes. (cf. texto mimeografado distribuído pelo Itamaraty, p. 5-6).

Esse ponto de vista foi reafirmado mais tarde, no Parecer SJ/1.442, de 9 de setembro de 1952, dado pelo mesmo autor, já agora na qualidade de Consultor Jurídico deste Ministério.

João Hermes Pereira de Araújo insiste nas mesmas conclusões:

Assim sendo, em princípio, a ratificação de determinado tratado ou convenção deve abranger todo o texto assinado, sem quaisquer alterações sejam supressivas, sejam aditiva. Do ponto de vista teórico, pois, a ratificação com reservas não se pode considerar como ratificação, mas, como acentuam vários autores, equivale à rejeição da ratificação e a uma possível reabertura de negociações.

É o que opina Oppenheim, por exemplo: “...mas uma ratificação condicional não é absolutamente ratificação, mas equivale a uma recusa de ratificação, unida com um novo oferecimento que poderá ou não ser aceito”. No mesmo sentido, se manifesta Anzilotti:

...uma ratificação acompanhada de reservas, no sentido indicado, não será verdadeira ratificação, mas uma proposta de novo acordo, diferente do que foi assinado pelos plenipotenciários, a qual os outros contratantes poderão ou não aceitar.

Sob o aspecto lógico-jurídico não se pode defender outra tese. No momento da ratificação, uma das partes não pode mutilar um tratado concluído contratualmente, sem o assentimento do outro interessado. É o que afirma a Convenção de Havana sobre Tratados, em seu art. 6º:

A ratificação deve ser outorgada sem condições e compreender todo o tratado. Se o Estado que ratifica faz reservas ao tratado, este entrará em vigor desde que, informada destas reservas, a outra parte contratante as aceitar expressamente, ou, não as havendo recusado formalmente, executar atos que impliquem na sua aceitação

De maneira semelhante se pronuncia o Projeto de Convenção sobre o Direito dos Tratados, da Harvard Law School, no seu art. 15:

A não ser que de outra maneira disponha o próprio tratado, ...se o tratado é assinado por todos os signatários na mesma data, um Estado só pode fazer uma reserva quando o ratificar com o consentimento de todos os outros Estados signatários e de todos os Estados que deram sua adesão ao mesmo tratado, antes de ratificação por aquele Estado.

Assim, a convenção, se bem reconheça o princípio geral da ratificação sem reservas, aceita a exceção, limitando, porém, como é lógico, a entrada em vigor do tratado ao conhecimento e à aceitação expressa ou tácita dos outros signatários. Essa exceção, a nosso ver, só se pode verificar quando o próprio texto a prevê expressamente. De outra forma, ou a reserva, desde que aceita, será assunto de um protocolo ou acordo adicional, ou anulará inteiramente o tratado anterior, abrindo novo período de negociações. Não cabe, ao estudarmos a ratificação, saber de onde provém a reserva, se do Chefe do Poder encarregado de representar internacionalmente o Estado, ou se do Poder competente para aprová-lo internamente. Esse aspecto foi

ventilado ao tratarmos da posição do Poder Legislativo em face dos atos internacionais que lhe são submetidos”. (cf. *A processualística dos atos internacionais*, Ministério das Relações Exteriores, Seção de Publicações, p. 220 e segs.).

8. Temos, pois, que a reserva manifestada quando da aprovação legislativa do tratado equivale a uma rejeição da convenção, com a concomitante sugestão ao Poder Executivo de que reencete novas negociações no sentido da aprovação da mesma reserva, caso em que a ratificação poderá ocorrer independentemente de outra manifestação do Congresso.

No recente Anteprojeto de Lei Geral da Aplicação das Normas Jurídicas, apresentado pelo Professor Haroldo Valladão, lê-se a seguinte disposição, contida no parágrafo 1º do art. 13:

§ 1º. Se o Congresso Nacional aprovar com emenda o ato internacional, é facultado ao Poder Executivo comunicar o texto da mesma ao outro Estado e, se este a aceitar, assim se fará a respectiva ratificação.

Na justificação dos textos, diz o eminente autor do anteprojeto:

O princípio do § 1º representa *uma via construtiva à cooperação constitucional e democrática do Congresso com o Executivo*. A exemplo do que tem feito o Senado nos Estados Unidos e segundo temos sustentado em pareceres, com base no art. 6º, alínea 2, da Convenção de Havana sobre Tratados, representado mais uma contribuição do Direito Internacional Americano ao Direito Internacional. Nos Estados Unidos e no Brasil emendas do Senado ou do Congresso têm sido aceitas pelo outro Estado, vindo o tratado ou a convenção a ser assim ratificado, independente de nova audiência do Legislativo. (cf. o volume *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, Rio de Janeiro: 1964. p. 56; no mesmo sentido, cf. ainda o Parecer CJ/1.777, de 2 de abril de 1962, proferido pelo Professor Haroldo Valladão, na qualidade de Consultor Jurídico desta Secretaria de Estado).

9. São essas as considerações que se me afiguram oportunas, a propósito do tema submetido ao exame desta Consultoria Jurídica.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 1964.

Amílcar de Araújo Falcão

Acordo Brasil-República Federal da
Alemanha, sobre fomento e garantia
de investimentos privados.

PARECER

Na oportunidade de negociar-se projeto de acordo a ser celebrado com a República Federal da Alemanha, é solicitado o parecer desta Consultoria Jurídica sobre os arts. 6º, 8º, inclusive sua alternativa, 10 e 11 do respectivo texto.

O pronunciamento é pedido com a maior urgência, indicando-se por isso que ele pode ser emitido em termos sucintos.

2. O primeiro dos dispositivos em cogitação é o art. 6º do projeto de acordo.

O art.5º prevê que

o governo da República Federal da Alemanha possa conceder garantias próprias, em forma de seguro, a investimentos de seus nacionais ou suas sociedades, destinados ao Brasil, e aprovados por ambos os governos após consulta entre si.

Pois bem, o art. 6º, letra a, determina que se o governo alemão, por força de garantia indicada, fizer pagamentos a investidores germânicos, ficará sub-rogado em qualquer direito, título, ou ação sobre bens, ativos ou inversões por conta dos quais tais pagamentos forem feitos; do mesmo passo, reconhece-se a transferência para aquele governo, em tal hipótese, das importâncias ou créditos em cruzeiros, correspondentes a esses mesmos pagamentos.

Acrescenta-se que, ocorrendo tais pressupostos e tendo em vista as restrições decorrentes da legislação brasileira, os direitos em que assim se sub-rogue o governo da República Federal da Alemanha serão tão logo transferidos “a uma terceira pessoa jurídica capacitada a adquiri-los, escolhida de comum acordo pelas duas Partes Contratantes”.

Eis o texto em discussão:

Artigo 6º. Com relação às garantias que tenham sido concedidas nos termos do artigo anterior, o governo dos Estados Unidos do Brasil concorda em que:

a) Se o governo da República Federal da Alemanha vier a efetuar pagamentos a seus nacionais ou sociedades em decorrência de tais garantias o governo dos Estados Unidos do Brasil reconhecerá a transferência ao governo da República Federal da Alemanha das importâncias, ou créditos em cruzeiros correspondentes a esses pagamentos, assim como a sub-rogação do segurador, sujeito às limitações e disposições legais brasileiras, em qualquer direito, título, ou ação sobre outros bens ativos ou inversões por conta dos quais tal pagamento é feito. Tendo em vista o que dispõe a legislação brasileira quanto à aquisição por parte de governos estrangeiros de bens em seu território, o governo dos Estados Unidos do Brasil permitirá ao investidor e ao governo da República Federal da Alemanha, a transferência, de tais direitos a uma terceira pessoa jurídica capacitada a adquiri-los, escolhida de comum acordo pelas duas Partes Contratantes.

3. Em verdade, o óbice oferecido pelo nosso ordenamento jurídico à aquisição de bens no Brasil por governos estrangeiros resulta da proibição contida no parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, *sic*:

Os governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens móveis ou suscetíveis de desapropriação.

A vedação é rigorosa, fazendo-lhe o mesmo diploma uma única ressalva, constate do parágrafo 3º do citado artigo 11: “Os governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.”

4. Constituirá isso um obstáculo jurídico insuperável a que o Brasil assine tratado nas condições do projeto submetido a estudo?

A resposta é negativa. O tratado internacional, uma vez aprovado e ratificado, constitui norma jurídica de hierarquia igual à da lei. Portanto, sendo-lhe posterior e dispondo de modo contrário a ela, revoga-a.

Não existe qualquer preceito na nossa lei suprema dando hierarquia constitucional à disposição acima transcrita da Lei de Introdução.

Logo, juridicamente nada impede que o tratado consagre, *in hypothesis*, preceito – como tal revogatório, – contrário àquela, lei ordinária.

5. O problema, assim sendo, é menos de legitimidade ou legalidade do que propriamente de conveniência, de oportunidade, em suma, de consistência eminentemente política.

À pergunta sobre se se pode ou não dispor em tratado internacional em termos discrepantes da Lei de Introdução, a resposta é afirmativa, por isso que então se configuraria a revogação dessa lei.

Superado o aspecto jurídico, restará o problema subsequente, de conteúdo político, como já disse, de saber se convém dispor do modo indicado. É assunto que não me cabe examinar. Não obstante, quero tecer a propósito rápidas considerações.

Em primeiro lugar, parecer-me que o parágrafo 2º, do art. 11, da Lei de Introdução deva ser tomado *cum grano salis*.

Se valesse, ao pé da letra, a proibição que nele se lê, o nosso país ficaria marginalizado no convívio com as demais nações, posto que, a teor da nossa lei de desapropriações (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 art. 2º), todos os bens poderão ser desapropriados.

Dir-se-á que a Lei de Introdução (art. 11, § 3), ressalva a propriedade de prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos e agentes consulares. Mas isso não basta: para tal efeito, nada impede que os governos estrangeiros possuam também bens móveis, veículos, dinheiros em depósito, para uso da missão diplomática ou do serviço consular. Essa é

a primeira observação a fazer, no que diz respeito a um elastério, mínimo embora, que comporta a disposição comentada da Lei de Introdução, sob pena de ela tornar-se inoperante ou insustentável.

Passemos agora a uma segunda ordem de idéias. No ajuizamento da conveniência e oportunidade da norma convencional projetada, bem é que se observe não haver outra alternativa entre aceitar, com as conseqüências discutidas, ou não aceitar a garantia de investimentos dada por governos estrangeiros.

Sim, porque ocorrendo o evento contra o qual a garantia visa a assegurar o investidor e, pois, ressarcido o dano por este sofrido, não seria curial admitir-se que ele conservasse direitos e ações objeto da indenização, posto que tal importaria em reconhecer-se-lhe um enriquecimento ou locupletamento sem causa. Decorre daí que, operando o seguro, a sub-rogação é uma conseqüência natural. Dir-se-á que isto será contrário ao princípio consagrado no parágrafo 2º, do art. 11, da Lei de Introdução, não convindo, portanto, derrogar tal regra. Note-se, porém, que no projeto de acordo se elegeu a via de afirmar que, verificada a sub-rogação, tão logo se fará, com a aquiescência do governo brasileiro, a transferência dos direitos respectivos a uma terceira pessoa “capacitada a adquiri-los” (*sic*). Parece-me, assim sendo, que a derrogação projetada não ferirá a *mens legis*, em toda a sua extensão. No particular, cumpre distinguir a atividade meramente jurídica da atividade funcional. O objetivo essencial da Lei de Introdução é impedir, sobretudo, que o governo estrangeiro exerça atividade funcional como titular de domínio sobre bens suscetíveis de desapropriação no Brasil. Ora, a sub-rogação pretendida enseja uma atividade meramente jurídica de aquisição de bens, para transferi-los imediatamente.

Por essas razões, parece-me aceitável o art. 6º do projeto de acordo, cuja validade não encontra embaraço em qualquer preceito de natureza constitucional. Se é certo que a sub-rogação prevista no referido art. 6º acarretará uma derrogação aos termos absolutos do parágrafo 2º do art. 11 de Lei de Introdução, o mecanismo, porém, que se quer consagrar para que a disposição convencional opere, atende, de alguma forma, aos objetivos que a *mens legis* quis assegurar.

6. *Quid* a propósito do art. 8º do projeto de acordo, inclusive sua alternativa?

Haverá inconstitucionalidade na consagração, que aí se faz, do *pacto de compromittendo* para as divergências entre os dois governos contratantes, no que diz respeito à interpretação das cláusulas do acordo? Essa é a pergunta.

Os dispositivos constitucionais em confronto são o parágrafo 4º do art. 141 e a letra d do inciso I do art. 101 da Constituição.

Não vejo mácula no projeto, em confronto com ambos os preceitos constitucionais.

De logo, anoto que a letra b do art. 8º do projeto de acordo enerva quase totalmente o que determina a letra a desse mesmo artigo, posto que declara que o arbitramento “não afetará de nenhuma maneira a jurisdição dos tribunais do país”, o que equivale a dizer que o resultado do arbitramento somente será considerado, a teor do projeto, em princípio, não vinculando, portanto, a nossa Justiça, quando tiver de decidir questões que perante ela sejam postas pelos interessados.

Por isso mesmo, no que tange ao interesse do Brasil, opino que o art. 8º do projeto, assim entendido, é preferível ao texto alternativo que lhe foi aditado.

7. Nesse texto alternativo, estende-se o arbitramento, além das divergências sobre a interpretação das disposições do acordo, às reivindicações ou reclamações resultantes de investimentos nele garantidos e formuladas contra qualquer um dos dois governos.

Já agora, há que distinguir entre as reclamações apresentadas contra a União e as formuladas contra os Estados-membro ou municípios.

Quanto à União, não se me afigura inconstitucional que ela, por lei ou tratado, disponha que submeterá a juízo arbitral, no plano internacional, as suas divergências, de modo a lograr uma solução que coíba exatamente as lesões de direito de que trata o parágrafo 4º do art. 141 do estatuto supremo ou os litígios de que cogita a letra d do inciso I do art. 101 do mesmo diploma fundamental. A própria Constituição, expressamente, em seu artigo 4º refere-se ao arbitramento como um dos recursos de que pode valer-se o nosso país.

Outro tanto, porém, não se poderá dizer quanto às reclamações que foram dirigidas contra Estados-membro ou municípios brasileiros.

É certo que o *treaty-making power* da União é oponível a estes e àqueles. Mas, tal como a lei não poderia fazer, também o tratado não poderá

excluir da apreciação do Judiciário lesões de direitos, sofridos pelos Estados ou pelos municípios (art. 141, § 4º da Constituição).

A ressalva quanto à desapropriação me parece válida, no sentido de que, em tal hipótese, o arbitramento só terá lugar se se configurar “uma denegação de justiça, como tal definida em direito internacional público”: é tranqüilo, entre nós, que a denegação de justiça acarreta a responsabilidade internacional do Estado, autoriza a proteção diplomática e, assim, poderá dar lugar ao arbitramento resultante do acordo, já agora, aliás, tornando-se este oponível diretamente à União, que é quem responde internacionalmente pelos atos praticados por nosso país.

Restarão, no entanto, outros atos de autoridade pública, praticados por Estados-membro e municípios, quanto aos quais não é feita idêntica reserva da configuração da denegação de justiça e, pois, da exaustão da via jurisdicional interna, como condição para o arbitramento.

Em geral, o recurso ao arbitramento não é muito favorável às nações latino-americanas, quando elas se defrontam com países europeus.

Não obstante, se se tiver de eleger tal via, creia que a fórmula mais conveniente seja a do art. 8º do projeto de acordo, de preferência à fórmula alternativa oferecida ao seu texto.

8. Não vejo objeções essenciais de fundo, contra os arts. 10 e 11 do projeto de acordo. Os problemas existentes são apenas de forma e estes não me foram submetidos, no momento.

Nesse caso, é contraditório falar-se em pessoas.... “com ou sem personalidade jurídica”. Bastaria que se aludisse a – fundações, associações e, bem assim, sociedades civis ou comerciais, com ou sem personalidade jurídica –, para que se melhorasse o texto correspondente da letra b do mesmo art. 10 do projeto de acordo.

Quanto ao art. 11 também não vejo objeções de monta.

Parece-me razoável o estabelecimento dos prazos de vigência e eficácia seja do acordo, seja da garantia a ser oferecida em consequência dele.

Como a lei, também o tratado é um autolimitação que o Estado livremente estabelece ao exercício de sua soberania. Desde que não importem tais diplomas em uma renúncia pura e simples à soberania, válida são, sob esse aspecto, as suas disposições.

9. Com a urgência de que se reveste o caso presente, são essas as condições que se me afiguram oportunas.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 3 de julho de 1964.

Amílcar de Araújo Falcão

Questão pendente entre a Petrolexport, de Bucareste, e a Cia. Wetzel Industrial, de Joinville, Santa Catarina.

PARECER

A Cia. Wetzel Industrial, de Joinville, Estado de Santa Catarina, pede o apoio da Secretaria Executiva da Coleste, por cartas de 13 de maio de 1963, 29 de junho de 1963 e 19 de março de 1964, comunicando, segundo consta do anexo *Memorandum* Dor/23, de 1º de julho de 1964, “ter sofrido prejuízos no que se refere a um contrato de compra e venda de parafina firmado entre a mesma e a Petrolexport, de Bucareste, empresa estatal para comércio exterior da República Popular Romena, tendo funcionado como agente comercial na transação, a firma Irmãos Simon, Importação e Exportação S.A., do Rio de Janeiro”. Continua o *memorandum*: “Os prejuízos resultaram, segundo a Cia. Wetzel Industrial, do não cumprimento de compromissos de entrega de lotes de parafina, em épocas preestabelecidas, por parte da Petrolexport” (cf. memo. cit.). Como ulteriormente a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) passou a exercer o monopólio de importação de parafina, produto sobre que versavam as transações articuladas, a esta altura nem mesmo haveria a solução de entabularem-se negociações para que as importações se concretizassem.

Por isso, a Cia. Wetzel Industrial pretende que a Petrolexport lhe pague, pelo não cumprimento do que contrata, a indenização de Cr\$ 12.000.000,00 (doze milhões de cruzeiros).

Indaga-se se o governo brasileiro ou, especialmente, a Coleste, deve intervir junto às autoridades comerciais romenas para que, por via

conciliatória, seja reparado o alegado prejuízo sofrido por aquela empresa nacional.

2. Na ordem internacional não é princípio aceitável que um governo se dirija a outro, para advogar o reconhecimento de pretensão de nacional seu, a respeito da qual verse um litígio. Isto se consente, no entanto, quando ficar demonstrada a configuração de uma denegação de justiça, caso em que a matéria adquirirá conteúdo relevante de Direito Internacional, como tal passível de formulação pelo trâmite da proteção diplomática.

Na hipótese vertente, se empresa brasileira tem pretensão jurisdicional contra o Estado romeno ou uma de suas empresas, deve adotar, por si mesma, o remédio judicial cabível para tal efeito.

Se o governo brasileiro se transformasse em advogado ou intermediário de seus nacionais, nos litígios entre eles e outros Estados, socialistas ou não, democráticos ou ditatoriais, além de flanquear a ortodoxia das relações internacionais, estaria criando uma sobrecarga de serviços para cujo atendimento dificilmente se encontraria aparelhada a sua organização administrativa.

Demonstrada, porém, a denegação de justiça, com a exaustão ou o trancamento das vias judiciais de pedir competentes, aí sim, cabe ao nosso governo atuar, amparando o seu nacional com a proteção diplomática.

Tais pressupostos não se encontram demonstrados no anexo *dossiê*, de modo que a reclamação do interessado não se afigura articulável pela via diplomática ou de governo a governo.

3. Claro está que essa conclusão não impede que o governo brasileiro exerça os seus bons ofícios, no sentido de pleitear uma satisfação transacional para o que pretende a empresa postulante.

Isto, aliás, já foi feito sem êxito. Poderão repetir-se as gestões.

Que houve aperfeiçoamento de contrato epistolar entre as empresas brasileira e romena, para a importação de parafina, não resta dúvida. Há vários telegramas não só confirmado o negócio, como ainda pleiteando a alteração de prazos para a remessa do produto, o que denuncia o *consensus*. Talvez faltem comprovações relativas e detalhes de quantidades a serem negociadas, mas a convenção ocorreu, obrigando as partes.

Pode, assim sendo, a Coleste renovar sua interferência a título de exercer, apenas, seus bons officios e, pois lograr uma solução transaccional para o caso. Se houver fracasso nessas gestões, restará à empresa interessada agir judicialmente, pelo meio competente, para fazer valer o seu direito ou provar a configuração de denegação de justiça, para que, então, o nosso governo exerça a proteção diplomática.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 6 de agosto de 1964.

Amílcar de Araújo Falcão

Uso industrial e agrícola de rios e lagos internacionais. Projeto de Convenção elaborado pela Comissão Jurídica Interamericana.

PARECER

1. A esta Consultoria Jurídica é remetido o anexo Projeto de Convenção, precedido de competente estudo, elaborado pela Comissão Jurídica Interamericana, em seu período de sessões de 1963, a propósito do tema indicado na epígrafe acima.

Solicita-se que sobre a matéria seja emitido parecer referente aos problemas jurídicos que tal projeto suscita.

Ao fazê-lo, precedemos as nossas conclusões de exposição, em que analisaremos o assunto em termos gerais, preocupando-nos especificamente com a questão dos rios internacionais.

Rios internacionais: conceito e espécies

2. Como rios internacionais se entendem os cursos d'água que separam ou atravessam o território de dois ou mais países: tal conceito ainda costuma ser estendido – registramo-lo, embora não interesse à exposição esse aspecto – aos rios internos que por ato internacional tenham sido vinculado ao uso, em geral para fins de navegação, de outros países. Os primeiros serão rios internacionais por sua própria natureza, enquanto os segundos sê-lo-ão apenas por definição convencional ou legal.

Os rios internacionais por sua própria natureza (daqui por diante simplesmente designados como – rios internacionais) podem ser de duas

espécies: (a) contíguos, simultâneos ou fronteiriços – aqueles que correm entre dois ou mais países, separando-os e constituindo-lhes o próprio limite arcifínio; (b) de trânsito ou sucessivos – aqueles que atravessam dois ou mais Estados.

Como observam Schulthess e Marienhoff, pode acontecer que um rio seja simultaneamente sucessivo e contíguo. A solução em tal caso é simples: aplicar-se-á o regime jurídico pertinente a cada seção do rio considerada ou, consoante diz Marienhoff:

Sin embargo, en el caso concreto, siempre se tratará de una o otra categoría de curso de agua, según la sección del mismo que se tome en cuenta (cf. Miguel S. Marienhoff, Régimen e legislación de las aguas públicas y privadas, Valério Abeledo-Editor Libreria Jurídica, Buenos Aires, 1939. p. 363).

É nessa última situação que se encontra o rio Reno.

A distinção entre rios contíguos e sucessivos é importante, por isso que de algum modo varia o regime jurídico de um para o outro caso.

De logo cumpre fazer uma observação. A designação internacional não tem em vista a propriedade do rio, ou a soberania sobre ele, em si mesmas consideradas. Por outras palavras, quando se usam aquelas expressões, não se pretende significar, necessariamente, que o rio pertença aos Estados que atravesse ou separe. Considera-se sob tal *nomen juris* o estatuto jurídico do rio, que passa a sofrer a interferência de princípios e idéias – forças de Direito das Gentes: a utilização do curso d'água há de respeitar certas regras consagradas pelo Direito Internacional.

Utilização industrial e agrícola

3. As utilizações a que se prestam os rios internacionais são as mais variadas, indo da navegação, flutuação e pesca, aos aproveitamentos industriais. O regime jurídico, pois, aplicável a cada hipótese deve levar em conta a espécie de utilização concretamente encarada, bem como as próprias características do curso d'água:

La géographie physique des États présente de telles particularités que des principes appliqués dans un cas se révéleraient tout à fait

*futiles ou même nuisibles pour d'autres cours d'eau. Il convient de remarquer que les diverses utilisations des fleuves et rivières sont loin d'avoir la même influence sur leur débit, leur volume, la potabilité de leurs eaux, la composition chimique de ces dernières. Certaines utilisations ne sont de nature à influencer le cours d'eau, en aucune manière. Il y a ce qu'on appelle usage inépuisable de l'eau; c'est le cas de la navigation, de la pêche, du flottage. D'autres utilisations sont susceptibles de diminuer ou même de tarir complètement le cours d'eau; il y a usage épuisable de l'eau; il peut en être ainsi en cas d'irrigation agricole ou même, pour des sources peu importantes, de consommation d'eau potable par des grandes agglomérations urbaines, voire même d'usage commun. L'eau détournée ne peut pas être rendue à son cours. Certaines utilisations sont susceptibles d'altérer la composition chimique de l'eau; tel sera le cas si un cours d'eau sert à l'écoulement des égouts d'une grande ville, ou même, sur une échelle plus petite, si les eaux sont polluées pour l'usage industriel qu'en font des usines sises au fil de l'eau, surtout celles de l'industrie chimique. Ou encore, la tentative, ou la prétention de détourner un cours d'eau de son cours naturel, expose une agglomération urbaine à ne plus pouvoir assurer l'évacuation de ses égouts et risque de compromettre l'hygiène de sa population. La modification physique d'un cours d'eau peut encore résulter de ce qu'on appelle un abaissement ou une surélévation de la nappe phréatique, c'est-à-dire de la nappe d'infiltration qui résulte de l'imprégnation complète et permanente du sol par l'eau à une profondeur variable au-dessous de la surface (cf. Georges Sauser-Hall, *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, In: *Recueil des Cours*, A.W. Sijthoff, Leyde (Países Baixos), 1955, tomo 83 da Coleção (1953-II), p. 472).*

É essa circunstância mesma da especificidade do regime jurídico para cada tipo de utilização, aliada a um certo determinismo geográfico sobre a formulação dos princípios aplicáveis, que leva os autores e Sauser-Hall à frente deles a afirmarem a necessidade de prudente discricção e comedida cautela para o estudo das regras pertinentes do direito fluvial internacional.

Plus que dans tout autre domaine du droit des gens, il est difficile de formuler à priori les principes gouvernant l'utilisation

industrielle des fleuves et cours d'eau internationaux.... L'adoption de normes abstraites et à priori est peu recommandable parce que la situation politique, économique et topographique de ces cours d'eau est extrêmement diverse (cf. Sauser-Hall, op. cit., p. 471).

À presente exposição interessa o problema da utilização de rios internacionais para fins industriais e agrícolas, inclusive para a captação de energia hidráulica.

O regime jurídico

4. Já ficou dito anteriormente que o regime jurídico é diverso, conforme se trate de rios contíguos ou sucessivos e, no caso de rios simultaneamente contíguos e sucessivos, conforme se trate da porção de trânsito ou da porção limítrofe do rio.

Resta, agora, definir esse regime de Direito Internacional.

Várias soluções têm sido apresentadas pelos autores.

Alguns afirmam que há uma partilha ou divisão da soberania dos ribeirinhos sobre a força hidráulica, exercendo-se o domínio em termos absolutos. É a posição de Max Huber, acolhida pelo direito cantonal suíço. Essa conclusão, embora divirja quanto aos fundamentos, acaba por coincidir com a teoria da soberania absoluta, que se consagrou nos Estados Unidos da América sob o nome de “doutrina Harmon”, nome tirado do pronunciamento emitido pelo *attorney-general* Harmon, no dissídio entre os Estados Unidos e o México relativamente à utilização das águas do rio Grande ou Bravo para fins de irrigação por parte daquele primeiro país: afirmou Harmon que o Estado tem direito de usar como bem entende as águas que atravessem o seu território, embora tal aproveitamento venha a tornar-se detrimetoso para outros Estados ribeirinhos a jusante. Os Estados Unidos nunca abandonaram ostensivamente essa doutrina, embora, seja no caso do Rio Grande, com o México, ou da Chicago Diversion e mesmo do Canal de Calumet Stag, com o Canadá, adotassem solução transacional pela via convencional.

A doutrina Harmon evidentemente não pode ser aceita, por anárquica e contrária aos mais elementares princípios de convivência internacional.

Uma fórmula atenuada, que entretanto leva em conta o interesse dos Estados ribeirinhos, é a da teoria anglo-saxônica dos *riparian rights*, segundo a qual cada Estado tem direito à totalidade das águas, em condições físicas e de composição iguais às que lhe assegure a natureza; por isso mesmo cada Estado terá o direito de opôr-se a qualquer utilização que modifique o *status quo*, ainda que nenhum prejuízo específico daí lhe advenha.

Eis o resumo dessa doutrina em Oppenheim-Lauterpacht:

But the flow of not-national, boundary, and international rivers is not within the arbitrary power of one of the riparian States, for it is a rule of International Law that no State is allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of the territory of a neighbouring State (cf. L. Oppenheim, *International Law – A Treatise*, editado por H. Lauterpacht, 8ª ed., Logmans, Green and Co. 1955. VI (Paz) p. 474; cf. no mesmo sentido interessante decisão transcrita em J. N. Pomeroy, edição de H. C. Black, *A treatise on the law of water righes*, St. Paul, Minn., Ewest Publishning Co., 1893. p. 233).

O defeito dessa teoria, que igualmente atenta contra o princípio geral da igualdade entre os Estados, está no direito absoluto de veto que ela assegura ao ribeirinho de jusante, em detrimento do ribeirinho de montante. Como a doutrina Harmon, também a teoria dos *riparian righes* é inaceitável.

Segue-se a teoria da co-soberania dos vários Estados ribeirinhos, consubstanciada num condomínio sobre os rios limítrofes e num co-império sobre os sucessivos. Essa tese, que tem sido aceita em matéria de rios contíguos, com reservas aliás, jamais foi admitida pela prática dos Estados relativamente aos rios de trânsito. Quanto aos rios contíguos, a ressalva feita refere-se àqueles casos em que a fronteira de um Estado é constituída por uma das margens do rio, pertencendo este, pois, integralmente a um dos ribeirinhos. Na reunião do Instituto de Direito Internacional, de 1911, ao discutir-se a Resolução de Madri, Politis procurou sustentar a tese do condomínio.

A objeção que lhe move Fauchille é decisiva:

*Il se peut que le fleuve formant la frontière entre deux États appartienne tout entier à l'un d'eaux. Alors c'est du fleuve tout entier et non plus d'une de ses parties seulement, jusqu' à son milieu ou jusqu'à son thalweg, que ce dernier pourra faire un usage industriel ou agricole. L'autre riverain, qui n'a en réalité sur le fleuve aucun droit de propriété ou de souveraineté puisque sa frontière est constituée par son rivage, ne pourra à ce point de vue exercer sur lui aucune action: c'est à tort qu'un auteur, M. Politis, a voulu lui reconnaître un droit d'utilisation industrielle ou agricole sur la portion, des eaux s'étendant de son côté, car ce droit, n'étant pas comme celui de libre navigation d'un usage inépuisable, implique nécessairement qu'on possède sur les eaux un dominium eminens: à cet État ne peut appartenir sur le fleuve, comme à tout État non riverain, que le droit de naviguer. L'État propriétaire et souverain du fleuve aura le droit d'y faire, dans tout son cours, usage de l'eau à son gré, à la double condition que, par ses entreprises, il ne nuise pas, d'une façon quelconque à la rive adverse et ne mette pas d'obstacles au droit de navigation, apanage de tous les peuples (cf. Paul Fauchille, *Traité de Droit International Public*, 8^a ed. Paris, Rousseau & Cie., Editeur, 1925, tomo 1, 2^a parte – Paz – n^o 523, p. 437).*

De qualquer forma, feita essa ressalva, tem tido aceitação na prática e mesmo na doutrina predominantes a tese do condomínio dos Estados ribeirinhos sobre os rios contíguos. Sauser-Hall, que não adere a esse entendimento (op. cit., p. 551, item 2, *in fine*), entretanto afirma que ele é prevalente:

L'idée d'un condominium limité à la force hydraulique des fleuves ou rivières contiguës est en revanche beaucoup plus plausible. Cette conception peut s'autoriser de la pratique et de la doctrine actuellement dominantes, selon lesquelles chaque État riverain a droit à une partie de la puissance hydraulique contenue en puissance dans un fleuve formant la frontière, sans qu'il y ait lieu de considérer, in concreto, si la frontière passe par le thalweg ou par la ligne médiane, sans se préoccuper non plus du domaine territorial où se trouve la masse principale des eaux, ni la plus forte déclivité du lit (op. cit., p. 547).

Em tema de rios sucessivos, porém, a doutrina do condomínio não possui o menor fomento de direito ou o mínimo acolhimento na prática dos Estados.

Vejam-lo ainda na lição de Sauser-Hall:

L'idée d'un co-imperium sur des cours d'eaux successifs ne saurait nous retenir longtemps. Elle ne trouve pas le moindre appui dans la pratique internationale. La raison en est que les frontières sont transversales et qu'elles coupent toujours le fleuve ou la rivière en autant de tronçons qu'il y a d'États traversés par le même cours; il n'a jamais été soutenu que les États d'amont puissent avoir des droits de co-souveraineté sur les eaux des États d'aval, ou vice-versa. Si on voulait l'admettre, aucun État ne pourrait, sur son territoire fluvial, accorder de concession d'exploitation de la force hydraulique sans le consentement de tous les États intéressés, ce qui n'a jamais été observé (op. cit., p. 547).

Bohdan Winiaski em termos incisivos rejeita igualmente a idéia de condomínio:

*Mais l'idée de condominium ne saurait être acceptée, car ni le droit international positif ni les rapports entre les riverains ne donnent lieu à une telle construction. Il est au contraire bien établi dans le droit international que chacun des États riverains exerce sa souveraineté sur les sections du fleuve qui font partie de son territoire. L'idée d'un condominium ou plutôt d'un coimperium leur est totalement étrangère (cf. "Principes généraux du droit fluvial international", In: *Recueil des Cours, Librairie du recueil Sirey*, Paris, 1933. V. III, tomo 45 da Coleção, p. 129).*

A teoria da servidão internacional

5. Diante da insuficiência desses pontos de vista anteriormente examinados, certos escritores procuram encontrar o fundamento do direito fluvial internacional, aplicável à utilização industrial e agrícola, inclusive à utilização da força hidroelétrica, na existência de verdadeira servidão internacional, semelhante às servidões consagradas pelo direito privado. Nesse

sentido, há interessante trabalho da lavra de Helen Dwight Reid, publicado no *Recueil des Cours* (cf. *Les servitudes internationales*, In *Recueil*, 1933, v. III, p. 5 e seg.).

O ponto de vista é inaceitável, quer se admita, quer se rejeite a configuração de veras servidões em Direito Internacional. Com efeito, o que ocorre em tais casos são limitações, *faciendo*, non *faciendo* ou *patiendo*, ao exercício da soberania e não, consoante é próprio da servidão como direito real que é, limitações ao direito de propriedade. Tem toda razão Verdross quando isto proclama. É, no particular, exata a alternativa de von Liszt, quando assevera que de duas uma – ou se cogita de limitação ao direito de propriedade, afigurando-se inaplicável o Direito das Gentes, ou então trata-se de limitação à soberania, resultando, pois, inadequada a noção de servidão. Ao conceito de servidão internacional Angelo Piero Sereni formula objeções que são irrespondíveis (cf. *Diritto Internazionale*, Milão: Giuffrè, 1958. v. II, seção 1ª, p. 627 646). Concludentes são, em especial, as observações de Winiarski, contrárias à existência de servidões internacionais (op. cit., p. 133 e segs.). Mesmo aqueles que admitem a figura das servidões internacionais porém, não costumam aceitar – e nisso têm razão – que no caso esteja em presença uma servidão. É o que proclama o já tantas vezes citado Sauser-Hall:

Mais il faut considérer que le régime de l'aménagement industriel des fleuves internationaux ne s'épuise pas, d'une part, dans l'obligation de l'État d'aval de recevoir les eaux courantes en amont et dans l'obligation de l'État d'amont de n'en point détourner le cours au préjudice de l'État d'aval. Il implique un ensemble de relations plus complexes. Ce régime déborde le cadre de la servitude (op. cit., p. 553).

O direito de vizinhança

6. A verdade é que a doutrina preponderante, aliás com assento na própria prática dos Estados, tem consagrado como fundamento do Direito Internacional fluvial aplicável ao aproveitamento hidroelétrico os princípios do direito de vizinhança.

Eis como se expressa a propósito Winiarski:

Pour nous il y a la deux problèmes. Le premier est celui des rapports que fait naître entre États voisins l'exploitation industrielle

ou agricole des cours d'eau: ce sont là des règles de voisinage qui s'y appliquent; j'en ai déjà parlé, elles rentrent dans ce qu'on peut appeler le droit fluvial international sensu lato. En 1910, l'Institut de Droit International avait décidé de mettre en étude la "détermination des règles du droit international en ce qui concerne les cours d'eau internationaux au point de vue de l'exploitation de leurs forces motrices". Les règles adoptées par l'institut à la session de Madrid de 1911 n'ont en réalité pour objet que des rapports de voisinage (cf. Bohdan Winiarski, op. cit., p. 187).

Idêntico é o pensamento de A. W. Quint:

*La position de fait des parties une fois établie, il nous restera à envisager de plus près la situation juridique. Il s'agit de conflits d'intérêts sur les rivières internationales qui relèvent du droit international de voisinage. Ce droit est avant tout un droit d'équité, ce qui dans les litiges d'intérêts est d'une importance prépondérante. Veut-on essayer d'obtenir une ou plusieurs règles touchant le sujet de notre étude, le droit privé nous fournit à cet effet un excellent point de départ. Sous ce rapport il est intéressant d'observer que selon Huber l'analogie du droit international et du droit privé s'accuse avec force précisément sur le terrain du droit de voisinage (cf. Nouvelles tendances dans le droit fluvial international, In: *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, 1931, p. 328).*

Quint transcreve adiante o pensamento de Planiol-Rippert a propósito do art. 644 do Código Civil francês:

Le droit de riveraineté, droit réel sui generis, est un droit d'usage et comme tel soumis à des limitations; néanmoins l'article doit être interprété largement dans ce sens qu'à côté de l'usage agricole il comprend aussi l'usage industriel (op. cit., p. 328 e 329).

Estabelecidas essas idéias, Quint faz o seu transunto no Direito Internacional:

Appliqué au droit international on peut donc poser en principe que le droit conciliateur de voisinage permet un 'usage innocent' décrit par Grotius comme talis usus qui procedest his, illis non nocet (op. cit., p. 329).

Fauchille, já tantas vezes citado aqui, também oferece o prestígio de sua autoridade à fundamentação com base no direito de vizinhança, daí retirando não só as limitações, mas também a medida das possibilidades de exploração industrial dos rios internacionais.

Ele começa criticando as doutrinas da soberania absoluta e dos *riparian rights*, para afinal equacionar o problema em termos de relações de vizinhança:

En definitive, ce n'est ni aux reverains d'amont, ni aux riverains d'aval, qu'il faut exclusivement donner la préférence; ce qu'il faut ici, c'est conciller les droits qui appartiennent aux uns et aux autres, afin que chacun puisse exercer les siens dans une mesure qui ne fera disparaître ceux des autres; la propriété ou la souveraineté est le droit de disposer d'une chose ou d'agir sur une chose sans porter atteinte aux droits d'autrui. Mais toute exploitation quelconque d'un cours d'eau n'est-elle pas en elle-même préjudiciable? Sans nul doute. Néanmoins, en fait, les utilisations industrielles ou agricoles qu'on peut faire d'un fleuve ne sauraient à égard être placées toutes sur la même ligne. La vérité est que, pour les États comme pour les individus, le voisinage entraîne certaines obligations et impose certaines restrictions à l'exercice de leurs droits. Le riverain d'un cours d'eau aura le droit de faire tous les actes qui ne présentent pour ses co-riverains que les inconvénients ou les incommodités inséparables du voisinage, mais il devra s'abstenir de tous ceux qui excéderont ces inconvénients ou ces incommodités. Tel est le principe. (op. e loc. cit., p. 449)

Sausser-Hall tem a mesma inclinação:

Il peut être satisfait à toutes ces exigences par l'observation de principes dégagés en droit des gens moderne pour régler les relations de voisinage entre États. C'est donc dans le droit de voisinage qu'il faut chercher la justification de la limitation de la souveraineté des

États sur leurs eaux courantes. Le droit de voisinage est une institution du droit des gens (op. cit., p. 554).

Conseqüências jurídicas

7. Identificado, assim, o fundamento teórico do problema no direito de vizinhança, fácil é extrair as conseqüências que interessam à exploração industrial e agrícola.

Já num primeiro lance se confirma a asserção que anteriormente fizemos de que a propriedade do curso d'água, no caso de rios sucessivos, é plena e incondicionalmente do Estado em que se encontra o trecho ou parte considerada. Não há que falar a propósito nem em servidão, nem em condomínio.

Se a propriedade do rio internacional sucessivo é de cada um dos Estados nos quais ele se encontra, resulta disso que cada um deles, no trecho que lhe pertencer, pode dar às águas a utilização industrial ou agrícola que entender. Em princípio, para fazê-lo não depende da aquiescência do Estado ribeirinho de montante ou de jusante.

Dir-se-á que toda utilização industrial ou agrícola acarreta alguma repercussão a ser experimentada pelos demais ribeirinhos. Ainda aqui, o direito de vizinhança indica a solução: aqueles inconvenientes ou incômodos inseparáveis da vizinhança, embora decorram do aproveitamento industrial, devem ser suportados.

Vem agora a contrapartida. Se do aproveitamento decorre um prejuízo ou dano relevante para os demais ribeirinhos, a sua concretização dependerá da aquiescência destes ou das compensações que se lhes ofereçam.

Já se disse, tentando reduzir o direito continental europeu, no particular, a uma síntese mínima, que o denominador comum das regras estabelecidas acabaria por indentificar-se no princípio romano – *alterum non laedere*:

Si l'on voulait chercher un dénominateur commun à toutes ces règles on n'irait guère au delà, par voie d'abstraction, du principe général de droit romain – alterum non laedere. Nul ne doit employer la force hydraulique à sa disposition de manière à lésar les intérêts d'autrui (cf. Sauser-Hall, op. cit., p. 506).

Afinal de contas, tonificam-se e revigoram-se os velhos apogemas do direito clássico fluvial romano, de que o uso das águas poderia fazer-se *pro modo possessionum*, desde que *sine iniuria alterius*, ou ainda – *ita tamen ut vicinis non noceant* (cf. Emilio Albertario, Le derivazioni d’acqua dai fiumi pubblici in diritto romano. In: *Studi di Diritto Pubblico in onore di Oreste Ranaletti*, Cedam, Pádua, 1931. v. 2, p. 291 e segs.).

Objetar-se-á que, se teoricamente a solução está encontrada, a dificuldades persiste ao tentar-se transpô-la para a prática, para o campo das aplicações concretas, quando se acentuará a problemática da distinção entre incômodos inerentes à vizinhança e prejuízos relevantes decorrentes da utilização do rio.

É difícil estabelecer regras absolutas fixadas *a priori* capazes de solucionar todos os caso. De logo, como observam A. W. Quint, H. A. Smith e van Eysinga, cada rio tem sua individualidade própria – “*on devra de plus reconnaître en chaque rivière une individualité propre tant juridique qu’économique*” (cf. Smith, op. e loc. cit., p. 326); por isso mesmo, – a asserção está em Smith, cumpre considerar as circunstâncias de cada caso, sendo incurial proclamar regras gerais descendo a maiores detalhes – “*The circumstances of every individual case will vary greatly, and probably it is not possible for international law to lay down rules in any more precise detail*” (cf. H.A. Smith, The Chicago Diversion. In: *The British Year Book of International Law*, 1929, p. 154).

Em segundo lugar, importa não esquecer que a natureza especialmente detrimetosa do aproveitamento fluvial depende de apuração de caráter técnico, verificável em dado caso, em cotejo com as dimensões, o volume do rio e as proporções e fins do uso de suas águas (o uso comum *Gemeingebrauch*, o aproveitamento hidroelétrico, a irrigação, a poluição química ou pelos esgotos, o desvio do curso, etc.).

Admitidas as necessárias ventilações em decorrência da cambiante fisionomia de cada hipótese, é, entretanto, possível fixarem-se *standards* de prejuízos ou danos relevantes que condicionam a acordo, compensações ou reparação o aproveitamento industrial e agrícola.

Fauchille indica um rol de aproveitamentos condenáveis (op. e loc. cit., p. 451). Accioly, aderindo à lição de Fauchille, assim reproduz o seu pensamento:

Não será lícito a um ribeirão de rio internacional:

- a) mudar o ponto em que o rio penetra no território de outro ribeirão sem o consentimento desse outro;
- b) alterar, de modo nocivo, as águas do rio;
- c) fazer ou deixar fazer em seu território obras que devam ser, para outro ribeirão, causa de inundações;
- d) executar, na seção do rio sob seu domínio, atos que devam ter como efeito secar ou suprimir completamente o curso d'água, antes de chegar ou ao chegar ao território de outro ribeirão;
- e) tirar do rio, se este é contíguo, uma quantidade de água que possa prejudicar a utilização agrícola ou industrial das águas, por parte do co-ribeirão. A estas regras, acrescentou (refere-se a Fauchille, nossa é a observação) mais uma, que, por sua forma demasiadamente ampla, talvez não se possa considerar como incontestável: a de que um ribeirão não pode fazer num rio nada que, direta ou indiretamente, constitua um obstáculo à liberdade de navegação, para qualquer Estado, ribeirão ou não. (cf. Hildebrando Accioly, Tratado de Direito Internacional Público, Rio de Janeiro: 1956, 2ª edição, v. II, p. 182).

A Comissão Jurídica Interamericana, em seu interessante estudo elaborado no ano de 1963, sob o título de – *Estúdio del Comité Jurídico Interamericano sobre uso industrial y agrícola de rios y lagos internacionales* (texto em “*multilith*”), depois de afirmar a sua adesão à tese do direito de vizinhança, conclui dando exemplos de prejuízos repelidos pelo Direito Internacional:

Por ejemplo, en el caso de rios sucesivos, cuando un Estado cambie sin permiso el punto en que el rio atraviese la frontera, cuando use una cantidad de agua tal que modifique gravemente el carácter esencial del curso de agua a su llegada al territorio del otro Estado; cuando el aprovechamiento perjudique economicamente al otro Estado; cuando el Estado del curso inferior haga obras que puedan producir inundaciones en el otro Estado; cuando se produzca una polución de las aguas que perjudique su aprovechamiento posterior, etc. (cf. op. cit., p. 14 e 17).

Eis aí. A propriedade do rio, da queda d'água, da força hidráulica, nos cursos d'águas, sucessivos ou de trânsito, pertence ao Estado em cujo território se encontra o trecho considerado.

Já se disse mesmo que, sendo certa a propriedade do leito do rio (integral domínio de cada trecho, nos rios sucessivos; domínio até a linha mediana do leito, ou até o *thalweg*, ou excepcionalmente até uma das margens, nos rios contíguos, sendo raríssimo o caso, em rios dessa última espécie, em que, por convenção, se estabelece a linha de fronteiras em cada margem, tornando o leito e as águas *res nullius*), repetimos, sendo certa a propriedade do leito do rio, evidentemente ao seu titular há de pertencer o direito à exploração de energias que decorrem das próprias características, acidentes, declividade ou solução de continuidade do próprio leito, como é o caso do aproveitamento da potência hidroelétrica.

De tal aproveitamento a montante decorrem incômodos normais para o ribeirão a jusante? Deverá este suportá-los se não passam de inconvenientes inseparáveis da vizinhança.

Trata-se, porém, de prejuízos ou riscos graves? Nesse caso, o aproveitamento está condicionado à aquiescência do outro Estado ribeirão e, conforme a hipótese, a reparações ou compensações a serem oferecidas a este último.

O Direito Internacional Positivo

8. O Direito Internacional Positivo, no particular, é predominantemente consuetudinário. Textos escritos, de caráter geral, não há mais de dois, ambos aliás de reduzida aplicação.

O primeiro é a convenção relativa ao aproveitamento das forças hidráulicas no interesse de vários Estados, – Convenção de 9 de dezembro de 1923, aprovada durante a Segunda Conferência das Comunicações e do Trânsito, reunida em Genebra.

Essa convenção, como assinala Sauser-Hall, tornou-se letra morta, por isso que somente foi ratificada por nove países, situados em continentes diferentes e, de qualquer forma, sem que entre qualquer dos signatários houvesse curso d'água de interesse comum. O Brasil não foi parte nessa Convenção. Todavia, ela pode ser mencionada como o transunto de algumas idéias que prevalecem no particular – “*on peut cependant la considérer comme*

une manifestation des idées générales qui sont dans l'air actuellement et dont les États devaient s'inspirer pour la réglementation internationale de l'utilisation industrielle des eaux" (cf. Sauser-Hall, op. e loc. cit., p. 536).

Pois bem, na Convenção de Genebra de 1923, começa-se por afirmar o direito de cada Estado de, no seu território, fazer o aproveitamento de forças hidráulicas, desde que proceda com resguardo das normas de direito internacional. É o que está em seu art. 1: *"La presente Convention ne modifie en aucune manière la liberté pour tout État, dans le cadre du droit international, d'exécuter sur son territoire tous travaux d'aménagement de forces hydrauliques qu'il désire"*.

Estabelecido o princípio geral, a Convenção particularisa o aspecto de direito internacional a resguardar, ao condicionar a acôrdo ou consentimento dos demais ribeirinhos aqueles casos em que da exploração ou aproveitamento decorra para eles um prejuízo grave – *un prejudice grave*. Ainda aqui, a Convenção está dentro do pensamento comum que distingue entre incômodos inerentes a vizinhança ou dela inseparáveis e prejuízos graves, isto é, especialmente qualificados. Eis o teor do art. 3º da Convenção:

Lorsqu'un État contractant désire exécuter des travaux d'aménagement de forces hydrauliques dont il pourrait résulter, pour tout autre État contractant, un préjudice grave, les États intéressés négocieront en vue de la conclusion d'accords destinés à permettre l'exécution de ces travaux.

A idéia de regulamentar a matéria, nas relações entre os Estados americanos, surgiu sem demora. Na VI Conferência Internacional Americana, reunida em Havana em 1928, o delegado argentino Honorio Pueyrredón apresentou um projeto a respeito. Adiou-se para futura conferência a discussão da matéria. Por isso mesmo, a Comissão Permanente de Codificação do Direito Internacional Público, do Rio de Janeiro, em relatório de 23 de julho de 1932, encaminhou à União Pan-americana, para servir de base às discussões da VII Conferência Internacional Americana, um princípio considerado geral e assim objetivado:

Para a utilização das águas dos rios internacionais, no interesse industrial ou agrícola, é indispensável um acordo entre

os Estados ribeirinhos, de qualquer modo, na outra margem, se o rio for contíguo, ou no território do Estado vizinho, se o rio for sucessivo.

Sobreveio a VII Conferência Internacional Americana, reunida a 24 de dezembro de 1933 em Montevideú.

Surgiu, então, o segundo texto escrito de caráter geral a que fizemos referência. Com efeito, o delegado argentino à Conferência de Montevideú, Isidoro Ruiz Moreno, apresentou um projeto de convenção que visava a adaptar às necessidades americanas as disposições da Convenção de Genebra de 1923.

Não se aprovou, porém, uma convenção, senão uma resolução, a Resolução LXXII.

O art. 2º da Resolução começa por afirmar o princípio geral de que – *“los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción, de las aguas de los rios internacionales”*.

Vem em seguida, no mesmo artigo, a ressalva do prejuízo – *“Esse derecho sin embargo, esta condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción”*.

Consagrou-se, na Resolução LXXII, como se vê, o princípio do direito de vizinhança. Reconhece-se a propriedade de cada ribeirinho, mas se ressalva o fato de que, ao exercer o domínio através da exploração industrial, um Estado prejudique ou ponha em risco direito idêntico dos demais ribeirinhos.

Se o caso for êsse último – utilização prejudicial –, cumprirá oferecer indenização, reparação ou compensação pelos danos. É o que dispõe o art. 3º da Resolução LXXII:

En los casos de perjuicio a que se refiere el artículo anterior, será siempre necesario el acuerdo de las partes. Cuando se tratar de daños susceptibles de reparación, las obras sólo podrán ser ejecutadas después de solucionado el in cidente sobre indemnización, reparación o compensación de los daños, de acuerdo con el procedimiento que se indica más adelante.

Os princípios, como se vê, estão estabelecidos para os rios contíguos mas o art. 4º da Resolução LXXII os estende aos rios sucessivos.

Tanto nessa resolução, como na Convenção de Genebra de 1923, indica-se como adequada a via do entendimento amigável, sempre que possível o seu uso.

Quint, aliás, chega a afirmar que, mesmo quando a matéria estiver sujeita a uma decisão jurisdicional, deve esta informar-se dos princípios da eqüidade, de tal modo que daí poderá resultar um vero sistema de arbitragem legislativa:

Le caractère conciliant, accomodant qui distingue les analogies tirées du droit de voisinage, se retrouve dans les règlements ad hoc effectués soit par traités, comme on l'a vu plus haut, soit par jurisprudence.

.....
Le caractère transactionnel de la jurisprudence résulte donc de ce que le juge établit d'abord lui-même la norme et l'applique ensuite aux faits. La norme, c'est-à-dire le droit que l'on applique, n'est pas ici empruntés au droit positif mais est basée sur l'équité. On obtient ainsi un système d'arbitrage législatif” (op. e loc. cit., p. 331-332).

Os autores, como Sereni, que opinam contrariamente à existência de normas gerais na matéria, do mesmo modo insistem na recomendação de soluções conciliatórias nutridas de princípios de eqüidade:

Ciò che si può affermare é che sempre più si diffonde negli Stati il sentimento della opportunità de conciliare equamente le esigenze degli Stati ripuari. Alla base di tale sentimento è la necessità di fatto di evitare la concorrenza sterile e in ultima analisi dannosa per tutti. Ma l'esistenza di norme giuridiche generali limitative della sovranità sembra doversi escludersi (op. cit., p. 646).

Essas observações se fazem, com o propósito de retornar à Resolução LXXII e à Convenção de Genebra de 1923.

Uma e outra recomendam que, ao ter que empreender obras de aproveitamento industrial de rio internacional, o Estado notifique os demais

ribeirinhos dos planos e projetos que pretende realizar, dando-lhes as necessárias informações técnicas, de modo a possibilitar-lhes o estudo da matéria e a formulação das argüições que couberem para salvaguarda de seu direito (art. 7º da resolução; arts. 3º e 4º da Convenção de Genebra).

Na Resolução LXXII, o prazo para a manifestação em resposta à notificação é de três meses, com ou sem observações (art. 8º da resolução).

Duas anotações finais quanto ao texto de Montevideú cabe fazer. A primeira é que essa resolução contém várias deficiências, das quais a principal é a adesão, de alguma forma, à doutrina dos *riparian rights*, tal qual resulta da terceira e última parte do seu art. 2º. A segunda observação é que, embora o Brasil tenha subscrito a resolução, o fato de não ser o seu texto aprovado pelo Congresso Nacional e em seguida ratificado pelos governos signatários lhe retira eficácia cogente. O seu texto vale, porém, como um conjunto de disposições programáticas ou diretivas a servirem de inspiração aos Estados do continente americano nas questões que em tal matéria entre eles surgirem.

9. Em acordos bilaterais específicos, a solução da consulta prévia tem sido adotada. Mencionemos alguns exemplos, no continente americano: assim nos tratados entre os Estados Unidos da América, o México e o Canadá; entre a República Dominicana e Haiti, de 1929; entre a Argentina e o Paraguai (rio Pilcomayo), de 1945; entre a Argentina e o Uruguai (rápidos do rio Uruguai, na zona do Salto Grande), de 1946, etc.

O Brasil, nos acordos bilaterais que tem firmado sobre a matéria, manifesta acatamento pelo princípio da notificação prévia e do resguardo contra prejuízos graves.

No particular, mencionam-se para consulta os seguintes atos: O Convênio para a fixação do Estatuto Jurídico da Fronteira, entre o Brasil e o Uruguai, de 20 de dezembro de 1933 (art. XX); o Convênio de cooperação para o estudo do aproveitamento da energia hidráulica dos rios Acaraí e Mondaí, entre o Brasil e o Paraguai, de 20 de janeiro de 1956; ainda entre atos similares, podem indicar-se a Declaração Conjunta, firmada a 23 de setembro de 1960, em Buenos Aires, pelo Brasil, Argentina e Uruguai, relativamente ao aproveitamento por esses dois últimos países dos rápidos do rio Uruguai; e, igualmente, a Ata de Conversações Brasil-Uruguai, de 8 de dezembro de 1961, relativamente a vários assuntos de interesse comum e, especialmente, aos estudos referentes ao aproveitamento do Salto Grande.

Omitimos, por desnecessária e superabundante, a referência a atos bilaterais, firmados por países dos continentes europeu, asiático e africano, cuja consulta, entretanto pode ser feita no volume *Rios Internacionais (Utilização para fins industriais)*, publicação da União Pan-americana, Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, Washington, D.C., março de 1963.

O abuso de direito

10. Um problema delicado, no que diz respeito às notificações de obras de aproveitamento industrial, é o da chantagem do Estado ribeirinho nas exigências feitas para negociar o acordo ou manifestar a sua aquiescência.

A hipótese é solúvel, em tal caso de negativa maliciosa, pela aplicação de teoria do abuso de direito (cf. Sauser-Hall, op. e loc. cit., p. 531-532-535).

Soluções possíveis

11. Resta aludir às soluções possíveis, em caso de prejuízo grave na exploração industrial e agrícola, a serem consideradas nas negociações entre os ribeirinhos.

O problema, pelo menos quanto à constatação de suas proporções e configuração, é de índole técnica.

O seu deslinde é, porém, de natureza acentuadamente política.

Não cabe, nos limite de um estudo jurídico, descer a considerações dessa espécie.

Em caráter meramente exemplificativo, poderíamos, no particular, fazer menção às seguintes soluções:

- a – pagamento de indenização;
- b – garantia por futuros riscos de inundação ou de outra espécie;
- c – segurança de que será mantida a vazão de um certo volume de água, como fizeram os Estados Unidos da América e o México, na Convenção que firmaram em 21 de maio de 1906;
- d – participação gratuita ou a preço mais reduzido pelo Estado prejudicado, no fornecimento de energia pelo Estado que

- pretende fazer o aproveitamento agrícola, industrial, inclusive o hidroelétrico;
- e – exploração conjunta do empreendimento, o que se justifica nos rios contíguos, mas não é aceitável nos rios sucessivos, em que é definida a soberania sobre cada porção do rio a explorar.

Enfim, o problema é eminentemente político e como tal deve ficar sujeito a estudo e deliberação, em face de cada caso concreto.

O projeto de convenção

12. Diante dessas considerações gerais que o problema sugere, cumpre dar a necessária atenção ao projeto de convenção elaborado em 1963 pela Comissão Jurídica Interamericana.

Matéria sujeita ao determinismo das mais diferentes condições específicas de cada rio ou lago, inclusive condições físicas e geográficas, um primeiro resultado a que se deve chegar é que se impõe não descer a pormenores ou detalhes maiores na sua disciplina objetiva. Não é por outra razão que a prática internacional tem relevado, de modo inequívoco, a tendência para os convênios especiais, relativos a hipóteses determinadas e celebrados entre dois países ou entre um número limitado de países.

É que o assunto não comporta formulações muito amplas e abrangedoras. Veja-se o exemplo dos dois atos internacionais plurilaterais existentes. A Convenção de Genebra de 1923 não passa de um texto platônico, no que se refere à sua aplicação concreta, e a Resolução LXXII, de Montevideú, não chegou a transformar-se numa convenção e, pois, a adquirir caráter obrigatório.

Logo, uma conclusão elementar a ser adotada é a de que uma convenção multilateral, destinada a reger uniformemente as relações entre todos os Estados do continente americano, deve cingir-se à afirmação de princípios gerais, deixando ao acordo ou ao entendimento específico das partes interessadas em cada caso concreto a estipulação de regras de detalhe para a composição dos seus interesses.

Bastaria, pois, que a convenção dissesse que a utilização por um Estado das águas de rios e lagos internacionais para fins industriais ou agrícolas deveria fazer-se de modo a não ocasionar prejuízos à livre navegação, danos

graves aos demais Estados ribeirinhos ou alterações na fixação das fronteiras destes, salvo acordo prévio. A essa disposição poderia acrescentar-se outra, recomendando que, ao terem de realizar obras para utilização agrícola ou industrial, deverão os Estados notificar os ribeirinhos, cumprindo às partes interessadas, com diligência, encontrar os meios que, quando for o caso, possibilitem a composição dos respectivos direitos e interesses decorrentes da sua soberania, inclusive recorrendo aos processos de solução pacífica de litígios, consagrados pelo direito internacional.

Parece-nos que, com esses dois princípios básicos, será possível oferecer fórmula jurídica capaz de disciplinar a matéria, sem interferir nos particularismos e peculiaridades cambiantes de cada caso concreto.

13. O projeto elaborado pela Comissão Jurídica Interamericana é obra de reais méritos, como são habitualmente todos os trabalhos desse alto colégio de juristas.

No entanto, padece de certos inconvenientes e mesmo defeitos, que contra-indicam a sua aprovação.

De logo e em um plano genérico, já ficou apontado o inconveniente fundamental de ir além dos termos gerais e amplos que na matéria se recomendam.

Há, porém, um segundo inconveniente no projeto indicado. É que, consoante decorre da teoria dos direitos de vizinhança, que serve de fundamento à solução do problema (ver item 6 *retro* dessa exposição), não há como exigir que da utilização de rios e lagos internacionais por um Estado nenhum incômodo possa derivar para os demais Estados ribeirinhos.

Ao contrário, entende-se tranqüilamente que devem ser suportados pelos Estados os incômodos normais decorrentes da própria vizinhança. Sempre se achou, por exemplo, que o chamado “uso doméstico” das águas nenhuma repercussão de ordem internacional enseja.

O projeto de convenção em comentário, no entanto, fixa, em mais de uma disposição (arts. 6º e 8º, por exemplo), a reserva do prejuízo ou dano, efetivo ou potencial, em termos tão absolutos e incondicionais que sugerem a adesão à teoria dos *riparian rights*, hoje totalmente superada e por nós já criticada (ver item 5 *retro*).

A Convenção de Genebra, de 1923, que na verdade é um dos pontos de partida das elaborações ulteriores sobre a matéria, atende à objeção que acabamos de formular, seja começando, em termos afirmativos, pela asseveração

do direito ao aproveitamento industrial hidroelétrico das águas fluviais (art. 1º), seja fixado, adequadamente, a ressalva do *prejuízo grave* (art. 4º).

Eis o teor dos arts. 1º e 4º da Convenção de Genebra, ora citada:

Art. 1º – La presente Convention ne modifie en aucune manière la liberté pour tout État, dans le cadre du droit international, d'exécuter sur son territoire tous travaux d'aménagement de forces hydrauliques qu'il désire.

Segue-se a ressalva do *prejuízo grave*:

Art. 4º – Lorsqu'un État contractant désire exécuter des travaux d'aménagement de forces hydrauliques dont il pourrait résulter, pour tout autre État contractant, un prejudice grave, les États intéressés négocieront en vue de la conclusion d'accords destinés à permettre l'exécution de ces travaux.

É relevante, pois, a crítica ora feita ao projeto de convenção apreciado.

14. Não menos inaceitável é a tentativa do projeto de convenção de sujeitar ao *status* de rio internacional não apenas o próprio rio, mas também os seus afluentes.

A formulação dessa idéia está, explicitamente, na parte final do art. 1º e na parte média do art. 5º do projeto.

A solução é inadmissível e, por sinal, se choca com a própria definição de rios internacionais dada no art. 2º do mesmo projeto.

Aliás, essa maneira inadequada de equacionar o problema levou o projeto de conveção, por via oblíqua, a uma opção conceptual igualmente inaceitável, ao substituir, em seu art. 2º, originariamente, e secundariamente nos demais artigos, o conceito tradicional de *Estado ribeirinho* – pelo de *Estado interessado* – com o propósito de justificar a “internacionalização” dos afluentes.

É de todo modo inadmissível tal maneira de entender, por motivos os mais variados. Cremos que ao Brasil não convenha participar de ato internacional em que se estipule disposição dessa espécie.

15. O projeto de convenção consagra ainda a cláusula de arbitramento obrigatório, cuja aceitação não convém.

É rigorosamente aleatória a solução arbitral, capaz, muitas vezes, de ocasionar frustrações e injustiças que, ao invés de harmonizar e aproximar os Estados, acabam por gerar neles sentimento hostis, toda vez que a matéria em litígio é tão densa de interesses ligados à soberania como é esta dos rios e lagos internacionais.

Por outro lado, em um continente onde tão intensos são os sentimentos de solidariedade entre os Estados, a tendência normal e inevitável será a da composição dos interesses pela via da negociação.

Por essas razões, também se nos afiguram que não deva acolher-se a regra do arbitramento obrigatório.

16. São essas as considerações que se nos afiguram oportunas a respeito do projeto de convenção aqui examinado.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 6 de janeiro de 1965.

Amílcar de Araújo Falcão

Pedido de esclarecimentos da
Embaixada do Japão sobre a posição
do governo brasileiro em face de
reclamações comerciais de natureza
internacional.

PARECER

1. A Embaixada do Japão solicita o pronunciamento do governo brasileiro sobre a arbitragem das reclamações que surgirem, no intercâmbio comercial entre os dois países.

A esse propósito são formuladas algumas questões concretas, sobre a conveniência do arbitramento e sobre o modo como ele se tornaria factível.

Ao ter que examinar a matéria, quer esta Secretaria de Estado que se pronuncie a Consultoria Jurídica.

2. Não tem sido brilhante, nem tem tido maior amplitude em nosso país a utilização do juízo arbitral em matéria de Direito Privado. Em regra, tendemos para o recurso aos Tribunais, de preferência à prática do *pactum de comprometimento*.

Embora esteja previsto no Código Civil o compromisso entre as formas de extinção das obrigações (art. 1.037 e segs.) e se encontra no Código de Processo Civil a disciplina do juízo arbitral (arts. 1.031 e segs.), discreto tem sido o recurso a tais disposições, em Direito Interno pátrio.

É certo que as autoridades brasileiras, inclusive a própria Diproc, podem oferecer bons ofícios, no sentido de compor interesses conflitantes

de empresas estrangeiras e brasileiras sejam partes em atos de *comércio* internacional.

Quanto à arbitragem comercial, em si mesma, o Brasil firmou em Genebra o Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem, de 24 de setembro de 1923, ratificado em 1931, promulgado pelo Decreto nº 21.187, de 22 de março 1932 e publicado no Diário Oficial de 29 de março de 1932. O Japão também é parte nesse Protocolo.

3. Verifico, no caso concreto, que o aspecto mais importante de que cogita o governo do Japão é o da conveniência ou oportunidade quanto à consagração, entre os dois países, da arbitragem comercial.

Assim sendo, entendo ser recomendável que sobre o assunto se pronuncie o Ministério da Indústria e Comércio quer sobre a conveniência da adoção do pacto *de compromittendo*, quer sobre a factibilidade entre nós da arbitragem comercial.

Reservo-me, para oportunamente, se for necessário, voltar a apreciar a matéria.

É como penso.

Rio de Janeiro, 9 de abril de 1965.

Amílcar de Araújo Falcão

1973

Auxiliares de Adidos Militares:
prerrogativas e vantagens a que fazem
jus. Convenção de Viena sobre
Relações Diplomáticas.

PARECER

A consulta formulada pelo senhor Secretário-Geral é a seguinte:

Em face das recentes disposições legais a respeito dos direitos do pessoal civil e militar em serviço da União no exterior, os Ministérios Militares têm solicitado ao Itamaraty a concessão de passaporte diplomático, assim como, em alguns casos, outros privilégios diplomáticos, aos auxiliares do Adido Militar.

2. A pretensão tem sido justificada com base nas disposições da Lei nº 5.809/72 e dos Decretos nº 71.733/73 e nº 72.021/73, que a regulamentam.

3. Muito agradeceria o douto parecer de Vossa Excelência sobre os direitos e privilégios dos Auxiliares do Adido Militar em face da legislação vigente sobre o assunto. Estimaria receber o parecer com a possível brevidade, uma vez que vários pedidos encontram-se pendentes de decisão.

4. Anexo ao memorando duas informações que me foram prestadas sobre o assunto.

2. Uma das informações a que alude o Memo. SG/55, de 5 de setembro do corrente ano, está subscrita pelo senhor Embaixador Chefe

do Departamento de Administração e contém, dada sua experiência diplomática na matéria, precisos subsídios à elucidação da mesma; a outra, presume esta Consultoria Jurídica tenha sido oferecida por órgãos técnicos deste Ministério, interessados, diretos ou indiretos, na questão ora suscitada.

3. Foi enviado, outrossim, como novo elemento subsidiário ao esclarecimento desta Consultoria Jurídica, o telegrama do senhor Chefe do Gabinete do Ministro do Exército, em que se reconhece não ter o Auxiliar de Adido condições técnicas ou administrativa para o substituir, até mesmo porque não é oficial superior.

4. Se os Adidos Militares fazem parte integrante da Missão, estarão os seus auxiliares *ipso facto* também subordinados à legislação básica e essencial que regula as relações diplomáticas entre os Estados-membro da ONU, a saber: Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961; ratificação pelo governo brasileiro em 1965; promulgada pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965). E talvez possam classificar-se nas definições dadas pelo art. 1º, letras (c) e (f) *verbis*:

Para os efeitos da presente Convenção (...): (c) “membros do pessoal da Missão” são os membros do pessoal diplomático, do *pessoal administrativo e técnico* e do pessoal de serviço da Missão;

(f) “membros do pessoal administrativo e técnico” são os membros do pessoal da Missão empregados no serviço administrativo e técnico da Missão.

Complementarmente, todavia, *também se lhes há de aplicar* – antes por *motivos administrativos* e de *interesse interno* – a legislação referida no memo. do senhor Secretário-Geral, isto é, a Lei nº 5.809/72 e os Decretos nº 71.733/73 e nº 72.021/73. É esta uma legislação oriunda de funções administrativas atribuídas por lógica e tradição, em todas as Constituições modernas, ao Poder Executivo, como adiante melhor se verá; mas não tem nem pode ter o caráter precipuamente político daquele instrumento convencional substantivo que é a Convenção de Viena.

A título de mero balizamento constitucional, as funções do Presidente da República, no que tange às relações internacionais, provém

dos artigos 8º, I; 81, IX, X; e, indireta ou complementarmente, do artigos 81, XI, XII, e VIII da Constituição: ao passo que a legislação citada, mormente nos seus aspectos regulamentadores, decorre do artigo. 81, I, II, III, V e VIII da Constituição. No primeiro caso, ao Presidente da República se cometeram *funções políticas*, isto é, *de governo*, enquanto no segundo caso sua *autoridade e iniciativa* são caracterizadamente *administrativas*.

5. Os artigos da Convenção de Viena que porventura se podem aplicar aos Auxiliares de Adido são, fundamentalmente, os que a seguir se relacionam, desde que se ratifique sua inclusão naquela letra (f) do artigo 1º da Convenção. Mas convém atentar em que sendo esta uma complexa estrutura jurídica, poderão combinar-se, em alguns casos, dispositivos expressos com outros que lhe estejam implicitamente vinculados.

- Artigo 1º, (c), (f)
- Artigos 31, 32, 33, e 34 (no pouco em que *extensivamente* lhes couberem)
- Artigo 37, 2
- Artigo 38, 2
- Artigo 41, 1
- Artigo 47, 1, 2 (a)

Os membros do quadro administrativo e técnico da Missão não têm, conforme se depreenderá dos textos referidos, *status diplomático*, embora façam parte da Missão (cf. a formulação recente de Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2ª ed., 1973. p. 336). Não são *titulares* de privilégios e imunidades, pelo menos em sentido estrito; estas últimas só lhes *estendem* (= generalizam) em questões civis ligadas diretamente ao seu serviço; portanto, não se lhes *aplicam* integralmente regimes definidos e caracterizados pela Convenção e que são peculiares aos chamados “membros do pessoal diplomático” ou “agentes diplomáticos”. Logicamente, a implementação administrativa que internamente se vier a dar à Convenção de Viena – entenda-se: tipos de passaporte; condições de habilitação a determinadas isenções tributárias; composição de “listas diplomáticas”, etc. – não somente distinguirá quanto à *natureza* dos “membros do pessoal da Missão”, mas também pode e deve diferenciar-se em *grau* para o fim de caracterizar e graduar os privilégios e imunidades peculiares aos “membros do pessoal diplomático”, competindo ao Estado acreditário ou recipiendário (*host*) estabelecer ou não as distinções que entender justificáveis.

6. Em síntese: o caso ora em exame precisa ser subsumido *preliminarmente* à Convenção de Viena – (1) porque só esta estabelece autorizadamente a natureza e as condições gerais de funcionamento de uma Missão diplomática (em princípio, não há Missões diplomáticas que não sejam *permanentes*); (2) porque distingue e singulariza aqueles que a compõem *em diferente grau de categoria hierárquica*. Não é possível inferir o *principal*, isto é, a natureza bem como o grau de importância e dificuldade de certas funções, políticas ou administrativas, do que é mero atributo deles, isto é, “a retribuição e direitos do pessoal civil e militar em serviço da União no exterior.” Mais adiante serão examinadas as regalias pleiteadas para os Auxiliares de Adidos – máxime à luz da legislação invocada.

7. A Lei nº 5.809, de 10.10.72, bem com seus Decretos Regulamentadores – nº 71.733 de 18.1.73 e nº 72.021, de 28.3.73 – são claramente de *natureza administrativa*: não geram, sob pena de incongruência, efeitos de *natureza superior e diversa* da matéria específica que regulem, isto é, não podem produzir conseqüências quanto à natureza, composição, características, e regime de funcionamento de uma Missão diplomática. A Convenção de Viena é, antes de tudo, um diploma de ordem internacional, agora convertido em lei interna brasileira, mas sobrepaira, e por isto mesmo condiciona quaisquer outros instrumentos legislativos – mormente os de natureza administrativa interna – que lhe sejam conexos e lhe possam sobrevir. Estes – nunca será demais sublinhá-lo – não podem modificar os princípios gerais contidos na Convenção: antes devem ater-se rigorosamente ao seu balizamento. Seria uma subversão total de valores, para não realçar o erro lógico, estabelecerem-se *conseqüências de uma determinada natureza* – entenda-se: natureza política – *partindo de premissas de natureza distinta* – entenda-se: natureza administrativa.

8. Trata-se de lei e decretos executivos (cf. em Cretella Jr., *Curso ou Tratado de Direito Administrativo*, por exemplo, as características e modalidades dos decretos executivos), de caráter especificamente administrativo, modificáveis ao arbítrio do Chefe do Poder Executivo (em conformidade, entre outros, com os artigos 55, III; 57, II e V; art. 81 III e V da Constituição) por isto que no exercício de suas funções de Chefe da Administração Pública Federal. Ora, como poderão afetar matéria para a qual se faça necessário entre governos, prévio entendimento bilateral ou

multilateral, de caráter convencional ou que lhe seja assemelhado? Como poderão acarretar conseqüências de natureza política intergovernamental?

9. O escopo da legislação que se invoca para legitimar “a concessão de passaporte diplomático, assim como, em alguns casos, outros privilégios diplomáticos” é de natureza diametralmente distinta da Convenção de Viena e basta ler a ementa da lei e dos seus decretos regulamentadores – a ela vinculados como a parte está ao todo – para que logo se evidencie que não tem cabimento fundamentar a pretensão com aqueles textos legais. O decreto regulamentador indica uma *lotação* para efeito da percepção de vantagens; nunca poderia dispor sobre matéria de comum interesse entre dois governos, reguladora das Missões diplomáticas respectivas. Os decretos regulamentadores versam matéria de *housekeeping*, isto é, de administração-meio: seu escopo é limitado, certo e definido. Não se lhes pode dar alcance desproporcionado com sua finalidade originária.

10. Convém assinalar que privilégios e imunidades diplomáticos não se firmaram arbitrariamente na *comita gentium*: houve como que uma depuração progressiva para se chegar ao estado presente. Ninguém melhor do que um juiz inglês – Sir Robert Phillimore – ressaltou as determinantes racionais das funções da imunidade ou de certas prerrogativas diplomáticas.

The object of international law, in this as in other matters, is not to work injustice, not to prevent the enforcement of a just demand, but to substitute negotiations between governments for the ordinary courts in cases where such use would lessen the dignity or embarrass the function of the representatives of a foreign state (apud Fawcett, J.E.S., The Law of Nations, 2º ed. p. 75)

11. Corroborando esta colocação teórica e técnica da questão, acrescenta Fawcett (ibidem) que

immunity then is designed to protect the diplomatic function, not to put the diplomat in a personally privileged position outside the law: the immunity is not his to invoke or waive, it is strictly that of the state which sends him. With one exception, a Diplomat Is not exempt from legal liability, but only from court proceedings, in the country where he is serving; so he may, when his diplomatic status ceases, be punished or sued in respect of any criminal or civil

liability he has incurred. The one exception is his official acts; for these he can incur no legal liability under the local law and his immunity from any proceedings in respect of them is absolute and permanent.

12. Privilégios e imunidades diplomáticos decorrem, pois, do Direito Internacional costumeiro, convertido eventualmente em direito convencional. Historicamente, poucas serão as instituições de maior tradição política ou nas relações internacionais, embora a inteligência que hoje se tenha de tais prerrogativas não seja a do passado, mesmo recente. Provém, ademais, de legislação interna específica ou de usos e tradições de natureza administrativa correlata, até mesmo de regras de cortezia intergovernamental: passaportes e seu regime; isenções fiscais e suas condições de habilitação (cf. Código Tributário Nacional, art. 179), “listas diplomáticas”, sua composição e critérios discriminadores. Ainda assim, esse ordenamento interno, qualquer que seja a sua hierarquia, precisa ater-se necessariamente ao costume internacional com força legal ou ao texto convencional, de onde retira inspiração e força. Por isto mesmo, a legislação nacional complementar, no concernente ao *status*, garantias e imunidades diplomáticas, sobretudo quando for de implementação administrativa, não pode fugir à observância de normas e princípios gerais contidos na legislação convencional. Se assim não for, esta a revogará ou a modificará quando entre as duas se verificar clara incompatibilidade, cumprindo ainda que a legislação subsequente se lhe sujeite para que fique resguardada a supremacia da ordem jurídica internacional (cf. a concisa formulação dada pelo art. 98 do Código Tributário Nacional – Lei nº 5. 172/66 – : “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”).

13. Na ausência de um texto convencional específico, ou quando surgirem dúvidas quanto a extensão e alcance dos princípios gerais, ou mesmo de simples tendências consagradas em Viena, relativamente a determinadas prerrogativas ou tipos de privilégio, não é prudente deferí-los – ou reivindicá-los – se não quadrarem com o *critério da reciprocidade*. Considere-se, pois, atentamente, o art. 47, 2, (a), (b), da Convenção de Viena, não só no que denota, mas principalmente nas suas conotações:

Na aplicação das disposições da presente Convenção o Estado acreditado não fará nenhuma discriminação entre Estados.

2. Todavia, não será considerada discriminação:

(a) o fato de o Estado acreditante aplicar restritivamente uma das disposições da presente Convenção, quando a mesma for aplicada de igual maneira à sua Missão no Estado acreditado;

(b) o fato de os Estados em virtude de costume ou convênio, se concederem reciprocamente um tratamento mais favorável do que o estipulado pelas disposições da presente Convenção.

14. Depreende-se do texto convencional que, ocorrendo dificuldades nas relações intergovernamentais, o princípio da reciprocidade é um padrão razoavelmente objetivo e imparcial para encaminhar soluções. Terá inconvenientes, sem dúvida, mas é equidistante e neutro. Por isto mesmo, sumariando a experiência positiva e doutrinária mais recente, pôde Ian Brownlie escrever (*Principles*, p. 328):

From time to time the courts and jurists give approval to the principle of reciprocity in the context of state immunity but it is far from having a precise role in the general law. This approach could encourage uncertainty and provide excuses for failure to accept established standards, but it could find a place in a part of the law which depends in practice on mutual accommodation.

15. A experiência mais recente do governo brasileiro com referência à liberalização de privilégios e imunidades, sem que lhe venha sendo assegurada a correlativa reciprocidade, é dura, mas instrutiva. Basta assinalar a questão Renchard nos EUA e o tratamento unilateral e recalcitrante – para não dizer omisso – dado pelo Departamento de Estado às pretensões do governo brasileiro (cf. as quatro Notas do Embaixador Araújo Castro ao Departamento de Estado, a partir de dezembro do ano passado), ao pleitear, sem resultados, imunidade de jurisdição para os seus atos, e diplomática para um funcionário técnico da Secretaria de Estado, que esteve em simples exercício temporário na Embaixada brasileira em Washington, e em períodos nunca excedentes a trinta dias (Convenção, artigo 37, 2).

16. O governo norte-americano, em qualquer feito em que se veja envolvido, tem pleiteado invariavelmente imunidade de jurisdição

perante os nossos tribunais e estes invariavelmente lhe concedem (cf. a extensa documentação constante de *Direito Processual Internacional* (1971) do Prof. Agostinho Fernandes Dias da Silva) até em questões trabalhistas, não obstante dispositivos expressos da Convenção de Viena (artigo 33, 3). No entanto, interpretando ao sabor de suas conveniências circunstanciais os termos genéricos e teóricos da *tate letter* (cf. Accioly, H, *Tratado*, 2ª ed. 1956. v. 1, § 328/331, p. 224-229; Bishop Jr, William, *International Law*, 3ª ed., 1971. p. 658-700, especialmente, p. 670-673) o mesmo Departamento de Estado adota *stateside* (internamente) para com os Estados acreditantes uma política diametralmente oposta daquela que usufrui *abroad* (no exterior) e lhe é dispensada pelos Estados acreditários (*hosts*), até mesmo porque não deixa de a reivindicar intransigentemente.

17. A experiência do governo brasileiro sugere, pois, que essa questão de privilégios e imunidades passe a ser tratada mediante *planejamento político*, balizado pelos princípios gerais das Convenções de Viena. E aconselha-se adote extrema circunspeção no solicitar ou pleitear – bem como no diferir – privilégios ou imunidades, *mesmo os de ordem puramente administrativa*, como parece ser o caso que motivou a consulta do senhor Secretário-Geral. A aplicação dessas imunidades ou daqueles privilégios deve ficar restrita exclusivamente aos critérios estabelecidos pelas Convenções de Viena (1961 e 1963), não se *estendendo* (isto é, generalizando) inconsideradamente, através de uma legislação específica interna nem sempre avisada, sob pena de induzir à criação de precedentes – tanto mais graves quanto difíceis de erradicar.

18. A solicitação ou concessão de privilégios e imunidades, mais amplos do que os definidos e especificados pela Convenção de Viena, deve e precisa ser coarctada: por isto mesmo, não é natural, à luz do que foi exposto, solicite o governo brasileiro, junto a diferentes Chancelarias, tratamentos anômalos ou excepcionais para os Auxiliares de Adidos, *se estes não estiverem abrangidos na categoria de “membros do pessoal administrativo e técnico da Missão”*. Se rigorosamente não couber a classificação de tais Auxiliares nessa categoria, é evidente que ainda menos poderão ser estendidas, através de mera legislação complementar interna – *e sobretudo com base em legislação de natureza administrativa como a que foi invocada* – prerrogativas ou vantagens inerentes aos “membros do pessoal diplomático”.

O passaporte diplomático é arma de dois gumes: para se tornar irrestritamente válido exige que outro Estado o reconheça como tal, podendo

este restringir-lhe a amplitude (é o caso dos EUA e dos diferentes *vistos* que instituiu). Conceder passaporte diplomático para o ver contestado ou considerado o seu portador como não investido efetivamente de função diplomática, tal como a emissão do passaporte levaria a crer e exigiria um tratamento compatível, é grave risco que esta Consultoria Jurídica não vê razões para este Ministério enfrentar (cf. o caso do Doutor Redig de Campos, chefe de um setor deste Ministério, que teve o seu passaporte objeto de contestações oficiosas por parte do Departamento de Estado).

19. A lista diplomática também pode diversificar-se em tipos, de maneira a discriminar o pessoal diplomático, propriamente dito, do que apenas lhe reforça a ação, através de colaboração administrativa, ou técnica. Nos países, porém, onde só houver *um tipo de lista diplomática* (caso do Brasil, o qual reclama urgente modificação, S.M.J., a fim de ajustá-la ao espírito da Convenção de Viena) serão ilimitados os aborrecimentos – é fácil prever – que estarão sendo preparados, se o Ministério das Relações Exteriores, através de suas Missões, começar a pleitear junto às Chancelarias a inclusão de simples Auxiliares de Adidos ao lado dos próprios Adidos. Como explicar a essas Chancelarias que esses Auxiliares de Adido, que não têm *status* militar para substituir aos próprios Adidos, sejam colocados, a pedido do governo brasileiro, na *mesma* lista diplomática?...

20. Conseqüentemente, esta Consultoria Jurídica considera inadequado que os Auxiliares de Adidos se proponham beneficiar, através de uma legislação interna imprópria ou desajustada à Convenção de Viena, com um tratamento que não lhes corresponde, assim no texto como no contexto, do diploma convencional. A legislação invocada nenhuma relação específica tem com o problema ora proposto: o decreto regulamentador visa a outros objetivos e o fato de um Auxiliar de Adido estar *lotado* em Missão diplomática permanente não o torna *ipso facto* “membro do pessoal diplomático” ou “agente diplomático”, nem o credita a uma *extensão imoderada* de privilégios e vantagens: tanto assim que a imunidade civil que acaso lhe poderá ser garantida há de circunscrever-se “aos atos praticados no exercício de suas funções” (artigo 37, 2) – se esse Auxiliar de Adido exercer funções que de fato justifiquem, *pelo seu caráter técnico ou administrativo*, uma tão excepcional regalia – o que resta comprovar. (Imunidade no exercício de suas funções que não justifica, por exemplo, chapa CD para carros, cheque

em branco para infrações de trânsito; cf. humorísticas hipóteses previstas por Fawcett, op. cit. p. 76).

21. Vem a propósito lembrar, para dar remate às considerações desenvolvidas, que

la doctrine moderne admet que la qualité diplomatique est attachés à la fonction et à la nature de la mission plus qu'au titre. Elle reconnaît l'utilité des distinctions de classes, et de rangs, mais se refuse à les considérer comme substantielles, toutes les personnes que représentent régulièrement leur souverain ou leur pays ayant également un caractère officiel qui leur assure des prérogatives et immunités analogues Secretan, *Les Immunités Diplomatiques...* – Apud *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 4^a ed. (Neville), p. 208).

As observações e juízos acima transcritos pareceriam fundamentar, à primeira vista, se não se fizerem as necessárias distinções e exatas colocações do problema, o deferimento da pretensão dos Auxiliares de Adidos. De fato, porém, o texto lhes é inteiramente desfavorável. O texto de Secretan discute o caso de delegados a congressos e conferências técnicos emissários eventuais e que não integram o corpo diplomático ordinário de qualquer governo: ora, o trabalho dos Auxiliares de Adidos não se lhes pode equiparar em *natureza e grau de responsabilidade das funções*. As funções dos Auxiliares de Adidos são *permanentes*, ninguém contesta, mas, devidamente analisadas e especificadas, não comportam *extensão* de prerrogativas – a não ser por extrema condescendência das Chancelarias dos Estados acreditários, a qual, cedo ou tarde, nos voltaria sob a forma de pedido de reciprocidade – que, neste caso, poderia ser então objeto de reparos e críticas dos próprios Ministérios específicos nacionais.

22. A exposição anterior bem como os argumentos que a acompanham, contrários ao que pleiteam os Auxiliares de Adidos, mostram a necessidade de reformular ou de atualizar a legislação interna brasileira que, direta ou indiretamente, se relacione com as Convenções de Viena, celebradas em 1961 e em 1963, relativas, respectivamente, a Relações Diplomáticas e a Relações Consulares e que são atos internacionais já ratificados pelo governo brasileiro, através de processualística aceita e consagrada pelo Direito Constitucional Pátrio e pelo Internacional Público. Essa atualização é tanto mais necessária quanto é certo que se vai tornando duvidoso e difícil dar-lhes

a devida implementação administrativa (cf. o problema surgido com certas taxas ou impostos de natureza claramente indireta e que vêm sendo cobrados de acordo com normas e processos agora adotados em nossa administração financeira, sobretudo a partir do Código Tributário Nacional, impostos e taxas “incorporados aos preços”, os quais são expressamente excluídos pela Convenção de Viena de quaisquer isenções (Convenção de Viena, artigo 34, especialmente letras (a) e (e), mas que a tradição administrativa brasileira e a relativa simplicidade passada do Sistema Tributário Nacional, anterior à consolidação do Código de Tributação Nacional admitiam fossem objeto de isenções; o mesmo é válido para as contribuições de previdência social (cf. artigo 33, 3).

23. Há presentemente uma defasagem – se nos é lícito o emprego da expressão nestas circunstâncias – entre o direito convencional específico e as normas administrativas que lhe estejam correlacionadas, por isto que as mais das vezes estas são anteriores àquele. Repete-se aqui a conhecida cristalização ou a rotinização das práticas com relação ao ordenamento legal, ou vice-versa, fenômeno conhecido dos cientistas sociais. Nossos dispositivos legais internos (por exemplo, quanto a passaportes) ou muitas de nossas praxes administrativas ainda não se ajustaram à letra e ao espírito das Convenções de Viena, talvez porque nossa tradição fosse mais liberal; daí as dúvidas surgidas em inúmeros casos, reiteradamente submetidas a exames desta Consultoria Jurídica, e a recalcitrância em alterar-se o que se vem fazendo – ou por preguiça mental ou por simples desconhecimento do direito convencional vigente.

24. A necessidade de ajustamento e coordenação entre o direito convencional e a implementação administrativa, reclama também que se exerça paralelamente mais aprofundado exame crítico nas solicitações ou reivindicações a serem porventura apresentadas por este Ministério, através de suas Missões, às Chancelarias estrangeiras. Não é justo que pretendamos dar uma estrita aplicação à letra e ao espírito das Convenções de Viena – o que é legítimo – e ao mesmo passo nos estribemos em leis ou meros regulamentos de natureza administrativa interna – que não têm nenhuma força coercitiva perante essas Chancelarias – a fim de pleitear para os “membros do pessoal da Missão” regimes anômalos que de fato só se aplicam aos “membros do pessoal diplomático” ou aos “agentes diplomáticos”.

25. Em sínteses: (1) há necessidade de revisão ou de reformulação, sob a inspiração e o condicionamento das Convenções de Viena, da legislação e das práticas administrativas brasileiras que lhes estariam correlacionadas: (2) em conformidade com o quadro convencional e o administrativo vigentes, devidamente interpretados, não parece sejam legítimas, e menos ainda aconselháveis, as pretensões dos Auxiliares de Adidos. – É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, 13 de novembro de 1973.

Augusto de Rezende Rocha

1974

Consulado em Berlim: ação trabalhista e sua execução condenatória contra o governo brasileiro. Controvérsia acerca da liceidade da execução: renúncia à imunidade, antes e depois da execução; quando a *execução voluntária* se impõe, embora com *notificação expressa* de que não há renúncia à imunidade: por que essa forma decorre do *contexto* da Convenção de Viena.

PARECER

Em obediência à determinação do senhor Secretário-Geral examinaram-se os telegramas oriundos da Embaixada em Bonn, referentes à questão trabalhista surgida no Consulado em Berlim, a qual, depois de percorrer seus trâmites ordinários, veio a ser decidida pela Justiça alemã contrariamente às alegações do governo brasileiro.

2. Esse exame completou-se posteriormente com uma análise de aspectos jurídicos e diplomáticos, inerentes à matéria feita com a valiosa cooperação do Secretário Dilermando Cruz.

3. Não se julgou necessário recorrer aos antecedentes do caso para levar avante o referido exame, pois tal importaria em desviar certos setores deste Ministério de suas ocupações habituais, não implicando apreciável modificação nos aspectos específicos a serem tratados por esta Consultoria Jurídica. Alinham-se em seguida as observações que parecem pertinentes ao esclarecimento da questão.

4. (1) Preliminarmente, para balizar o campo a ser examinado, atente-se nos artigos 43 – 1, 2 (a); 45 – 2, 4; 48 – 1, 2 (a); 3; 49 – 3; da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963; ratificada pelo governo brasileiro em 1967), que é lei tanto para o Brasil como para a Alemanha – aspecto relevante no exame da questão e que se faz mister realçar desde agora para robustecer futuras conclusões.

5. Não se transcrevem os referidos artigos, porque pareceu preferível apresentá-los em forma interrelacionada e abreviada, de modo a realçar os dispositivos a que a questão precisa subsumir-se:

(a) A isenção das disposições de previdência social em vigor no Estado receptor” (recipiendário – seria um adjetivo mais apropriado em português) *não* se aplicará aos “membros da repartição consular” (cf. definição constante do artigo 1º, g; trata-se da mais abrangedora das expressões, abarcando os “funcionários” e os “empregados” da “repartição consular”) que “*forem* nacionais do Estado receptor ou nele residam permanentemente”. “Os membros da repartição consular, que empreguem pessoas às quais *não* se aplique a isenção prevista *devem cumprir* as obrigações impostas aos empregadores pelas disposições de previdência social do Estado receptor.

6. Atentando-se no que aí fica, cabe indagar: é a “repartição consular”, considerada como unidade administrativa e organizacional, quem se beneficia com as isenções de qualquer obrigação previdenciária no país recipiendário ou são apenas alguns dos seus membros que delas gozam em caráter genérico (precisamente porque estão sujeitos a essas obrigações no seu próprio país, isto é, no país que envia), enquanto a outros é que se aplicará sempre o sistema de previdência local (entenda-se: do país recipiendário)? Isenções são quase sempre conferidas a título pessoal; beneficiam o chefe da repartição consular, os membros da repartição consular (funcionários ou empregados) ou do “pessoal consular” que *não* forem nacionais ou residentes do país recipiendário. Nacionalidade e domicílio: eis os critérios diferenciadores.

A repartição consular, em si, não se beneficia obviamente com isenções desse teor e as que lhe são atribuídas o são especificadamente. O “chefe da repartição consular”, assim, é responsável pelo fiel cumprimento das

obrigações que decorram do sistema de previdência social do país recipiendário, sempre que se tratar de nacionais ou daqueles que nele residam (*ressortissant*). É responsável em nome do Estado que envia, máxime se este também ratificou a Convenção. Queixas relativas ao incompleto ou nenhum cumprimento dessas obrigações só podem dirigir-se, coerente e logicamente, contra o “chefe da repartição consular”, mas envolvem, necessariamente, o Estado que envia, dado que na “repartição consular” o ato do “chefe” é um *ato administrativo*, isto é, acarreta a responsabilidade do Estado que o enviou, embora freqüentemente seja ele um ato de gestão sem quaisquer características do ato de império. Caímos aqui na questão deveras intrincada da responsabilidade do Estado em virtude dos atos ou omissões dos seus agentes administrativos (cf. Brownlie, *Principles of Public International Law* 2ª ed., 1973:

The nature of state responsibility is not based upon delict in the municipal sense, and ‘international responsibility’ relates both to breaches of treaty and to other breaches of a legal duty” (p. 420); “Responsibility is the necessary corollary of a right. All rights of an international character involve international responsibility. If the obligation in question is not met, responsibility entails duty to make reparation” Huber, apud. Brownlie, p. 420).

7. Com efeito, uma repartição consular não tem na sua estrutura, organização ou funcionamento quaisquer caracteres *políticos*: tem-nos porém, de natureza iniludivelmente *administrativa* (é claro que em condições normais); ora, se a atividade da repartição consular reveste, antes de tudo, características de natureza pública, não deixa de apresentar alguns traços de natureza privada, conforme o tipo de encargo que lhe tenha sido cometido. Os “membros da repartição consular” mesmo quando nacionais do país que envia, *podem* ser recrutados sob o regime de previdência ali vigente; *a fortiori*, se forem nacionais do Estado recipiendário, serão contratados sob o regime da previdência social local; conseqüentemente, as obrigações de previdência social – sejam as do país que envia, sejam as do Estado recipiendário. – *Impõem-se* ao “chefe da repartição consular”, sempre que os “membros” desta não provierem do quadro ou regime administrativo *estatutário* (no sentido técnico que se dá à expressão no Direito Administrativo brasileiro). Caso em que é de presumir se beneficiem de um regime de previdência peculiar. É que os “atos de gestão” se caracterizam plenamente quando se trata de

“contratos de trabalho”, quase sempre distintos das formas de nomeação ordinárias, reguladas pelo Direito Administrativo do Estado que envia.

Assim, os princípios, normas e garantias de previdência social, consoante a legislação do Estado que envia ou a do Estado recipiendário, se aplicarão, alternativamente, a determinados “membros da repartição consular” conforme critérios de nacionalidade ou domicílio. Conclui-se também que *não é admissível existam numa repartição consular “membros” que não estejam amparados ou pelo sistema de previdência social do país que envia ou pelo do país recipiendário*; portanto, não será apenas *moralmente* inadmissível que o Estado que envia se forre a esse imperativo: há uma obrigação convencional, isto é, de direito positivo. Se o Estado se omite, pode ser responsabilizado, *onde?* Eis a questão a que mesmo o direito convencional não parece prover.

8. Se confrontarmos os dispositivos acima referidos com os do artigo 49 (Isenção fiscal), veremos que eles se articulam e completam: são coextensivos. Com efeito:

os membros da repartição consular que empreguem pessoas cujos ordenados ou salários *não estejam isentos de imposto de renda no Estado receptor deverão respeitar as obrigações que as leis e os regulamentos do referido Estado impuserem aos empregadores em matéria de cobrança do imposto de renda.*

Isto equivale a dizer que a “repartição consular” passa a integrar-se na *administração financeira* [ou tributária] do Estado recipiendário e o seu “chefe” passa a ser por esta responsável.

9. (2) Por outro lado, os “funcionários” bem como os “empregados” consulares (note-se que os “membros do pessoal do serviço” foram excluídos) *“não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor”*. Todavia, uma ressalva importante é a que estipula que, pelo fato de assim escaparem a esse tipo de jurisdição, *não estão livres de uma ação civil*, quando esta “resultar de contrato que o funcionário ou o empregado *não tiver realizado* como agente do Estado que envia”, *“implícita ou explicitamente”* – isto é, quando este contrato for de Direito Privado, *implícita ou explicitamente* (cf. entre outros Rousseau, Ch. DIP, 437-39, especialmente p. 354).

10. Resta indagar se um contrato de trabalho celebrado com um nacional ou domiciliado local, subordinado, portanto, às estipulações legais da previdência social local, é um *ato de gestão* (sujeito, portanto, às leis civis locais) – mesmo quando uma das partes contratantes (o empregador), for “o chefe da representação consular”. Respondemos pela afirmativa, embora com restrições e qualificações (cf. itens 6/8). Contudo, não há como contestar que, nas funções consulares, podem distinguir-se aspectos públicos e privados, já que, se é verdade que o “chefe da representação consular” é, antes de tudo, um *funcionário administrativo* de um governo, também é inegável que *pode ele praticar*, por delegação desse governo, atos de gestão e representação que interessem, por exemplo, a entidades privadas, sobretudo empresas públicas ou sociedades de economia mista (constituídas ou incorporadas de acordo com o Direito Privado). Torna-se, pois, frívolo e acadêmico separar atos da mesma pessoa – isto é, do “chefe da repartição consular” – de modo a caracterizar-lhes a natureza: a linha demarcatória é, com efeito, tênue ou variável, sujeita a contestações em virtude da incerteza daquele *explícita ou implicitamente* – brecha inegável aberta pela Convenção de Viena na rigidez do princípio da imunidade.

11. Os contratos susceptíveis de motivarem *ações civis* sendo atos de gestão – e os contratos de trabalho se classificariam nesta categoria, ou *implícita ou explicitamente* – decorre daí a liceidade e regularidade das decisões judiciais locais. Na organização de alguns países talvez isto não seja admissível, mas na maioria já o será, mormente se atentarmos na ampliação e diversificação crescente dos *atos de gestão* do Estado moderno e sem ser preciso exemplificar com os países socialistas, em cuja organização as “representações comerciais” se identificam ou confundem com as “representações consulares” (sem nenhuma incongruência, aliás, antes com certa dose de malícia burocrática, compreende-se que esses países se irmanem com o Reino Unido defendendo a imunidade em termos irrestritos, por isto que o ato de gestão em sua organização *se confunde* com o ato de império). Defrontamos aqui *volente nolente* a querela dos *atos de império* e dos *atos de gestão*, cuja destrição é tão difícil, ainda quando tentamos aplicar os critérios aferidores de “natureza” ou “finalidade” que longe estão de liquidar a controvérsia (cf. entre outros, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, p. 323-325).

12. Sem incidir no *exagero* [?] do juiz norte-americano que admitiu citação judicial de embaixador brasileiro – e, o que é mais, por via postal... –

alegando que Missões diplomáticas modernas se assemelham a firmas comerciais bem organizadas, não havendo sequer necessidade de o embaixador inteirar-se da citação, porque funcionário do *staff* da Missão disto se encarregará – o que é um sofisma primário que rebaixa o exame da matéria – consideramos lícita e possível, “*no caso de ação civil*”, a citação de um “chefe de repartição consular” sempre que do *contrato* se inferir que ocorreu um *ato de gestão*, mesmo quando realizado como agente do Estado que envia, pois é bem certo que, como agente do Estado que envia, estava ele operando – aqui, sim, o *símile* avançado pelo juiz norte-americano tem sua inteira procedência – a exemplo de um empregador ou empresário sujeito às normas de Direito Privado. Reconhecemos, ainda assim, que essa opinião pressupõe tal ou qual subjetivismo pois, como escreve Brownlie,

the concept of acts jure gestionis, of commercial, non-sovereign, or less essential activity, requires value judgements which rest, on political assumptions as to the proper sphere of state activity and of priorities in state policies (op. cit. p.323-32).

Todavia, esta maneira de considerar a questão parece coadunar-se com a da nota do governo alemão a que se faz menção nos telegramas.

13. A possibilidade ou não de fazer-se citação – em questão trabalhista ou ação civil – de funcionário consular ou até mesmo de agente diplomático, passa então a apresentar um aspecto exclusivamente adjetivo (de processo) e relega para segundo plano o aspecto primordialmente substantivo da imunidade, à primeira vista o único relevante. Bishop em seu compêndio já hoje clássico, refere, através de casos minuciosamente recenseados, a dificuldade de compatibilizar a citação judicial (cf. artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, bem como os trabalhos preparatórios: *Official Records*, v. 1, p. 141, para exemplificar) com o princípio da inviolabilidade dos locais da Missão e bem assim com o da imunidade pessoal do agente ou do representante consular – no exercício, um e outro, de suas funções específicas. Indaga mesmo, ao termo de sua investigação e do exame dos casos citados: “*Of what use is the restrictive theory of immunity if service cannot be obtained*”? (Bishop, William W., *International Law*, 3rd. ed., 1971 [?], p. 673).

Isto apenas indica e reforça que, se prevalecer o princípio da imunidade em sua inteireza, é natural que as limitações processuais o

acompanhem; não foi noutro sentido que se pronunciaram quantos tomaram parte nos trabalhos preparatórios da Convenção, defendendo o princípio da inviolabilidade dos locais da Missão ou da Representação; todavia, se nas questões de previdência há dispositivos convencionais que as normatizem, não é natural – torna-se mesmo paralizante – que subsistam os impedimentos processuais correlativos, pois como poderia o “membro da repartição consular” – nacional do país recipiendário – cujos direitos foram desrespeitados, – por uma “repartição consular” cujo “chefe” – estava obrigado a respeitá-los – alcançar qualquer tipo de reparação judicial?

Assim, à luz dos artigos da Convenção de Viena antes mencionados, que dispensaram tão intimativo tratamento às questões de previdência, seria incongruente que a citação judicial do agente diplomático ou representante consular não fosse válida, e não se tornasse passível, a queixa que a motivou, de uma reparação judicial no país recipiendário ou acreditador. Parece-nos esta uma interpretação indeclinável à luz do *contexto* da Convenção, embora possam citar-se *textos isolados do contexto* que a repilam (cf. para esta interpretação, genericamente, C. Maximiliano, *Hermenêutica*; ou Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., Lisboa, 1968).

14. Objetar-se-á com efeito, que a renúncia à imunidade terá de ser sempre expressa, não pode ser inferida (mesmo no caso de o “chefe da representação consular” comparecer a juízo através de um seu advogado) e ainda mais o será no caso da execução de uma sentença condenatória (cf. artigo 45, 2, 4 da Convenção sobre Relações Consulares). Neste caso, se tudo estiver sempre na dependência da renúncia *expressa* à imunidade, máxime quanto a medidas de execução de sentença, é irrecusável a conclusão de que as intimativas normas referentes à previdência social, que deveriam acautelar os interesses dos “membros da repartição consular” ante as irregularidades ou os abusos do “chefe da repartição consular” não têm como se tornar eficazes: transformam-se em *preceitos*, aconselham ou indicam um rumo de ação, mas não obrigam. Parodiando Bishop, seria o caso de indagar: de que servem esses dispositivos expressos referentes à previdência social se a Convenção de Viena retira ao queixoso as possibilidades de uma implementação judicial e a sentença condenatória não é executada e *resta frio e morto papel*...

15. Estabelecido o balizamento de direito convencional a que o caso concreto precisaria circunscrever-se, mas também admitida, desde logo,

a norma, pela própria convenção estipulada, de que a renúncia à imunidade há de ser expressa e que, no concernente à execução de qualquer sentença, renúncia distinta se torna necessária; e verificada, outrossim, a dificuldade de caracterizar os atos de gestão sem a interveniência de certos pontos de vista ou de juízos de valor sobre o que seja “*the proper, sphere of state activity*” – premissas necessárias à boa compreensão da consulta formulada pelo senhor Secretário-Geral, passamos a responder mais diretamente às indagações decorrentes dos itens *D – E* e *F* do Telegrama nº 809 da Embaixada em Bonn, que apresentam em forma abreviada os alvitreos do Doutor Franken, internacionalista consultado pela embaixada, a respeito da questão e da tramitação que teve perante os tribunais alemães.

Item *D*: “De modo algum devemos permitir que se execute a sentença do tribunal estadual”.

Eis uma afirmação que reclama qualificação e esclarecimentos. Se o Professor Franken entende, baseado no artigo 45, 4, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que a sentença do tribunal estadual só pode ter *execução plena* (isto é, em cumprimento expresso à sentença, com reconhecimento da jurisdição do tribunal alemão) se o governo brasileiro consentir em renunciar expressamente à sua imunidade de jurisdição (na pessoa de quem? Consul? Embaixador?) – sua afirmação é a constatação do óbvio e não há como não classificá-la de redundante. Se o governo brasileiro não se despiu expressamente dessa imunidade antes da execução, não será agora, ameaçado de uma execução, que iria fazê-lo, não obstante a resposta que lhe foi dada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros (cf. item “c”), com a qual pessoalmente estamos de acordo quanto à essência, admitindo, todavia, tratar-se de uma questão em aberto e altamente controvertida, caracterizar o que sejam “atos de natureza privada praticados pelos Estados ou seus agentes”. Reconhecido então o direito que tem qualquer governo, nos termos da própria Convenção, de não renunciar à sua imunidade e de firmar, preliminarmente, uma exceção de incompetência jurisdicional do Estado acreditador ou recipiendário, assim como de reiterar essa repulsa quando tiver conhecimento da sentença condenatória a ser executada – os outros itens *E* e *F* ficam prejudicados. Suas sugestões, quanto à *política* a ser seguida pelo governo brasileiro, estruturam-se, com efeito, à volta do princípio da imunidade em termos absolutos e da inviabilidade de diálogo sem renúncia expressa da imunidade em qualquer estágio de um dissídio.

Se o Professor Franken entende, todavia, que não tem o governo brasileiro moral e/ou juridicamente, qualquer obrigação de *executar a sentença (quanto à matéria)*, ainda que sem reconhecer a *jurisdição do Estado alemão*, categoricamente discordamos do seu ponto de vista. O governo brasileiro está balizado juridicamente pelos termos de uma Convenção que é lei alemã e brasileira: se foi julgado responsável por um tribunal estrangeiro que subsumiu os atos de seus agentes administrativos a essa lei (alemã e brasileira), não há como não reconhecer que sua responsabilidade está caracterizada, interna e internacionalmente. Executar voluntariamente a sentença em termos estritos e *punctilious*, notificar o Ministério dos Negócios Estrangeiros da República Federal da Alemanha de que o faz voluntária e espontaneamente, conquanto não reconheça a jurisdição dos tribunais alemães no caso, eis o que nos parece a consequência lógica e jurídica da ratificação que demos às Convenções de Viena – sempre que se tratar de uma questão delimitada, certa e bem definida como é a infringência a dispositivos específicos de previdência social vigentes no Estado recipiendário. Afinal, se o caso tivesse ocorrido no Brasil, não seria natural que, adotada a Convenção de Viena como premissa básica para dirimir um dissídio de previdência com um consulado alemão, esperássemos da parte do governo alemão uma observância estrita à CLT, já que esse governo, convencionalmente, se obrigou a respeitá-la em circunstâncias certas e definidas?

Este é, s.m.j. o nosso parecer.

Brasília, em 26 de agosto de 1974

Augusto de Rezende Rocha

Reconhecimento do governo da República Popular da China pelo governo brasileiro.

PARECER

Submeteu o senhor Secretário-Geral a seguinte consulta:

Ao senhor Consultor Jurídico, havendo o governo brasileiro reconhecido, a 15 de agosto de 1974, o governo da República Popular da China como o governo do Estado chinês, pergunta-se quais as conseqüências jurídicas no que se refere às propriedades desse Estado no Brasil? Quais os agentes que poderão usar de tais propriedades?

Atenciosamente, assinatura: R. S. Guerreiro. Em 30.8.74

Trata-se da reformulação de questões antes verbalmente apresentadas pelo Gabinete de Sua Excelência e que não teriam sido corretamente apreendidas por esta Consultoria Jurídica. A matéria, conquanto agora melhor balisada, quer nos seus pressupostos, quer nos pontos duvidosos a serem esclarecidos, exige, ainda assim, que se assentem algumas noções prévias ao seu oportuno atendimento por parte desta Consultoria Jurídica, sob pena de se repetirem mal-entendidos com prejuízo para todos.

2. O ponto a ser inicialmente ressaltado para compreensão das respostas a serem dadas às perguntas, é que *a decisão agora tomada pelo governo brasileiro*, ao reconhecer o governo da República Popular da China como a *única entidade política* representativa do Estado chinês, *constitui uma decisão*

de caráter político, como já o fora, por muitos anos, a decisão de lhe procrastinar o reconhecimento.

Desde 1950 que os juristas da ONU – em resposta a um questionário do Secretário-Geral – já haviam assinalado que a República Popular da China preenchia mais cabalmente os requisitos necessários para melhor representar o Estado chinês (cf. Cansachi, G. *Identité et Continuité de Sujets Internationaux*, Recueil des Cours, 1970, II, p. 23-24). Que o reconhecimento agora respeite mais cuidadosamente as condições indispensáveis à perfeita caracterização de uma corporação política, sabem-no todos, bastando para isto atentar em qualquer definição abrangedora do que seja um Estado: “uma associação que mantém, por intermédio das leis promulgadas por um governo provido para tal de força coercitiva, as condições externas e gerais de ordem social, dentro de uma comunidade territorialmente demarcada” (MC Iver, R. M., *The modern State*, Londres: Oxford University Press, 1955 (a 1ª edição é de 1926), p. 22).

3. Todavia, circunstâncias intercorrentes impediram por muitos anos esse reconhecimento, como só agora o permitiram, em seguida à decisão da própria ONU (v. efeitos da admissão de um Estado pela ONU: “traz consigo o reconhecimento por aqueles Estados que o não tivessem reconhecido anteriormente, porque a admissão na ONU indica que se trata de um Estado no sentido do DIP”; cf. Verdross, Alf., DIP, tr. esp. da 3ª edição alemã, Madrid, 1961. p. 64). O reconhecimento *de jure* seguiu-se em geral ao *de facto*, em atenção a diferentes ocorrências prévias, pois todo Estado que existe *de facto* acaba por tornar-se um Estado *de jure*, no consenso da *comitas gentium*. Com efeito, é irrecusável a lição de Brierly de que, “se um Estado ou um governo existem efetivamente, *para efeitos de Direito Internacional* a sua existência será sempre *de jure* e no interessa a este direito averiguar como é que eles nasceram” (Brierly, J. L., *Direito Internacional*, 2ª ed., tr. portuguesa. Lisboa, 1968). A posição de um terceiro Estado é que pode variar e tem variado, já que “é indiferente que a situação que ele reconhece seja ou não legal segundo o direito interno do Estado em questão – que o novo Estado tenha nascido de uma guerra civil ou que o novo governo seja produto de uma revolução” (idem. p.144).

4. No caso da China, como os dois governos se excluem reciprocamente e cada um se considera o verdadeiro e autêntico representante

do Estado chinês, o terceiro governo que reconheça um, necessariamente excluirá o outro: decisão política que só *ex-post* passará a produzir conseqüências jurídicas ou de outra qualquer natureza. Um governo, portanto, sucederá a outro, conforme o reconhecimento que lhe seja dado, ressalvando-se, todavia, que os atos celebrados pelo governo antecessor deverão em princípio continuar a prevalecer e a ser respeitado pelo governo que lhe suceda, sabido como é que só o Estado tem permanência ou duração, enquanto os governos se alteram e sucedem: “*são os Estados e não os governos, os sujeitos de direitos e deveres internacionais*”. Tal é, como não se ignora, o entendimento comum e a regulamentação da matéria, inspirados na decisão padrão, pronunciada pelo Juiz Taft, na questão surgida entre a Grã-Bretanha e a Costa Rica: os atos de Tinoco, à frente do governo da Costa Rica, vinculavam e obrigavam o Estado, “sendo irrelevante que o governo de Tinoco fosse de considerar inconstitucional segundo o direito da Costa Rica” (Brierly, op. cit., p. 141 *passim*).

5. São estas noções de particular interesse para as questões propostas, convindo, pois, reiterar que: (1) os Estados é que são sujeitos de direitos e deveres internacionais; e (2) os atos internacionais do governo de um Estado vinculam e obrigam o governo que lhe suceda.

6. Antes de responder à pergunta básica, constante da consulta do senhor Secretário-Geral – “quais as conseqüências jurídicas no que se refere às propriedades desse Estado (chinês) no Brasil” – convém assinalar que, se o governo da República Popular da China *sucede* ao governo da China Nacionalista (Formosa) como o governo do Estado chinês, continua em vigor o Acordo de Comércio celebrado entre o Brasil e a China que então reconhecíamos, a não ser que o governo brasileiro (ainda aqui por motivos políticos) o denuncie imediatamente em virtude do que adiante se alegará.

7. Esse Acordo de Comércio foi assinado em 28.12.1962; aprovado pelo Decreto-Legislativo nº 38, de 1963; as ratificações foram trocadas a 21.2.1964; entrou em vigor em 30.3.1964; tendo sido promulgado pelo Decreto nº 53.971, de 19.6.1964. Registre-se que se trata de um Acordo que se negociou e tramitou sob o governo que antecedeu ao da revolução brasileira de abril de 1964, mas foi por este escrupulosamente respeitado, tanto assim que as suas últimas medidas processuais formais foram tomadas já sob o governo revolucionário – o que mostra, à saciedade, que o

Estado brasileiro perdurava e apenas mudara o seu governo, obrigando-se e vinculando-se o novo a dar remate ao que o governo antecessor pactuara.

8. Esse Acordo, todavia, pode ser e cremos que será agora denunciado pelo governo brasileiro, atendendo ao *fato* de que a área territorial, política e administrativa, do Estado chinês (“a esfera territorial de validade jurídica” da República Popular da China – para usar da fórmula de Kelsen) é distinta daquela em que se apoiava o então governo contratante da China Nacionalista. Obviamente não se pode esperar que um Acordo de Comércio, que tomara como premissas bem definidas e determinadas as “esferas territoriais de validade jurídica” do Estado brasileiro e do Estado chinês – possa prevalecer para o Governo operante em outra “esfera territorial de validade jurídica”, ainda que se atente devidamente na declaração do governo brasileiro a respeito do que ele passou a considerar a situação de Formosa relativamente ao território do Estado chinês.

Tudo o que vem de ser referido apenas confirma a natureza *política* do reconhecimento do governo da China Popular, efetuado pelo governo brasileiro a 15 de agosto do corrente ano: trata-se de um reconhecimento *declarativo*, em vias de tornar-se *constitutivo*, à medida que prosseguirem as relações oficiais inauguradas com aquele reconhecimento (cf. Verdross, Alf., DIP. tr. esp. da 3ª ed. alemã, Madrid, 1961. p. 162).

9. Quanto à situação dos arquivos da Missão diplomática da República da China Nacionalista, parece-nos evidente que eles não se transferem para o governo da República Popular da China, cumprindo ao governo brasileiro respeitá-los, dentro do espírito da Convenção de Viena (art. 24), conquanto a esta altura dos acontecimentos apresente a questão interesse meramente teórico e seja pouco provável a existência desses arquivos.

10. Respondendo agora diretamente à questão proposta pelo senhor Secretário-Geral, assinale-se que a própria fórmula por ele adotada induz, compele mesmo, à aceitação teórica da única posição prática que resta ao governo brasileiro como consequência do processo pelo qual veio a reconhecer o governo da República Popular da China.

11. Se ao Estado chinês reconhecermos uma continuidade de muitos séculos (posto que alguns reparos se possam opor a esta concepção, caso se entenda, à maneira ocidental, que não existe Estado senão depois da

formação de um *sentimento nacional*, amalgamador de um povo e de uma cultura, o que só ocorreu na China depois da República) então o governo que o representar poderá variar no tempo ou deslocar-se parcialmente no espaço, mas constituirá sempre, em função do reconhecimento que os terceiros Estados lhe dêem, o titular ou o sujeito de direitos e deveres internacionais.

12. Conseqüentemente, os atos internacionais (cf. exemplo citado) celebrados com o governo brasileiro pelo governo da China – fosse a Nacionalista ou fosse a Popular – continuam em vigor, obrigam e vinculam até que uma das partes contratantes os denuncie, se assim o quiser; as propriedades do Estado chinês em território brasileiro – de acordo com as estritas estipulações constantes da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), art. 11, §§ 2º e 3º – só poderão igualmente ser usadas pelos agentes do governo desse Estado que forem reconhecidos como tais pelo governo brasileiro. Não importa que o Acordo Comercial tenha sido celebrado com o governo da China Nacionalista; não importa que as propriedades tenham sido adquiridas com o dinheiro do contribuinte da China Nacionalista: – os direitos e deveres incumbem ao Estado chinês e é bem certo que com este o governo da República Federativa do Brasil só pode entrar em relações mediante *um* governo que o há de representar – China Nacionalista ou China Popular.

13. Se o governo brasileiro, para facilitar suas ulteriores relações com o governo Popular da China, apressar-se a denunciar o Acordo Comercial vigente (houve mudanças de condições políticas), há de fazê-lo para que não se levantem objeções ao seu *reconhecimento constitutivo* e possa ele adquirir plena eficácia e contornos definitivos. Se consentir na transferência das propriedades do governo da China Nacionalista para o pleno uso e posse dos agentes do governo Popular da China é porque estará dando ao seu *reconhecimento declarativo e constitutivo* as duras conseqüências materiais e morais que lhe são necessariamente inerentes.

Em ambos os casos a posição assumida politicamente pelo governo brasileiro acarreta indeclinável uniformidade de conduta jurídica – que poderia talvez ter sido evitada se outras tivessem sido as cautelas e as negociações prévias ao reconhecimento.

14. Resumindo as observações condensadamente expendidas, opina esta Consultoria Jurídica, ao tomar como premissas o reconhecimento declarativo e constitutivo do governo da República Popular da China levado a efeito pelo governo brasileiro, que as propriedades do Estado chinês no Brasil só poderão ser usadas pelos agentes governamentais desse Estado que tivermos reconhecido como tais – política e diplomaticamente – por isto que é bem certo ser o Estado titular ou sujeito de direitos e deveres e não o governo que, eventual e temporariamente, o represente.

É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, em 9 de setembro de 1974.

Augusto de Rezende Rocha

Condição jurídica da Comissão Fulbright: órgão binacional, resultante de Acordo celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América: “para executar a política de concessão de bolsas de estudos e de intercâmbio de professores entre os dois países”

PARECER

Solicitou o Secretário Executivo da Comissão para o Intercâmbio Educacional entre os Estados Unidos da América e o Brasil, Embaixadora Beata Vettori, que este Ministério esclarecesse alguns pontos relevantes a respeito da Comissão que passou a secretariar, em virtude de sua designação pelo governo brasileiro, depois da necessária autorização do senhor Presidente da República (cf. Constituição, art. 146, II). Seu pedido foi encaminhado a esta Consultoria Jurídica por determinação do senhor Secretário-Geral, ratificando sugestão feita pelo senhor Chefe do Departamento Consular e Jurídico de ser ouvido este órgão técnico.

2. Dentre os pontos *relevantes* focalizados em dois expedientes simultâneos, importa examinar, primeiramente, qual o verdadeiro caráter jurídico da Comissão, também conhecida pela denominação de Comissão Fulbright: na verdade, ante os termos da Portaria nº Gb-337, de 2 de setembro de 1969, expedida pelo Ministro da Fazenda e referente à declaração de rendimentos de pessoas jurídicas, aventou-se a idéia, em conformidade com sugestões do Auditor da Comissão, de que esta “se dirigisse às autoridades competentes a fim de solicitar isenção de pagamento de imposto de renda”.

Sugestão *obscura*, pois não se sabe se diria respeito à Comissão propriamente dita, ou aos seus membros, brasileiros ou norte-americanos.

3. A sugestão não é apenas *extravagante*, pois isenção tributária só uma *lei* a poderia conceder, ou Acordo internacional sujeito ao *referendum* do Congresso, sendo ademais necessário que houvesse bons fundamentos para o Poder Executivo pleitear junto ao Poder Legislativo tão *anômala* e *descabida* liberalização de favor, sobretudo quanto aos membros brasileiros da Comissão, favor que abriria porta para mil e um pedidos semelhantes, talvez ainda mais *justificáveis*. Obviamente, a sugestão proveio de *equivoco* resultante de análise *incompleta* do Acordo que criou a Comissão e lhe estabeleceu as linhas básicas de estruturação, prefixando-lhe as condições de funcionamento e custeio financeiro, de subordinação administrativa, bem como de controle do plano de execução de sua *política* – o que dá à Comissão certo grau de autonomia, mas não deixa de a situar num contexto administrativo norte-americano.

4. A caracterização da Comissão só a podemos obter mediante análise detalhada do Acordo internacional que a reorganizou, por isto que anteriormente já esteve regulada por outros instrumentos da mesma natureza. Logo se verá que não é ela *pessoa jurídica de direito privado domiciliada no Brasil*: não se constituiu mercê do art. 16, II, do Código Civil, nem se rege pelas leis comerciais brasileiras (§ 2º), nem tampouco se incluiria entre “as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações”. Conseqüentemente, a portaria citada *nunca* se poderá aplicar à Comissão Fulbright. Poderia ampliar-se a argumentação, a exemplo do que fez a Embaixadora Vettori no expediente que nos foi encaminhado, mas não cremos seja tal necessário, à vista do que levamos dito: outros argumentos apenas reforçariam acessoriamente o que já está assente.

5. O Acordo celebrado entre os governos dos Estados Unidos da América e do Brasil é, pois, a fonte única e autêntica para caracterizar a condição jurídica da Comissão Fulbright. O Acordo – “para financiamento de atividades educacionais” – foi assinado, por Troca de Notas de 5 e 19 de outubro de 1966, no Rio de Janeiro (cf. D.O. de 15.12.1966). Assinale-se, preliminarmente, o preâmbulo e a finalidade do Acordo, isto é, trata-se de uma instrumentalidade internacional destinada a enumerar e especificar as diferentes formas de execução administrativa da política de concessão de bolsas

de estudo e de intercâmbio de professores entre os dois países, nomeadamente sob o aspecto financeiro.

Analisados os diferentes artigos do Acordo ver-se-á imediatamente que a responsabilidade administrativa e os ônus financeiros do que foi acordado (intenção comum) cabem ao governo federal dos Estados Unidos da América, enquanto a Cooperação do governo brasileiro se limita àquelas formas de planeamento da ação administrativa destinadas a consubstanciar a intenção comum das partes. Por outras palavras: ao governo norte-americano cabem os *encargos* decorrentes da *operação* e do *financiamento* (*organizing, budgeting staffing, reporting*), ao passo que o governo brasileiro, através do Ministério das Relações Exteriores ou dos membros da Comissão, apenas colabora na formulação da *política* de intercâmbio educacional, realçando os setores em que porventura mais lhe interessaria que ela se concentrasse. A colaboração do governo brasileiro é meramente intelectual ou técnica (a certos aspectos), ao passo que a participação dos Estados Unidos da América se exerce assim no terreno técnico, como sobretudo no terreno administrativo – orçamentário, financeiro, organizacional e de recrutamento do pessoal integrante do seu quadro.

A seiva financeira e orçamentária que nutre a Comissão é norte-americana; a fiscalização do seu correto emprego em termos administrativos e o relato dos resultados apurados na execução da *política* cabem essencialmente aos membros norte-americanos; a subordinação – categórica – é ao Secretário de Estado norte-americano. Os bens adquiridos pela Comissão são propriedade do governo norte-americano, e no caso de, por consenso das partes, cessar a vigência do acordado, continuarão propriedade do mesmo governo. Ora, à vista de tal situação, nada mais *errôneo* do que supor – o que só por *inadvertência* seria admissível – que a Comissão Fulbright é uma pessoa jurídica de direito privado brasileiro: de fato, ela é um *órgão descentralizado* (*agency*) de cooperação intelectual internacional, mas que depende financeira e administrativamente do Secretário de Estado do governo federal dos Estados Unidos da América, a quem está *diretamente* subordinado, bem como da própria Missão diplomática norte-americana no Brasil, à qual está *vinculada* por mais de um laço e que exerce sobre ela discreta, mas iniludível vigilância (através sobretudo do Tesoureiro, que é um membro da Missão diplomática no Brasil e foi escolhido pelo chefe da mesma). Assim, como acertadamente escreve Brownlie: “*The notion of agency lacks precision*

beyond its more obvious ‘contractual’ applications. Rules tend to be functional and specialized” (Principles, p. 620).

Tanto se infere a noção de órgão (*agency*) internacional, de competência administrativa certa e definida, mas predominantemente norte-americano, integrado no serviço público exterior dos Estados Unidos da América, que o próprio Secretário executivo, que agora procura aclarar a situação, precisou de autorização do Presidente da República para aceitar a função remunerada por governo estrangeiro, ainda que sua situação de aposentada do serviço diplomático brasileiro parecesse, à primeira vista, dar-lhe certa autonomia pessoal – da qual efetivamente não usufrui, já pelo dispositivo explícito da Constituição, já pela sua situação de aposentada, que conserva inegáveis laços de dependência para com o governo brasileiro (cf. Marcelo Caetano *Manual de Direito Administrativo*, 8ª ed., V. situação do aposentado).

6. A retenção na fonte (*stoppage at the source*) do imposto de renda dos funcionários brasileiros da Comissão se regerá, por assemelhação, pelos mesmos princípios estatuídos pelas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares (1961 e 1963, ratificadas pelo Brasil, respectivamente, em 1965 e 1967, e pelos EUA, respectivamente, em 1972 e 1969): vejam-se os artigos 48, 2, 3 e 49 (d),³ da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e arts. 34 (d) e 37, 2, 3 e 4 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

7. O princípio consagrado pelas Convenções de Viena é o de *obrigar* (cf. as expressões “devem cumprir” e “obrigações impostas aos empregadores”) Missões ou repartições consulares estrangeiras, seus agentes, cônsules ou simplesmente membros da Missão ou da repartição consular, em questões de seguro ou previdência social, bem como de imposto de renda, a cooperarem com o Estado acreditário ou recipiendário *como se fossem empregadores* – sempre que se tratar de funcionário nacional do referido Estado ou nele residente.

8. Convém, por isto mesmo, atentar na natureza da função do empregado, seus deveres e responsabilidades, de modo a verificar-se se trata de funcionário técnico e/ou administrativo (*administrative and technical staff*), dirimindo-se dúvidas pelas definições do art. 1º de cada uma das mencionadas Convenções; caberá, destarte, à Comissão, procedendo como se fosse um empregador, observar as legislações

brasileiras atinentes à espécie: Consolidação das Leis do Trabalho e Imposto de Renda (lei e regulamentos).

9. A guisa de conclusão, a Comissão Fulbright pode ser considerada como um órgão (*agency*) de caráter internacional (cf. Brownlie, Ian, *Principles*, p. 620); rege-se pelo Acordo que a criou e lhe estabeleceu as condições de funcionamento; está administrativamente subordinada ao Secretário de Estado do governo federal norte-americano e parcialmente, vinculada à Missão diplomática dos Estados Unidos da América no Brasil; por isso mesmo, estendem-se-lhe às obrigações, de caráter administrativo, vigentes no Estado acreditário, em matéria de previdência social e de imposição de renda e do capital, que se aplicam aos membros do pessoal técnico e administrativo das Missões diplomáticas ou das repartições consulares estrangeiras – desde que sejam esses membros nacionais do Estado acreditário ou nele residam.

É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, em 13 de novembro de 1974.

Augusto de Rezende Rocha

1975

Relação jurídica da Província de
Ontário, no Canadá, com o Brasil.

PARECER

Pela Nota Verbal nº 23, de 28 de março de 1972, a Embaixada do Canadá no Rio de Janeiro rogou fosse o Ministério das Relações Exteriores servido de autorizar a Província de Ontário a instalar um escritório no Município de São Paulo, no Estado de São Paulo.

2. Em resposta, e pela Nota Verbal nº DAS/APr/45/800. (B10)(00) e 801.11(B10)(46), de 27 de setembro do mesmo ano, o Ministério informou àquela embaixada de que não tinha objeções a fazer à instalação do referido escritório e solicitou-lhe a remessa não só dos estatutos de dito escritório mas também dos nomes das pessoas responsáveis pelos direção e funcionamento dele.

3. Anexos ao Ofício nº 220, de 3 de agosto de 1973, a encarregada de Negócios, *ad interim*, do Brasil em Ottawa passou às mãos do Ministro de Estado das Relações Exteriores descrição das atividades de promoção comercial desenvolvidas pelos escritórios de representação da Província de Ontário nos Estados Unidos da América, no Japão, no México e na Europa e os programas de ação a serem cumpridos por tais escritórios de representação no exercício financeiro em curso de julho do mesmo ano a junho de 1974, inclusive.

4. Pela Nota Verbal nº B-189, de 4 de dezembro de 1973, a Embaixada do Canadá em Brasília encaminhou ao Ministério das Relações Exteriores 5 (cinco) exemplares, preenchidos com dados pessoais do senhor Ennio Vita-Finzi, Diretor Comercial para a América do Sul do Ministério

da Indústria e Turismo da Província de Ontário, e de sua família, da ficha pessoal de funcionário consular pela qual cada Missão diplomática estrangeira traz ao conhecimento do Itamaraty informações não só sobre os membros das repartições consulares de seu país no Brasil mas também sobre os membros da família de cada uma de tais pessoas. Pela nota verbal em apreço a Embaixada do Canadá pedia, outrossim, ao Ministério que lhe comunicasse, *inter alia*, se o nome do senhor Vita-Finzi constaria da lista de membros das Missões diplomáticas ou da lista de membros de repartições consulares estrangeiras publicadas ambas pelo Ministério das Relações Exteriores.

5. Em resposta, e pela alínea 5 da Nota Verbal Urgentíssima nº DCS/DPP/DC/08/801.1(B10)(B46) e 921.2(B10)(346), de 18 de fevereiro último, o Ministério fez a embaixada sabedora de que, “[não] sendo funcionário diplomático ou consular, o nome do senhor Vita-Finzi não poderia figurar na lista do corpo diplomático nem da lista do corpo consular”.

6. Por ofício de 19 de julho do mesmo ano, o referido Diretor Comercial para a América do Sul, do Ministério da Indústria e Turismo da Província de Ontário, propôs ao Presidente da Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista criada por lei estadual, que aquela Província e dita Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados concluíssem contrato de locação de coisas e fornecimento de serviços *ex vi* do qual a Companhia se obrigasse, mediante certa retribuição, a ceder à Província o uso e gozo de um escritório mobiliado e de telefones e a por à disposição dela os serviços de uma secretária executiva e de um representante comercial.

7. Pelo Ofício DON/293/74, de 6 de setembro ainda do mesmo ano, o presidente e o diretor da Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo enviaram ao Chefe do Departamento de Promoção Comercial do Itamaraty cópia fotostática do aludido ofício do Diretor Comercial para a América do Sul, do Ministério da Indústria e Turismo da Província de Ontário, e rogaram parecer do Ministério das Relações Exteriores sobre a proposta feita por Sua Senhoria em dito ofício.

8. Pelo *Memorandum* DPG/81, de 3 de outubro último, um dos assistentes do Chefe da Divisão de Programas de Promoção Comercial,

do Departamento de Promoção Comercial do Itamaraty, transmitiu àquele Chefe de Divisão o Ofício DON/293/74 do Presidente e do Diretor da Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo, o anexo a tal ofício, cópia do Ofício nº 220, de 1973, da Encarregada de Negócios, *a.i.*, do Brasil em Ottawa (cf. parágrafo 3, *retro*) e cópia fotostática da Nota Verbal nº DAS/APr/45/800.(B10)(00) e 801.11(B10)(B46), de 1972, do Ministério das Relações Exteriores à Embaixada do Canadá no Rio de Janeiro (cf. parágrafo 2º, *retro*) e deu a Sua Senhoria notícia de que julgava conveniente fossem colhidos, a respeito da proposta em questão, os pareceres dos Chefes do Departamento das Américas, do Departamento Consular e Jurídico e do Cerimonial do Ministério.

9. Aos 4 de outubro último o Chefe da Divisão de Programas da Promoção Comercial do Departamento de Promoção Comercial, após ao *Memorandum* DPG/81, de 1974, o seguinte despacho:

“Senhor Ch DPR
De acordo. A sua consideração.”

10. No mesmo dia, o Chefe do Departamento de Promoção Comercial despachou o *Memorandum* DPG/81 como segue:

“Ao Senhor Ch DAA.”

11. Por despacho de 8 do mesmo mês, o Chefe do Departamento das Américas solicitou ao Chefe da Divisão da América Central e Setentrional, daquele Departamento, que opinasse sobre a questão.

12. Por despacho de 9 ainda do mesmo mês o Chefe da Divisão da América Central e Setentrional informou seu superior de que julgava “que o visto oficial concedido ao senhor Vita-Finzi não o habilita[va] (a não ser como Chefe do Escritório legalmente constituído) a firmar contratos como o que prop[unha] à [Companhia de Promoção de Exportação de Manufaturados do Estado de São Paulo], o qual, por esse motivo,..., o Itamaraty não poderia aprovar.”

13. Por despacho sem data, o Chefe do Departamento das Américas levou ao conhecimento do Secretário-Geral das Relações Exteriores que vários Estados da União Americana e Províncias do Canadá tinham escritórios no Brasil, que não se opunha à instalação desses escritórios nem à

conclusão do contrato de locação de coisas e fornecimento de serviços proposta pelo Diretor Comercial para a América do Sul do Ministério da Indústria e Turismo da Província de Ontário ao Presidente da Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo e que entendia ser conveniente comunicar verbalmente àquele presidente de companhia esse parecer.

14. Finalmente, o Secretário-Geral das Relações Exteriores após ao *memorandum* o seguinte despacho:

Ao senhor Consultor Jurídico, considerando que a Província de Ontário só foi autorizada a atuar no trato de interesses comerciais em caráter privado e por sua legislação aparentemente não poderia constituir sociedade brasileira para operar seu escritório, muito agradeceria o parecer de Vossa Excelência sobre o tipo de contrato que o representante daquela Província propôs à [Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo] e, se for o caso, cláusulas que devessem salvaguardar, por necessidade ou mera conveniência, a jurisdição e foro brasileiros.

15. Faz-se mister, destarte, opinar a propósito do contrato que a Província de Ontário propôs à Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo.

16. Tal opinião, por sua vez, depende do conhecimento da natureza jurídica daquela Província.

17. Parece óbvio que, não sendo pessoa natural, a Província de Ontário é pessoa jurídica e que, não sendo pessoa jurídica de Direito Público interno brasileiro (cf. artigo 14 do Código Civil) nem pessoa jurídica de Direito Privado (não é sociedade civil, religiosa, pia, moral, científica ou literária, associação, fundação ou sociedade mercantil – cf. artigo 15 do Código Civil), é o que o artigo 13 do Código Civil chama *pessoa jurídica de Direito Público externo*.

18. Conhecida pois a natureza jurídica da Província de Ontário, cumpre atentar, desde logo, no que reza o parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*:

Art.11.....

§ 2º. Os governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

19. Advirta-se que a restrição estabelecida pelo parágrafo citado incide, segundo a melhor doutrina, na atuação das “*peoas jurídicas estrangeiras de Direito Público, Estados da comunidade internacional e suas divisões políticas ou administrativas, Estados-membro, Províncias, Municípios, Comunas*” (Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro/ São Paulo, 1968..., v. 1, s/d [mas 1968], p. 462; não são do original as sublinhas) e das “organizações que se enquadram na vida administrativa do Estado, [ainda que] sem expressão de Direito das Gentes” (Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2º ed., Rio de Janeiro: 1955. p. 374, nº 700).

20. Ora, reza, por outra parte, o *caput* do artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941:

Art. 2º. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

21. A respeito, leciona a ciência que “não há dúvida alguma: móveis ou imóveis..., *todos os bens podem ser objeto de desapropriação*” (José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro/São Paulo: 1968. v. V, p. 154, nº 63, citando, na Nota nº 55, Themistocles Brandão Cavalcanti, Matos de Vasconcelos e Zanobini), inclusive destarte, os direitos de obrigação e as ações que os assegurem (inciso II do artigo 48 do Código Civil).

22. Isto posto, forçoso é concluir que, excluída a hipótese do parágrafo 3º do referido artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (prédios necessários às sedes de Missões diplomáticas e repartições consulares – cf. a fixação deste conceito no Parecer DAJ/36/ 921.6(00)(42) e 922.8(00)(42), de 12 de julho de 1963, do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e publicado *In Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano 19, janeiro a dezembro de 1963,

nº XXXVII e nº XXXVIII, p. 99 *et seq.*) as pessoas jurídicas de direito público externo não podem adquirir bens no Brasil, inclusive direitos de obrigação e ações que os assegurem. Daí concluírem os autores que “o que se verifica é um reduzidíssimo campo, quase nulo, para a atividade jurídica do Estado estrangeiro ou de suas organizações” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Comentário Teórico Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, Rio de Janeiro, 1943/1946, v. 3 nº 336. (1946). p. 194.

23. Conhecida, pois, a proibição a que a Província de Ontário adquira bens no Brasil, cumpre examinar se a conclusão do contrato de locação de coisas e fornecimento de serviços proposta pelo Diretor Comercial para a América do Sul, do Ministério da Indústria e Turismo daquela Província ao Presidente da Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo cabe dentro daquele “reduzidíssimo campo, quase nulo” que o direito brasileiro deixa à atividade das pessoas jurídicas de direito público externo no país. Faz-se mister, em outras palavras, verificar se, por força do aludido contrato de locação de coisas e fornecimento de serviços, a Província em apreço adquiriria, no Brasil, direitos de obrigação suscetíveis de desapropriação, em arrepio à proibição constante do parágrafo 2º do artigo 11 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942.

24. Ora, é princípio geral de direito que “os débitos... devem ser geralmente olhados como situados no país em que devem ser cobrados ou acionados” (o *dictum*, é do Juiz Pollock – *In New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, 1924, Chancery Law Reports, v. II, p. 101-109; no mesmo sentido, e.g., o artigo 29 do Tratado de Direito Civil assinado em Montevideú aos 12 de fevereiro de 1889, o artigo 107 do Código de Direito Internacional Privado, denominado Código Bustamante por resolução de 13 de abril de 1928, da VI Conferência Internacional Americana, e posto em vigor pela Convenção de Direito Internacional Privado concluída em Havana aos 20 de fevereiro de 1928 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, o artigo 33 do Tratado de Direito Civil Internacional assinado em Montevideú aos 16 de março de 1940, o artigo 47 do projeto francês de lei de Direito Internacional Privado, Niboyet, *Traité de Droit International Privé Français*, Paris: v. IV, 1947, p. 675, nº 1.297, Dicey, *Conflict of Laws*, 8ª ed., revista por Morris, Londres: 1967. p. 508-511, regra 79, e Graveson, *The Conflict of Laws*, Londres: 1952. p.218) ou, como sintetizado pelos maiores expoentes da doutrina pátria no *caput* do artigo

48 do Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas apresentado aos 3 de agosto de 1970 ao Ministro da Justiça, que “os créditos... e obrigações consideram-se situados no lugar onde devem ser executados ou transferidos” (cf. Valladão, op. cit., 1973. v. II, p. 270).

25. Resolve-se, destarte, em *quaestio facti* a localização dos créditos à dação de coisas alugadas e ao fornecimento de serviços, eis que, em ambos os casos, o lugar da prestação é determinado pela natureza mesma das obrigações de dar escritório situado no Município de São Paulo (cf. o princípio geral de direito acolhido no artigo 951 do Código Civil Brasileiro) e serviços que só prestados naquele Município interessam à credora deles (sobre a localização dos créditos por força da natureza das coisas, cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1954/1969. v. XXII (1958), p. 17-18, § 2.770).

26. Deve-se, pois, concluir que no contrato de locação de coisas e fornecimento de serviços proposto pela Província de Ontário à Companhia de Promoção de Exportações de Manufaturados do Estado de São Paulo, incidiria a proibição constante do parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, já que tal contrato atribuiria àquela Província direitos de obrigação (crédito pela dação do escritório e dos serviços) localizados na capital do Estado de São Paulo e como tais sujeitos a desapropriação pela União, por aquele Estado ou pelo Município de dita Capital (cf. parágrafos 15 *usque* 19, *retro*).

27. Esta conclusão é a única que, na prática, afeiçoa-se à regra do parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução, tradicional aliás em direito brasileiro, onde já em 1899 Carlos Carvalho, ao consigná-la no artigo 151 de seu *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*, lhe fixava com precisão a natureza ao advertir que seu efeito era tornar *limitada a capacidade jurídica privada dos Estados estrangeiros* (op. cit., p. 44), onde esteve sempre presente (artigo 20 da Introdução original ao Código Civil e parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução em vigor) e em cujo futuro se projeta retomada no parágrafo 2º do artigo 18 do novíssimo Projeto de Códigos de Aplicação das Normas Jurídicas apresentado ao Ministro da Justiça em agosto de 1970 (cf. Valladão, op. cit., v. cit., p. 265).

28. Por outra parte, se a capacidade jurídica privada das pessoas de direito público estrangeiro é assim limitada pelo direito brasileiro, sua capacidade jurídica pública acha-se regulada pelo Direito Internacional

Público e ordinariamente se exerce, no território do Brasil, pelos dois canais das Missões diplomáticas e das repartições consulares.

29. Isto posto, se um Estado estrangeiro, uma divisão política ou administrativa de tal Estado (Província, Departamento, Estados-membro, Município, Condado...) ou um órgão personalizado do poder estatal central, provincial, departamental, estadual, municipal, etc.... (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista...) pretende praticar no Brasil atos de natureza pública, é o Direito Internacional que responde da liceidade de tal prática.

30. Ora, a experiência moderna resultou na noção pacífica de que, entre os atos de natureza pública que os Estados praticam no exterior, para tanto utilizando suas repartições consulares, estão aqueles necessários ao fomento do comércio internacional, como à sociedade o prova o inciso “b” do artigo V da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, forma contemporânea de um princípio jurídico já notório aos clássicos do século XIX (cf., e.g., G.F. de Martens, *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Paris, 1858. v. 4, p. 386-387).

31. Ao examinar, assim, a questão da atuação, no Brasil, das pessoas jurídicas de direito público externo, a Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores acredita já haver demonstrado, na informação de 6 de agosto último e que, aprovada por despacho, do mesmo dia, do senhor Consultor Jurídico do Ministério, transformou-se no Parecer Confidencial CJ/250, a necessidade de que a atividade de tais pessoas no país se restrinja ao exercício de suas competências de caráter público, insuscetíveis de contrariar o parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução e necessariamente incluídas (salvo ato internacional excepcional) no campo de ação das Missões diplomáticas ou das repartições consulares.

32. Ao Estado estrangeiro caberá sempre tomar, em seu âmbito interno, as providências necessárias a que sua Missão diplomática ou alguma, algumas ou todas as suas repartições consulares no Brasil pratiquem aqueles atos que, integrando a atividade pública (e.g. a promoção comercial), sejam, na sua organização constitucional e administrativa (a que o Brasil é indiferente), deixados, total ou parcialmente, à competência das divisões políticas ou administrativas interna ou dos órgãos públicos personalizados.

33. Para o Brasil, só o Estado estrangeiro é em princípio capaz de atuar no território nacional e, ainda aí, nos limites fixados pelo Direito

Internacional Público à ação das Missões diplomáticas e das repartições consulares, e dentro dos quais é que podem caber e devem, estar todas as atividades governamentais de promoção comercial, já em benefício do próprio Estado estrangeiro, já no de qualquer de suas divisões políticas ou administrativas, já, enfim, no de seus órgãos personalizados.

34. Exceções, se julgadas convenientes, por força terão de ser abertas em atos internacionais que, em cada caso, criem normas de Direito Internacional convencional hábeis a configurar e circunscrever ditas exceções.

35. Não discrepa do entendimento exposto a posição do governo do Canadá, tal como reiteradamente declarada, no sentido de que “no plano internacional, o governo federal representa todo o Canadá e em Direito Internacional só os Estados soberanos são reconhecidos como membros da comunidade internacional” (Declaração do Ministério dos Negócios Exteriores, In: *Canadian Yearbook of International Law*, 1966. v. IV p. 267, nota) e de que, destarte, os atos ou negócios internacionais em que entrem as províncias canadenses são, ou atos que a nada obrigam, ou atos de natureza privada e regidos pelo Direito Interno (seria o caso do contrato ora em exame, se a ele não se opusesse o direito interno brasileiro), ou atos autorizados pelo governo ou pelo Parlamento canadenses e considerados obrigatórios pelo próprio Canadá como um todo, além de pelas províncias em particular (cf. A.E.Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto: 1968. p. 30-32 e p. Martin (Secretário de Estado dos Negócios Exteriores), *Federalism and Internacional Relations*, Ottawa: 1968. p. 26-28 e 31-32.

36. A primeira hipótese (atos que a nada obrigam) cai fora do mundo jurídico; a segunda (atos de natureza privada) é inviável no Brasil, onde a Província de Ontário não é pessoa natural nem pessoa jurídica de Direito Privado (cf. parágrafo 17, *retro*) e onde, ainda que encontrasse quem, a ela quizesse associar-se para formar pessoa jurídica privada (sociedade comercial ou civil), nisto agiria em frontal violação a proibição do parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Introdução, eis que desenganadamente suscetíveis de desapropriação as quotas, ações ou títulos que viesse a possuir em dita sociedade; da terceira, juridicamente possível, não parece finalmente cogitar-se, já que o Brasil e o Canadá não concluíram qualquer “acordo básico” necessário e suficiente a que alguma província daquele país conclua ato internacional com o Brasil (cf., para a necessidade de tal “acordo básico” no caso dos tratados entre a França e a Província de Quebec, Martin, op. cit., p.

28, e G.F.Fitzgerald, *Educational and Cultural Agreements and Ententes: France, Canada and Quebec – Birth of a New Treaty-Marking Technique for Federal States*. In: *American Journal of International Law*, v. LX, 1966, p. 529).

37. Nem seria, aliás, de admitir-se que o Brasil, que sempre exigiu a conclusão de atos internacionais formais para admitir a instalação, em seu território, de escritórios comerciais de Estados com os quais mantém relações e que, em conseqüência, são internacionalmente responsáveis pela atuação dos referidos escritórios (cf. o protocolo com a União Soviética, de 20 de abril de 1963, e o acordo com o mesmo país, de 22 de setembro de 1972, o acordo com a Iugoslávia, de 15 de junho de 1973, e o acordo com a Romênia, de 27 do mesmo mês) desse por legítima a instalação, sem ato internacional prévio, de escritório de Província internacionalmente irresponsável do ponto de vista jurídico.

38. Na questão que nos ocupa, poder-se-ia, no máximo, entender como “acordo básico” fixador da responsabilidade do Canadá pela atuação do escritório, a troca de notas a que se referem o *proemium* e o parágrafo 2 desta informação (*quod vide*). Não é provável, porém, que o Canadá haja querido dar tal força a dita troca de notas.

39. Não terão sido, aliás, muito diferentes das que aí ficam as considerações do governo do Canadá quando, por intermédio de sua Embaixada em Brasília, apresentou ao Ministério das Relações Exteriores o senhor Ennio Vita-Finzi, Diretor Comercial para a América do Sul do Ministério das Indústria e Turismo da Província de Ontário, na forma em que se apresentam os membros das repartições consulares estrangeiras (cf. parágrafo 4, *retro*) nem as contradiz a resposta que a tal apresentação deu o Itamaraty, negando ao senhor Vita-Finzi a condição de “funcionário consular” (cf. parágrafo 5, *retro*), eis que preferível incluir Sua Senhoria entre os “empregados consulares” a que o costume internacional recolhido no inciso *e* do artigo 1º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (é o costume brasileiro quanto aos Assistentes Técnicos dos Setores de Promoção Comercial das repartições consulares brasileiras) defere a realização de serviços técnicos, e cujos nomes não se incluem na lista do corpo consular.

40. Em suma, não parece jurídico que a Companhia de Promoção de Exportações de Produtos Manufaturados do Estado de São Paulo aceite a proposta de contrato que lhe fez a Província de Ontário, a qual deverá,

querendo, pôr-se de acordo com o governo central canadense, já para que este a autorize a concluir com o Brasil ato internacional sobre o estabelecimento de seu escritório comercial (cf. parágrafos 35 *usque* 38, *retro*), já para delegar ao Consulado-Geral do Canadá em São Paulo as funções de promoção comercial no exterior que lhe caibam segunda a organização político-administrativa daquele país, à qual – na falta de tal ato internacional específico – o Brasil é de todo e necessariamente indiferente (cf. parágrafo 30 *usque* 33, *retro*).

Brasília, em 21 de janeiro de 1975

Augusto de Rezende Rocha

Tratados ou outros *ajustes internacionais* – sua processualística: requisitos constitucionais e legais internos; requisitos de praxe internacional. *Acordos Secretos*: (1) se forem normativos condição prévia que sem inconvenientes maiores pode ficar estabelecida, não dispensam publicação para sua vigência; no caso do Acordo de Segurança relativo a trocas de informação de caráter sigiloso entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Francesa: não encerra matéria sigilosa propriamente dita, senão a sistemática a ser-lhe aplicada; (2) dada a *natureza do acordo*, bem como dos seus *acordados*, referente a matéria de alcance político, parece-nos que ele não pode dispensar aprovação do Congresso, mesmo que sua formalização tenha sido mediante troca de notas; todavia, a decisão sobre a não-publicação de certos acordos secretos, importando inobservância de norma substancial à validade do processo legislativo ou do convencional, só como *ato de governo* poderia talvez ser legitimada, ainda assim depois de

audiência prévia do Conselho de Segurança Nacional e antes de ser enviado ao Congresso; s.m.j. impossibilidade de aceitação da tese no caso do presente acordo, dado o seu caráter normativo.

A Nota francesa não deixa alternativa: análise de seu conteúdo; a não publicação do Acordo praticamente o invalidará, retirando-lhe a eficácia ou as virtualidades, já que não possibilitará as vantagens do superveniente decreto do governo francês.

PARECER

Preliminarmente, assinala esta CJ que nenhuma responsabilidade lhe cabe pelo não prosseguimento do exame da questão que o senhor Chefe da DAI suscitou mediante o *Memorandum* DAI/42, de 14 de agosto de 1974, pela simples e excelente razão de não lhe ter sido distribuído para exame, quer pelo senhor Secretário-Geral, quer pelo senhor Ministro de Estado. Talvez tenha ocorrido algo de semelhante a anterior memo. (cf. o que se relata no memo. DAI/42, de 14.8.74, cujo teor só agora foi por esta CJ obtido, ainda assim por via informal), de iniciativa da DIE que, a despeito da faculdade concedida por um respeitável despacho do senhor Secretário-Geral, deixou de ser encaminhado à CJ, porque a DOI “após providências a respeito do assunto específico do memorando, mandou arquivá-lo.... *com o que não chegou a ser ouvido o senhor Consultor Jurídico sobre o assunto*”. São necessárias estas observações em virtude do registro com que o Senhor Chefe do Departamento da Europa ressalta, *verbis*, a necessidade de rápida decisão acerca do DEI/34 *secreto*, de 3 de junho de 1975: “Nesse sentido [isto é, obtenção do pronunciamento da CJ sobre a matéria a esclarecer no item 3], réstituo o presente *memorandum*, com o

pedido de que, *passado quase um ano, seja encarecida uma definição da CJ* para, no caso em tela, poder ser dada uma resposta à Embaixada da França”. Esta CJ, em atenção a deficiências pessoais e à falta de recursos materiais e profissionais com que luta, já responde e se responsabiliza com dificuldade pelo que *faz*; não parece normal nem cabível seja argüida por Sua Excelência pelo não atendimento a uma consulta que: (1) *não se originou em seu Departamento*; e (2) *nem sequer lhe foi dirigida*.

2. Isto posto, esta CJ passa a satisfazer a questão contida no item 3 do DE-I/34 *secreto*, de 3 de junho de 1975, bem como à consulta originariamente formulada pelo DAI/42, de 14 de agosto de 1974, o qual, conforme se deixou claro, não foi anexado oficialmente ao expediente ora em exame; como entre os referidos *memoranda* há necessária correlação, procurou esta CJ coligir de moto-próprio outros elementos documentais indispensáveis, a fim de não retardar qualquer decisão sobre a matéria.

3. Há diversos pontos a considerar na consulta: o primeiro, explicitamente enunciado: “Se a sanção das garantias de segurança da alçada do governo brasileiro, previstas no acordo de 2 de outubro de 1974, depende da publicação no Diário Oficial e, em caso afirmativo, se é nossa intenção proceder a essa publicação” (cf. item 3 do DE-I/34); os demais, direta ou indiretamente decorrentes do Memorandum DAI/42, de 14 de agosto de 1974, apresentam-se abreviadamente da seguinte forma: “a necessidade de adotar-se um critério uniforme para a publicação no “Diário Oficial”, dos acordos executivos (concluídos por troca de notas), e a de determinar-se precisamente quando se inicia a vigência dos mesmos no território nacional”.

4. A matéria, verifica-se de imediato, é diversificada e controvertida; tanto assim que se classificam todas as trocas de notas como sendo *acordos executivos*, apesar de a natureza deste não poder ser aferida independentemente do seu conteúdo nem apenas pela forma, o que sem dúvida é um equívoco elementar, e admite-se vigência de ajustes internacionais sem que lhes seja dada a devida divulgação (cf. o item 9 do DAI/42: “excetuados, naturalmente (sic), os confidenciais ou secretos”), o que é ainda mais contestável. Talvez seja aconselhável, à vista de posições tão equivocadas, examinar, embora sumariamente, certos *princípios* constitucionais, legais e de praxe internacional para que a matéria se clarifique sem autoritarismo ou cômoda aceitação de idéias feitas.

5. (A)(B) *Tratados* ou outros *ajustes internacionais*, não importando a hierarquia que se lhes queira dar, obedecem a processualística própria, nem sempre averiguada, mas decorrente (1) de preceitos constitucionais e legais internos, a que se acrescentam (2) requisitos de praxe internacional geralmente aceitos, a ponto de se terem eles convertido em normas de direito costumeiro. A dificuldade básica que essa processualística faz nascer consiste na coordenação dos princípios constitucionais e legais internos aos de praxe internacional, que lhes são coextensivos. Há, destarte, a necessidade de os complementar, compatibilizando-os de tal forma que fique assegurada sua perfeita coexistência. Os preceitos constitucionais e legais internos associados aos de praxe internacional corporificam-se nas seguintes etapas: (1) *negociação e assinatura* do tratado ou do acordo; fase política e administrativa: *planejamento*; (2) apresentação do tratado ao *referendum* (= aprovação ou rejeição) do Congresso; fase política: *planejamento* (3) ratificação do tratado pelo PR (equivale à sanção na processualística legal e, por isto mesmo, pode incluir *reservas*, se for tratado multilateral, que o próprio Executivo tempestivamente lhe tenha feito); fase exclusivamente administrativa: *organização*; (4) *troca de ratificações* (tratados bilaterais) ou *depósito de ratificação* (tratados multilaterais); fase decisiva do ponto de vista do DIP; fase político – jurídica e administrativa (internacionalmente): *direção e coordenação* (5) *promulgação e publicação*: *fases decisivas* do ponto de vista do direito interno; fase administrativa: *direção coordenação e controle*.

6. Os poderes políticos – Executivo e Legislativo – que *alternadamente* assim participam dessa processualística convencional, só na aparência se equilibram, de acordo com o esquema clássico da separação de poderes: de fato, se no Poder Executivo tendem a cumular-se funções políticas e administrativas, elas se avantajam, numérica e qualitativamente, a cada vez mais delimitadas funções de natureza exclusivamente política exercidas pelo Legislativo. E isto ocorre, como um rápido exame de estruturas governamentais permite certificar, independentemente das diretrizes ideológicas acaso preponderantes em qualquer país. As sociedades industrializadas e de crescente urbanização geraram o *fato político* de ao Poder Executivo caber a inegável direção de uma administração altamente especializada, e a esse *fato político* se deve a sua predominância na processualística convencional, com uma conseqüente dilatação, no plano

internacional, das variadas prerrogativas regulamentares internas. O titular do Poder Executivo passou, conseqüentemente, num orgânico desenvolvimento funcional, a exercer de fato, nas importantes fases posteriores e nas finais do processo convencional, funções predominantemente administrativas, ficando a seu juízo aferir da maior ou menor conveniência de dar prossecução até a derradeira fase ao seu trabalho no setor das relações internacionais.

7. O que vem de ser dito observa-se exemplarmente nos regimes federativos, onde à União compete manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; e, semelhantemente, participar de organizações internacionais (Constituição, art. 8º, I). Esta é uma tradição centralizadora bem como um imperativo lógico de estrutura estatal que, aqui e alhures, sempre foram observados: não constituímos exceção a partir da Proclamação da República e desde a Constituição de 1891. Mas nos regimes presidenciais, constitui traço ainda mais característico da estrutura governamental e do seu funcionamento, confiar-se ao Presidente da República, *privativamente*, a manutenção daquelas relações com os Estados estrangeiros (Constituição, art. 81, IX) e, por isto mesmo, “celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional” (Constituição, art. 81, IX) Ao Congresso Nacional compete, com *exclusividade*, “resolver *definitivamente* sobre tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República” (art. 44, I).

Polemiza-se sobre o alcance das expressões “competência exclusiva”, “definitivamente” e “privativamente”, com as quais se procurou expressar, num regime de separação de poderes e de freios e contrapesos, o que é atribuição *exclusiva* do Congresso e o que toca *privativamente* ao Presidente da República. Mas não se atenta devidamente na expressão *referendum*. Trata-se, antes de tudo de uma tentativa de colocar o assunto em termos quase escolásticos, tal o virtuosismo da análise, mas onde se manifestam, subjacentes, um litígio ideológico e, em termos humanos, demasiadamente humanos, uma rivalidade de poderes políticos. Naturalmente quando os doutrinadores são também ou foram membros do Legislativo, não se pode esperar inteira serenidade de juízo. No entanto, a competência exclusiva do Congresso é simplesmente para *resolver* em *definitivo* um *referendum* que lhe é proposto: sim ou não; aceita ou rejeita. Nem é outro o significado do termo *referendum*, como qualquer bom dicionário

elucidará. Se o Congresso rejeita o tratado, cabe ao PR reencetar negociações; se o aceita, daí por diante a política exterior é responsabilidade privativa do PR, que pode valer-se da autorização que lhe foi dada pelo Congresso, mas pode também ignorá-la ou procrastinar-lhe a efetivação. Na verdade, se o planejamento, a organização, a direção, a coordenação e o controle nas relações internacionais incumbem ao PR (cf. artigos citados), o que se quer dizer é que o Congresso Nacional só *resolve definitivamente e com exclusividade a alternativa* formulada por um *referendum*: nada mais, nada menos. A aprovação do tratado ou da convenção pelo Congresso tanto não importa em uma decisão definitiva, que se seguem outras etapas no processo convencional – tipicamente administrativas – de *privativa* competência do PR; ora, essas etapas é que são *definitivas*, do ponto de vista jurídico e político, interno e externo: ratificação; troca de ratificações; depósito de ratificação; promulgação; publicação; executoriedade e vigência.

8. Chegados a este ponto, convém ter presente que *todas* as Constituições republicanas brasileiras (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) não discreparam na fixação dessas atribuições, utilizando mesmo, para tal, fraseologia semelhante; não se concluirá daí, todavia, como alguns pretendem, que a política exterior brasileira, corporificada nos atos internacionais celebrados pelo PR, seja *resolução definitiva* do Congresso Nacional. Os que assim pensam argumentam – ainda assim, fracamente – apenas com o texto dos dispositivos, não os situando no contexto das próprias Constituições; ora, não é preciso recorrer a Stammler para estabelecer, com alguma segurança, que esses dispositivos valem o que o seu contexto permite que valham. Quando se interpretam os artigos de uma Constituição que tenha estabelecido a partilha do processo legislativo convencional, cumpre verificar, antes de tudo, se essa Constituição fortaleceu o Poder Legislativo em detrimento do Poder Executivo – caso da Constituição de 1891, filiada ao figurino norte-americano – ou se reduziu os poderes legislativos em proveito dos do Executivo – o que tem sido uma tendência progressivamente consolidada no Brasil, a partir de 1934, 1937 e 1946, para chegar à sua expressão mais completa com a Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1/1969. Obviamente os termos do arts. 34 e 48 da Constituição de 1891 são praticamente os mesmos dos arts. 44 e 81 da Constituição de 1969, mas ninguém se aventurará a sustentar que eles tenham o mesmo valor quando forem considerados nos respectivos

contextos. Não se trata de uma tendência passageira: nos oitenta anos de vida republicana o fortalecimento do Executivo brasileiro refletiu uma tendência universal e é fruto de uma sofrida e sedimentada experiência política. De resto, as raízes mesmas de nossa formação histórica, de tão acentuada e, às vezes, quase paralisante centralização e concentração, concorrem para robustecer o que vem de ser dito. São fatos: nega-os quem quer, mas não se pode dizer que tenham sido abençoados com boa vista os que assim não vêem (cf. Accioly, H., *Tratado*, 2ª ed., 1956. v., 1 §§ 901-932, p. 574-601; Tenório, O., *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., § 31, p. 34-35; V. especialmente as notas; com remissões a Santi-Romano, Huc, Achille Mestre; Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, 1ª ed., 1920. (reimpressão de 1962), § 178, p. 535-541, especialmente as notas 9 e 10; Reuter, Paul, DIP, 4ª ed., 1973. p. 84-90, especialmente 86-87; Rousseau, Ch., DIP, 1970, p. 88-108, especialmente 106-108; para retrospecto geral do problema e seu exame acadêmico: Albuquerque Mello, Celso, *Ratificação de Tratado*, 1966; polêmica entre o Professor H. Valladão e o Embaixador H. Accioly. V. o BSBDI; resumo atual da questão, nem sempre com inteira fidelidade ao pensamento dos autores, Pereira Jr., Jessé Torres, O Poder Legislativo no Processo de Conclusão de Tratados. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 135, março, 1975).

9. (A-1) Em atenção a esses aspectos políticos e administrativos, nem sempre devidamente ponderados, é que não são observáveis à letra – como, aliás, nunca se observaram – as prescrições constitucionais com respeito à aprovação ou autorização pelo Congresso (*referendum*) de todos os tratados, acordos ou atos internacionais que o PR haja celebrado. Seria uma demasia desnecessária, homologação meramente formal, que nada acrescentaria à substância do ato internacional, notadamente se for ele de natureza inquestionavelmente administrativa e situar-se no âmbito dessa competência do Poder Executivo. Aliás, essa forma de entender o processo convencional, tomamo-la de empréstimo (mais uma vez...) aos EUA, onde a pouco e pouco se desenvolveu a praxe dos *executive agreements*, lá com uma latitude de entendimento muito maior do que entre nós, podendo falar-se mesmo de *encroachment* de um poder pelo outro, sem que os famosos freios e contrapesos o compensassem. A polêmica H. Accioly *versus* H. Valladão, arquivada no BSBDI, circunstanciadamente examinada por Albuquerque

Mello, Celso, mostrou à sociedade que desde a Constituição de 1891 assim se procedeu e, a *fortiori*, a partir das Constituições posteriores. Trata-se, pois, de uma tradição já implantada há mais de 40 anos e que atravessou todas as vicissitudes constitucionais conhecidas no período. Nem mesmo o Professor H. Valladão, fiel aos mestres e às idéias que lhe presidiram à formação liberal, pôde deixar de admitir, posteriormente, em pareceres, que tratados ou acordos complementares de outros, já devidamente autorizados pelo Congresso não precisavam ser-lhe submetidos, porque seria uma redundância formalística, frenadora dos trabalhos legislativos e da ação administrativa do Executivo. O *referendum* do Congresso, no entanto, sempre foi indispensável, para quaisquer tratados ou convenções de *alcance político* e, na esfera administrativa, para os de natureza tributária ou que importarem em compromisso financeiro. Ninguém contestará serem estas as coordenadas que melhor estabelecem, num regime representativo, as questões sobre as quais cabe ao Legislativo de pleno direito conhecer e decidir. “Alcance político” não é expressão sibilina: acordos, ajustes complementares ou quaisquer atos internacionais relativos a fronteiras, por exemplo, porque digam respeito à unidade e/ou à segurança nacionais, são *políticos*; semelhantemente, quaisquer acordos que versem matéria que, internamente, reclamasse exame e decisão do Legislativo através da votação de leis, terão de ser subordinados à classificação de políticos; em suma: acordos que afetem o exercício das *funções essenciais*, para as quais o Estado, como organização, foi criado: defesa interna e externa, segurança, justiça, encargos e recursos materiais de responsabilidade governamental e – *last but not the least* – compromissos internacionais restritivos de soberania ou a ela atinentes.

10. (A-2) O *referendum* do Congresso pode, todavia, ser dispensado (isto é, torna-se facultativo) se se tratar de matéria de competência regulamentar do Poder Executivo; por outras palavras: se se tratar de matéria administrativa, para a qual, internamente, o PR teria poderes bastante para deliberar e decidir, por isto que é ele o Chefe da Administração, consoante o vetusto ensaio, mas sempre atual e já hoje clássico, de Woodrow Wilson sobre administração pública. Acordos, de comércio que exijam complementação técnica, de acordos de transporte ou de navegação; de pagamentos em suas diferentes modalidades, incluindo ou não cláusula de Nação mais favorecida; acordos de caráter aduaneiro em suas feições normativas; acordos postais – telegráficos; acordos

complementares e executivos de convenções de previdência social ou atinentes a trabalho; acordos de caráter cultural no mais amplo sentido, compreendendo sobretudo cooperação técnica (excluem-se, naturalmente, os casos em que essa cooperação convizinha à segurança nacional) – eis alguns exemplos, que poderiam ser multiplicados, mas que proporcionam idéia clara do que seja um acordo de caráter administrativo. Porque tenham este caráter, celebram-se eles, via de regra, por um processo sumário e expedito, qual seja a *troca de notas*. Mas não é o fato de serem celebrados *por troca de notas* que os torna *acordos executivos*, senão a matéria versada que lhes possibilita formalização simplificada e menos solene. Um *acordo executivo* afere-se, portanto, pelo conhecimento geral da Constituição, bem como pelo arcabouço jurídico-administrativo de um país, enquanto a *troca de notas* apenas lhe assegura a instrumentalidade necessária. A *troca de notas* – um veículo modesto – assemelha-se ao contrato de Direito Privado, precisamente porque em seu conteúdo é reduzida a substância política. (Carré de Malberg, loc. cit., Accioly, Tratado, § 909, p. 580; Reuter, Paul, op. cit., p. 87-88; Rousseau, Ch., DIP, p. 94/108; cf. *Para discussão geral do problema*, Albuquerque Mello, Celso, op. cit.).

11. (B-1) Nos regimes federativo e presidencial, a *ratificação* – quando se examinam as etapas fundamentais da processualística convencional, bem como os atos consecutivos que ela acarreta – apresenta-se como atribuição e prerrogativa do PR, quer na sua qualidade de Chefe do Governo, quer no exercício da chefia da Administração. Carré de Malberg *escreveu a propósito* algumas das suas páginas mais profundas e agudas; convém que ao menos lhe registremos as conclusões.

Ainsi, il semble résulter de l'art. 8 (a referência é à Constituição francesa então vigente, mas cabível aos artigos da nossa anteriormente citados) que le Président possède, en tant qu'organe de l'État dans les relations internationales, un pouvoir de décision et de réglementation, qui est bien plus large et plus énergique que celui qui lui appartient, à l'intérieur, en tant que chef de l'administration” (p.536);

...la ratification... reste une attribution et un acte exclusivement présidentiels (p.540).

Mais la ratification du traité et le traité lui-même restent l'un et l'autre, un acte purement administratif; l'acte est administratif, parce qu'il a pour auteur véritable une autorité administrative et parce qu'il est fait en exécution d'une loi (p. 540).

Isto também ocorre entre nós, acrescentemos restritivamente, em virtude da *autorização* emanada do Congresso, oriunda do *referendum* que lhe foi submetido; todavia, se quisermos situar aquelas palavras à luz de nossa Constituição, cumpre assinalar que a aprovação pelo Congresso, em virtude do *referendum*, não torna o tratado entre nós uma *lei*, por isto que sem a ratificação (equivalente à sanção relativamente a um projeto de lei) o processo convencional fica sustado.

Não se nos figura essa competência da ratificação de tratados pelo PR uma conquista atribuível a ideários de direita ou de esquerda, senão a uma evolução natural do Direito Público contemporâneo, especialmente do brasileiro (a partir dos governos dos Presidentes Epitácio Pessoa e Arthur Bernades), evolução que reflete, porém, com docilidade, instituições e mecanismos políticos de povos que sempre nos influenciaram culturalmente. Ontem, isto é, no século passado, foram a França e a Inglaterra, deixando marcas em nosso parlamentarismo e levando nossos estadistas a emular Gladstone ou Thiers; hoje, ao longo das últimas décadas, os EUA, a Itália, Portugal e a própria França, em diferentes setores do Direito Público Constitucional ou Administrativo.

A ratificação, no processo convencional vigente entre nós, tem significado próprio e específico; não se confunde com a *autorização* ou a *aprovação* resultante do *referendum* legislativo; é uma etapa distinta que a este se segue. A *ratificação* está, portanto, para os atos internacionais autorizados pelo Congresso, assim como a *sanção* está para o projeto de lei ordinária devidamente aprovado pelo Legislativo. São etapas conexas de processos legislativos assemelhados – a ratificação, no convencional; a sanção, no ordinário – mas não necessariamente concordes. Daí nos parecerem estranhas as afirmações de uma figura eminente, como o Ministro Oswaldo Trigueiro, reveladoras de inegável confusão quanto ao valor da ratificação na processualística convencional, por isto que ele a julga praticamente dispensável, o que se torna difícil de aceitar.

A ratificação confirma e consagra a *iniciativa peculiar ao PR no processo de planejamento da política exterior*, ao qual já antes nos referimos,

embora a colaboração do Legislativo nesse processo seja também valiosa e se efetive, complementar e construtivamente, mediante o exame do tratado e sua autorização. Há, todavia, uma diferença fundamental entre os dois processos legislativos: o PR está vinculado para a sanção ou para o veto a um prazo fatal que lhe foi assinado pela Constituição (sob a Constituição de 1946, muito curto; na atual, mais dilatado); – mas tal não acontece com os atos internacionais, que podem ter sua ratificação diferida indefinidamente (o que importa quase em um veto), a não ser que eles mesmos estipulem um período, limite ao termo do qual a ratificação terá de consumir-se; e é precisamente neste ponto que se constata a existência do “*pouvoir-bien plus large et plus énergique*” do PR em questões internacionais do que em outras quaisquer. Vê-se, portanto, sem esforço, que a ratificação não está necessariamente implícita na negociação e assinatura do tratado, como parece crer o Ministro Trigueiro; outras circunstâncias, supervenientes, poderão talvez desaconselhar a ratificação, ou diferi-la, da mesma forma que o PR pode vetar um projeto de lei de sua iniciativa, mesmo devidamente autorizado ou aprovado pelo Congresso.

As ratificações podem, destarte, realizar-se tardiamente, a juízo do PR, que apreciará os aspectos favoráveis ou desfavoráveis do tratado ou do acordo, posteriores à assinatura, em geral quase sempre cortada de vicissitudes, a fim de assentar se afinal o deve converter em lei interna. Há mesmo casos de ratificação ocorridos quase quinze anos depois da assinatura do tratado, ainda que o fato não se possa muitas vezes diretamente atribuir ao PR (demora no *referendum* legislativo).

Finalmente, convém atentar em que, de regra, a ratificação não tem, a não ser excepcionalmente, ou não deveria ter, efeito retroativo, conquanto alguns pretendam sustentar o contrário. Nem tampouco pode a ratificação ser condicional ou parcial (cf. Lauterpacht, Kelsen, apud Accioly, op. cit., § 909). A respeito da retroatividade relembremos as considerações desenvolvidas pelo Embaixador Accioly, que são, ainda hoje, de índole definitiva:

... uma vez que a ratificação, ou antes, a troca de ratificações; é que dá força obrigatória ao tratado, parece lógico que se lhe não possa atribuir efeito anterior a tal ato. *Pouco importa que o tratado seja, em geral, indicado pela data da sua assinatura.* Isto serve para

que ele seja mais facilmente identificado; porque a data da assinatura sempre o acompanha, ao passo que, por um lado, a da troca das ratificações nem sempre se encontra com tanta facilidade, e, por outro lado, as das respectivas ratificações ou dos depósitos, em geral, divergem. O próprio tratado, no entanto, pode dispor noutro sentido, conforme vamos ver, e, em tal caso, a solução poderá ser diferente.

Mas não é a ratificação propriamente dita, por muito importante que seja, como acabamos de verificar, do ponto de vista interno, para a conversão de um tratado ou acordo em lei do país, que vincula ou compromete um Estado quanto ao que nele se estatui. Do ponto de vista do DIP, o que consuma a incorporação do tratado ou do acordo ao *sistema jurídico* de um Estado é a *troca de ratificações* (acordos bilaterais) ou o *depósito de ratificação* (acordos multilaterais), pois é daí que se conta ou determina a *vigência*, a não ser que o próprio texto do acordo preveja alguma dilação ou contenha dispositivos específicos, como antes deixou claro o Embaixador Accioly.

Ainda em conformidade com os dispositivos legais internos, coextensivos aos da praxe internacional, à *ratificação* e à *troca de ratificações* (ou ao *depósito de ratificação*) seguem-se *duas* etapas de substancial importância: (1) a *promulgação* e (2) a *publicação* que asseguram aos atos internacionais sua *definitiva* incorporação ao *sistema jurídico* do Estado contratante. A *promulgação* e a *publicação* são atos de substancial significado jurídico e político, mas de natureza *administrativa*, dando-se a esta maneira de assim os classificar sentido nobre e não subalterno, como às vezes acontece a professores de Direito Constitucional. Ainda aqui convém que nos reportemos aos ensinamentos de Carré de Malberg, cuja formulação do problema (ato de governo *versus* ato administrativo) continua sendo fonte perene de inspiração.

A *promulgação* – “ato com o qual se atesta a existência da lei, ordenando-lhe o cumprimento” (Wilson Batalha) – é por muitos considerada como etapa de importância muito mais fundamental na processualística convencional do que a ratificação. Sem negar, do ponto de vista interno, que se trata de um indispensável elo de uma corrente, reconheça-se, porém, que não sendo auto-suficiente, segue-se ela à própria

ratificação pressupondo-a e completando-a logicamente, a fim de a integrar no sistema jurídico do Estado. A promulgação é, portanto, o instrumento mediante o qual a ratificação se efetiva e manifesta; no Brasil, tal ocorre sob a forma de um *decreto* a cargo do PR; por isto mesmo, se a quisermos caracterizar, veremos que seu cunho também é marcadamente *administrativo*, agregando-se ao caráter político-administrativo da *ratificação* ou, do ponto de vista internacional, da troca de ratificações ou do depósito de ratificação. Outro ato, de natureza também tipicamente administrativa, é a *publicação*, que representa no processo convencional o natural estuário a que vão ter todos os esforços do PR no planejamento, na organização, na direção, na coordenação e no controle das relações internacionais, competência que na espécie lhe é intrínseca, tradicional e constitucionalmente, mas competência “larga e enérgica”, para usar das expressões de Carré de Malberg, já antes citadas. (Tenório, Oscar, *LICC*, 2ª ed., § 31, p. 35; Carré de Malberg op. cit., loc. cit.; Accioly, H., *Tratado*, 2ª ed., v. 1, § 908, p. 579-580; § 933-935, p. 599-601; Rousseau, Ch., op. cit., p. 89-90; Silva Cunha, J.M., *DIP*, 2ª ed., 1967, t. I. p. 108-109; Gonçalves Pereira, André, *Curso de DIP*, p. 150-159; Albuquerque Mello, Celso, *Ratificação de Tratados*, 1966, c. VII).

A *publicação*, além de ser requisito *sine qua non* à validade de qualquer texto legal ou convencional (cf. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 1º) “tem o objetivo de determinar o conhecimento da lei por todos” (Oscar Tenório); mais ainda: “é a sua divulgação, de forma a torná-la conhecida *pelos que têm de aplicá-la ou obedecer aos seus ditames*” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, § 17, p. 80 *passim*); publicada no Diário Oficial “torna-se conhecida ou adquire a presunção que o é” (*idem*). A justificativa para a necessidade da publicação, ninguém a formulou melhor do que Vico: “*publicatio legum, quae vulgo dicitur, nihil aliud est nisi legis probatio, qua cives ab ejus obligatione ob ignorantia excusari non possunt.*” “No Brasil somente é válida a publicação feita no “jornal oficial”, precisamente no Diário Oficial. O PR é que faz a publicação da lei (Constituição 87., I (1946); 81, III (1969)”; “vale o texto que nele (DO) se publica.” As coleções de leis “não autenticam a legislação: são repertórios” (cf. há divergência na tradução do art. 34 (e) da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas entre o texto oficial publicada no DO e o da Coleção de Atos Internacionais, publicação pelo MRE; a respeito, CJ/271, de 11 de julho de 1975). A

publicação no DO “fixa a vigência”. A lei *existe* desde a publicação. Integra-se a publicação por um *elemento formal*. A vigência se inicia no 46º dia – a contar da data do exemplar do órgão oficial em que se publicou. Conta-se, o prazo dia a dia (cf. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro cf. comentários de Oscar Tenório, Serpa Lopes, Cunha Gonçalves, Wilson Campos Batalha, etc.)

Isto posto, estabeleçamos, então, que se o *tratado* é uma *lei* (depois de haver percorrido toda a tramitação da processualística que lhe é peculiar), a ele se aplicam internamente os mesmos princípios gerais que se contém na Lei de Introdução (art. 1º, etc.), máxime aqueles que dizem respeito à promulgação (quase sempre), à publicação (sempre), vigência (no território nacional e fora dele), à executoriedade e à *vacatio legis*.

12. (B-2) A *assinatura* de certos acordos só pode trazer *imediate vigência* se, atendendo à sua modesta natureza, forem eles pactuados por *troca de notas*, dentro de clara e insofismável competência do Poder Executivo, vale dizer do PR – *e sem conterem normas para particulares* – circunstância que torna compreensível a dispensa da *vacatio legis* (= período que decorre entre a publicação da lei ou do acordo e o início de sua vigência). Ainda assim, *não prescindem eles da publicação*, pois é óbvio que aqueles que têm de aplicá-lo (como relembra – Caio Mário da Silva Pereira) precisam inteirar-se das obrigações que lhes correm (Briesly, J.L., *Direito Internacional*. 2ª ed., 1968, tr. port., p. 327; Relter, Paul, DIP, 4ª ed.; 1973. p. 83; Rousseau, Ch., DIP, p. 90-93).

13. (B-3) Os acordos ou ajustes que dispuserem sobre a tributação do patrimônio e da renda (cf. para fins esclarecedores, CTN – Lei nº 5.172, de 25.10.1966, arts. 101–104. I,II, III), precisam compatibilizar-se, para sua vigência, com o art. 153 § 29 da Constituição, sobretudo para que também possa ter aplicação o princípio clássico que se contém no art. 98 do CNT. Registre-se, porém, que sua *promulgação e publicação* são indispensáveis, depois que tiverem sido atendidas – como é quase desnecessário frisá-lo – as exigências constitucionais e da praxe internacional: (1) do *referendum* legislativo; (2) da *ratificação* e (3) da *troca de ratificações*. A vigência desses acordos terá, portanto, que *ser adiada para o exercício seguinte ao da ratificação e ou da respectiva troca de ratificações* (cf. a título esclarecedor, o Parecer CJ/ 218, de 17 de fevereiro de 1972, referente ao Acordo para evitar bitributação

entre o Brasil e a França, cujas razões e argumentação parecem ter logrado aceitação, pois evitaram-se alguns erros e impropriedades jurídicos, conquanto perdurassem outros já irremediáveis), o artigo 153 § 29, encerrando uma das substanciais e mais importantes garantias do cidadão, prevalece invariavelmente, de forma que a regra da praxe internacional de que a *vigência* do tratado deve ser contada a partir da *troca de ratificações*, cede, lógica e hierarquicamente, ao mandamento constitucional.

14. (C-1) A *vacatio legis* aplicar-se-á não somente às leis (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 1º § 1º), mas, *em princípio*, também aos acordos ou a quaisquer outros atos internacionais *que contiverem normas para os particulares* (Tenório Oscar, *LICC*, 2ª ed., loc. cit.).

Esta última observação não pode ser subestimada, convindo mesmo cotejá-la com os seguintes judiciosos ensinamentos do Professor Wilson Batalha:

As circulares e instruções dirigidas a autoridades e funcionários brasileiros no exterior aplicam-se desde que chegam a seu conhecimento, independentemente do prazo de *vacatio*, que (...) é inaplicável a esse gênero de normas. “Os atos obrigatórios, como os regulamentos internos, as circulares, os avisos, etc. *que não se dirigem à generalidade dos sujeitos de direitos, só dizendo respeito à organização e funcionamento dos órgãos da administração*, começam a vigorar para as autoridades e funcionários brasileiros no estrangeiro, desde o momento em que aos mesmos forem comunicados por forma autêntica” (Vicente Rao) – (cf. Batalha, Wilson de Souza Campos, *Lei de Introdução ao Código Civil*, v. I, [1957], p. 53). (Os grifos não constam do original.)

Com efeito: os acordos, *até mesmo quando se tratarem de simples trocas de notas, não dispensam publicação regular*, por isto que se trata de requisito que se impõe por si mesmo: na verdade, ainda que eles não contenham, as mais das vezes, normas para particulares, dizem respeito a matéria administrativa, que importa levar ao conhecimento e reflexão de quem a deve aplicar (ainda e sempre à ponderação de Caio Mário da Silva

Pereira), de modo que, se se pode dizer que a *vacatio legis* talvez fosse inócua para esse tipo de interessado (o funcionário administrativo), já a publicação não o será, a fim de que sua ação – de regra *vinculada* ao próprio texto convencional – se possa exercer de maneira coerente e compulsória. Estas observações são tanto mais pertinentes se se atentar em certa espécie de acordos aduaneiros, quando eles contiverem dispositivos de nação mais favorecida, ou de igualdade de tratamento com produtos similares nacionais (caso do Tratado da Alalc, para exemplificar).

15. (C-2) E' incongruente não admitir-se a plena aplicação dos dispositivos introdutórios da Lei de Introdução isto é, da *vacatio legis*, para certos tipos de tratados, acordos ou trocas de notas – mesmo aqueles um tanto sumariamente chamados de *acordos executivos*, posto que muitas vezes não o sejam – porque a executoriedade dos primeiros – tratados, ou acordo de maior formalidade – está condicionada não somente à promulgação através de decreto e à publicação consecutiva, senão também à dilação reflexiva para conhecimento do maior número dos sujeitos de direito, a qual só pode ser assegurada mediante a *vacatio legis*.

A executoriedade e vigência dos últimos – isto é, das *trocas de notas* – dadas as suas peculiaridades de forma e conteúdo, *podem* as mais das vezes, depender apenas da publicação, que lhes dará plena eficácia, em conformidade com os princípios da Lei de Introdução que, neste caso, são intimativos.

É precisamente quando se ponderam estas noções de delicada e dificultosa aplicação, exigindo do seu chefe aquele insubstituível saber de experiência feito, que se aquilata devidamente a importância do trabalho silencioso e modesto a ser levado a efeito pela DAI. A importância da tarefa administrativa de sua competência não se assemelha apenas a de um bem organizado cadastro bancário: exige *esprit de finesse*, é baseada em conhecimentos técnicos, o que nem sempre é valorizado por quem mais presume conhecer o preço das coisas.

Acordos secretos, se forem normativos, *não* prescindem de publicação para sua vigência e esta é uma condição prévia que, sem inconvenientes maiores, pode ficar estabelecida. De resto, “a noção de tratado secreto reclama – como judiciosamente pondera Ch. Rousseau (op. cit., p. 128) – cuidadosa caracterização” (*précisée avec soin*), pois, como se sabe, “a ausência ou a recusa de divulgação de um documento diplomático não

lhe confere (*ne le revêt pas pour autant*) um caráter secreto”. Se se tratar de *tratado político* (cf. item 9 – A-1) só excepcionalmente se elidirá a publicação; todavia, tratando-se da *sistemática a ser aplicada à matéria considerada secreta*, não vemos porque se fugiria à imposição legal. Sabemos que se poderá contra-argumentar com o Regulamento para a Salvaguarda de Assuntos Sigilosos (Decreto nº 60.417, de 11.3.67), mas é evidente que se laborará em erro grave confundindo a hierarquia de um decreto – de alçada do Poder Executivo e restrito a questões susceptíveis de regulamentação administrativa – com uma lei, como a Lei de Introdução ao Código Civil, que muito apropriadamente foi denominada pelo Professor H. Valladão, quando lhe elaborou o substitutivo, de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas; lei que exige, a exemplo do que ocorre em qualquer nação civilizada, a publicação das outras leis, a fim de que sejam elas aplicadas e obedecidas.

O acordo de segurança relativo a trocas de informação de caráter sigiloso entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Francesa situa-se, precisamente, no caso que, logo de início, mencionamos: não encerra matéria sigilosa propriamente dita, senão a sistemática a ser-lhe aplicada; é de caráter regulamentador, como expressamente se declara; em suma: é um acordo normativo.

Todavia, dada a sua natureza peculiar, porque sua matéria seja ineludivelmente política, parece-nos, *data venia*, que ele não pode dispensar a aprovação do Congresso Nacional e só mesmo uma equivocada concepção do que seja *acordo executivo* ou uma sofisticada noção da matéria *política* em sentido autêntico, levará à suposição de que esse Acordo – fosse ele até mesmo celebrado por simples *troca de notas*, o que seria impróprio – corretamente pudesse elidir a aprovação legislativa. A posição tradicional dos Consultores Jurídicos do MRE sempre foi – com a exceção do Professor H. Valladão – a de defender a existência, em nossos costumes políticos, sob qualquer das nossas cartas constitucionais, dos *acordos executivos*, os quais, muito coerente e logicamente, se se circunscreverem à competência administrativa do PR, podem, em caráter facultativo, deixar de ser submetidos ao *referendum* do Congresso. Não é este, porém, o caso do Acordo que ora se examina, sob qualquer ponto de vista.

Quanto à sua não-publicação, importando inobservância de norma substancial á validade do processo legislativo ou do convencional (Lei de Introdução, art. 1º) nem mesmo como *ato de governo* (Carré de Malberg, op. cit., § 174, p. 526 passim) poderia *talvez* ser legitimada; ainda assim, só o seria depois de audiência prévia do Conselho de Segurança Nacional e antes de ser remetido ao *referendum* do Congresso, pois a necessidade de sua aprovação pelo outro poder político que integra o governo, é que se nos afigura irrefutável.

A nota francesa – pequena obra-prima de concisão, lógica e malícia diplomática – não deixa alternativa, se lhe analisarmos cuidadosamente o conteúdo. Se o governo brasileiro não publicar o Acordo praticamente o invalidará, retirando-lhe boa parte da eficácia e reduzindo-lhe as virtualidades, já que não possibilitará *as* vantagens do superveniente decreto do governo francês. De resto, por que o não publicaria, se se trata de uma regulamentação e de uma sistemática a aplicar-se à matéria considerada sigilosa?...

Dada a diversificação da matéria em exame, ainda que não diretamente relacionada com o caso principal suscitado pelo DE-1/34, de 3 de junho de 1975, conviria apresentar as seguintes conclusões simplificadas como inferências do que foi anteriormente expostos:

- (1) O *referendum* do Congresso Nacional é *imprescindível* sempre que se tratar de acordos ou atos internacionais de *alcance político*; na esfera administrativa, para os de natureza financeira, nomeadamente tributária, ou que importem compromisso financeiro.
- (2) o *referendum* do Congresso Nacional é dispensável ou facultativo sempre que os tratados, acordos ou atos internacionais se cingirem a matéria administrativa, de clara competência interna do Poder Executivo, e muito especialmente dentro das atribuições do PR; ou se os acordos ou ajustes forem complementares ou coextensivos de outros já aprovados pelo Congresso Nacional.
- (3) A ratificação dos tratados ou acordos internacionais é atribuição privativa do PR – doutrinária, internacional e constitucionalmente; distingue-se da aprovação que lhes

venha a dar o Congresso como resultado do *referendum*; assemelha-se ou iguala-se à sanção, no processo legislativo regular; a amplitude e o alcance dessa competência são, porém, distintos em grau, “mais largos e mais enérgicos” (Carré de Malberg), pois a recusa de ratificação, com a elisão de suas consecutivas etapas, susta o processo legislativo convencional.

- (4) A ratificação; a troca de ratificações; o depósito de ratificação; a promulgação e a publicação são *atos administrativos* complementares de atribuições e decisões jurídico-políticas; são prerrogativas do PR; perfazem o processo legislativo convencional; os tratados ou os acordos só *existem e produzem efeitos* depois: (1) da *troca de ratificações* e (2) da *publicação*; a promulgação, em tratados ou acordos simplificados; pode ser dispensada, se assim o permitirem as instituições ou os costumes políticos de um Estado: decorre menos de um requisito de Direito Internacional do que de organização política interna.
- (5) A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro aplica-se aos tratados ou acordos porque, no direito brasileiro, eles são leis ou tornam-se leis; sua executoriedade e sua vigência aferem-se internamente 45 dias depois da publicação; no estrangeiro, três (3) meses depois da publicação – se contiverem normas para particulares; se tal não for o caso, os tratados ou acordos podem começar a vigorar na data da publicação, sem a *vacatio legis*; esta, no entanto, é sempre necessária e compulsória se os tratados ou os acordos contiverem normas para terceiros; dispensável, para os acordos ou atos internacionais simplificados, que interessarem apenas à administração, em sua estrutura ou organização internas.
- (6) Não se concebe lei sem publicação; do mesmo modo, não há tratado ou acordo que dela prescindia.
- (7) O Acordo com a França, referente à troca de informações sobre matéria sigilosa, é um acordo que apenas regulamenta

o processo de permuta dessa matéria; é normativo; não pode dispensar publicação.

É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, 12 de setembro de 1975

Augusto de Rezende Rocha

1976

Projeto de Convênio complementar ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil – Nações Unidas e Agências Especializadas. O caso do Pnud: seu status jurídico e suas transformações.

PARECER

Consulta o senhor Secretário-Geral, para mais completo esclarecimento do Projeto de Convênio complementar ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-Nações Unidas e Agências Especializadas, “se a concessão de *status* de Chefe de Missão, ou mesmo de membro de Missão diplomática, ao Representante do Pnud, excede e previsto em matéria de privilégios e imunidades no Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-Nações Unidas e Agências Especializadas, que foi aprovado pelo legislativo e a seguir ratificado; em caso afirmativo, se não seria necessário submeter também ao legislativo o instrumento que lhe dê tal *status* mesmo que tome a forma mais simples de “convênio complementar”.

2. Atendo-se aos termos da consulta formulada pelo senhor Secretário-Geral, subdivide esta CJ às dúvidas que nela se contém (por motivos que depois se tornarão aparentes) aos seguintes quesitos:

- 1) Pode o Representante residente do Pnud no Brasil ter *status* de Chefe de Missão ou mesmo de simples membro de Missão diplomática [cf. Convenção de Viena sobre Relações diplomáticas, art. 1º, (b) ou então art. 1º, (c) ou (d) e (e)], à vista do que dispõem a Convenção sobre Privilégios e

Imunidades das Nações Unidas (1946, ratificada pelo Brasil em 1949) e/ou a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (1947) ?

- 2) É correto referir essa concessão de *status* apenas ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-Nações Unidas e Agências Especializadas (aprovado e ratificado pelo governo brasileiro) – ou outros Acordos ou Convenções, celebrados com a ONU ou sob o seu patrocínio, também podem subsidiária e complementarmente, ser invocados?
- 3) Conforme se responder aos precedentes quesitos – negativa simples ou qualificada – qual a providência mais apropriada (jurídica e diplomaticamente) que pode ser adotada:
 - (3-A) Deve ser pactuado novo Acordo para concessão especificada desse *status* ao Representante do Pnud, ainda que o seja sob “a forma mais simples de Convênio Complementar”?
 - (3-B) Pode o Poder Executivo, à vista da evolução posterior àqueles instrumentos – o específico e os complementares – *generalizar*, a exemplo de muitos governos, ao Representante do Pnud ou a outros setores especializados da ONU, as imunidades e privilégios de que somente gozam, convencional e especificamente, alguns dos mais altos funcionários da própria ONU (cf. para argumentação analógica, Charpentier, J: *Institutions Internationales*, p. 47:

Au lieu de refuser à l'organisation les pouvoirs que la Charte [refere-se ao tratado constitutivo da organização em causa] a omis de lui conferer, sous prétexte qui les limitations aux compétences des États ne se présument pas, on peut, avec la CTJ (avis consultatif sur la Réparation des dommages causés aux fonctionnaires de l'ONU) reconnaître à l'Organisation tous les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions”)?

3. Com efeito, tal como a consulta foi formulada e à luz:
 - (1) das citações dos textos convencionais pertinentes à matéria a serem em seguida apresentados; (2) da exegese que lhes foi preparatoriamente dada

(inclusive pelo próprio senhor Secretário-Geral, em seu despacho de 22.8.1974, ao receber o relatório do Grupo de Trabalho por Sua Excelência mesma instituído, a fim de estudar a questão das imunidades e dos privilégios que *deveriam* ou *poderiam* ser conferidos aos funcionários de organizações internacionais (e.g. ONU) ou de suas agências especializadas (e. g. FAO) quando atuassem no Brasil); (3) da experiência internacional relativa à matéria (cf. documentação apensa subseqüentemente ao Memo. DCT/120, por iniciativa do senhor Chefe da DCT), bem como (4) das negociações entabuladas, desde a passada administração, com o Representante residente do Pnud no Brasil, no sentido de se lhe ampliem os privilégios, equiparando-os aos de Chefe de Missão – pareceu-nos, à primeira vista, sem aprofundar objetivamente o exame do caso, que talvez a indagação formulada a esta Consultoria Jurídica representasse excessiva cautela ou melindre exagerado.

Todavia, atentando-se melhor nas implicações do caso e na formação paulatina das questões que lhe são conexas (vide, preliminarmente, estatuto das organizações internacionais, Reuter, P., DIP, p. 160-172), compreende-se o empenho do senhor Secretário-Geral em assegurar “máxima precisão jurídica ao texto do futuro convênio, em vista das controvérsias já suscitadas pela matéria” – até mesmo em atenção à interpretação latitudinária, que vem sendo dada aos textos convencionais pela prática administrativa de muitos governos, textos que rigorosamente não se compadecem com tal interpretação. Na verdade, subjacente a esta questão de privilégios ou de cortesias diplomáticas, apresentam-se questões de outra dimensão e mais alto valor.

4. Ao primeiro quesito, que extraímos da consulta do senhor Secretário-Geral, concebido nos seguintes termos:

Pode o Representante residente do Pnud no Brasil ter *status* de Chefe de Missão ou mesmo de simples membro de Missão Diplomática [cf. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, art. 1º(b), ou então art. 1º (c) ou (d) e (e)], à vista do que dispõe a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (1946, ratificada pelo Brasil em 1949) e/ou a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (1947)?

Respondemos naturalmente por uma parcial negativa, mas uma negativa qualificada: vejam-se os arts. 5º, seções 17-19; art. 6º, seção 22 (f); art. 7º, seções 24-28 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (1946) ou os arts. 6º e 8º da II Convenção (1947). Em nenhum desses dispositivos se encontrará fundamento para a concessão do *status* de Chefe de Missão ao representante residente do Pnud, *embora se lhe pudesse atribuir, de acordo com a I Convenção, por analogia, ou mesmo por evidência interna, de acordo com a II Convenção, status equivalente ao de membro de Missão diplomática*, em harmonia, aliás, com o conceito do *funcionário internacional* – ainda que se não referisse tal atribuição ao Acordo Básico de Assistência Técnica, mas graças ao qual assim já se vem fazendo, sem quaisquer objeções válidas o presente (cf. a definição padrão que se encontra na tese – já hoje clássica – da senhora Basdevant-Bastid (*Les fonctionnaires internationaux*, Paris: 1931):

est fonctionnaire international, tout individu chargé par les représentants de plusieurs États ou par un organisme agissant en leur nom, à la suite d'un accord interétatique et sous le contrôle des uns ou de l'autre, d'exercer, en étant soumis à des règles juridiques spéciales, d'une façon continue et exclusive, des fonctions dans l'intérêt de l'ensemble des États en question. – apud Ruzié, David.

5. Reproduzem-se a seguir – devidamente grifados no que interessa à questão – os artigos e seções acima referidos, para que se possa averiguar como, de fato, os privilégios e imunidades conferidos aos Chefes de Missão diplomática só por *generalização*, a critério de cada governo, poderão ser também atribuídos aos Representantes das Agências Especializadas da ONU, já que nos Acordos específicos, que regulam particularizadamente privilégios e imunidades desses Representantes, não seria cabível, logicamente, conceder-lhes mais do que é outorgado aos funcionários que constituem a própria cúpula da ONU.

ARTIGO V. *Funcionários*

Seção 17. O Secretário-Geral determinará *as categorias dos funcionários* aos quais se aplicam as disposições *do presente artigo*, assim como as do *artigo 7º*. O Secretário-Geral submeterá a lista à Assembléia

Geral e dará conhecimento da mesma aos governos de todos os membros. *Os nomes dos funcionários compreendidos nestas categorias serão comunicados periodicamente aos governos dos membros.*

Seção 18. Os funcionários da Organização das Nações Unidas:

- a) gozarão de imunidades de jurisdição para os atos por eles praticados oficialmente (inclusive palavras e obras);
- b) *serão isentos de todo imposto sobre os vencimentos e emolumentos pagos pela Organização das Nações Unidas; (...)*
- e) gozarão, no que diz respeito às facilidades de câmbio, dos *mesmos privilégios* que os funcionários de uma *categoria comparável* pertencentes às *Missões diplomáticas acreditadas junto ao governo interessado*;
- f) gozarão, assim como seus cônjuges e os membros de sua família que vivam às suas expensas, das *mesmas facilidades de repatriamento que os enviados diplomáticos*, em período de crise internacional;
- g) *gozarão do direito de importar livremente seu mobiliário e seus objetos pessoais por ocasião de assumirem, pela primeira vez, as suas funções no país interessado.*

Seção 19. Além dos privilégios e imunidades previstos na seção 18, o Secretário-Geral e todos os Subsecretários-Gerais gozarão assim como seus cônjuges e filhos menores dos *privilégios, imunidades, isenções e facilidades, concedidos, de acordo com o Direito Internacional, aos enviados diplomáticos.*

ARTIGO VI. *Peritos em Missão da Organização das Nações Unidas*

Seção 22. Os peritos se não se tratar dos funcionários especificados no artigo 5º quando em Missão da Organização das Nações Unidas. Gozarão, durante o período de sua missão, inclusive o tempo de viagem, dos privilégios e imunidades necessários ao livre exercício de suas funções. Gozarão, especialmente, dos seguintes privilégios e imunidades:

- f) *as mesmas imunidades e facilidades no que se refere as suas bagagens pessoais, que as concedidas aos agentes diplomáticos.*

ARTIGO VII. Salvo-conduto das Nações Unidas

Seção 24. A Organização das Nações Unidas poderá conceder salvo-condutos a seus funcionários. *Esses salvo-condutos serão reconhecidos e aceitos pelas autoridades dos Estados-membro como títulos de viagem válidos*, tendo-se em vista as disposições de seção 25.

6. Transcrevem-se em seguida, assinalando-se, em particular, as seções que mais interessam às questões ora em exame, os artigos 6º e 8º da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas(1947):

ARTIGO 6º

Funcionários

18ª Seção. *Cada agência especializada especificará as categorias dos funcionários aos quais se aplicarão os dispositivos deste artigo e do artigo 8º*. Comunicá-las-á aos governos de todos os países partes nesta Convenção, quanto a essa agência, e ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Dos nomes dos funcionários incluídos nessas categorias periodicamente se dará conhecimento aos governos acima mencionados.

19ª Seção. Os funcionários das agências especializadas:

- a) Serão *imunes a processo legal* quanto às *palavras* faladas ou escritas e a todos os atos por eles executados na sua qualidade oficial;
- b) gozarão de *isenções de impostos*, quanto aos *salários e vencimentos a eles pagos pelas agências especializadas e em condições idênticas às de que gozam os funcionários das Nações Unidas*;
- c) serão *imunes*, assim como seus cônjuges e parentes dependentes, de *restrições de imigração e de registro de estrangeiro*;
- d) terão, quanto às *facilidades de câmbio, privilégios idênticos aos concedidos aos funcionários de categoria comparável das missões diplomáticas*;

- e) *terão*, bem como seus cônjuges e parentes dependentes, em época de crises internacionais, *facilidades de repatriação idênticas às concedidas aos funcionários* de categoria comparável das missões diplomáticas;
- f) *terão direito de importar, com isenção de direitos, seus móveis e objetos, quando assumir pela primeira vez o seu posto no país em apreço.*

21ª Seção. Além das imunidades e privilégios especificados nas Seções 19ª e 20ª, o diretor-executivo de cada agência especializada, inclusive qualquer funcionário que responda por ele durante sua ausência das funções, *terá, estendidos ao seu cônjuge e filhos menores, os privilégios e imunidades, isenções e facilidades concedidos aos enviados diplomáticos, de acordo com o Direito Internacional.*

22ª Seção. *Os privilégios e imunidades são concedidos aos funcionários apenas no interesse das agências especializadas, e não para benefício pessoal dos próprios indivíduos.* Cada agência especializada *terá o direito e o dever de renunciar à imunidade de qualquer funcionário em qualquer caso em que, em sua opinião, a imunidade impeça o andamento da justiça e possa ser dispensada sem prejuízo para os interesses da agência especializada.*

23ª Seção. *Cada agência especializada cooperará sempre com as autoridades competentes dos países-membro para facilitar a administração adequada da justiça, assegurar a observância dos regulamentos policiais e prevenir a ocorrência de quaisquer abusos relacionados com os privilégios, imunidades e facilidades mencionados neste artigo.*

ARTIGO 8º

Laissez-Passer

26ª Seção. Os funcionários das agências especializadas *terão o direito de usar o Laissez-Passer das Nações Unidas* de conformidade com ajustes administrativos a serem concluídos *entre o Secretário-Geral das Nações Unidas e as autoridades competentes das agências*

especializadas, agências às quais podem ser delegados poderes especiais para emitir Laissez-Passer. O Secretário-Geral das Nações Unidas notificará cada país-parte nesta Convenção de cada ajuste administrativo assim concluído.

27ª Seção. *Os países-parte nesta Convenção reconhecerão e aceitarão os Laissez-Passer das Nações Unidas expedidos para os funcionários das agências especializadas como documentos de viagem válidos.*

28ª Seção. *Os pedidos de visto, nos casos em que são necessários, de funcionários das agências especializadas que possuam Laissez-Passer das Nações Unidas, quando acompanhados de um certificado de que viajam a negócio de uma agência especializada, serão despachados com a possível rapidez.* Outrossim, a essas pessoas se concederão *facilidades para viagem rápida.*

29ª Seção. *Facilidades semelhantes às especificadas na 28ª Seção serão concedidas aos peritos e a outras pessoas que, embora não possuam Laissez-Passer das Nações Unidas, têm um certificado que atesta estarem viajando a negócio de uma agência especializada.*

30ª Seção. *Os diretores executivos, os assistentes dos diretores executivos, os diretores de departamentos e outros funcionários de categoria não inferior à de chefe de departamento das agências especializadas, que viajem com Laissez-Passer das Nações Unidas a negócio das agências especializadas, terão facilidades de viagem idênticas às concedidas aos funcionários de categoria comparável das missões diplomáticas.*

7. Conclui-se do que acaba de ser transcrito que, embora celebrada menos de dois anos após a Convenção anterior, já se tornavam evidentes, na Convenção atinente às Agências Especializadas (1947), as preocupações de alçar os seus agentes e/ou funcionários a uma condição funcional mais precisa do que se fizera naquela Convenção (1946), e já praticamente idêntica à dos membros de Missão diplomática, pelo menos quando se tratasse de equiparar ou discriminar direitos, privilégios e garantias que lhes assistissem. A resposta

dada ao primeiro quesito (cf. item 4), neste parecer, baseada por analogia na I Convenção (1946) e por evidência interna na II Convenção (1947), poderá completar-se, no entanto, por um exame mais acurado que a legitime. Importa introduzir certas qualificações e ponderações, para que os esclarecimentos a serem oferecidos ao quesito 2, bem como ao 3 melhor fundamentem a alternativa em que foi desdobrada a consulta do senhor Secretário-Geral. Com efeito, o Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-Nações Unidas e Agências Especializadas já por si autoriza a concessão de *status* de membro do pessoal de Missão (cf. os dispositivos transcritos) e, mesmo que não existisse, a Convenção de 1947 o permitiria, mas outros instrumentos convencionais, bem como praxes ulteriores, corroborariam também a concessão do *status* de Chefe de Missão ao Representante residente do Pnud.

8. A Convenção padrão, celebrada entre o Brasil e as Nações Unidas relativamente aos Privilégios e Imunidades a que ela faria jus, data de 1946, isto é, foi concebida e assinada nos albores da Organização, posto que a experiência anterior com outra organização – de vocação igualmente “audaciosa” e “universal” (Colliriard) – como a Sociedade das Nações, tenha servido de inspiração a este direito convencional. E porque as Nações Unidas, obedientes a essa vocação *universal* suscitassem a criação e o fortalecimento de *agências especializadas* – outras tantas novas organizações internacionais – convém deixar claro, logo de início, que estas são autônomas com referência às próprias Nações Unidas, ainda que se lhe coordenem em determinados pontos. Como diz Riccardo Monaco: “a vontade e o comportamento [das Agências Especializadas] não são à ONU imputáveis (*riferibili*), senão que são próprios a cada uma” (op. cit., p. 172). Daí a Convenção posterior que, em 1947, se veio a celebrar com essas Agências Especializadas, de maneira a lhes conferir um estatuto autônomo.

9. (I-2). Com efeito, sabe-se hoje – mormente quando se estabelecem corretas perspectivas de comparação entre as experiências (legislativas e administrativas) dos Estados e a das organizações internacionais (Ralph Townley: *The Economic Organs of the United Nations*. In: *The Evolution of International Organizations*., volume coletivo, Londres, 1966) – que, à medida que as primeiras passavam de simplesmente *autorizadoras* (*permissive*) para *finalísticas* (*purposive*), no trato das questões de conteúdo social ou econômico, o desenvolvimento das Organizações Internacionais,

visando a semelhantes finalidades preventivas, protetoras ou fomentadoras do interesse comum, embora sujeito a notórias dificuldades, veio acompanhando aquelas mesmas experiências nacionais. E' natural, portanto, que, sob a égide da própria ONU, de então até hoje, adquirissem mais ricas e diferentes conotações os *fits* a que essas Organizações se propunham atender, tornando-se progressivamente mais complexas suas *funções*, bem como o trabalho dos agentes que se lhes iam vinculando.

10. Os privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos e representantes consulares dos próprios Estados (como organizações políticas de primeiro grau, se assim nos é lícito denominar) necessitavam, por outro lado, consolidação jurídica, dado o também progressivo estreitamento das relações interestatais, e tal veio a ocorrer graças às Convenções de Viena de 1961 e 1963. Da mesma forma, se era indispensável assegurar-se claro *estatuto jurídico* às Organizações Internacionais (OI), não o era menos a caracterização jurídica e diplomática de seus *agentes e/ou funcionários*, por isto que as OI se multiplicaram tanto – especialmente depois das duas guerras mundiais deste século – que não se podia estranhar se fossem modificando os critérios com os quais se analisavam e estruturavam sua própria natureza e seu escopo organizacional. Estabeleceram-se, conseqüentemente, formulações novas para: (a) sua *personalidade*, (b) sua *competência* e (c) suas *funções* (cf. como subsídio informativo, o verbete que lhes consagrou a *Encyclopaedia Britannica*, última edição, 1974). *Assim, passou-se, antes de tudo, a considerar que, no silêncio dos seus específicos estatutos (tratados que as tenham constituído), não se contestariam às OI os poderes necessários ao cumprimento de suas funções. A fortiori, não se argüiriam privilégios e imunidades que, no exercício dessas mesmas funções, fossem indispensáveis aos seus agentes autorizados* (cf. citação do *avis consultatif* da CIJ anteriormente feita; Charpentier, J., *Institutions Internationales*, 1966. p. 471; Monaco, Riccardo, *Lezioni di Organizzazione Internazionale*, v. 1: *Diritto delle Istituzioni Internazionali*, 1957. p. 171-177; Reuter, Paul, *Institutions Internationales*, 7ª, ed. (1972), 3ª parte (*Les organisations internationales*), p. 191-336, especialmente p. 191-243 (para conceituação, definição, classificação, competência e estrutura); Reuter, Paul, DIP, 4ª ed., 1973, p. 160-172; Colliard, Claude Albert, *Institutions Internationales*, 3ª ed., 1966. p. 547-557 (caracteres gerais das organizações internacionais); p. 557/573 (capacidade jurídica; orçamento; funcionários internacionais: estatuto; direitos e obrigações; privilégios e imunidades);

Rousseau, Ch., DIP, v. 1 e 2, 1971 e 1974, respectivamente, cf. v. 2, 3ª parte (453/passim), especialmente, no que diz respeito ao pessoal, (p. 478-484); Ruzié, David, *Les fonctionnaires internationaux*, 1970; L'huillier, Fernand, *Les Institutions Internationales et Transnationales*, v. especialmente o Prefácio de Marcel Prélot; cf. também o Relatório de Paul Reuter, na Comissão de Direito Internacional, que desenvolve, em certos pontos, e reitera, em outros, seu pensamento e sua posição já apresentados alhures a respeito do assunto.

11. Identificaram-se, portanto, diferentes implicações jurídicas no binômio político Estado/OI, o que importou em revisão de conceituações tradicionais. Se cada um dos seus termos – Estado ou Organizações – teve o seu conceito reconsiderado e reformulado, isto aconteceu precisamente em atenção às funções de várias natureza que se lhes foram agregando, isto é, quer aos Estados, quer às OI. Às clássicas funções *essenciais* do Estado, acrescentaram-se inúmeras novas (*opcionais*, segundo a nomenclatura de Gettel) mas não simplesmente autorizadoras (*permissive*), senão envolvendo propósito definido e certo. Semelhante foi também o processo evolutivo seguido pelas OI: de simplesmente administrativas, diversificaram-se profusamente e ainda passaram a exercer funções de tipo governamental.

12. Com efeito, “*as instituições especializadas têm uma comum condição jurídica, que em parte resulta das praxes que em torno delas se vieram construindo, e em parte resulta de normas expressamente preestabelecidas pelas Nações Unidas e aceitas por vários Estados-membro* (os grifos não constam do original). Tais normas se contêm na Convenção sobre privilégios e imunidades das instituições especializadas, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de novembro de 1947” (Monaco, Riccardo, op. cit., p. 173). Não é, portanto, exclusivamente o direito convencional que as regula e aos seus agentes e/ou funcionários, como até mesmo Charles Rousseau (DIP, v. 2, 1974, p. 483) parece pensar, senão especialmente a própria evolução que no último quartel de século elas sofreram; mais precisamente: a partir de 1953, quando a jurisprudência passou a reconhecer aos funcionários internacionais caráter estatutário e não apenas o contratual do provimento (cf. Rousseau, loc. cit.). Assim, de então até hoje, aquela evolução de conceitos cada vez mais se tornou dependente do próprio funcionamento das OI que, como já se assinalou, ininterruptamente se veio processando por alterações enriquecedoras. E tanto assim é – acompanhemos ainda aqui a análise de

Monaco – que, se é verdade que a Seção 3 da Convenção de 1947 confere tão somente às Agências Especializadas personalidade jurídica nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membro, à primeira vista terá parecido que ficara temporariamente em suspenso o problema da sua personalidade jurídica internacional, mas de fato acabou ela por configurar-se, graças aos usos e à prática diplomáticos.

Aprofundando-se as noções de *personalidade, competência e função*, apuraram-se, simultaneamente, que certos princípios, usos e cortesias seriam também aplicáveis às OI, ainda que obviamente correlacionados com os privilégios e imunidades diplomáticos já agora deferidos convencionalmente aos Agentes dos Estados. Desenvolvendo-se melhor aquelas noções, a fim de as coordenar ao direito seja o consuetudinário, seja o convencional, dominante na matéria, coligiram-se, com efeito, elementos que só ulteriormente virão a servir de alicerce a soluções específicas. Mas o que ficara *genérica* ou *vagamente* expresso nas primeiras Convenções – a geral e a específica, de 1946 e 1947, respectivamente – pôde adquirir mais apropriada e analógica interpretação à luz das Convenções de Viena de 1961 e 1963, isto é, a experiência diplomática entre os Estados, devidamente codificada, veio a constituir um repositório que inspira e fecunda as relações de cada um deles com as inúmeras OI, e determinará, possivelmente, ulterior fixação de seus privilégios e imunidades. Daí a variedade de instrumentos jurídicos de que as OI já vieram a participar e nos quais se foram caracterizando, por dispositivos sucessivos, direitos, prerrogativas e imunidades dos seus agentes ou simplesmente funcionários.

13. Reagrupemos, então, fatos e noções e bem assim suas inferências. – Caracterizam-se as Organizações Internacionais – “grupos de Estados susceptíveis de manifestar de maneira permanente uma vontade juridicamente distinta da dos seus membros” (Reuter) – por uma *personalidade jurídica própria* e podem imputar-se-lhes determinados atos que, coletiva ou individualmente, não se imputariam aos seus membros. Assim, constituem elas *sujeitos de direito* e, por isto, *existem*. Sua *personalidade*, porém, distingue-se da dos Estados em um ponto essencial: *ela tem caráter puramente funcional* e consiste, a bem dizer, em apenas um elemento – mas, este, fundamental e específico – a saber, *os órgãos* aptos a exercer a *função* que lhes foi confiada. Eis por que o *avis consultatif* da CIJ realçou de modo insistente – embora admitindo que há grandes diferenças funcionais entre elas – que as OI se reconhecem e dimensionam

pelas suas funções. Normalmente estruturadas em um tratado, não é este, de fato, que assegura às Organizações sua existência, senão os *órgãos* que *ex-post* passaram a lhes preencher as *funções*: na medida mesma em que se dilataram ou especializaram, implementando aspectos novos dessas funções, nessa mesma medida estarão os órgãos das OI se robustecendo, e é o fato de se ampliarem aquelas funções que lhes marca a vitalidade e o progresso.

14. Cumpra não esquecer, ademais, que estes fatos jurídicos – *personalidade jurídica específica por força da praxe internacional; competência limitada; funções variáveis, conforme seus objetivos e poderes* – a se integram em uma teoria das OI, constituem novidades em Direito Internacional. Uma bibliografia profusa tem procurado estudá-los, fixando-os e coordenando-os, mas só em função dessa eventual teoria – disciplinadora de tais fatos e usos jurídico-internacionais – quando vier a ser estabelecida, é que se poderá caracterizar, sem controvérsias, o problema das imunidades e privilégios dos agentes das OI, mera consequência do estatuto genérico e do específico que se lhes reconheça. Enquanto tal não ocorrer, – tudo o que se pode fazer é assinalar tendências a que a evolução se tenha acomodado. Ora, se há matéria para debate até na aplicação de algumas das cláusulas mais limpidamente expressas da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (cf., p. ex., os artigos 29/31 e 34 (a) e (e) e as dúvidas que têm suscitado, tanto internamente [cobrança do Funtel e do imposto sobre o consumo de energia elétrica], como externamente [citação judicial por via postal do embaixador brasileiro nos EUA], não obstante tratar-se de assunto codificado ao termo de trabalhos de tão larga difusão que se dirá de uma *teoria in fieri*, isto é, em *processo de contínua formação*, precisamente porque as OI constituem um *fato político* novo, típico do século XX, cuja disciplina jurídica só *a pouco e pouco* se coordena e sistematiza?... Talvez se pudesse dizer, sem exagero, que a *essência* das OI depende de sua *existência*, que ainda melhor se manifesta pelo fortalecimento e transformação de suas funções.

15. Quanto aos *agentes e funcionários* das OI, incumbem-se eles precipuamente da efetivação de *obrigações e encargos* inerentes a *funções peculiares*: responsabilizam-se, conjunta e especificamente, por aquelas que os Estados-membro de comum acordo atribuíram à própria organização. Por isto que a algumas organizações internacionais se confiaram encargos

não exclusivamente administrativos, senão, de fato, do tipo governamental, a natureza das atividades dos seus agentes e funcionários não podia ficar adstrita a simples variações de grau, mas adquiriu características diversas, próprias e de outro teor. Seria ilógico que os Estados, reivindicando e pleiteando imunidades e privilégios para os seus próprios agentes, em particular, ou para o seu pessoal administrativo e técnico, subsidiariamente, quando em atividade no exterior, não os quisessem deferir àqueles que se desincumbem com *status* internacional de funções análogas por eles mesmos adjudicadas. Os agentes e/ou funcionários internacionais, a serviço de organização interestatal, criada em virtude de convenção internacional, subordinam-se, pois, a um estatuto internacional e não a instrumento jurídico interno – o que mostra, à saciedade, que “indivíduos podem ser sujeitos de direito internacional”, como acertadamente observa Ruzié. Ora, esta condição jurídica – prossegue ele argumentando – “está inteiramente articulada (*toute entière axée*) à necessidade de satisfazer à comunidade dos Estados-membro, congregada no seio da Organização Internacional em causa, e não o está à necessidade de favorecer tal ou qual Estado, notadamente àquele de que seja nacional o funcionário”. Resumindo, então, poderá dizer-se que “a independência, dos funcionários internacionais com relação ao Estado de origem e seu jurisdicionamento (*allegiance*) à Organização a serviço da qual se encontrem, constituem os elementos essenciais de sua condição jurídica”. A noção de agente internacional, como a prática o vem mostrando, é mais ampla que a de funcionário internacional: este se assemelha, até certo ponto, ao funcionário técnico e/ou administrativo de Missões ou Consulados; aquele se aproxima do pessoal diplomático porque suas funções são representativas e decisórias. As imunidades e os privilégios diplomáticos, tais como foram definidos e sistematizados pelas Convenções de Viena, não podem, portanto, ser corretamente concebidos apenas com vista aos Estados, senão que precisam ser averiguados e deferidos também com relação às OI, que esses Estados constituem e com as quais se relacionem administrativamente até mesmo porque os instrumentos instituidores dessas Agências Especializadas – os tratados que são suas constituições – já estão defasados pela prática ulterior. E tal é o rumo que se vem seguindo, a despeito das marchas e contra-marchas que se registraram na Comissão de Direito Internacional da própria ONU, à sombra de autoridades como as de Brierly e Lauterpacht. De resto, o assunto de tal modo se complicou

que uma conferência específica foi convocada para Viena a fim de o disciplinar.

16. No caso do Brasil, cumpre ainda compatibilizar o estatuto jurídico das OI, não somente com o princípio da Constituição federal, que confere à União competência privativa para “participar de organizações internacionais” (art. 8º, 1), colocando-as no mesmo artigo, pioneiramente, em pé de igualdade com os Estados, senão também com os dispositivos atinentes às atribuições do Presidente da República para a celebração de “tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional” (art. 81, X) e para “manter relações com Estados estrangeiros” (art. 81, IX). Não havendo menção expressa de que aqueles “tratados, convenções e atos internacionais” se restringirão às “relações [que a União mantenha] com Estados estrangeiros”, parece evidente que as Organizações Internacionais, tão importantes quanto eles no concerto das relações internacionais contemporâneas, se lhes equiparam juridicamente como organizações políticas.

A personalidade jurídica internacional das OI não decorre apenas de um *fato político*, reconhecido pelo costume internacional: está inscrita na Constituição brasileira. Ora essas “relações” e essa “participação” só se processam, internacionalmente, mediante os meios consagrados pela *comitas gentium* missões, representações, convenções e tratados. Que as OI sejam capazes de estabelecer acordos e contratos, assim entre si, como com os próprios Estados – a despeito da relutância que às vezes muitos lhes opõem, é fato conhecido e que dia a dia se alarga e diversifica.

No entanto, se ao PR (cf. CJ/272, de 12 de setembro de 1975) compete, constitucionalmente, formular e conduzir a política exterior – *ad referendum* do Congresso Nacional apenas quanto à celebração de tratados – parece também inferência elementar que as formas de “participação” do Brasil nas OI e quanto diga respeito ao regime administrativo que lhes seja internamente deferido, é decisão que se não disputará ao PR e não tem por que ser examinada pelo Congresso Nacional, *salvo se se pretender dispensar aos agentes elou funcionários internacionais, regime de privilégios e imunidades mais particularizado ou distinto do que o já usufruído*, quer em virtude do direito convencional que lhes é próprio, quer pelos usos que se venham cristalizando.

17. Assim, a indagação implícita na consulta do senhor Secretário-Geral figura-se-nos, até certo ponto, um melindre exagerado (*vos scrupules font voir trop de délicatesse*, diria o fabulista), pois não somente os diferentes diplomas convencionais, antes citados, conferem aos agentes e/ou funcionários internacionais uma condição jurídica semelhante ou mesmo igual à dos “membros do pessoal da Missão” (cf. definição do artigo 1º (e) da Convenção de Viena), mas também as *praxes* posteriores a partir de 1953, têm concedido aos seus agentes armados de funções representativas junto aos próprios Estados-membro – condição assemelhada a de Chefe de Missão diplomática – mormente quando os interesses desses Estados-membro assim o aconselham.

Examinaremos, em seguida, mais particularizadamente, o *status* dos agentes e/ou funcionários internacionais em comparação com o dos referidos “membros do pessoal da Missão”, bem como o caso especial do Pnud, que de todas as Agências Especializadas da ONU e precisamente aquela cujas funções mais crescerem e se opulentaram nos últimos anos, a despeito de ser tão curta sua existência.

18. (1) (2) Discriminemos agora, ainda que de maneira sumária, os traços distintivos dos *agentes* e dos *funcionários* das OI. Não são sinônimos os termos, já o registramos, mas apresentam naturais conexões, e isto a despeito de “haver grande diversidade nos estatutos da função pública internacional” (Ruzié).

O *agente internacional* se distingue, em geral, por um *status* mais abrangedor, posto que menos caracterizado. De acordo com a Corte Internacional de Justiça, é *agente internacional* “quem quer que, *funcionário remunerado ou não, empregado a título permanente ou não*, estiver *encarregado*, por um *órgão* da *organização*, de *exercer*, ou de *ajudar a exercer*, uma das *funções desta*. Em suma *toda pessoa mediante quem a organização age*” (CIJ: *Avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, 11, abril, 1949. Rec., p. 177, apud Ruzié, David, *Les fonctionnaires internationaux*, p. 6). O *agente internacional* é, destarte, o *gênero* de uma *espécie* ou *família*, que se constitui com o *funcionário*. O *agente* representa a organização; o *funcionário* participa dela. Este pode, eventualmente, tornar-se *agente*, graças ao exercício de função temporária, para a qual tenha sido designado ou comissionado; todavia, seu *status* na Organização é permanente. Com efeito: o *funcionário internacional* pressupõe *continuidade* ou

permanência no exercício de suas funções; pressupõe sobretudo que a elas se dedique de maneira *exclusiva* e *não temporária*, e que a elas atenda fora do quadro administrativo do respectivo país; por outras palavras: o exercício de funções internacionais exclui, se se tratar de *funcionário*, o de funções nacionais; não pode haver simultaneidade, nem comissionamento, cuja ocorrência se tolera com o *agente* (cf. a definição da Sra. Basdevant – Bastid, antes citada, e perfilhada, nos seus termos básicos, por Ch. Rousseau, no segundo volume, recentemente publicado, do seu DIP, p. 480).

O *agente*, se o situarmos em quadro análogo ao do nosso serviço diplomático, assemelha-se ao Embaixador, porque exerce função temporária e transitória, sendo demissível *ad nutum* como o Embaixador o é pelo PR. E assim como o Embaixador pode, entre nós, ser escolhido dentre pessoas estranhas à carreira de Diplomata, também o *agente* das OI pode ser recrutado fora dos seus quadros permanentes, a fim de desempenhar função ou encargo específico. O *agente* pode, temporariamente encarregar-se até de função representativa, altamente situada na hierarquia da Organização, se para tal for contratado mas não se integrará nos seus quadros funcionais, nem, por outro lado, abandonará em caráter definitivo o cargo ou função do que seja titular no serviço civil ou diplomático de algum Estado-membro da Organização.

O *funcionário* está integrado nos quadros da Organização; mesmo que seu provimento inicial tenha sido contratual, a *continuidade* e a *exclusividade*, no exercício de suas funções, acabam por assegurar-lhe caráter estatutário, ora plenamente reconhecido (cf. Ch. Rousseau, p. 480); assim, “*ont le caractère contractuel et sont par suite intangibles les éléments de la situation du fonctionnaire qui trouvent leur source dans le contrat lui-même (situation particulière de l’agent); ont le caractère réglementaire ceux qui ont leur source dans les actes édictés unilatéralement par l’autorité compétente et qui peuvent dès lors être modifiés à tout moment sans l’accord des intéressés*” (v. Ch. Rousseau, p. 480-481, não obstante a restrição que refere a esta posição, no caso de uma decisão da OIT, cf. nota p. 481; (os grifos não constam do original).

Resumindo: Ch. Rousseau, seguindo a formulação clássica da Sra. Basdevant – Bastid, considera como caracteres fundamentais à condição de *funcionário internacional*: (1) o exercício *continuado* e *exclusivo de função internacional*, decorrente de *acordo interestatal* e (2) a subordinação ao *controle*

administrativo – portanto, financeiro – da Organização. Já Ruzié considera – e inclinamo-nos a preferir-lhe a formulação – como já antes referimos – que o funcionário internacional se caracteriza juridicamente: (1) pela *independência*, relativamente aos Estados-membro da Organização; e (2) pelo *jurisdicionamento* (*allégeance*) à Organização, a cujos quadros administrativos se tenha incorporado. Na verdade, esta forma de assim postar a questão – *independência* e *jurisdicionamento* – engloba, se procedermos a uma análise suficientemente discriminadora e cuidadosa, não apenas a *continuidade e exclusividade de exercício* do funcionário, em virtude de contrato com a Organização ou de *regulamento* por ela baixado, mas também o caráter convencional da constituição da própria Organização, pois não poderia haver *independência* do funcionário, relativamente ao Estado-membro de que fosse nacional, se à Organização não se reconhecesse personalidade jurídica internacional distinta da dos seus componentes. Há, todavia, *graus de independência*, notadamente quanto às *imunidades* que ela possa gerar, e ainda mais no que se refere a *isenções fiscais*. De resto, se imunidades se postulam *em princípio*, isenções fiscais só *especificadamente* se outorgam, o que muitas vezes é esquecido. Assinale-se, finalmente, que tanto a Sra. Basdevant – Bastid como o próprio Ch. Rousseau não deixam de reconhecer também que a *independência* e o *jurisdicionamento* constituem chaves-mestras com as quais se chegará à compreensão do *status dos agentes e/ou funcionários internacionais*, o que permite, complementarmente, como nos parece apropriado, se configure o *status* da próprias OI.

19. (2) Quanto às garantias, imunidades e privilégios, atente-se em que as primeiras – garantias e imunidades – decorrem do princípio mesmo da *independência*. O *funcionário* não se *desnacionaliza*, é óbvio, mas não está a serviço do seu próprio Estado, nem dos demais que se congregaram na Organização; conserva sua *cidadania*, é óbvio também, mas não está adstrito a “liames – políticos” e menos ainda a “injunções político-partidárias”. Sua *independência* está ligada à *função* que exerça e enquanto a exerça, e só excepcionalmente a *imunidade* dela decorrente poderá abarcar atos de caráter pessoal. Por isto mesmo, reconhecendo-se-lhe a *independência*, relativamente aos Estados-membro formadores da Organização, confere-se-lhe, concomitantemente, um *status* cercado de *garantias* – variável, porém, conforme a categoria do funcionário ou do agente, tal como a defina e classifique a própria direção da OI, bem como

em função da organização administrativa vigente em cada país – que abrangerá atos oficiais e privados, embora quanto a estes não seja incontroversa a matéria. Parece-nos elementar, p. ex., que a forma discriminada e casuística pela qual a CVRD colocou o problema da imunidade de jurisdição civil e administrativa – artigo 31 (a) (b) (c) – também é aplicável ao agente e/ou funcionário internacional.

20. (2) A independência do agente e/ou do funcionário se caracteriza a partir da *assunção* (*entrée en fonctions*) e do exercício (*exercice des fonctions*). (Note-se que não se fala em *posse*, já que este conceito só poderia encontrar guarida em organização administrativa tão conservadora como a luso-brasileira). A independência com seus corolários durará até o término do contrato ou do exercício efetivo.

As garantias estendem-se do recrutamento ao exercício, mediante plano administrativo que assegure ao funcionário: (1) *estabilidade* (2) *independência* (3) *perspectivas de carreira*, alicerçada em antigüidade e mérito; (4) *proteção contra pressões eventuais de seu país de origem* (cf. Ruzié, D., op. cit., p. 9). São garantias de caráter administrativo decorrentes da *política* de pessoal adotada pela OI.

Quanto às imunidades e privilégios, ainda em conformidade com Ruzié, podem ser: (1) *fiscais* e (2) *não-fiscais*. As imunidades não-fiscais abrangem: (1) livre instalação e livre circulação; (2) proteção pelas autoridades governamentais e administrativas do Estado acreditário ou recipiendário; (3) imunidade pessoal ou inviolabilidade, ou, por outras palavras, interdição de medidas constrangedoras; (4) imunidade de jurisdição (penal e civil). Esta enumeração sumária, se cotejada com os dispositivos grifados nos textos convencionais anteriormente transcritos, constitui o arcabouço de imunidades diplomáticas, e isto porque, em grau maior ou menor, foram essas imunidades, precisamente, as outorgadas aos “*membros do pessoal da Missão*” pela CVRD de 1961; daí servir esta Convenção de elemento interpretativo ou complementar para aclarar dúvidas quanto a extensão e o grau das imunidades a serem deferidas aos *agentes e/ou funcionários internacionais*.

21. Quanto às imunidades fiscais (a expressão apropriada seria *isenção*) registre-se que dizem elas respeito sobretudo ao *imposto de renda* – entendendo-se esta, como é quase desnecessário assinalar, a que provier exclusivamente da própria OI, sob a forma de vencimentos ou salários,

pois se o *agente e/ou funcionário* possuir bens ou imóveis que lhe assegurem rendas no país de origem, no de permanência ou alhures, é evidente que essas rendas serão tributáveis (cf. CJ/228, de 30 de julho de 1973) nesses lugares. Se o não fossem passaria ele a beneficiar-se de uma situação de marcado privilégio interno, relativamente aos seus próprios concidadãos, ou relativamente aos nacionais do país onde eventualmente estivesse servindo.

É certo que todas as OI se têm empenhado em não fazer distinção quanto à nacionalidade dos agentes e/ou dos funcionários, entendendo que a *independência funcional* destes deveria prevalecer até mesmo nos seus países de origem. Nenhum Estado até hoje, no entanto, aceitou essa formulação irrestrita de *independência*, tão lata a ponto de criar, entre os seus cidadãos, situações de privilégios e de exceção claramente inconstitucionais. Só mesmo advogados inconformados com a procedência desse critério e procurando defender, por simples conveniência, uma aplicação estrita do direito convencional, sem recurso a textos de valor interpretativo – como seria a CVRD – é que ainda podem suscitar a discussão. Conseqüentemente, se vier a servir em seu país de origem, o agente e/ou funcionário internacional não poderá distinguir-se do seu concidadão, pois o princípio da *nacionalidade*, ou mesmo do *domicílio*, foi o oportunamente adotado pelas Convenções de Viena para o indeferimento de imunidades aos “membros do pessoal da Missão”, os quais abrangem, como se sabe, não somente os “membros do pessoal diplomático”, como também do “pessoal administrativo e técnico” e do “pessoal de serviço da Missão” (cf. CJ/271, de 29 de julho de 1975). Aliás, como observou o Ministro João Frank da Costa: “nossa interpretação que exclui os brasileiros do gozo de privilégios jamais provocou problemas” (Não conhecia, talvez, o “caso” a que em seguida nos reportaremos...).

22. Atente-se, ademais, no que Ruzié deixa bem claro: “*L'exemption ne concerne ni les redevances pour services rendus, ni les taxes correspondant à une prestation déterminée*”. Sublinhem-se as expressões *redevances e taxe*; se esta tem tradução automática e rudimentar em direito fiscal brasileiro, aquela oferece margem a debate, pois compreenderá desde as simples taxas até os *preços públicos e/ou quase - privados*; poderá mesmo incluir as *contribuições* de natureza extra-fiscal (como a Quota de

Previdência que, entre nós, é cobrada através de *taxas diversificadas*, que se estribam, porém, no *poder de polícia* – cf. CJ/269, de 4 de junho de 1975) bem como as *sobrecargas de natureza tributária – sobretarifas – agregadas aos preços pagos por serviços prestados* (caso do Funtel – cf. CJ/270, de 11 de julho de 1975). A expressão *redevances*, em moderno direito administrativo ou fiscal, assemelha-se a outra expressão genérica que, em inglês, também tem induzido em erro, quando inadvertidamente traduzida para o português: *levies*.

Estas observações seriam talvez despropositadas, já que foram objeto de pareceres específicos desta CJ (cf. os mais recentes: CJ/269, de 4 de junho de 1975 (Quota de Previdência *social*); CJ/270, de 11 de julho de 1975 (sobretarifa do Funtel); v. também CJ/247, de 24 de junho de 1974 e CJ/140, de 8 de junho de 1967), mas, em virtude da observação constante do C/449, de 29 de novembro de 1973 (“...o Pnud já goza de franquia postal e telegráfica, bem como de isenção de *todas as taxas e impostos incidentes sobre as tarifas de telecomunicações*), convém reavivá-las. Ninguém ignora que tanto a Convenção de Viena de 1961 (Relações Diplomáticas), como as Convenções celebradas com a ONU em 1946 e 1947 (integrada a segunda no Acordo básico, em virtude do que este dispõe quanto às Agências Especializadas), *nunca isentaram* os “*membros do pessoal da Missão*” dos *impostos* ou das *taxas que se incorporem aos preços daqueles que incidirem sobre preços pagos por serviços prestados* (cf. pareceres citados). É uma questão de simples leitura *atenta* dos artigos 34 (a) e (e) e 49 (a) e (e), da CVRD e da CVRC, respectivamente.

23. Se tivermos presente que ao direito convencional (Convenção de 1947) se acrescentaram certas *praxes*, como as referidas por Monaco, de maneira a regular não somente o *status* jurídico-internacional das OI mas também o dos seus agentes e/ou funcionários, não estranharemos que se venha generalizando pela comunidade das nações a concessão de um tratamento de exceção a certas Agências Especializadas da ONU e a seus funcionários, quando comparado com o tratamento estritamente convencional dispensado à outras agências. O sistema de garantias, conseqüentemente, ficou alterado por força de cortesias que desbordavam as normas convencionais. Precisamente porque o direito das OI é um direito “*se faisant*”, à margem do direito interestatal, *praxes* e a própria experiência proporcionada a cada Estado pela aplicação da CVRD e da CVRC vêm

modificando e enriquecendo as relações dos Estados-membro com as OI que eles mesmos constituíram. Isto ocorre de forma particularmente ostensiva quando a Agência Especializada está investida de funções econômicas que interessam a países sub-desenvolvidos e de cuja assistência dependam os seus planos e programas. Este é o caso do Pnud, fusão do Peat e do Fundo Especial das Nações Unidas decidida em fins de 1965 e em funcionamento desde 1º de janeiro de 1966; é graças ao Pnud, muito mais do que por intermédio de outras agências, que esses países subdesenvolvidos entram em contato com o sistema das Nações Unidas para o desenvolvimento, hoje, inquestionavelmente, “a organização mais complexa do mundo” (v. o Relatório Jackson, In Nême, Jacques e Colette, *Organisations économiques internationales*, 1972. p. 165, *passim*). O Pnud – “a mais importante fonte de cooperação técnica multilateral” – adquiriu, portanto, para as administrações desses países subdesenvolvidos e empenhados em promover determinados programas que exijam, ao mesmo tempo, assistência técnica e pré-investimentos, um significado que não é possível de um momento para outro avaliar devidamente. Basta assinalar de forma singela, ainda que tomemos certas cifras com a indispensável cautela metódica, que até 1970 “*les investissements effectués par les secteurs public et privé à la suite de ces projets de préinvestissement du Pnud et des organismes qui l’ont précédé dépassaient 558 millions de dollars*” (Nême, J, e C., op. cit., p. 167).

24. (3) Colocada a questão das imunidades dos agentes e/ou funcionários internacionais nesse contexto, a um tempo convencional (Convenções de 1946 e 1947; CVRD e CVRC) e extraconvencional (praxes posteriores progressivamente implantadas por força de interesses peculiares), importa frisar, como se depreende da documentação apensa posteriormente ao DCT/120, de 16 de abril de 1974, graças à boa vontade e aos esforços do seu chefe, que se vem costumeiramente dispensando ao Representante do Pnud – na sua qualidade de “*team-leader*”, segundo a nomenclatura da ONU – não somente tratamento equivalente ao de Chefe de Missão diplomática (o que, aliás, o senhor Secretário-Geral acha admissível, embora não lhe veja fundamento convencional; cf. despacho de 22.8.1974) como ao próprio Pnud se tem assegurado um relevo singular entre as demais Agências Especializadas, e que se acentua na medida dos interesses do Estado que com ele entra em relações. O tratamento de Chefe de Missão

diplomática, já vimos que não poderia ter fundamento convencional e não foi por outro motivo que transcrevemos com paciente minúcia os textos cabíveis (cf. itens 4/6), mas, conforme antecipamos no item 7 deste Parecer, “outros instrumentos convencionais [CVRD e CVRC], bem como praxes posteriores corroborariam também a concessão do *status* de chefe de Missão ao Representante residente do Pnud”.

25. E’ o que se conclui do telegrama Delbrasonu 1938 (6.11.1974), onde se prestam as seguintes informações:

1) Já em 1967 cerca de cinquenta países (Brasil, Argentina e Peru, entre eles) incluíam em sua “lista diplomática” o representante residente do Pnud e seus alternos. *Não exibiu nenhum instrumento legal vigente em apoio a tal tratamento*. Adiantou, ademais, que, em 7 de janeiro de 1971, em carta dirigida pelo Chefe da Divisão de Cooperação Técnica do Itamaraty ao Representante residente do Programa, fora encaminhado pelo governo brasileiro projeto de Acordo cujo artigo terceiro, parágrafo segundo, *previa a concessão de privilégios e imunidades diplomáticos contidos na Convenção de Viena*. (Os grifos são nossos).

26. Impõem-se alguns comentários. A criação do Pnud data de fins de 1965 (novembro) e efetivou-se a partir de 1966; não podia ele constar da Convenção de 1947, promulgada pelo governo brasileiro em 1963; nem mesmo dela podia fazer parte o Peat (*Programme Élarqi d’Assistance Technique* em port., PAT, se não nos enganamos), criado em 1949, e depois anexado ao Fundo Especial das Nações Unidas, para a formação do Pnud; conseqüentemente, não era possível “exibir instrumento legal vigente [em 1974] em apoio a tal tratamento”. O que vem acontecendo é a *assemelhação* do Pnud a outras Agências Especializadas, e a *generalização* ao mesmo Pnud do tratamento que, convencionalmente, a elas se tem dispensado. Não podia o Brasil, obviamente, proceder de maneira diversa; e para dirimir dúvidas era cabível a aplicação da CVRD. A fundamentação para dar-se *tratamento assemelhado* ao de “*membro do pessoal da Missão*” ou mesmo ao de “*membro do pessoal diplomático*” ao representante residente do Pnud é *inquestionavelmente* de natureza convencional e encontrámo-la na própria Convenção de 1947 (cf. artigos 6º e 8º, transcritos grifadamente os

trechos de maior interesse, p. 9-12 deste Parecer, e *integrados ao texto do Acordo básico*); a fundamentação para a concessão de *status* de Chefe de Missão é que será de natureza extraconvencional, obediente a praxes posteriores, generalizadamente introduzidas e adotadas por muitos Estados, em virtude de defasagem que a experiência diplomática veio a ocasionar àquelas Convenções.

27. Do mesmo telegrama Delbrasonu (6.11.1974) constam os seguintes esclarecimentos:

Somente são considerados representantes do Secretário-Geral personalidades indicadas, em caráter excepcional, pelo mesmo para, por exemplo, missões eventuais PTVG.

Lembrando o *parágrafo 63* da *Resolução* nº 2.688 (XXV), assinalou que os representantes residentes, em sua qualidade de “*team-leaders*”, são considerados pelo Pnud como tendo nível mais elevado que os representantes das Agências Especializadas. Esclareceu, no entanto, que o “*status*” dos representantes das agências é, em geral, determinado por acordos que tais entidades mantenham com os países em que se encontram.

Quanto aos funcionários do secretariado que gozam em território norte-americano de “*status*” diplomático (Desptel 818), o departamento legal das Nações Unidas esclareceu que *somente são contemplados com os privilégios e imunidades correspondentes os Secretários-Gerais adjuntos e os subsecretários, inclusive o administrador do Pnud.*

Impõem-se, ainda quanto a esta parte do telegrama, outras observações marginais. O Acordo básico celebrado pelo Brasil com as Agências Especializadas *reproduziu* – quanto a imunidades, privilégios e isenções – os dispositivos gerais da Convenção de 1947: *nada inovou nem renovou – incorporou* ou consolidou. No concernente ao Pnud (*non dum natus erat*), a prática veio limitando-se a *agregar* às garantias convencionais desse Acordo o que os interesses estatais, máxime dos países subdesenvolvidos, indicam como oportuno ou conveniente.

A remissão aos EUA não é inteiramente persuasiva. Depois da Segunda Grande Guerra, lidando com uma profusão de vastas Missões diplomáticas, de consulados muitas vezes iguais a empresas comerciais, para

não insistir no fato de estar sediada nos EUA a maior parte das OI, é sabido que o Departamento de Estado começou a restringir a outorga pessoal de privilégios e imunidades diplomáticos, além de os circunscrever *praticamente* ao Distrito de Columbia; compreende-se, portanto, que procure ater-se aos termos gerais dos diplomas convencionais de 1946 e 1947, ao invés de os ampliar, até mesmo porque só se decidiu a ratificar – retardadamente (1972) – a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) porque esta, a certos aspectos, se revelou mais estrita e menos liberal do que as praxes diplomáticas consuetudinárias até então vigentes. A própria *tate letter* do Consultor Jurídico do Departamento (1952), restritiva do conceito de soberania estatal, é expressiva dessa atitude chauvinista que passou a caracterizar, no pós-guerra, a *política* do Departamento de Estado e que se estenderia a imunidades, privilégios e isenções a serem deferidos a agentes diplomáticos estrangeiros. Projetos de lei, em andamento no Congresso norte-americano, sob os auspícios do Departamento de Estado, circunscrevem a tal ponto o conceito de imunidade estatal e, em questões conexas, as próprias imunidades diplomáticas, que se torna difícil compreender como se compatibilizarão com a CVRD ou a CVRC. O próprio Departamento já reconheceu a necessidade de reformular tais projetos, dada a clara impossibilidade de virem a constituir um todo homogêneo ou coerente com as CVRD e CVRC.

28. (4) A experiência brasileira quanto ao tratamento a ser dispensado a agentes e/ou funcionários internacionais é, necessariamente, uma *experiência em processamento (inferi*, como já deixamos assinalado anteriormente) e regula-se, primariamente, por instrumentos convencionais e estes, por seu turno, passam a refletir as modificações, ou sofrem as vicissitudes e as interpretações, da experiência do pós-guerra. Com efeito, são elementos condicionantes nessas questões assim os textos convencionais – que obrigam a quantos os ratificaram – como a legislação interna de cada país – que importa compatibilizar gradativamente com aqueles textos, a ponto de muitas vezes ser por eles revogada.

29. O *caso* da senhora Elite Venus Cardoso, da OEA (cf. CJ/195, de 23.7.1970, bem como CJ/186, de setembro de 1969 e CJ/187, de 6.11.1969) é expressivo. Trata-se de uma funcionária da OEA, que foi designada para servir em escritório da organização em São Paulo. Pretendeu a principio, alegando condição de antiga contratada pela Missão

brasileira junto à própria OEA, importar para o Brasil um carro para seu uso pessoal. Ponderou-se-lhe que tal não era possível, pois o direito de o fazer já *decaíra*, isto é, não fora exercitado *oportuna e tempestivamente*. De resto, ela mesma *optara* por outra condição profissional: *tornara-se funcionária internacional* e, como tal, não lhe era lícito prevalecer-se de vantagens ou regalias que já não lhe podiam ser conferidas em sua nova condição. Todavia, mesmo nesta última condição, aplicando-se-lhe a CVRD (art. 36,1,(o): “objetos de uso pessoal”) também não lhe era dado, *porque brasileira*, invocar o privilégio (CVRD, art. 37,2: “... desde que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente...”). Contrapôs seu eminente advogado que o texto convencional próprio a ser aplicado seria o *Acordo Específico sobre Privilégios e Imunidade*, celebrado em 1949 pelo Brasil com a mesma OEA, mas que só veio a ser ratificado pelo governo brasileiro em março de 1965, enquanto o depósito de instrumento é de outubro desse ano, e a promulgação e publicação ficaram adiadas para março de 1966. De fato, o instrumento convencional próprio não era a CVRD, senão o Acordo de 1949 ratificado 16 anos depois. Todavia, examinado o artigo desse Acordo (art. 10 (g): “móveis e utensílios”) sob o qual desejava a senhora Cardoso abrigar-se, de modo a efetivar a importação do veículo, verificava-se que nem esse dispositivos lhe facultava a pretensão (automóvel não é utensílio), nem tampouco o permitia a legislação interna, que fora revogada em 23 de fevereiro de 1965, precisamente quando da ratificação da CVRD, cujo depósito de instrumento na ONU ocorrera a 25 de março, entrando em vigor a 24 de abril, promulgada e publicada em junho de 1965.

Em resumo: o Acordo com a OEA só se tornou lei brasileira em 1966 (depois de sua promulgação e publicação), ao passo que a CVRD já o era desde 1965 e, de acordo com o princípio que o art. 98 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) veio a expressamente consagrar em outubro – mas que sempre foi princípio fundamental em DIP – a CVRD *revogou* a isenção da legislação fiscal de importação em 1965 e não era possível à senhora Cardoso invocá-la. E foi precisamente porque se tornava necessário *represtiná-la*, que se impôs a celebração de um *acordo complementar* (destinado, ao que parece, a amparar-lhe a obstinada pretensão) e este, porque concedesse *favores* ou *regalias* *elou isenções tributárias não mais vigentes*, não prescindia ter sua *aprovação* renovada

pelo Congresso Nacional. Com efeito, dada a *natureza* de tais *favores ou regalias e/ou isenções não contidas nas atribuições internas do PR*, não era lícito elidir o *referendum* do Congresso sob pretexto de tratar-se de um *acordo executivo* ou *complementar* sobre matéria já examinada pelo Congresso. De tudo se conclui, inapelavelmente, a regra já tantas e repetidas vezes invocada por esta CJ: sempre que um Tratado ou Acordo contiver matéria de caráter financeiro, máxime de natureza tributária, a aprovação do Congresso é indispensável, por isto que se trata de prerrogativa inconcussa do Poder Legislativo o *decidir* sobre essa matéria, não podendo o Poder Executivo, ainda que sua competência administrativa seja tão larga e variada, suprimir-lhe a cooperação.

30. (1) O Pnud – “a mais importante fonte de cooperação técnica multilateral” (Nême, J. e C., op. cit., p. 166) – resultou, como já levamos dito, da fusão do Peat e do Fundo Especial das Nações Unidas. Tornou-se uma organização especializada por força das maiores dimensões e qualificações adquiridas pelos problemas de investimentos e o que eles pressupõem, máxime em países como os do chamado Terceiro Mundo, onde é longa a estrada a percorrer até que se concretizem idéias e programas administrativos. O Pnud dispensa assistência: (1) a projetos de *pré-investimento* de “grande envergadura”, empreendidos por países em surto inicial de desenvolvimento; trata-se essencialmente de projetos – melhor diríamos de *levantamentos* – “destinados a revelar possibilidades sãs de investimentos em grande escala”; custam, em geral, dois milhões de dólares e sua execução se estende a quatro ou cinco anos; ocupam cerca de vinte especialistas internacionais; dizem respeito a ensino ou a pesquisas sobre recursos naturais, ou ainda a pesquisa aplicada; são exemplos, entre nós, os projetos feitos em convênio com o Ministério da Marinha e o Ministério da Aeronáutica, precisamente na área de ensino e de hidrografia e navegação; ou (2) a projetos de *desenvolvimento* de “menor envergadura”: seu custo é mais reduzido (em média 25.000 dólares); via de regra só necessitam da colaboração de um especialista ou de serviços consultivos e seu prazo de duração nunca excede alguns meses (cf. Nême, J. e C, op. cit, p. 166-167).

Alongamo-nos propositadamente a respeito dos dois tipos de objetivos a que visa o Pnud para que, logo de início, se evidenciem os aspectos relevantes de sua ação em países como os da América Latina, para não mencionar

os de outros Continentes, em situação econômica ou social ainda mais carente. Aliás, basta conhecer as linhas gerais do Relatório Jackson para que a importância da ação do Pnud fique logo comprovada. Assim, embora tenha começado a funcionar apenas a partir de 1966, a ampliação do seu orçamento, bem como a melhor caracterização do seu escopo e a apuração dos resultados colhidos, têm permitido ao Pnud, em países como o Brasil, que se vêem a braços com uma diversificadíssima agenda de projetos de investimentos, exercer um tipo de ação ao mesmo tempo fecundante e disciplinador, bastando citar o caso da Usina de Marimondo (Nême, op. cit, p. 168).

31. Assim, a importância de que se reveste a ação do Pnud, mormente para os países em desenvolvimento, tem-se tornado indisfarçável. Não é de estranhar que, assegurando execução a projetos, ainda que apenas preparatória ou preliminarmente, tenha também sua participação adquirido, a pouco e pouco, para os governos de certos países, conotações de caráter político, em virtude de sua anuência técnica em os co-patrocinar. Compreende-se, então, que o Representante residente do Pnud, até mesmo porque a própria ONU o classifique de *team-leader*, passasse a receber, em certos países, regalias e distinções a que os seus governos não estavam convencionalmente obrigados, mas que não lhes custava dispensar já que tal procedimento talvez pavimentasse a obtenção, junto a esse representante residente, de maior interesse ou atenção aos seus projetos. Era tudo uma questão de “*put out more flags*”, como a sabedoria chinesa entendia aconselhável, especialmente ao receber os visitantes ocidentais.

32. O Projeto de Convênio – na parte que o senhor Secretário-Geral houve por bem ouvir esta CJ – (1) se não contiver *novos dispositivos tributários*, especialmente *isenções*, e (2) se se ativer a dispositivos de caráter *administrativo* (executivos e interpretativos), que se possam incluir na competência interna e externa do PR (Constituição, art. 81, I, III, V, IX, X) – *pode, como acordo executivo elou coextensivo de outros já aprovados pelo Congresso*, alargar às OI e estender (= generalizar) a seus agentes e/ou funcionários, o que vem sendo deferido às Missões governamentais acreditadas junto ao governo brasileiro e a seus agentes diplomáticos, conforme as distinções operadas pelos Artigos de Definições das Convenções de Viena, em harmonia, aliás, com as duas Convenções celebradas com a ONU (1946) e com as suas Agências Especializadas (1947).

33. As *simples alterações* (cf. depoimento específico do Cerimonial que acompanha o DCT/120, de 16.4.1974), a serem introduzidas no regime de imunidades e privilégios até agora dispensado aos agentes e/ou funcionários das OI, *estão na alçada do PR*, em virtude do artigo 8º, I combinado com o artigo 81, IX e X, da Constituição federal, e dentro de sua competência de *ato de governo*, cuja força legal provém de atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Magna e não, especificamente, em virtude de qualquer lei ordinária ou tratado (cf. Carré de Malberg, *Contribution à la Theoria Générale de l'État*, v. I, p. 526, *passim*; esta forma de postar o problema foi mais desenvolvidamente apresentada e defendida no CJ/272, de 12 de setembro de 1975).

34. Em suma: (1) Considerando as transformações políticas e jurídicas, ocorridas à sombra da própria ONU, por que vêm passando as relações interestatais e as dos Estados com as Organizações que, mediante ajustes internacionais, eles mesmos tenham criado; (2) Considerando não apenas dispositivos de direito convencional (cf. as Convenções referidas e analisadas) serão também praxes internacionais e diplomáticas (cf. documentação apensa) implantadas nos últimos vinte anos; (3) Considerando ainda os artigos da Constituição brasileira referentes à *competência interna e externa* do PR em questões de caráter *predominantemente* administrativo; – opina esta CJ por *não ser necessário submeter ao Congresso Nacional, na parte referente ao regime de imunidades e garantias de seus agentes e/ou funcionários o Convênio Complementar ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-Nações Unidas e Agências Especializadas*, por isto que as Convenções de 1946 (Nações Unidas), de 1947 (Agências Especializadas), e de 1961 (Relações diplomáticas), aprovadas pelo Congresso Nacional e convertidas em leis internas, depois de observada a correlativa processualística internacional, permitem e garantem a necessária latitude de ação, bem como a competência respectiva, ao PR e ao Ministro de Estado das Relações Exteriores para outorgar aos agentes e/ou funcionários internacionais o regime de imunidades e privilégios compatível – com o *status* de membro de Missão diplomática, ou mesmo com o de Chefe de Missão; no primeiro caso, o direito convencional, devidamente examinado, faculta plenamente essa concessão; no segundo caso – o da outorga ao Representante residente do Pnud do *status* de Chefe de Missão – é uma questão exclusivamente de *diretriz* ou *política* a ser adotada pelo senhor Ministro de Estado, em harmonia

com o que porventura lhe possam ter sugerido os seus assessores na área específica. Esta CJ não vê impedimento convencional nem costumeiro em que os órgãos superiores do Ministério das Relações Exteriores assim o decidam, atentando-se tão somente na conveniência circunstancial do governo brasileiro. Constitucional e legalmente o PR está aparelhado inteiramente para decidir da questão, sem ser necessário (caso não existam as condições mencionadas no item 32 deste Parecer) o *referendum* do Congresso, que, neste caso, é facultativo.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 23 de janeiro de 1976.

Augusto de Rezende Rocha

Interpretação do artigo 21 do Tratado de Montevidéu.

PARECER

O artigo 21 do Tratado de Montevidéu *não isenta*: correlaciona tão-somente tratamentos tributários, estendendo os que forem aplicáveis a produtos originários do próprio território de uma Parte Contratante aos produtos de origem alienígena. Pelo texto convencional, o Brasil está apenas obrigado a igualizar tratamentos tributários, em conformidade, todavia, com sua legislação interna. *Prima facie*, esta é que importa conhecer; e suas variações é que regularão, sempre uniformemente, os tratamentos que se dispensem a quaisquer produtos, assim aos da área da Alalc, como aos nacionais. Não se pode alegar, pois, exista *isenção irrestrita ou constante* para quaisquer produtos dessa área, como se infere do texto do Memo. Ara/16, isenção que abranja tributos de todos os níveis de governo no Brasil. Haverá para esses tributos apenas uma exclusão – meramente circunstancial – se vier a ser criada alguma isenção pela legislação tributária interna, pois tal isenção beneficiará a *todos* os produtos. Assim, a *legislação interna será a condicionante e os produtos da área da Alalc lhe estarão por isto mesmo condicionados*: isenção concedida mediante modificações na primeira, generaliza-se automaticamente aos produtos das Partes Contratantes do Tratado de Montevidéu.

2. Cumpre observar, porém, que *isenção* não pode ser assemelhada a *não-incidência*.

A primeira – a *isenção* – é uma *exclusão*, que (1) provém sempre de dispositivo legal, e (2) diz respeito ao *sujeito passivo* que, assim, (3) fica

exonerado da *obrigação tributária* emergente de um (4) *fato gerador* definido em lei: cf. CTN, arts. 113 (obrigação tributária), 114 (fato gerador), 131 (sujeito passivo). Já se disse, por isto mesmo, com razão, que a isenção é a tributação *às avessas*.

A segunda – a *não-incidência* – (1) prevista igualmente no próprio texto tributário, é (2) simples *abstenção* ditada por *diretrizes financeiras*, e (3) diz respeito exclusivamente ao *fato gerador* da obrigação tributária, (4) *o qual para certos produtos é considerado inexistente*.

Como o Código Tributário Nacional procurou evitar a expressão *incidência* – dadas as suas diversificadas e não muito claras acepções – e preferiu elaborar sua nomenclatura à volta da noção de fato gerador, convém neste caso precisar que, para certos produtos, o *fato gerador* não se configura, ao invés de dizer que o imposto não *incide* sobre o produto. A isenção *obriga a não cobrar*; por isto mesmo não dispensa uma lei para ter igual força à lei que criou o tributo. A não-incidência, embora também vinculada a texto legal, é mero resultado de uma política fiscal, que pode *não* ser igualizada ou generalizada a outros produtos.

3. O que ocorre é que o imposto de importação (competência federal) não é cobrado a certos produtos; isto é, *não incide*; por outras palavras: *não se configura o fato gerador da entrada em território nacional para esses produtos originários da área da Alalc* diz-se, então, em jargão aduaneiro, que a *tarifa* é igual a *zero*; ainda por outras palavras: *não existe* a situação determinante da obrigação principal. Se a tarifa é igual a *zero*, o produto entra livremente no território nacional; isto é, considera-se que não ocorre o *fato gerador* do imposto. Este, como é sabido, gera a “obrigação principal” em virtude de uma “situação *definida em lei* como necessária e suficiente à sua ocorrência” – art. 114, CTN).

4. Ainda que por algum tempo se tenha discutido se, no Estado Federal, a União é detentora *exclusivamente* de poderes *expressos* (cf. artigo 8º da Constituição), cabendo aos Estados-membro todos os chamados *poderes remanescentes ou residuais*, a ponto de se ter invocado a fórmula “concisa e sonora” (Aliomar Baleeiro) “de que não há poderes implícitos contra poderes expressos” (Desembargador Antão de Moraes), a verdade é que hoje se tornou irrefutável a argumentação do jurista e financista baiano, quando mostrou que “a Constituição de 1946 retirou aos Estados não só os poderes que expressamente, mas também implicitamente, lhes vedou (art.

18, § 1º)”. Tal interpretação é uma evidência: bastaria lembrar a observação – de veras decisiva – de Aurelino Leal, ainda sob a Constituição de 1891, quando a considerava simples “decorrência necessária do estabelecimento do Estado Federal” (cf. em magnífica exposição sobre o assunto: Souto Maior Borges, José – *Isenções Tributárias*, p. 233-245).

5. Cumpre ainda registrar que “a isenção federal (...) era legitimada com base na teoria dos *poderes implícitos* da União, fecundamente renovada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Orozimbo Nonato” (idem, *ibidem*).

6. A Emenda Constitucional nº 1, por isto mesmo, louvando-se na experiência doutrinária e na jurisprudencial, liquidou quaisquer dúvidas a respeito da interpretação própria, pois que inscreveu o princípio no texto constitucional (art. 13, § 1º):

“Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explicita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.”

Combinando-se o art. 8º (“compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais”), com o art. 13, § 1º, que vimos de referir, parece incontroverso que pode a União assumir a responsabilidade convencional de isenções não só dos impostos que lhe tenham sido outorgados, senão também dos congêneres estaduais e municipais (Constituição, art. 19, § 2º). Não poderá, todavia, assumir o compromisso de isenções de *outros tributos* porque a isenção destes foi categoricamente defesa pelo CTN, art. 77, para qualquer nível de governo – federal, estadual ou municipal – e o CTN é uma lei orgânica e complementar.

7. Exemplifiquemos agora para maior clareza, quanto ao artigo 21. A legislação interna declara, por exemplo, que a isenção nunca se estenderá às taxas (CTN, art. 177, I). Nunca se poderá por conseguinte inferir que haja isenção dessa espécie de tributo para os produtos da Alalc: as taxas não deixarão de lhes ser cobradas, precisamente porque delas *nunca* se excluem os produtos nacionais, correndo ao Brasil unicamente a obrigação de *uniformizar* os tratamentos tributários, de acordo com o texto do artigo 21 do Tratado de Montevideú. Neste caso o Tratado impõe que a *regulamentação* seja igualizada quanto aos aspectos administrativos que abrangem os financeiros.

8. Portanto, compatibilização ou uniformização de tratamentos tributários não constitui isenção. Esta só existirá para os produtos da área da Alalc – insista-se – quando houver *exclusão legal* para os de produção interna ou externa, embora talvez se pudesse argumentar que a abstenção de tributar – não-incidência – equivale praticamente, para o leigo, a uma isenção. Na verdade, o que importa frisar é que a *isenção* sempre constitui uma determinação *legal* que cancela a obrigação tributária em proveito do sujeito passivo, ao passo que a abstenção de tributar é uma faculdade discricional do titular da competência tributária (governo federal), cujo exercício, a *fortiori*, os Estados-membro não estão em princípio estritamente obrigados a respeitar, como estariam no caso da isenção legal ou convencional.

O governo pode *renunciar* à cobrança de certo imposto (v. g. o de importação) que *incidiria* sobre certos produtos; isto equivale a dizer que o governo federal considera que o *fato gerador inexistente* quanto a esses produtos. Os Estados-membro, em princípio, *não estão obrigados* quanto aos impostos de que são titulares (o ICM, por exemplo), a seguir essa *diretriz financeira*, já que a forma de tratamento adotada pelo governo federal (abstenção) não lhes pode ser compulsoriamente imposta, como ocorre quando o mesmo governo federal, usando de atribuição constitucional (art. 19, § 2º), resolve isentar.

9. Para remate e devida matização do caso ora em exame, convém esclarecer como possível corolário do que vem sendo examinado, que a União, arrimando-se em diferentes dispositivos da Constituição (arts. 8º, I e XVII, (c), (1), 13, § 1º) pode *regular* generalizadamente questões relativas a *não-incidência*. Como já afirmamos, anteriormente, não parece que possam surgir dúvidas a respeito, até mesmo porque, se pode ela *isentar*, também lhe será lícito *regular* matéria que é, simultaneamente, de comércio exterior, comércio interestadual, norma geral de Direito Financeiro, etc.

10. No entanto, seguindo a lição do saudoso Consultor Jurídico deste Ministério, Professor Amilcar de Araújo Falcão, recordada oportunamente por Souto Maior Borges, cumpre ter em mente que, tanto em matéria tributária, como principalmente em questões regulatórias, a União deve proceder sempre, nas suas relações com os Estados-membro, por meio da celebração de convênios que firmem o entendimento, as normas e os processos administrativos de interesse comum, sob pena de subalternizar-

se a própria idéia de autonomia administrativa dos Estados-membro e dos municípios, que afinal constitui a essência de uma Federação.

11. A compatibilização do artigo 21 do Tratado de Montevidéu com a legislação tributária interna, seja ela federal, estadual ou municipal só pode decorrer, portanto, do estabelecimento de um entendimento orgânico de natureza regulatória, disciplinador da matéria para os três níveis de governo.

12. Cabe à União regular e fazê-lo para todos os níveis de governo, porque só assim estará dando cumprimento integral à primeira das suas competências expressas: manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções, ao mesmo tempo que se vale de outra competência exclusiva, qual a de legislar sobre normas gerais de Direito Financeiro.

13. Em conclusão: o artigo 21 do Tratado de Montevidéu não consagra ou institui isenções: *regula uma politica financeira relativamente a produtos da Alalc* e, porque a regule, rege amplamente a espécie. Aplicar-se-á, pois, a essa espécie, o ensinamento de Jesuino Cardoso, em versão ligeiramente modificada: “Regular é reger, não é taxar ou isentar. Mas taxar ou isentar pressupõe regular. E’ possível regular sem taxar ou isentar, mas não é possível taxar ou isentar sem regular” (cf. Souto Maior Borges, *Isenções Tributárias*, p. 239). Cabe então ao governo federal implementar internamente, através de formas regulatórias, o que ficou estipulado no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 1º), a fim de compatibilizá-lo com artigo 21 do Tratado de Montevidéu.

14. A prevalência da legislação convencional sobre a congênera interna deixou de ser tema de debate e tornou-se lugar-comum em Direito Público. De resto, foi enfaticamente consagrada pelo nosso Código Tributário Nacional (art. 98), que a respeito já acumulou apreciável experiência administrativa ao longo de dez anos. Assim:

Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Cumpre atentar, no entanto, em que essa prevalência não é absoluta, pois a legislação convencional precisa circunscrever-se aos termos

da Constituição, sob pena de ela mesma ficar inválida (cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição*).

15. No caso presente, não há por que invocar a prevalência do Tratado de Montevideu sobre a legislação tributária interna, ou com ele argumentar, por isto que o Tratado propriamente não isentou – cremos tê-lo mostrado à saciedade – mas apenas *regulou*, e, porque meramente se limitou a *regular*, é que *pode daí advir* – mas não necessariamente – ou (1) uma *isenção*, ou (2) formas diversificadas de estabelecer uma *não-incidência*, isto é, uma diretriz de política financeira. Tudo dependerá, pois, da opção a ser internamente fixada: se a isenção ou a não-incidência. No primeiro caso, cabe à legislação tributária específica estabelecê-la, ampliando as hipóteses previstas pelo art. 1º, § 4º do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.1968; no segundo, cabe ainda modificar o mesmo decreto-lei, introduzindo-lhe nova hipótese, mas no § 3º do mesmo artigo. A isenção *excluirá* da obrigação tributária os sujeitos passivos que normalmente lhe estariam sujeitos em virtude de um fato gerador caracterizado (no ICM, v. o art. 1º I, II, III do Decreto-Lei nº 406/68); a não-incidência singularizará os casos em que se passará a considerar que esse fato gerador não ocorre (cf. no ICM, art. 1º, § 3º, do decreto-lei já citado).

16. Respondendo, especificadamente, aos quesitos extraídos da exposição do então senhor Chefe da ARA, teremos:

- 1) O Tratado de Montevideu no artigo 21 *não isenta*: correlaciona e aplica os tratamentos tributários internos – federais, estaduais ou municipais – aos produtos da área da Alalc; a *não-incidência* não é um tratamento tributário permanente: é *circunstancial*, por isto que deriva de uma diretriz financeira (política fiscal) conjuntural.
- 2) Não é caso de invocar-se a preponderância da legislação convencional sobre a interna, pois o artigo 21, devidamente interpretado, mostra que a legislação interna é que importa conhecer, a fim de aplicá-la aos produtos da área da Alalc que venham a ser importados.
- 3) Sim, o governo federal pode criar *isenções* de impostos que não lhe tenham sido atribuídos, isto é, impostos de competência estadual e/ou municipal (cf. Constituição, art. 19, § 2º; Lei Complementar nº 4, de 4.12.1969; Ato

Complementar nº 63, de 4.9.1969), mas não pode, em princípio, salvo se vier a celebrar convênios específicos com as administrações estaduais ou municipais, prescrever normas sobre *não-incidência* de impostos de que não seja titular. Quer se trate de *isenção*, quer se trate de *não-incidência*, uma *lei* será sempre necessária para criar situação nova de caráter tributário e que importe em derrogação do que foi estabelecido genericamente na legislação tributária específica.

- 4) A interpretação do Ministério da Fazenda e das Secretarias de Finanças dos Estados é correta e fundamentada na lei e na doutrina: o ICM só deixaria de ser cobrado se o governo federal tivesse criado isenções ao imposto de importação, pois tais isenções acarretariam novas isenções em impostos de outros níveis de governo; mas como o governo federal apenas se *absteve*, essa *política fiscal* não é necessariamente extensiva a outras áreas fiscais.
- 5) A compatibilização do Tratado de Montevideu com a legislação tributária interna dependerá, em certos casos, de convênios entre o governo federal e as administrações estaduais e/ou municipais, mesmo que o governo federal entenda oportuno ou cabível invocar sua competência privativa para legislar sobre comércio exterior (Constituição, art. 17, 1), porquanto esta competência explícita só se efetivará exemplarmente se puder ele usar com plena liberdade de determinados instrumentos de política *fiscal*, tais como a não-incidência ou a isenção tributária.

É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, 10 de setembro de 1976.

Augusto de Rezende Rocha

Compatibilidade entre a nova Constituição portuguesa (2 de abril de 1976) e a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses (7 de setembro de 1971).

PARECER

Determinou o senhor Secretário-Geral que, em atenção à consulta expressamente solicitada pelo senhor Chefe da DE-I e autorizada pelo senhor Chefe do DEU, esta Consultoria Jurídica se pronunciasse acerca do que assinala a Embaixada em Lisboa, relativamente: (1) à incompatibilidade da nova Constituição portuguesa com certos dispositivos da Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses (7 de setembro de 1971), e, bem assim, (2) entre a recente lei eleitoral portuguesa (Decreto-Lei nº 93 A/76), publicada no Diário do Governo de 29 de janeiro de 1976, e essa mesma Convenção.

2. Os termos em que a Embaixada em Lisboa registra o que lhe parece discrepância entre a nova Constituição assim como entre a última lei eleitoral portuguesa, e a Convenção de Igualdade de Direitos e Deveres, antes referida, são termos algo categóricos, que necessitariam argumentação caucionadora. Com efeito, no Ofício Confidencial nº 304, de 9.4.1976, limita-se a afirmar (item 13), ao ensejo de simples alusão ao inciso 3 do art. 15 (estrangeiros e apátridas) que há “*desrespeito* a dispositivos da Convenção”;

e, no Telegrama nº 708 (11.5.1976) adianta-se também que “o direito de voto é *taxativamente restrito* aos portugueses registrados no território metropolitano e ilhas adjacentes, *o que fere* a Convenção de Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, de 7 de setembro de 1971”. Parece que tão sumária forma de interpretar, assim a nova Constituição como a recente lei eleitoral – conquanto se prometa que oportunamente será ela fundamentada – não logrou imediato assentimento do senhor Chefe do DEU, que anotou à margem do telegrama: “não creio seja correto o asserto do § 2º” (relativo à lei eleitoral) e recomendou que o Chefe da Divisão Específica (DE-I) com ele se entendesse, de onde provavelmente a sugestão feita pelo último quanto à necessidade de colher-se a opinião desta Consultoria Jurídica.

3. No intuito de possibilitar clara apreciação da matéria, esta Consultoria Jurídica arrolará preliminarmente: (1) a documentação textual (II.1) constitucional (portuguesa e brasileira) e bem assim (2) a convencional e (3) a da legislação eleitoral portuguesa, as quais estão em discussão, passando em seguida à apreciação do seu *contexto* (II.2) e a interpretação dos *textos* controvertidos (II.3). Procedendo em estágios sucessivos, presume esta Consultoria Jurídica que qualquer um, depois de ler atentamente os *textos* e mediante a orientação técnica subministrada, poderá então formular interpretação própria, que ratificará ou invalidará a que foi avançada pela Embaixada em Lisboa.

4. As conseqüências e implicações, que proviriam desse *desrespeito* ou dessa *restrição taxativa* ao concertado na Convenção, seriam deveras graves, e reclamariam imediata atenção para amadurecida ação posterior do governo brasileiro, já que é bem sabido avantajarse o ordenamento constitucional ao convencional, a não ser que o primeiro sobre este especificamente disponha – o que precisamente ocorre no caso em discussão (art. 8º, 2). De resto, se fosse constatado no texto constitucional qualquer *desrespeito* à Convenção, não haveria o que objetar à lei eleitoral pela *restrição taxativa* estabelecida, pois estaria ela conformando-se àquele – mas a verdade é que não parecem procedentes os reparos feitos pela Brasemb em Lisboa, tanto com referência à nova Constituição portuguesa como em relação à lei eleitoral – salvo se lhes conseguisse dar a indispensável fundamentação, o que talvez lhe fosse difícil pelas razões adiante apresentadas.

Parece não se ter advertido *essencialmente* que uma Constituição é um todo estruturado e sistemático, de forma que simples dispositivos, de alcance proventura incerto, precisam ser interpretados organicamente, isto é, em relação a outros que lhes estejam coordenados: na verdade, nunca será demais lembrar a proposição de Stammler, conhecida por quantos se detiverem ante o problema da interpretação jurídico-textual, que quanto se aplica um artigo de um Código ou de uma Constituição, de fato se está aplicando esse Código ou essa Constituição no seu todo (cf. Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tr. port., 1968, p. 94

5. (1) (A). A Constituição portuguesa de 19 de março de 1933, que durante o período político do Primeiro-Ministro Oliveira Salazar foi repetidas vezes modificada, dispunha no

Título II – Dos cidadãos:

Art. 7º A lei civil determina como se adquire e como se perde a qualidade de cidadão português. Este goza dos direitos e garantias consignados na Constituição, salvas, quanto aos naturalizados, as restrições estabelecidas na lei.

Parágrafo único – dos mesmos direitos e garantias gozam os estrangeiros residentes em Portugal, se a lei não determinar o contrário. Excetua-se os direitos políticos e os direitos públicos, que se traduzem num encargo para o Estado, observando-se, porém, quanto aos últimos, a reciprocidade de vantagens concedidas aos súditos portugueses por outros Estados.

Acrescentaram-se posteriormente dois novos parágrafos ao artigo citado, de modo a melhor fundamentar a convenção celebrada com o Brasil, alterando-se-lhes, todavia, a ordem de numeração:

Parágrafo primeiro – São privativas de portugueses originários as funções de Presidente da República, de Conselheiro de Estado, de Deputado e de Procurador à Câmara Corporativa, de Membro de Governo, de Juiz dos Tribunais Supremos, de Procurador-Geral da República, de Governador das Províncias Ultramarinas, as funções diplomáticas e a

participação no Colégio Eleitoral para a designação do Presidente da República.

Parágrafo terceiro – Sob reserva de igual tratamento em favor dos portugueses no Brasil, os cidadãos brasileiros podem ser equiparados aos nacionais para o efeito de gozo de direitos, excetuados aqueles a que se refere o parágrafo primeiro deste artigo; o exercício de direitos políticos, porém, só será permitido aos cidadãos brasileiros que tenham a sua residência principal e permanente em território português.

6. (1) (B). A atual Constituição da República Portuguesa, promulgada em 2 de abril do corrente ano, e em vigor a partir de 25 de abril, consigna, em diferentes artigos, matéria que interessa ao esclarecimento da questão ora em exame (os grifos não constam do original):

Art. 4º. São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.

Art. 7º.

1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do direito dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não-ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.
2. Portugal preconiza a abolição de todas as formas de imperialismo, colonialismo e agressão, o desarmamento geral, simultâneo e controlado, a dissolução dos blocos político-militares e o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos.
3. Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão, nomeadamente contra o colonialismo e o imperialismo, *e manterá laços*

especiais de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa.

Art. 8º

1. *As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português.*
2. *As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português.*

Art. 14 – Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país.

Art. 15.

1. *Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.*
2. *Excetuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.*
3. *Aos cidadãos dos países de língua portuguesa podem ser atribuídos, mediante convenção internacional e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso à titularidade dos órgãos de soberania e das regiões autónomas, o serviço nas forças armadas e a carreira diplomática.*

Art.16.

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Art. 18.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdade e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previsto na Constituição
3. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

7. (1)(C). A Constituição brasileira de 1967, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, dispõe (os grifos não constam do original):

Art. 199 – Respeitado o disposto no parágrafo único do art. 145, *as pessoas naturais de nacionalidade portuguesa não sofrerão qualquer restrição em virtude da condição de nascimento, se admitida a reciprocidade em favor de brasileiros.*

Art. 145 – Parágrafo único: São privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República, Senador, Deputado Federal, Governador do Distrito Federal, Governador e Vice-Governador de Estado e de Território e seus substitutos, os de Embaixador e os das carreiras de Diplomata, de Oficial da Marinha, do Exército e da Aeronáuticas.

8. (1) (D). A Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, celebrada em Brasília em 7 de setembro de 1971 – devidamente ratificada, promulgada e publicada pelos dois governos – depois de demarcar (art. 1º) sua *amplitude de aplicação* (Portugueses no Brasil e Brasileiros em Portugal), estabeleceu (art. 2º) *equiparação* entre o *exercício de direitos e deveres* e a *condição de cidadão (vínculo político)*, além de preservar o *vínculo jurídico* (“não implicará em perda das respectivas nacionalidades”), inerente à *nacionalidade*, originária ou adquirida (art. 3º), ficando entendido, ademais, que estarão excluídos dos direitos e deveres, de que gozam portugueses e brasileiros abrangidos pelo estatuto de igualdade, todos aqueles “que ofenderem a soberania nacional e a ordem pública do Estado de residência” (idem).

9. Segue-se daí que a Convenção utiliza nomenclatura jurídico-política moderna, comum aos dois Estados (até onde nos é possível afirmá-lo, à vista dos diplomas em exame), e que de certo modo já está consagrada na doutrina. *Cidadania e nacionalidade* são, efetivamente, *conceitos autônomos* (como a seu tempo se há de ver), que se faz mister distinguir desde agora para evitar mal-entendido. E a estes conceitos, acrescenta-se o de residência – mais restrito e modesto do que o de *domicílio* – em função do qual se articulam providências sobretudo de caráter administrativo, destinadas a dar eficácia à Convenção.

10. (1) *Cidadania é vínculo político*; pressupõe plena capacidade – ativa e passiva – de direitos políticos; no Brasil, prova-se com o *título de eleitor* (no Império, dizia-se, como hoje em Portugal, que era *cidadão ativo* quem se encontrasse no gozo de direitos políticos); a cassação de direitos políticos implica a da sua *prova*, isto é, do *título de eleitor*; em Portugal, a nova lei eleitoral dispõe semelhantemente, quanto à qualificação e exercício do direito ativo e passivo de cidadania.

11. (2) *Nacionalidade é vínculo jurídico*; pressupõe, em parte, o da *naturalidade (vínculo geográfico ou territorial)*; chama-se-lhe, neste caso, de *originária (jus soli)*, mas à nacionalidade originária convém acrescentar também a que se adquire em virtude da *filiação (jus sanguinis)*, ao passo que se dominará *derivada* a nacionalidade obtida após o nascimento, isto é, por causa de uma *opção voluntária*, habitualmente conhecida como *naturalização* (cf. Valladão, Haroldo, DIP, 1ª ed., p. 289 passim).

12. O documento hábil para a comprovação da nacionalidade é, *primariamente, a certidão de nascimento* (cf. Valladão, loc. cit.), mas outros documentos lhe são coextensivos ou complementares, tais como a *carteira de identidade* (internamente) ou o *passaporte* (no exterior). Se o primeiro – certidão de nascimento – se obtêm mediante o *registro civil* e deste é sua natural conseqüência, os outros são resultado da progressiva interferência policial do Estado na vida dos seus jurisdicionado e, a não ser em casos conhecidos e estudados em Direito Internacional Público (sucessão ou subdivisão de Estados, apatridia, etc), constituem indispensáveis documentos: (1) para livre circulação interna dentro do quadro de direitos e garantias estabelecido pelas Constituições, ou (2) para circulação no exterior, habilitando seu portador à proteção dos órgãos diplomáticos ou administrativos (consulares) do país de que seja nacional (cf. Parecer do Professor Valladão, Haroldo, CJ/1.812, de 5 de maio de 1964).

13. A Convenção procurou, destarte, mesmo ao generalizar direitos e deveres, inerentes à cidadania, aos portugueses residente no Brasil bem como aos brasileiros residentes em Portugal, desde que satisfizessem a determinadas condições (*requerimento; residência e prazo de residência*: cf. art. 5º e 7º), procurou presevar ciosamente as nacionalidades dos respectivos súditos, que não desejassem ir ao extremo da naturalização. A linha média de equilíbrio entre o desejo de conagraçamento dos dois governos e os pontos de vista nativista e subjetivos dos originários de cada país, foi, assim, alcançada, do mesmo passo que se assegurava, àqueles que desejassem, em virtude de longa residência no Brasil ou em Portugal, maior e mais íntima possibilidade de participação na vida pública do país de eleição.

14. Estabeleceram-se, é certo, exceções àquela generalização de direitos e deveres, de modo a harmonizá-las com as Constituições de cada país (art. 4º), mas tais casos, minuciosamente singularizados, não chegam a infirmar a amplitude e espontaneidade do acordo básico, respeitando-se apenas a índole particular aos respectivos costumes políticos (cf. Constituição da República Portuguesa, art. 15, 2,3; Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 199 e 145).

15. Os casos atinentes a proteção diplomática (art. 11) ou a extradição (art. 9º) sujeição à lei penal (art. 8º) ou ao serviço militar (art. 10º), foram previsto dentro do mesmo *espírito de não confundir*

cidadania e nacionalidade, mas na medida em que também se fizesse necessário atender à realidade social e política de uma longa residência no país de eleição e de identificação com os seus interesses. Semelhantemente, o domicílio ou a residência – como se preferiu caracterizar mais singelamente na Convenção – será o meio de aferição para a concessão do estatuto de igualdade, circunstância essa, porém, mutável (art. 6º: “cessação de autorização de permanência” ou “perda da nacionalidade”), e que determinará a seu turno a extinção da igualdade de direitos e deveres (cf. o Parecer CJ/, professor Valladolid, sobre “a condição jurídica das pessoas de nacionalidade portuguesa”, preparatório da convenção, e no qual estudava a regulamentação – consoante anteprojeto do Professor Clóvis Ramallete – a ser dada ao art. 199 da Constituição; In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano XXVII, janeiro/dezembro, 1971, nº 53-54, p. 131-140).

16. A recente Lei Eleitoral portuguesa (Decreto-Lei nº 93 –A/ 76) publicada no Diário do Governo de 29 de janeiro de 1976, define no capítulo I, seção I, art. 1º a *capacidade eleitoral ativa*, estabelecendo que são eleitores da Assembléia Legislativa “os portugueses de ambos os sexos maiores de 18 anos”, etc.; nos artigos subseqüentes (2º, 3º e 4º), versa a respeito de *portugueses plurinacionais* (atentando particularmente no caso dos portugueses das antigas províncias ultramarinas), portugueses residentes no estrangeiro e casos de incapacidade eleitoral. No capítulo II (art. 5º *passim*) dispõe sobre *capacidade eleitoral passiva*, caracterizando-a já agora – assinala-se – como *elegíveis os cidadãos eleitores maiores de 21 anos*, salvos os casos de inelegibilidade ulteriormente relacionados.

Observe-se que não basta ser *português* para ter *capacidade eleitoral ativa*: há que satisfazer a outras condições relacionadas na lei, ou juridicamente alhures estabelecidas, de forma que *interpretar* o artigo 1º atendo-se apenas à expressão *portugueses* sem cuidar de outros que lhe são coextensivos, será um equívoco. Não basta ser português para ser eleitor: é preciso ser *cidadão português*, conforme estatui a Constituição, e expressamente se declara para caracterizar a *capacidade eleitoral passiva*, embora elevando-se a faixa etária neste caso. Se esta interpretação não prevalecer, será forçoso aceitar a incongruente conclusão de que, para a capacidade eleitoral ativa, a nacionalidade é determinante, enquanto que para a capacidade eleitoral passiva já seria exigida a condição de cidadão português, conceito distinto e

constitucionalmente mais amplo: os brasileiros residentes em Portugal seriam então elegíveis, mas não seriam eleitores...

17. (2) Ao verificar a compatibilização do *conteúdo expressivo (intenção comum das partes contratantes e sua finalidade útil)* da Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses com certos *dispositivos específicos* (art. 4º: cidadania portuguesa; art. 15,3: Estrangeiros e Apátridas) da nova Constituição portuguesa, cumpre então adotar metodologia apropriada: não somente com referência ao que esses textos constitucionais e convencionais *denotam*, mas bem assim ao que eles *conotam*, isto é, o conjunto de princípios jurídicos que circunscrevem as organizações políticas e lhes vitalizam a ação territorial interna, bem como suas relações internacionais. Em suma: não basta atentar na lei eleitoral, tomando-lhe os dispositivos no sentido absoluto; cumpre situar essa lei no contexto jurídico constitucional que a envolve e condiciona.

18. Considerem-se, primeiramente, os artigos *denotativos*, que dizem respeito (1) a cidadania, e, no quadro de princípios de Direito Internacional Público incorporados ao texto constitucional português, atente-se (2) para o que, em particular, estatuiu o art. 15, 3, no concernente aos “cidadãos dos países de língua portuguesa” que continuam a desfrutar privilégios cívicos e políticos não garantidos a estrangeiros, privilégios que já lhes eram outorgados na vigência da Constituição anterior (cf. o item 5 deste parecer).

19. A cidadania, de acordo com o art. 4º, decorre de *lei* ou *convenção internacional*, cabendo a uma ou a outra especificar o que seja *cidadão português*. *Lei* e *convenção* estão, pois, na mesma posição hierárquica para essa finalidade, mas não se ignora que, em princípio, a própria convenção se avanta à lei, porque a pode revogar quando com ela for incompatível (cf. entre nós, o art. 98 do CTN, Lei nº 5.172/66). A cidadania – na concisa e genérica conceituação constitucional portuguesa – não coincide, pois, necessariamente, com a nacionalidade: é mais ampla e complexa, e por isto mesmo a Constituição deixou à lei ou à convenção o encargo de a caracterizar, particularizando-lhe as formas. Essa cidadania, finalmente, pode (art. 15, 3) ser conferida sob condições já especificadas na Constituição anterior, a determinados estrangeiros: nomeadamente, “aos cidadãos dos países de língua portuguesa” Entre a Constituição anterior e a vigente há, neste sentido, continuidade e coerência, e porque na última não se inscreveram dispositivos incompatíveis com os daquela, antes foram eles reiterados, segue-se

logicamente que os compromissos do Estado português perduram, quer sejam eles considerados constitucional, quer internacionalmente.

20. O processo regular para lograr-se esse resultado será sempre o da convenção internacional, uma vez que se pactuem “condições de reciprocidade”. Não será demasiado admitir que estes dispositivos, reiterados na nova Constituição portuguesa mediante um balizamento jurídico como a anterior não o estabelecera tão preciso, nada mais são do que a confirmação do direito convencional existente, pois não se ignora que foi o Estado português e não o governo deposto pela Revolução de Abril que se abrigou na Convenção de Igualdade de Direitos e Deveres. De resto, nada mais cediço em Direito Internacional do que a responsabilidade dos Estados, ainda que se sucedam governos de ideologia e critérios antagônicos.

21. Por outro lado, à Constituição portuguesa *íntegra* (art. 8º: “fazem parte integrante”) normas e princípios de Direito Internacional ao Direito português, isto é, não se limita a incorporá-los: *assimila-os na sua ordem interna*. Desse ponto de vista é uma Constituição deveras avançada, porque irmana e identifica a ordem interna do país com a internacional. Assim (art. 8º, “as normas constantes de convenções internacionais – regularmente ratificadas – ou aprovadas – vigoram na ordem interna após sua publicação oficial – e *enquanto vincularem internacionalmente o Estado português*”). Segue-se daí que o *Direito convencional* só pode ser revogado, em conformidade com a Constituição portuguesa, se observadas *normas de Direito Internacional* (integrantes do direito português); por outras palavras: o Direito convencional *não caduca* na ordem interna portuguesa e só na hipótese de tomarem as *providências desvinculadoras* (*denúncia*, obedecidos os requisitos e trâmites da prática internacional) é que a Convenção regularmente ratificada ou aprovada, deixará de inscrever-se, no sistema jurídico português.

22. À vista do que aí fica, impõe-se ressaltar que esse princípio, assim tão enfaticamente enunciado e integrado no Direito Constitucional português, não encontra similar em nossa Constituição, de forma que, no caso em exame, a Lei Magna portuguesa é até mais explícita e objetiva, e nos resguarda, como parte contratante mais satisfatoriamente, do que o poderíamos fazer em relação ao próprio governo português.

Onde então encontrou a Brasemb em Lisboa o *desrespeito* a dispositivos da Convenção? Parece antes que houve uma equivocada postação

do *caso* em termos de *nacionalidade* e não de *cidadania*, como fora correto fazê-lo. Mas a própria Convenção – se devidamente interpretada – em nenhum passo confundiu nacionalidade e cidadania: ao contrário, escrupulizou em resguardar a primeira, enquanto dilatava a segunda – desde que fossem observados certos requisitos de ordem administrativa que incumbiria a cada parte contratante regulamentar.

23. (II. 3. a) A interpretação de textos legais ou convencionais recebeu nos últimos vinte anos considerável reforço, graças à renovação por que passou a crítica de textos literários. Pode-se rastrear esse rejuvenescimento da “arte de compreender” até mesmo junto à obra de Dilthey, que considerava “como grau mais elevado do compreender a apropriação ‘das manifestações da vida duradouramente fixadas’ como tais, sobretudo nos monumentos escritos” (Engisch, Karl, *Int. ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., v. 8, tr, port. p. 136). Mesmo em forma elementar a análise de direitos jurídicos não mais se atém ao valor de simples expressões, como se pretendia ao evocar-se o velho apotegma romano: *in claris cessat interpretatio*. Cumpre levar em conta a *estrutura* do texto, isto é, a interrelação das partes do discurso; é fundamental a idéia de solidariedade dos seus elementos, da função e posição que eles têm; cumpre, em suma, aferir mediante a “análise interna de uma totalidade: elementos, relações entre os elemento e o arranjo, o sistema dessas mesmas relações” (Pouillen, Jean: “Uma tentativa de definição,” In: *Estruturalismo*, Antologia de textos teóricos, seleção e introdução de Eduardo Prado Coelho, tr. port., Lisboa [s. d.]).

24. Parece que ao assinalar o *desrespeito* da nova Constituição portuguesa à Convenção de Igualdade de Direitos e Deveres, a Embaixada do Brasil em Lisboa não curou desse critério interpretativo: não atentou sobretudo em que os dispositivos de uma Constituição são coextensivos e complementares e que não se pode singularizar um dispositivo do todo orgânico em que se insere. Esta rudimentar norma interpretativa impunha-se com tanta maior força quanto é certo que, no caso em exame, era indispensável averiguar o *desrespeito* à luz de princípios de Direito Público Constitucional e/ou Internacional. Os dispositivos transcritos e sumariamente analisados mostram que, mesmo se houvesse alguma expressão equívoca, o quadro jurídico geral em que ela se situava não permitia a persistência da dúvida (cf. arts. 7º, 1 e 2; 8º 1 e 2; 15, 1,2 e 3; 18, 1, 2 e 3).

25. (II. 3 – b) A *nacionalidade* tem a vantagem e a finalidade de estabelecer indeclinável *vínculo jurídico* entre o indivíduo e o Estado. Assim, os direitos que internacionalmente àquele se reconheçam, derivam primariamente dos que lhe tenham sido garantidos pelo Estado de que seja nacional. Evidencia-se então que esse vínculo da nacionalidade constitui a *base de jurisdição* para o indivíduo, até mesmo por não poder nenhum Estado objetar ou restringir a maneira pela qual outro qualquer trata os seus próprios nacionais (cf. Bishop, William, *International Law*, 3 ed., p. 487-488).

A concepção de ser a nacionalidade um *vínculo*, ao invés de tratá-la como *outorga de um status civil* a um indivíduo ou a pessoa jurídica pelo ordenamento jurídico de determinado Estado tornou-se, destarte, generalizadamente aceita e, entre nós, é a perfilhada (cf. supra; Valladão, Haroldo, op. cit., loc. cit; Velasco, Manoel Diez de, *Instituciones de DIP*, 1973, I, p. 309). Não se pode negar, todavia, que, se as leis internas de cada Estado, referentes a nacionalidade, regem *prima facie* os seus nacionais, não é menos certo que tais leis suscitem cuidado e interesse internacionais (*nationality laws are matters of international concern*, assinala Bishop), e por isto mesmo, torna-se de fundamental importância prática apurar o que delas resulta quando um indivíduo pode reivindicar duas ou mais nacionalidades ao mesmo tempo; nem por outro lado se pode opor reparos ou críticas quando os Estados procuram induzir aqueles que sejam binacionais a que exerçam seu direito de opção, sem que o procrastinem ou se omitam.

“Os termos *cidadania* (citizenship) e *nacionalidade* referem-se ambos à condição (*status*) do indivíduo em suas relações com o Estado, e *algumas vezes* são usados como sinônimos. A palavra *nacionalidade*, no entanto, tem significado mais abrangedor do que cidadania, já que esta é o termo empregado pela *lei interna* para qualificar as pessoas com direitos civis e políticos integrais (*full*), enquanto o termo *nacional* abrange igualmente os cidadãos e aquelas pessoas que, embora não sejam cidadãos, devem ao Estado permanente obediência e lhe podem solicitar proteção” [*obediência = allegiance*, que, em certos passos, pode mais apropriadamente ser traduzido por *jurisdicionamento*, máxime quando se considera o ponto de vista do titular que, no vínculo jurídico, assegura assistência ao outro] (Bishop, William, op. cit., loc., cit.). Eis por que

Bishop se refere à definição que a *Lei de Imigração e Naturalização (Immigration and naturalization ACT)* norte-americana estatuiu: “nacional é a pessoa que está permanentemente jurisdicionada por um Estado” (*a person owing permanent allegiance to a state*), de forma que esta definição abarcaria tanto o cidadão como quem não o é, ou ainda não o é, mas presta obediência a um Estado porque aceita o vínculo com que a ele se subordina.

Conclui-se das citações supra que a *nacionalidade*, conquanto dependa do que legal ou constitucionalmente tenha estabelecido cada Estado (*nationality is always a domestic question* segundo Bishop), também representa, apesar de tudo, um *problema* internacional, isto é, requer a confrontação de leis e regulamento de origem e caráter distintos. Eis porque Bishop considera a nacionalidade – como efetivamente o é – mais genérica e abrangente do que a cidadania, visto que pode transcender os interesses e ordenamentos peculiares a cada Estado de *per si*.

26. No entanto, o caso ora em exame isto é, o alargamento da cidadania dos nacionais de língua portuguesa, quando ocorrentes hipóteses e condições estatuídas em pacto convencional devidamente ratificado – apresenta-se, *de fato*, como de maior amplitude e complexidade do que os casos ordinários de cidadania, regulados por simples *lei interna*; com efeito, a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres, respeitando cuidadosamente a nacionalidade dos súditos dos dois Estados e não se imiscuindo nos respectivos ordenamentos, dilatou a concepção usual de *cidadania* bem como suas formas de tratamento, de modo que as leis internas, que a disciplinam, quer em Portugal, quer no Brasil, aduziu elementos e requisitos de mais variado teor, conferindo, assim, à cidadania traços de natureza bilateral que normalmente lhe são estranhos. A nova Constituição portuguesa, por isto mesmo, foi meticulosa: vejam-se os artigos 4º; 7º, 8º; 2; e 15, 3.

27. Introduzida pela Convenção de Igualdade de Direito e Deveres, essa inovação talvez tenha levado a Brasemb em Lisboa a um duplo equívoco, ao analisar-lhe o significado: não aferiu devidamente o valor dos princípios jurídico-internacionais incorporados à Constituição portuguesa, nem atentou em que uma lei ordinária, como é a recente lei eleitoral portuguesa, ainda que da maior relevância, não pode encerrar dispositivos infrigentes do quadro constitucional que a circunscreve.

28. Finalmente, nunca será demais reiterar que em hermenêutica jurídica não se encontra princípio tão falacioso como *in claris cessat interpretatio* – conforme em páginas de argúcia e prudência Carlos Maximiliano o demonstrou (cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, § 292 *passim*), acrescentando por isto mesmo: “perfila-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo em vez da que os reduza à inutilidade” [*commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*] (op. cit., § 304). Pretender que houve *desrespeito* à Convenção sem averiguar em que ele consiste, já que tão contraditória seria a infrigência desse pacto a par de determinados dispositivos da Constituição portuguesa, equivaleria a invalidar os princípios de cunho institucional que nela foram inscritos; ora, não é crível se empenhassem os poderes constituintes portugueses em estruturar textos normativos com tal orfandade lógica. Semelhantemente, a expressão “*portugueses*”, empregada pela recente lei eleitoral portuguesa, precisa ser entendida de acordo com o quadro constitucional português, que a circunscreve e determina.

29. A esse propósito, conviria também meditar as seguintes palavras de Engisch, que parece terem sido escritas tendo em mira precisamente o caso ora em exame:

É sem dúvida verdade que ‘a situação constitucional geral tem incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei’. [Forsthoff] É mesmo possível que, após uma revolução, o método de interpretação seja duplo: um relativamente ao Direito anterior e outro em face do Direito novo. O Direito antigo será, por vezes, adaptado no novo estado de coisas criado pela revolução através de uma metódica objetivista; o Direito novo, pelo contrário, será interpretado ponto por ponto segundo a vontade do legislador revolucionário que conquistou o poder. (cf. Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., [1968], trad. port., p. 149-150).

30. Ora, como se viu das transcrição feitas e dos comentários tecidos posteriormente, não existe, no que se refere à convenção incompatibilidade com a nova Constituição, antes perfeita concordância. A vontade do legislador constituinte anterior 1974 foi até, nessa questão, apurada e particularizada pela Constituição revolucionária. A continuidade

entre as duas Constituições é exemplar. E isto se verifica quer lhe apliquemos os tradicionais critérios de interpretação subjetivista, quer os da escola objetivista.

31. Em síntese: à vista do que foi antes exposto e examinado, esta Consultoria Jurídica não considera que tenha havido qualquer *desrespeito* ao Direito convencional em dispositivos isolados ou na economia geral da Constituição portuguesa. De igual modo, também não considera que a recente lei eleitoral portuguesa infringisse o que fora concertado na Convenção e resguardado pela nova Constituição.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 13 de dezembro de 1976.

Augusto de Rezende Rocha

1977

Aquisição de imóvel no Rio de Janeiro
pelo governo da República Federal da
Alemanha.

PARECER

Determinou o senhor Secretário-Geral que esta Consultoria Jurídica examinasse o seguinte caso, *verbis*:

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, a República Federal da Alemanha adquiriu o imóvel da antiga residência do Embaixador dos Estados Unidos no Rio de Janeiro. *Pretende o governo alemão destinar o imóvel para as atividades culturais do Consulado-Geral no Rio de Janeiro. Nesse sentido, o Itamaraty, já deu sua anuência preliminar a destinação do imóvel, que será considerado dependência do Consulado-Geral no Rio de Janeiro.* Tendo, entretanto, a Embaixada informado que é intenção do governo alemão instalar no imóvel a Escola Corcovado que dele recebe subsídios, mas que, conforme se depreende de seus estatutos (em anexo), é pessoa jurídica de direito privado brasileiro, muito agradeceria conhecer o parecer de Vossa Excelência sobre a solução que se oferece na anexa minuta de *aide-mémoire* à Embaixada alemã, e que atende basicamente a preocupação do governo alemão.

2. A minuta de *aide-mémoire*, elaborada como resposta à Embaixada da RFA, está concebida nos seguintes termos:

Com referência aos *aide-mémoire* da Embaixada da República Federal da Alemanha, datados de 21 de janeiro e 13 de agosto de 1976, sobre o registro de terreno da Rua São Clemente, 338, na cidade do Rio de Janeiro, para a República Federal da Alemanha, adquirido com o objetivo de no local estabelecer uma escola para o ensino da língua alemã, na qual também seriam realizadas outras promoções culturais do Consulado-Geral da República Federal da Alemanha, a Embaixada, ao informar a destinação do imóvel, deseja confirmação de interpretação anteriormente comunicada pelo Ministério das Relações Exteriores segundo a qual o terreno deve ser registrado em nome da República Federal da Alemanha.

O *Itamaraty confirma que esse entendimento é correto, devendo a República Federal da Alemanha figurar como comprador do imóvel, que será considerado dependência do Consulado-Geral no Rio de Janeiro.*

Considerando, entretanto, que a Escola Corcovado é pessoa jurídica de direito privado brasileiro, portanto, sujeita às disposições e mecanismos de fiscalização da legislação brasileira, informa o Ministério das Relações Exteriores que o fato de vir a estar a Escola Corcovado instalada em parte de imóvel considerado dependência do Consulado-Geral no Rio de Janeiro não a isenta para nenhum efeito da jurisdição brasileira.

3. A consulta do senhor Secretário-Geral parte do pressuposto – se bem lhe apreendemos o desígnio, – até mesmo em atenção aos cuidados prévios de que se cercou (cf. os documentos apensos ao expediente da consulta), ao determinar que se esclarecesse se a Escola Corcovado estava constituída civilmente de acordo com a legislação brasileira – de que será sempre lícito a qualquer governo estrangeiro acolher, em dependências dos *prédios necessários à sede dos seus representantes diplomáticos ou dos seus agentes consulares* – para usar da fraseologia legal brasileira – quaisquer atividades diretas, destinadas à difusão da cultura do país e nas quais esteja empenhado.

4. Esse pressuposto é correto (*ao que nos parece*) se tais atividades, complementares das diplomáticas ou consulares, propriamente ditas, decorrerem claramente dos planos de difusão e cooperação culturais do Estado

acreditante e/ou remetente. Já não nos parece correto, todavia, se a Missão diplomática estrangeira ou a representação consular acolher *atividades privadas estranhas às que lhe são específicas ou até mesmo opcionais* – e tal não nos parece correto porque, no Brasil, *estará acobertando civil e fiscalmente empreendimento ou instituições, constituídos em conformidade com a lei local, os quais não podem beneficiar-se com as imunidades, nem com as isenções, que já agora são concedidas por direito convencional*. Assim, não há apenas uma infringência de lei interna no fato de se instalarem aquelas instituições privadas nos prédios que se destinam às atividades diplomáticas ou consulares dos Estados acreditantes: há também uma desvirtuação de prescrições convencionais, que nada mais se propõem do que a cristalização de costumes universalmente respeitados.

5. Impõem-se, à vista do que vem de ser transcrito, algumas observações preliminares, por isto que a questão nos parece, *data venia*, impropriamente formulada, em virtude do teor da minuta de *aide-mémoire*.

6. É por demais conhecido que, no Brasil, os governos estrangeiros não podem ser proprietários de imóveis outros que não sejam os destinados “à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares” (Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – art. 11, § 3º). Esta é a única exceção à proibição geral, que se contém no § 2º do mesmo art. 11, e que estabelece, intimativamente:

Os governos estrangeiros bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil *bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação*. (os grifos não constam do original).

Tais dispositivos amoldam-se ao quadro geral estatuído no *caput* do artigo 11, acima referido, e no seu § 1º:

As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§ 1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados

pelo governo brasileiro, *ficando sujeitas à lei brasileira*. (os grifos não constam no original).

7. Isto posto, e porque não seja a propósito recordar aqui matéria já examinada, até mesmo em diferentes pareceres desta Consultoria Jurídica e em circunstâncias diferentes, ressalte-se, para abreviar a matéria, que a exceção aberta a governos estrangeiros no § 3º está naturalmente articulada com a proibição categórica do § 2º – isto é, “*não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação*” (cf. Serpa Lopes, Miguel Maria, *Lei de Introdução ao Código Civil*, 2ª ed., 1959, v. 3, p. 63). (Este dispositivo, extremamente cauteloso e justificado no início do século, já não terá talvez, nos dias que correm, a mesma razão de ser, não só porque o princípio da extraterritorialidade deixou de ser considerado como um “*dogma caro*” – não obstante muitos ainda assim o reputarem... – senão também porque em tempos de multinacionais e de acordos de garantias de investidores estrangeiros, não encerra o mesmo significado e tende a tornar-se progressivamente inócuo).

8. Seja como for, “os prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares” só podem servir, *em tese*, às atividades específicas de tais agentes consulares ou representantes diplomáticos. Quais sejam elas, os costumes internacionais e a evolução da diplomacia neste século, sobretudo no pós-guerra, o indicam suficientemente. Os representantes consulares – funcionários administrativos – agem, mediante autorização, em certa área (*distrito consular*) do país hospedeiro, graças a uma *carta patente*, emitida pelo governo do Estado que os envia e na qual o governo recipiendário após um *exequatur*. Os agentes diplomáticos, investidos de funções políticas e representativas, desfrutam de imunidades e beneficiam-se de isenções, umas e outras cuidadosamente enumeradas e especificadas pelas Convenções de Viena.

9. A atividade diplomática e a consular estão, portanto, circunscritas pelos usos e práticas internacionais, alguns já codificados pelo direito convencional. Fora dessas atividades, cujo teor qualitativo será variável de Estado para Estado, tornando-se difícil a um pretender quantificar restritivamente a programação do outro, não permite o Brasil que bens imóveis suscetíveis de desapropriação sejam adquiridos por governos estrangeiro ou suas subsidiárias. Cumpre, destarte, compatibilizar a Lei de Introdução ao Código Civil – Lei interna – com as Convenções de Viena

(cf. 41,3, da CVRD, e art. 47,2, *b*, da CVRC) – direito convencional – e é mercê desta compatibilização que se tornou lícita e viável a aquisição da antiga residência do embaixador norte-americano no Rio de Janeiro, para a instalação de atividades culturais promovidas pelo Consulado-Geral da República Federal da Alemanha. Havia precedentes, dos quais não se colhera qualquer experiência negativa.

10. À vista do que aí fica sucintamente reavivado, reitera-se que sempre houve divergência (adiante mais largamente analisada) entre os pontos de vista do atual Consultor Jurídico e os defendidos pelo seu respeitado mestre, Professor Haroldo Valladão, quanto aos citados dispositivos da Lei de Introdução. A posição do eminente mestre sempre foi intransigente e categórica: comprovou-a em pareceres de ampla divulgação e no seu anteprojeto de *Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas*.

Sempre se nos figurou, todavia, que o § 3º do art. 11 não podia constituir-se em óbice às atividades diplomáticas e consulares que governos amigos (ou mesmo simplesmente aqueles com os quais tivéssemos apenas protocolares relações) pretendessem exercer em território nacional. Dentre essas atividades sobrepõem as de teor cultural, educacional, artístico ou de cooperação técnica; poderíamos mesmo acrescentar atividades de propaganda turística, distintas que são das de promoção comercial ou correlata. Assim sendo, nunca nos pareceu que o malsinado § 3º abrangesse proibições – que exorbitariam da mais desprevenida leitura do dispositivo – para que Missões ou Consulados estivessem impedidos de acolher, *nos prédios necessários às suas atividades ou nas suas dependências*, diversificadas formas de atividade diplomática ou consular (tipicamente administrativa, esta última), mormente as de caráter cultural. Querer restringir drasticamente o tipo ou a forma de atividade diplomática ou consular, sobre ser inamistoso é inteiramente quimérico: cada governo concebe suas atividades no exterior como, melhor lhe parece, *desde que se atenha aos princípios e costumes consolidados nas Convenções de Viena*. Mais: cada governo instala suas atividades diplomáticas ou consulares com a largueza e o capricho que entenda conveniente, máxime se pretende estreitar relações com outro governo ou Estado. Mais ainda: cada governo é livre – ou deve ser livre... – de adquirir ou alugar os imóveis que repute necessários aos tipos de atividade que tenha programado no exterior, desde que os não utilize para negócio (cf. o caso de um Consulado-Geral no Rio de Janeiro, cujo prédio excedia as necessidades triviais do mesmo

e que pretendeu alugar salas para obter rendas; o Parecer Levi Carneiro (se não estamos em erro) condenando essa utilização, contrária aos costumes e, hoje, ao direito convencional).

11. *Consequentemente, a atividade diplomática bem como a consular tendem hoje a ser atividades governamentais a serviço de uma cultura (no sentido técnico e preciso da palavra).* Até a União Soviética procura organizar seus serviços diplomáticos sob a égide desses critérios, e um rumuroso caso, relativamente recente, ainda está na lembrança de todos... Não mais se compadece a diplomacia com a simplista concepção monárquica de ser ela uma exclusiva representação pessoal do Chefe do Estado: poderá ser isto, mas não se limitará apenas a isto. Forçosamente abrangerão aquelas atividades não somente os serviços necessários à expansão econômica e, nomeadamente, de promoção comercial de cada país, senão também os de cooperação cultural e difusão da literatura e das artes nacionais. Em suma: expansão e divulgação do que de mais significativo tenha a língua, a literatura e as artes do país. Por isto mesmo, sempre nos pareceu, *data venia*, medíocre e acanhado criar dificuldades às tentativas de disseminação cultural programadas por certos países (cf. o caso da França e o Parecer CJ/1.861, de 6 de janeiro de 1976).

12. Essa política de expansão cultural, porque implique atividades governamentais no exterior, só poderá ser efetivada – é óbvio – com o beneplácito do governo acreditador, à qual ele dará o agasalho indispensável como incentivo à sua própria cultura ou fator fecundante da mesma; pois de outra forma não seria compreensível concordasse em cercá-la de favores, prerrogativas e isenções de caráter fiscal.

Não parece, no entanto, seja legítima a *dilatação interpretativa de textos legais internos e dos convencionais* a ponto de admitir que: (1) instituições ou fundações de direito privado local se instalem (2) em dependências de prédios destinados ao uso e às atividades diplomáticos e/ou consulares e que, por isto mesmo, se beneficiem daquelas isenções fiscais outorgadas pelo governo do Estado acreditador. Para que isto possa ou venha a ocorrer, faz-se mister haja um *acordo específico* entre os dois governos, – não só admitido pelas Convenções de Viena (CVRD, art. 47,2, b), senão também a ser celebrado sob a égide de seus princípios gerais – acordo que estabeleça, *dentro de limites e condições bem especificados*, a liceidade da instalação de entidades de direito privado local em dependências de prédios de Missões ou

Consulados estrangeiros. De resto, nada impede, antes aconselha, que tal acordo, mesmo condescendente em matéria fiscal, seja explícito e categórico quanto aos controles específicos a serem exercitados pelas autoridades brasileiras competentes sobre essas fundações ou entidades privadas. Com efeito: cremos seja esta a única solução viável, uma vez que (1) se as atividades diplomáticas e/ou as consulares já estão convencionalmente garantidas por *imunidades pessoais* – variáveis em natureza e grau, conforme o *status* desses diplomatas e/ou funcionários consulares – não mais será admissível (2) invocar-se em caráter absoluto o princípio da *exterritorialidade* – de um “primitivismo chocante”, como diz Pontes de Miranda – o qual estaria implicitamente combatido pelas medidas acauteladoras inscritas no art. 11 e seus parágrafos da Lei de Introdução.

13. (1) Os precedentes da questão ora em exame são variados; todavia, podem servir de paradigma o Parecer DAJ/29, de 27 de maio de 1963, de nossa autoria, e o CJ/1.861, de 6 de janeiro de 1967, subscrito pelo Professor Haroldo Valladão, e ao qual já nos reportamos anteriormente com uma liberdade de opinião que não exclui o respeito devido à alta competência especializada do seu autor.

No Parecer DAJ/29 – *que foi redigido* (1) *antes das ratificações da CVRD e da CVRC*, (2) *antes do Código Tributário Nacional* (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e (3) *antes da promulgação da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/1969* – defendemos: (1) *a liceidade da instalação, em dependências de prédios de Missões diplomáticas ou de Representações consulares estrangeiras, de quaisquer atividades culturais diretas*, mesmo daquelas habitualmente consideradas como *opcionais*, em conformidade com um critério tradicionalista quanto ao que fosse atividade consular ou diplomática; (2) a necessidade de o Ministério das Relações Exteriores atuar junto a governos estaduais e/ou municipais, no sentido de se criarem isenções ou outros favores fiscais para os governos estrangeiros que, através de suas Missões ou Consulados, desejassem instalar nas dependências dos prédios que ocupassem, institutos culturais ou atividades educacionais, destinados à difusão da língua, da literatura e das artes de seus países nos referidos Estados e/ou municípios.

14. Essa recomendação era, então (1963), indispensável, porque ainda não ocorrera tão ostensivamente o processo centralizador brasileiro, e

não parecia natural que, numa Federação, mesmo à luz do art. 8º, I, da Constituição de 1946, se permitisse o governo federal criar isenções de impostos cuja titularidade não lhe pertencesse, e coubesse aos Estados e/ou municípios. Competia ao Ministério das Relações Exteriores atuar nesses casos como mediador. Na verdade, ainda não se inscrevera na Constituição brasileira, *como só agora se estabeleceu*, que o governo federal pode criar, “mediante lei complementar,” isenções de impostos de que ele não seja titular (art. 19, § 2º). Mas, porque não houve até hoje provisão legislativa a respeito, a intervenção do Ministério das Relações Exteriores junto a governos estaduais e/ou municipais *continua ainda indeclinável*, pois a criação daquelas isenções pelo governo federal precisaria subordinar-se à condição do – “*atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional*”, o que só muito remotamente seria fundamentação para uma lei regulamentadora de isenções fiscais da natureza da que estamos agora aventando (o poder regulamentador do governo federal radica-se, em matéria financeira, no art. 8º, XVII, “c”: “legislar sobre... Direito Financeiro”).

15. O Parecer DAJ/29 – 1963 serviu de fundamentação ao Ministério das Relações Exteriores para atuar então junto ao governo baiano, solicitando-lhe as providências alvitradas, o que permitiu que, *até hoje* – 14 anos passados – o consulado alemão em Salvador promovesse e continue a promover um trabalho de difusão cultural da língua e literatura alemãs altamente benéfico para a comunidade local. Não se via em 1963, como ainda hoje não se vê, onde estaria o perigo ou a inconveniência para o país e/ou para os seus governos – federal, estadual ou municipal – de se tolerar o alargamento de funções diplomáticas ou consulares a ponto de incluir essa benemérita atividade cultural. Ora, se tal era tolerado, logicamente haveria de admitir-se, correlativamente, a instalação em dependências de prédios das Missões ou dos Consulados.

16. (2) Há, todavia, diferença substancial entre o que em 1963 se propusera – *e foi então ratificado pela alta administração deste Ministério* – e o que ora se pleiteia.

(2a) As atividades culturais, promovidas pelo governo alemão em território brasileiro, eram e podem continuar a ser consideradas como um auspicioso prolongamento das atividades diplomáticas e administrativas (nessa esfera particular) do governo alemão (caso do consulado em Salvador: cf. Parecer citado), por isto mesmo, nada mais natural que se instalem

condignamente, como vem sendo desejo do mesmo governo, em *dependências* de prédios da missão diplomática ou das representações consulares, *ou por elas adquiridos ou alugados para esse fim, isto é, prédios beneficiados com isenções tributárias*, concedidas então (1963) pelo costume internacional e agora ratificadas pelas Convenções de Viena (arts. 23,1; 34, (b)(f) *in fine* arts. 32,1; 49, (b)(f) das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963), ambas ratificadas pelo governo brasileiro, respectivamente, em 1965 e 1967).

O ânimo cooperador do governo brasileiro, nada obstante o dispositivo possivelmente categórico da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 11, §§ 2º e 3º), consistiu em considerar as salas ou os andares, onde se processavam aquelas atividades culturais, como *dependências* da missão ou dos consulados, *embora estivessem fisicamente situados alhures* (a exemplo do que ocorre freqüentemente entre as chancelarias e as residências dos chefes de missão), por isto que, se assim não se procedesse (dilatação interpretativa do texto legal), poderia ser alegado que o governo brasileiro criava limitações, no âmbito cultural, às atividades diplomáticas ou consulares do governo alemão, que só tinha um único e exclusivo intento: colaborar construtivamente na difusão da cultura alemã em nosso meio.

(2b) Subvencionando ou mesmo estipendiando inteiramente a organização e o funcionamento da Escola Corcovado (escola susceptível de subordinar-se à fiscalização das autoridades educacionais brasileiras – tanto na esfera estadual como na federal – porque pessoa jurídica de Direito Privado brasileiro) estas atividades não enquadram, contudo, à hipótese anterior senão indiretamente: não é possível instalar a escola em dependências da missão ou do consulado, se esta não for *atividade direta* do governo alemão, *nem que ela se beneficie de isenções fiscais*, concedidas pela Convenção de Viena para próprios de governos estrangeiros, se ela não constituir explicitamente um prolongamento da difusão cultural empreendida *diretamente* seja pela missão, seja pelos consulados.

17. A questão ora em exame sempre se radicou (1) em textos legais internos, já citados, e cuja interpretação latitudinária propusemos e desde o início defendemos; mas, agora, também se regula (2) por textos convencionais suficientemente claros.

A transcrição dos primeiros (item 6 deste Parecer) permite que se confira e acompanhe *de visu* o que de razoável há nessa interpretação já aceita desde 1963; pode constatar-se que não existem *proibições específicas* quanto às *atividades* que se processem nas *sedes* dos “*representantes diplomáticos*” ou dos “*agentes consulares*”: querer descobri-las será distinguir onde a lei não distinguiu. *Proibições específicas* há que explicitamente registrá-las, conforme ensina Maximiliano; não há como inferi-las de um texto legal mediante interpretações extensivas – como, aliás, se argumentou contra outro parecer de nossa autoria que, a respeito das residências dos agentes diplomáticos, não podia basear-se *extensivamente* nesse mesmo § 3º do art. 11 da Lei de Introdução – e isto a despeito do Código Tributário de Brasília, cujas isenções de impostos e taxas prediais e/ou territoriais urbanos eram eloqüente manifestação da tendência do legislador federal... (*E tanto assim foi que imediatamente se seguiu e prorrogou a legislação especial imprescindível...*).

18. Já os textos convencionais, no entanto, não comportam dúvidas e, se fossem levantadas, bastaria recorrer aos trabalhos prévios da Comissão de Direito Internacional ou aos preparatórios das Convenções de Viena.

19. Leiam-se com atenção os seguintes dispositivos da CVRD:

“Artigo 41, 1. Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, *todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado*. Têm também o dever de não se imiscuírem nos assuntos internos do referido Estado (...).

3. *Os locais da missão não devem ser utilizados de maneira incompatível com as funções da missão, tais como são enunciadas na presente Convenção, – em outras normas de Direito Internacional geral* *ou*
em acordo especiais em vigor entre o Estado acreditante e o Estado acreditado.

Artigo 47, 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, o Estado acreditado não fará nenhuma discriminação entre Estados.

2. *Todavia, não será considerada discriminação (...):*

(2b) *O fato de os Estados, em virtude de costume ou convênio, se concederem reciprocamente um tratamento mais favorável do que o estipulado pelas disposições da presente Convenção.”*

20. Estes artigos indicam de maneira precisa que a forma de solucionar a questão suscitada nunca será a que foi proposta na minuta de *aide-mémoire*, senão um *acordo específico* – na linha dos preconizados pelas Convenções de Viena – o qual autorize expressamente o funcionamento da Escola Corcovado nas dependências do edifício recentemente adquirido pelo governo alemão. A Escola Corcovado – pessoa jurídica de Direito Privado brasileiro – não sendo *direto empreendimento* das atividades do governo alemão através de sua missão diplomática e/ou dos seus consulados, *não pode beneficiar-se de isenções tributárias que não lhe foram concedidas convencionalmente*. Trata-se de uma *escola brasileira* que, pelo fato de em seus cursos se contemplarem, de modo particular, aspectos da cultura alemã – sobretudo o ensino e a divulgação da língua e da literatura alemãs – vem merecendo mais do que uma subvenção: um financiamento direto do governo alemão. Subsiste, todavia, o fato – incontestável e teimoso – de que a escola *é brasileira* e sujeita aos controles educacionais específicos – estaduais ou federais – que porventura se tornem necessários. Mas não é o fato de a escola, instalada em *dependências do Consulado*, poder eventualmente escapar à fiscalização competente: não existem esses privilégios, nem se pode recorrer à exterritorialidade para arguir a competência daquela fiscalização. Lembrá-lo em *aide-mémoire* à embaixada é desatencioso e redundante: o governo alemão não pode ignorar uma trivialidade tão evidente. A dificuldade não será a de poder invocar-se esse *dogma caro* da exterritorialidade – como ainda se repisa até mesmo em memoranda deste Ministério: a dificuldade é simplesmente convencional e tributária. As Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e/ou Consulares não concederam isenções tributárias à Escola Corcovado: concederam-nas ao governo alemão, isto é, à sua missão diplomática e às suas representações consulares no Estado acreditador, isto é, no Brasil. Se a Escola Corcovado instalar-se na Rua São Clemente estará sendo acobertada fiscalmente pelo governo alemão. Ora, é curial que, despendendo o que despende com a escola, o governo alemão não está querendo economizar alguns impostos suplementares; deseja apenas instalá-la condignamente – mas isto precisamente é que não lhe é lícito fazer perante

uma Convenção que tanto é lei para o Estado acreditante como para o Estado acreditador. A solução está alhures – como se examinará em seguida.

21. A possibilidade de uma solução – e esta Consultoria Jurídica mais uma vez sugere forma de conciliar, assim as exigências da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 11, § 2º e 3º), como as das Convenções de Viena, com a política de cooperação e difusão culturais do governo alemão em nosso país – talvez esteja – cremos mesmo que só ela está – em um *acordo específico*, semelhante aos que admite a CVRD (cf. arts. 41,3 e 47,2, b, anteriormente citados) – *a ser submetido à indispensável aprovação do Congresso Nacional* – no sentido de autorizar governos estrangeiros, que assim o desejem, a acolher, em suas dependências diplomáticas ou consulares, quaisquer atividades culturais brasileiras. Poderá especificar-se, todavia, que essa forma de cooperação não justificará que se eximam as ditas atividades aos controles apropriados que possam ou devam exercitar as autoridades competentes do país.

22. O *acordo* ora alvitrado se assemelhará, *em certo sentido*, à lei que veio a ser necessária – e cuja prorrogação acabará tornando-se indefinida – para permitir, no Distrito Federal, a parcial e localizada derrogação daqueles mesmos parágrafos 2º e 3º do art. 11 da Lei de Introdução, no que diz respeito à construção ou aquisição de residências, por parte de governos estrangeiros, para os seus agentes diplomáticos e representantes consulares. O acordo proposto não tem em mira apenas contornar as dificuldades criadas pela Lei de Introdução: destina-se, acima de tudo, a retificar e complementar, no espírito das Convenções de Viena, uma proibição – esta, sim, categórica – no concernente às formas de utilização dos próprios pertencentes a missões diplomáticas e/ou a consulados.

23. A aprovação do acordo pelo Congresso é indispensável, como dissemos, porque se trata (1) de um *acordo político*; (2) consolidador de modificações na estrutura e no pensamento básico das CVRD e CVRC, e (3) finalmente, porque envolve matéria financeira e tributária, de interesse e responsabilidade de diferentes níveis de governo (cf o Parecer CJ/272, de 12 setembro de 1975 – *secreto*).

A competência do Congresso para regular essa matéria, de tão variado alcance – político e administrativo – provém de diferentes parágrafos e itens da Constituição, desde o art. 8º – com seus parágrafos: I (“manter relações com Estado estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções”); XVII-

ç (“legislar sobre Direito Financeiro”), para não mencionar os artigos 43, com o seu parágrafo fundamental: I – “tributos”, etc; 44 (“resolver definitivamente sobre tratados”, etc) e o 19 § 2º, específico, no que tange a isenções tributárias no sistema financeiro de municípios. – Este é o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 28 de fevereiro de 1977

Augusto de Rezende Rocha

Pedido da *Japan Tobacco and Salt Public Corporation* para funcionar no Brasil: constituição, natureza (“monopólio governamental”) e alcance de sua competência, interna e externamente.

PARECER

Em atendimento à solicitação do senhor Consultor-Geral da República e obedecendo a despacho do senhor Secretario-Geral, visto não se terem cumprido em tempo as determinações do art. 21 do Decreto nº 58.693, de 22 de junho de 1966, esta Consultoria Jurídica apresenta sobre o pedido da *Japan Tobacco and Salt Public Corporation* (d’ora por diante JTSPC) o seguinte parecer.

2. (1) A *Japan Tobacco and Salt Public Corporation* – pessoa jurídica de Direito Público do Japão, como a caracteriza o seu Procurador, Sr Kazunori Yamaguchi, japonês e funcionário da mesma, assim como o certifica o Consultor Jurídico do Consulado-Geral do Japão em São Paulo, acrescentando que se acha ela sob a fiscalização direta do Ministério das Finanças do Japão – pretendeu obter do senhor Ministro de Estado da Agricultura “autorização para instalar um escritório de representação na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo”. “Dada a natureza das atividades pretendidas” – as quais serão a seguir abreviadamente especificadas – apresentou seu requerimento “com fundamento no art. 64 combinado com o art. 59 § único da Lei nº 2.627/40.” Trata-se, de fato, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de outubro de 1940, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e mais adiante se examinará a procedência de subsumir-se a essa legislação o que é pleiteado.

3. O requerimento foi encaminhado pelo senhor Ministro da Agricultura à sua Consultoria Jurídica, que julgou oportuno ouvir preliminarmente a Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), a qual se manifestou favoravelmente ao pedido de instalação do escritório de representação, sendo o parecer do seu Assistente Jurídico ratificado pelo Consultor Jurídico do Ministério, porque (1) “o petição foi devidamente instruído e atendidas as exigências do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro (sic) de 1940”; e (2) “considerada a conveniência e oportunidade, vez que a ação da empresa petionária se voltar à exclusivamente à pesquisa e à troca de informações, entendemos que esta Secretaria de Estado deve não só manifestar-se de acordo, como, também, prestigiar o empreendimento, que emprestará, estamos certos, oportuna contribuição ao desenvolvimento e à técnica da cultura do fumo em folha produzido no país”.

Da Exposição de Motivos do senhor Ministro da Agricultura convém ressaltar: (1) “o petição foi amplamente instruído e atendidas as exigências da legislação específica, ou seja, o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro (sic) de 1940, apenas não se apresentando o inexigível, em virtude da personalidade jurídica da empresa postulante que, sem embargo de estrangeira, constitui-se em empresa pública, e não sociedade anônima”; (2) os objetivos da companhia, na sua atuação no Brasil, circunscrever-se-ão à pesquisa sobre o fumo em folha aqui produzido, com a coleta de dados relacionados com a produção e empreendimentos correlatos; (3) o escritório pretendido não visa realizar qualquer atividade industrial ou comercial.

Posteriormente, o processo veio ter aos Ministérios da Indústria e Comércio e das Relações Exteriores, os quais opinaram contrariamente à pretensão da JTSPC, conquanto fossem seus argumentos de diferente teor; na verdade, se o primeiro entendia que a JTSPC estaria subordinada à própria missão diplomática do Japão, por isto que é uma pessoa jurídica de Direito Público interno, já o segundo, invocando nossa legislação interna pertinente, *bem como usos e princípios de Direito Internacional*, considerava inviável e inconveniente o deferimento do pedido.

Finalmente, remetido à Consultoria-Geral da República pelo senhor Ministro Chefe do Gabinete Civil, o processo retornou a este Ministério para atendimento da exigência legal antes referida, de modo a possibilitar a audiência final consultiva.

4. A *Japan Tobacco and Salt Public Corporation* constituiu-se, no Japão, pela Lei nº 255, de 20 de dezembro de 1948, exerce um “*monopólio governamental*” dedica-se à aquisição do fumo de folha, fabricação e venda do fumo e do sal; atua não somente na *produção* – agrícola e industrial – mas também no *comércio* desses bens, abarcando sua atividade a orientação técnica agroindustrial, bem como o fomento e o abastecimento desses produtos. Realiza, destarte, funções variadíssimas, decorrentes de sua própria natureza, por isto que se trata de *monopólio governamental* (*estatal* seria o adjetivo mais cabível, mas respeitamos a denominação usada pelo Procurador).

5. Talvez seja a propósito abrir preliminarmente um parêntese, para lembrar o que seja monopólio estatal, bem como o privilégio do seu exercício e exploração, que pode ser outorgado a entidades públicas pelos mesmos Governos também constituídas. Não entraremos em detalhes; ater-nos-emos a noções gerais.

“Monopólio é a *exclusividade de domínio*, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade. Característica do monopólio é a *privatividade* de algum direito ou de alguma atividade para alguém. Monopólio estatal é a reserva para o Poder Público de determinado setor do domínio econômico; (...) significa *controle da produção e de preços* na sua acepção mais ampla. É o poder de atuar com exclusividade no mercado, como único vendedor. É a exclusão da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do vendedor único”. (Lopes Meirelles: *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., 1976. p. 591-592).

Complementarmente aos esclarecimentos transcritos, retenham-se as observações de Richard Ely, citadas pelo jurista patricio: “Estritamente, monopólio significa o direito exclusivo de vender e não de comprar ou produzir”; no entanto, situando a questão em contexto mais amplo, que permita compreender certo tipo de intervenção estatal no domínio econômico, “monopólio significa aquela essencial unidade de ação por parte de uma ou mais pessoas empenhadas em determinado tipo de negócio, ação que dá controle exclusivo e de modo particular, embora não tão somente, sobre os preços (*Monopolies and Trusts*, 1923, p. 21)”. Consequentemente (ainda graças a Lopes Meirelles), “na conceituação de Gross, Herbert, o monopólio estatal é a deliberada subtração de certas atividades privadas das mãos dos particulares para colocá-

las sob a égide da Nação, por motivos de interesse público” (cf. Gross, Herbert, *Public Monopolies*, 1943, p. 619).

“Monopolizado pela União um bem ou uma atividade do domínio econômico, nada impede que ela confira o privilégio de sua exploração a autarquias, a entidades paraestatais, a concessionários ou a permissionários que satisfaçam as exigências do interesse público. O monopólio não se confunde com o privilégio. *Monopólio* é a detenção exclusiva do bem ou da atividade por uma só pessoa, no caso, a União; *privilégio* é a delegação do direito de exploração do bem ou da atividade monopolizada a um ou alguns interessados. Só pode dar *privilégio*, quem tem o *monopólio*. O monopólio é sempre exclusivo e excludente dos demais interessados; o privilégio pode ser exclusivo ou não”. (*idem, ibidem*; acrescentemos, de um ponto de vista tradicionalista e contrário aos monopólios: Mazagão, Mário, *Direito Administrativo* (Curso), 3ª ed., p. 283-285; e para uma análise dos aspectos econômicos e tributários, inerentes aos monopólios estatais: Shoup, Carl, *Public Finance*, 1970, p. 285-287).

6. Munidos das noções e dos pontos de vista acima referenciados, prossigamos na caracterização da JTSPC.

Não é ela uma companhia ou corporação (i.e. sociedade anônima), como a tradução inadvertida da expressão inglesa – *corporation* – pode induzir a supor. Na verdade, se se trata de empresa pública estrangeira, constituída por lei e com o privilégio de exercer um monopólio, como se lhe poderia aplicar o Decreto-Lei nº 2.627/40? E’ esta uma legislação que diz respeito às sociedades por ações, obviamente sem relação com a JTSPC – *empresa pública*. Que o Procurador da JTSPC tenha tentado deslocar a instalação do seu projetado escritório de representação para a esfera das sociedades por ações, há de ter sido astuta orientação jurídica, mas reconheça-se que não ocultou – nem o poderia – tratar-se de empresa pública. O que não se compreende é que não se tenha atentado na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942: art- 11, §§ 1º, 2º, 3º) cujos dispositivos específicos, devidamente interpretados, não poderiam caucionar a instalação de escritório de representação sem o atendimento prévio do que estipula a lei brasileira.

7. Trata-se, efetivamente, de *empresa pública* (*public corporation*), à qual se deferiu a exploração e o exercício de um *monopólio*, abrangendo este não apenas o exclusivo poder de atuação no mercado interno, senão

também possibilidades econômicas oriundas do correlativo poder de importação e de operação em mercados externos; daí a confissão (ingênuo ou probo?) de que “a requerente tem interesse em que no Brasil seja produzido fumo em folha de excelente qualidade, e em grande quantidade” (item 2 do requerimento).

Configuram-se, então, sem dificuldade, os desígnios da aparentemente simples instalação do *escritório de representação* da JTSPC em São Paulo: (1) atuar de maneira indireta sobre a *qualidade* e a *quantidade* da produção estadual de fumo em folha, condicionando-a e dirigindo-a pela orientação técnica que se propõe fornecer (cf. Memorando de Entendimento sobre a cultura do fumo no Estado de São Paulo, assinado com o Secretário de Agricultura do Estado); (2) aprofundar o conhecimento do mercado brasileiro, quer quanto ao seu relativa baixo consumo, quer quanto aos excedentes da produção; e (3) aquilatar das possibilidades de constituição de fonte regular de produção de fumo em folha, conforme especificações e padrões condizentes com o particular interesse comercial do *monopólio estatal* que a JTSPC representa.

Tenha-se em mente que este resumo de objetivos é o que, de certo modo, figura na Exposição de Motivos do senhor Ministro de Agricultura, conquanto nela não se apresentem com o significado que lhes estamos atribuindo, isto é, uma reorientação do mercado produtor estadual, a fim de atender às conveniências de mercado consumidor estrangeiro, subordinando a produção nacional a critérios, técnicas e padrões nele correntes. Inverter-se-ia então no Brasil a situação econômica da JTSPC: passaria ela a usufruir condições de um real monopólio (através de firmas *testas de ferro*) relativamente à produção paulista do fumo em folha, por isto que previamente lhe condicionara a qualidade e a quantidade, na medida dos interesses do monopólio de que tem o privilégio no Japão. Daí à possibilidade de lograr o controle ou mesmo a imposição de preços no mercado paulista ou no mercado nacional, pouco faltaria.

8. Não se obscurecem os construtivos propósitos da ação metódica da JTSPC no Estado de São Paulo, embora não sejam eles tão desinteressados, como procura fazer crer o seu Procurador, ao ressaltar a cooperação técnica que já vem ela prestando a produtores privados e à Secretaria de Agricultura paulista: existe, sem dúvida, uma forma não despicienda de assistência técnica, à qual foram compreensivelmente sensíveis os órgãos técnicos, estaduais e

federais; mas existe, também, a médio e longo prazo, inegável expectativa de condicionamento e manipulação da produção de fumo no Estado, com o fim de alimentar eventualmente o mercado consumidor japonês, segundo critérios que lhe sejam próprios e de sua conveniência. Até que ponto isto representará sementeira de futuros aborrecimentos, eis o que não pode esta Consultoria Jurídica estimar no momento. Seria ingenuidade, todavia, não discernir como a primeira etapa de um esquema preestabelecido a singela instalação desse *escritório de representação* – cuja inviabilidade foi claramente prevista pelo legislador brasileiro, graças a um espírito suspicaz não de todo sem fundamento.

9. (3) Esta Consultoria Jurídica passa, portanto, a examinar a questão do ponto de vista exclusivamente jurídico (suficiente para infirmar o que se pleiteou), mas não pode deixar de assinalar os inconvenientes mediatamente possíveis, a par de algumas vantagens imediatamente prováveis, que levaram à apressada ratificação do pedido, sem advertir nas suas conseqüências.

10. A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) dirimiu dificuldades e simplificou problemas quando estabeleceu de maneira singela que “as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem” (art. 11). Identificou, portanto, as pessoas jurídicas, cuja conceituação cabe à lei fornecer, com estas organizações que visem a fins de interesse coletivo, e a este irmanou com o interesse social ou o bem social, tal como o entendia o Ministro Hahnemann Guimarães, que tão profunda marca deixou na renovação da Lei de Introdução.

Assim, a “lei competente para reger a constituição das organizações destinadas a fins de interesse coletivo” será aquela “sob cujo regime nasceram, tiveram personalidade”; seu estatuto pessoal há de ser regido pela lei de Estado – do lugar – onde se constituírem. Personalidade, limites e fins da organização cabe averiguá-los em conformidade com essa lei, por isto que *nacionais* serão as organizações que no Brasil se constituírem, ao passo que o não serão as constituídas no estrangeiro, não obstante o tenham sido por brasileiros, com contratos arquivados no Brasil, etc. E assim como “não é admissível a constituição no Brasil de sociedades estrangeiras”, as que vierem a criar filiais, agências ou estabelecimentos entre nós serão sempre nacionais, pois seus

atos constitutivos terão de ser previamente aprovados pelo governo brasileiro, o que as sujeitará à lei brasileira. (art. 11, §§ 1º e 2º – cf. Ténório, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., 1955, p. 363-372; Serpa Lopes, Miguel Maria, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, v. 3, 2ª ed., 1955. p. 7/65).

11. Se atentarmos na JTSPC, em seu estatuto e na lei estatal que a rege, veremos que, mesmo não fosse ela empresa pública investida da exploração de monopólio, o que ainda mais a vincula, como já se acentuou, ao governo que a criou e lhe outorgou tal privilégio, para lhe ser possível operar no Brasil cumprir-lhe-ia ter os seus *atos constitutivos aprovados previamente pelo governo brasileiro*, ficando então subordinada à lei brasileira. Dir-se-á que a JTSPC apenas pretendeu instalar um *escritório de representação* e não uma *agência*, no sentido que é costumeiro dar-se a expressão *agência*, quando inadvertidamente se traduz o inglês *agency*, ou mesmo *agência*, no sentido tradicional em português. Admitida a contra-argumentação – e daí a insistência em assinalar-se que para simples *escritório de representação* nem sequer era necessária a autorização do Ministro das Finanças japonês – não há como fugir à caracterização de que um *escritório de representação* é uma forma de estabelecer e, como tal, mesmo que a JTSPC não fosse empresa pública, importaria constituí-la, para que o seu *estabelecimento* pudesse operar no Brasil, de acordo com a lei brasileira (lei do lugar) e, por isto mesmo, nacionalizá-la. Ora, ao que parece tal expediente seria inadmissível perante a lei japonesa e, por outro lado, contrariaria orientação administrativa da empresa.

12. Ao Decreto-Lei nº 2.267, de 26 de outubro de 1940, que dispõe sobre sociedades por ações, é que não há como nem porque subsumir-se a JTSPC, à qual se aplicará, com inteira propriedade, o art. 11 § 2º da Lei de Introdução, *verbis* :

Art. 11, § 2º – Os governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

13. (4) E' precisamente a este parágrafo 2º do art. 11 que importa sujeitar a pretensão de a JTSPC instalar escritório de representação em São

Paulo. Se acompanharmos *pari passu* as condições enumeradas pelo dispositivo legal brasileiro, veremos que ele não visou a outra situação que a da JTSPC: (1) foi ela criada e organizada por lei japonesa; (2) é uma empresa pública, diretamente subordinada ao Ministério das Finanças japonês, e estruturada de modo tal que se tornou o órgão executor por excelência para uma série de monopólios e leis particulares (art. 12 da Lei nº 255, de 20.12.1948), desde os que lhe são inerentes (tabaco e sal) até uma série de leis coextensivas, assim as referentes a cooperativas de sal e de fumo, como a relativa à modernização da indústria salineira; (3) foi investida não somente de funções públicas, senão também de um monopólio mercantil dos mais caracterizados, por isto que relativo a produtos de alto grau de inelasticidade; e, finalmente, (4) o governo japonês, assim como a constituiu e ainda a superintende através de seu Ministério das Finanças, conferiu-lhe privilégios tais que a tornaram instrumento básico de seus atos de gestão.

Diante disso, é evidente que a JTSPC *não pode* constituir *escritório ou estabelecimento de representação* em harmonia com a lei brasileira, tanto pela natureza declaradamente monopolística de suas operações internas e externas, como porque, se lograsse fazê-lo, não poderia adquirir bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação. Detenhamo-nos ante estes pontos.

14. As acepções que, na linguagem jurídica brasileira, têm as expressões “*escritório de representação*” e/ou “*estabelecimento*” destinado a esse fim precípua de *representar*, não comportam dúvidas de monta. Basta recorrer ao prestimoso *Vocabulário Jurídico* de De Placido e Silva (cf. verbetes: (1) *estabelecimento* (em sentido genérico); (2) *representação* (3) *representação comercial*; e também, mais particularizadamente, *escritório de representação*, *preposto*, *comissão*, etc) para que logo se configure o que vimos procurando deixar claro graças ao exame que a própria documentação anexada ao processo possibilita.

Através do seu modesto *escritório de representação*, a JTSPC – empresa pública estrangeira, mas com objetivos ostensivamente comerciais de concorrência monopolística a se dilatarem internacionalmente – não atuaria de fato, entre nós, como *comerciante*, senão através de simples *comissário* ou *preposto* – o que lhe permitiria escapar à *nacionalização* e aos atos *constitutivos* a serem aprovados previamente pelo governo brasileiro, sujeitando-se, portanto, à lei brasileira (cf. art. 11 § 1º). Instalaria, com

efeito, um mero preposto (seu empregado) que, sob o manto diáfano da assistência técnica a particulares e à Secretaria de Agricultura paulista, passaria a reorientar o mercado produtor e a urdir a teia de firmas exportadoras e produtores de fumo em folha (quase sempre japoneses ou nisseis), fraudando ou burlando *discretamente* a proibição essencial da legislação brasileira – a saber, a “aquisição de bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação” por parte de “organizações de qualquer natureza” constituídas por “governos estrangeiros”.

No entanto, para cortar quaisquer discussões convém não esquecer que o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 – anterior, aliás, à Lei de Introdução – já estabelecia no art. 2º “*mediante declaração de utilidade pública todos os bens poderão ser desapropriados*” (cf. os oportunos comentários de Serpa Lopes a respeito). *Todos os bens, atente-se bem...*

15. Ora, se a JTSPC *não quer ter agências ou filiais* (art. 11, § 1º), por que há de querer *estabelecer-se* com um *escritório de representação*? Tratando-se de empresa pública, que um governo estrangeiro constituiu e continua a superintender, depois de a ter investido de tão característicos monopólios, como são o do tabaco e o do sal, que pretende ela fazer no Brasil, se os seus objetivos públicos logicamente *só devem* ser perseguidos em território japonês e, no exterior, já revestidos de inegável caráter mercantil, certamente *podem* entrar em conflito com o interesse nacional?... Objetar-se-á que sua ação irá circunscrever-se a uma desinteressada assistência agrícola a particulares e à Secretaria de Agricultura paulista; mas, à objeção pode-se contrapor que será uma assistência agrícola discriminatória, ou porque só há japoneses ou niseis empenhados na cultura do fumo em folha, ou porque dependente de critérios e especificações convenientes ao monopólio que explora. À Secretaria de Agricultura paulista caberia o papel de ingênua coonestação – o que não é brilhante.

O acolhimento cordial e generoso que o Brasil concede a imigrantes, bem como às iniciativas construtivas do capital estrangeiro, *talvez não se deva estender sem crítica reflexão a “organizações de qualquer natureza” que “governos estrangeiros (...) tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas” – máxime quando essas organizações relutam – compreensivelmente... – em submeter-se à disciplina jurídica brasileira.*

16. (5) Não foi a Consultoria Jurídica, senão o Assessor do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Registro do Comércio (Ministério da Indústria e Comércio) que, dissentindo do ponto de vista adotado pelo Ministério da Agricultura, levantou a preliminar de estar prejudicado o pedido da JTSPC, “por tratar-se de pessoa jurídica de direito público interno do Japão”. Seu ponto de vista foi ratificado pelo Diretor-Geral do Departamento. Era esta, aliás, uma forma preliminar de considerar a questão, imune dos equívocos anteriores, ainda assim sem averiguar seus intrínsecos aspectos especializados. Argumentou-se no Ministério de Indústria e Comércio:

A JTSPC é um órgão público japonês e, como tal, a sua representação no exterior *deverá, obrigatoriamente, estar jurisdicionada aos serviços diplomáticos de seu país.*

Assim, qualquer atividade ou ação desta entidade no Brasil proceder-se-á pela via de sua representação diplomática, inclusive quanto aos pedidos de instalação de escritório de representação e de agências diversas (os grifos não constam do original).

Daí ter-se remetido o processo a este Ministério, para que opinasse a respeito da viabilidade do pedido.

17. A suposição de que a JTSPC esteja subordinada à Missão diplomática japonesa nas suas relações com o governo brasileiro só *em princípio* é correta, dado o que determina a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CVRD – Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965) no artigo 41,2:

Todos os assuntos oficiais que o Estado acreditante confiar à Missão para serem tratados com o Estado acreditado deverão sê-lo com o Ministério das Relações Exteriores, ou por seu intermédio, ou com outro Ministério em que se tenha convindo.

18. No entanto, não é menos certo que, *também em princípio*, o art. 3º da mesma Convenção estabelece o seguinte:

As funções de uma missão diplomática consistem, entre outras, em:

a) *representar* o Estado acreditante perante o Estado acreditado;

- b) *proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional* (combinar com o art. 41, 1 da CVRD e fixar o sentido limitado e próprio do que seja *proteção diplomática*: cf. Velasco, Manuel Diez, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, 1973. p. 322);
- c) negociar com o governo do Estado acreditado;
- d) inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a este respeito o governo do Estado acreditante;
- e) *promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científica entre o Estado acreditante e o Estado acreditado.* (os grifos não constam do original, nem a interpolação na letra b).

19. Desta enumeração – síntese convencional de uma experiência consuetudinária – infere-se que as Missões diplomáticas estão investidas, antes de tudo, de funções representativas – *state functions*, friza Brownlie – em virtude da permissão outorgada ao governo acreditante pelo Estado hospedeiro. Esta permissão acarreta, outrossim, obrigações consecutivas ao próprio Estado que a deferiu: “o processo de dar inteira boa-fé e crédito à permissão resulta em um corpo de privilégios e imunidades” (Brownlie, Ian, *Principles*, 2^a ed., 1973. p. 335). Recorde-se, ademais, que só há duas teorias que procuram fundamentar – com desigual força, no entanto – a posição, jurídica de Missões diplomáticas: (1) a *teoria representativa* – que ressalta o papel do diplomata como agente de um Estado soberano, e (2) a *teoria funcional* – que encarece a necessidade prática, mas embora teoria que esteja “na moda, elide de certo modo a questão ou a toma como provada” (“*fashionable, but somewhat question-begging*”) (*idem, ibidem*). A maneira sumária de considerar esta última mostra bem o valor que Brownlie lhe dá. Com efeito, não se há de ampliar o entendimento do que seja *proteção diplomática* a ponto de incorporar a Missões diplomáticas em país estrangeiro, quaisquer operações de empresas que explorem determinado monopólio estatal, com tudo o que este implica de especulação mercantil; por outro lado, *desenvolver relações econômicas* pressupõe invariavelmente que se pactuem *acordos específicos*, disciplinadores de atividades setoriais de comum interesse aos dois Estados.

20. (6) Consequentemente, parece claro que, à luz da especificação constante do artigo 3º da CVRD, as funções de qualquer Missão diplomática, bem como as de quaisquer Representações Consulares (CVRC, arts. 4º, 5º, 11 (carta-patente) 12 (*exequatur*), 14, etc) não comportam diversificações que permitam a instalação, *como parte de seus serviços*, de escritórios de representação de uma empresa pública. A Missão diplomática representa, antes de tudo, o Estado e o seu governo: é manifestação exemplar do *jure imperii*. A empresa pública, conquanto ainda esteja presa umbilicalmente ao governo, fator de sua existência, é manifestação do *jure gestionis* – sobretudo no estrangeiro.

Haveria, nesse caso, infringência de normas jurídico-diplomáticas que vedam a Missões diplomáticas e/ou a representações consulares atividades diferentes das compendiadas pelo direito convencional ou admitidas pelos costumes internacionais, salvo se viesse a celebrar-se acordo específico autorizador de certo tipo de atividade excepcional, o que em muito poucos casos seria aconselhável, quer pelo precedente a ser aberto, quer pelas desigualdades criadas entre Estados (cf. o recente Parecer CJ/277, de 1º.2.77; a solução, que nele propusemos, de um acordo específico com base na CVRD, arts. 41,3 e 47,2b, a fim de contornar as dificuldades decorrentes do direito convencional e do interno, *é distinta em natureza e grau do que ora se pleiteia*).

21. Ao constituir a JTSPC mediante uma lei que lhe assegurou alto grau de autonomia administrativa e de liberdade econômica para exercer o privilégio monopolístico de que foi investida, o governo japonês nem por isto deixou de a submeter à fiscalização do Ministério das Finanças e à delimitação de outras leis que regem operações comerciais, internas e externas. Isto demonstra que, *embora os seus desígnios sejam internamente públicos, sua instrumentalidade e os meios: de que se serve, sobretudo no exterior, são privados e mercantis*. Não se trata, por tanto, de *state functions* (funções estatais), em sentido estrito, senão de atos decorrentes do exercício do *jure gestionis*, que em todo Estado moderno se pratica – *mas internamente*, não sendo possível dilatar a força do estatuto de qualquer empresa até a indistinção com as funções de uma Missão diplomática. Os atos de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, quando elas operam no estrangeiro, são dificilmente imputáveis ao Estado propriamente dito. A jurisprudência internacional é quase uniforme nesse sentido, máxime a norte-americana.

Nada mais extravagante, portanto, que a JTSPC se fosse agregar à Missão diplomática do Japão em Brasília, ou a algum dos seus consulados de carreira, mesmo através de modesto [sic] *escritório de representação* localizado em São Paulo. Que categoria seria deferida ao seu *preposto*? Consul? Funcionário? Diplomata? Comerciante? Turista? Que dizer desse *escritório de representação* face à legislação fiscal do município?..

Aquela boa fé e crédito (cf. Brownlie) que foram concedidos ao governo acreditante pelo governo acreditador (isto é, o governo brasileiro), estariam sendo violados pela deturpação dos usos e finalidades da Missão, o que constituiria infringência do Direito Internacional já codificado (CVRD – art. 12; art. 41,1):

Art. 12. *O Estado acreditante não poderá sem o consentimento expresso e prévio do Estado acreditado, instalar escritórios que façam parte da Missão em localidades distintas daquela em que a Missão tem a sua sede.*

Art. 41,1 – *sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado. Têm também o dever de não se imiscuírem nos assuntos internos do referido Estado.*

22. Esta Consultoria Jurídica já tem examinado em diferentes oportunidades casos similares. Sirva de exemplo o magnífico parecer do Primeiro-Secretário Luiz Dilermando de Castelo Cruz, que subscrevemos, e que dilucidou com segurança o problema de empresas públicas estrangeiras à luz de nossa legislação interna e da melhor tradição internacional CJ/250 801 11 (B45)(B46) – de 6.8.1974: Relação jurídica da *Empresa Minera del Peru* com o Brasil. Todavia, distingue-se o caso, então examinado, em importantes aspectos, do que ora nos ocupa, convindo atentar na *forma* por que este foi orientado pelo próprio Procurador da JTSPC: *instalação de escritório de representação*. A solução então proposta (cf. §§ 28/81 do citado Parecer CJ/250, de 6.8.1974) não nos parece agora admissível ou aconselhável, dada a possibilidade de constituição futura de um ostensivo monopônio, o que não era o caso da *Mineroperu*.

23. (7) De quanto ficou exposto e argumentado, talvez até com imoderada insistência, sobretudo quando realçamos a natureza monopolística das atividades internas da JTSPC, e da instrumentalidade mercantil a que recorre no exterior, não há como negar que se inferem legalmente e existem praticamente dificuldades quase irremovíveis para encontrar solução aceitável com referência ao presente caso.

24. É indisfarçável que os dispositivos legais brasileiros colocam a empresa japonesa ante as pontas de um dilema intimativo: (1) ou admite constituir no Brasil uma *subsidiária* ou outro estabelecimento com personalidade jurídica de direito privado, autônoma e própria (vale dizer, com capital próprio), definindo e caracterizando nacionalmente suas atividades e seus objetivos, sem acobertar-se com esse manto diáfano – que efetivamente nada encobre – da assistência técnica; ou (2) enquadrada no art. 11 § 2º como empresa pública constituída por governo estrangeiro, não há como ela forrar-se à proibição que no mesmo artigo se contém, bem como na legislação que lhe é conexas (Decreto-Lei nº 3.365/1941, art. 2º).

25. Neste caso – se não concordar em submeter os *atos constitutivos* do *escritório*, ou da *agência*, ou da *filial*, ou da *sucursal* ou da *subsidiária*, que houver de organizar no Brasil, à *prévia aprovação* do governo federal brasileiro – então urge se comunique sem tardança à Missão diplomática do Japão que o *escritório*, precipitadamente instalado e já em operação, cesse quanto antes suas atividades, *por lhe faltar condição jurídica, ante os governos federal, estadual e municipal, para funcionar*.

26. Quanto aos entendimentos com a Secretaria de Agricultura paulista, é claro que são *nulos* e, por isto mesmo, *revogáveis* pelo mesmo órgão administrativo, já que, como *ato administrativo*, também não preenchem condições elementares de validade. Cabia à referida Secretaria ter apurado *previamente* da possibilidade de tratar ou pactuar com o escritório da JTSPC – o que não fez, induzindo mesmo em grave equívoco o Ministério da Agricultura, pretender que o *escritório* se limitaria ações de *cooperação técnica* é talvez excessivo como esforço de justificação, e nada mais natural desperte no observador isento certa dúvida metódica e discreto ceticismo.

27. (8) O exame dos estatutos e da organização da JTSPC – até onde ele se nos tornou possível, através da incompleta tradução que dos

mesmos se fez e está apensa ao processo – parece-nos que permitiria, se houvesse maior disposição para atuar entre nós lisa e francamente, a fórmula da constituição no Brasil de uma “*agência*” ou “*estabelecimento*” que atendesse ao art. 11, § 1º da Lei de Introdução. Esta afigura-se-nos a única fórmula – ou provavelmente a única – destinada à obediência dos dispositivos legais e a obviar (muito parcialmente, reconheça-se) os erros da experiência passada, como é lícito concluir das palavras do senhor Ministro de Estado em sua informação anterior à Presidência da República – Este é o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 11 de julho de 1977

Augusto de Rezende Rocha

1978

Situação de clandestinos. Situação regular de estrangeiros que entraram em território nacional quando seu governo era reconhecido e seus passaportes válidos, conquanto não tenham sido eles prorrogados ou substituídos, e/ou situação de clandestinos – “detentores de passaportes de países não [mais] reconhecidos pelo governo brasileiro” ou que não puderam ou quiseram renová-los. *Clandestinidade* de estrangeiros: quem a define e quem a julga; art. 73 do Decreto-Lei nº 941/1969 e sua exegese; a clandestinidade é regulada por lei interna e independe de fatores ou circunstâncias políticos de reconhecimento estatal ou governamental; *Expulsão*: por que ocorre; quando *pode ocorrer* e quando *não pode ocorrer*: efeitos.

PARECER

Determinou o senhor Secretário-Geral que esta CJ se pronunciasse sobre questões propostas pelo senhor Chefe, substituto, da Divisão Consular, as quais, ao lhe serem encaminhadas pelo Chefe do

Departamento Consular e Jurídico, vieram acrescidas de outras que lhes estão direta ou indiretamente associadas.

Para que se possa bem avaliar a matéria referente à consulta, transcreve-se, *verbis*, o texto do senhor Chefe, substituto, da Divisão Consular:

Clandestinos. Atos de registro civil. Tendo presente um grande número de consultas dirigidas à Divisão Consular sobre a matéria, permito-me sugerir a Vossa Excelência seja dirigida consulta ao Judiciário, no sentido de ser esclarecido se pessoas que se encontrem na qualidade de clandestinos no Brasil, especialmente se detentores de passaportes de países não reconhecidos pelo governo brasileiro, podem praticar atos como casamento ou registro de nascimento, ou se tais atos são passíveis de nulidade. 2. Esse esclarecimento se faz necessário, de vez que tais atos têm conseqüências em matéria de direito de família e direito patrimonial.

Semelhantemente, registre-se a seguir, *verbis*, o acréscimo feito pelo senhor Chefe do DCJ:

Os atos de casamento e os registros de nascimento de filhos brasileiros têm sido uma das formas mais comumente usadas por chineses de Formosa e coreanos para pleitear a concessão de vistos permanentes, ou a transformação dos vistos obtidos. A validade de tais atos, especialmente se efetuados mediante a apresentação de documentos cuja validade não reconhecemos, parece-me bastante discutível.

2. Impõe-se, preliminarmente, reduzir a itens a matéria, que é vasta e complexa, suscitada pelos dois diplomatas, discriminando-lhe, na medida do possível, os aspectos particulares, para que se previna a alegação de ter havido nas respostas alguma omissão – o que certamente ocorrerá, dado tratar-se de matéria imprópria a ser versada genericamente, tal a possibilidade de surgimento de casos peculiares. De resto, torna-se difícil, s.m.j., quanto às dúvidas apresentadas, realçar nas respostas aqueles aspectos que em questões de tanta amplitude mais lhes interessariam fossem elucidados: (1) se os referentes a *clandestinos* propriamente ditos, qualquer que seja a sua

nacionalidade ou origem, com passaporte ou não de países com cujos governos mantivemos, mas já não mantemos relações diplomáticas; ou (2) se atos decorrentes de relações de Direito Privado são *nulos ou não* quando deles participem *clandestinos*, “especialmente se [tais atos forem] efetuados mediante apresentação de documentos cuja validade não reconhecemos” (cf. a formulação do senhor Chefe do DCJ).

I. Como se conceitua o *clandestino* e qual a sua situação frente à legislação específica interna (Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, e seu Decreto Regularizador nº 66.689, de 11 de junho de 1970) e a convencional (Convenção de Haia, de 12 de abril de 1930, Decreto nº 21.798, de 6 de setembro de 1932) que porventura se lhe aplique?

II. Em que consiste a situação atual – regular ou irregular – de estrangeiros que entraram em território nacional quando seu governo (deles) era reconhecido, e seus passaportes, válidos, conquanto posteriormente não tenham sido tais passaportes prorrogados, revalidados ou substituídos?

III. Qual a situação de *clandestinos* (cf. definição) “detentores de passaportes de países não [mais] reconhecidos pelo governo brasileiro” ou que não puderam – ou quiseram – renová-los?

3. Analisam-se, consecutivamente, a *partir da noção de clandestino* – que não se vincula *necessariamente* a passaporte válido, caduco, ou à sua inexistência, seja ele emitido ou não por governo reconhecido ou não pelo governo brasileiro – alguns elementos inerentes às questões suscitadas. Atente-se, como abordagem inicial da matéria, conforme justa e esclarecedora observação de Dardeau de Carvalho (v. *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*, 1ª ed., 1976. p. 25), em que: “Visam-se passaportes (coisas), classificam-se pessoas (estrangeiros)”. “Não há classificação sem que tenha havido visto, mas pode haver visto sem que tenha havido classificação” – pois esta pode ser dada “supletivamente, pela autoridade local do desembarque.” Atente-se, outrossim, em que a prática de certos atos, na clandestinidade, sempre se presume venha marcada por intenção dolosa; no entanto, a própria lei, especificadora daquelas condições em que a clandestinidade passa a caracterizar-se, tornando-a então passível de sanções exemplares, também a própria lei

atenua ou cancela tais condições, uma vez se verifique a ocorrência de casos devidamente especificados.

4. Munidos dessa noção de *clandestino*, examinar-se-á depois a situação – mais delicada e complexa – do clandestino que for súdito (*ressortissant*) ou nacional de país com cujo governo não mais tenhamos relações, situação individual sobre a qual será imprudente generalizar de modo sumário, por isto que se vinculará à probabilidade de ocorrer expulsão, possibilidade, porém, que não deixa de existir para qualquer clandestino.

5. Em etapa subsequente, extraem-se das consultas formuladas novos itens, agora relacionados à noção de *expulsão* – tal como se acha disciplinada pela legislação brasileira (Decreto-Lei nº 941/1969, arts. 73-86) – bem como à *nulidade* ou *não* de atos decorrentes de relações jurídicas privadas de que participem esses clandestinos em território nacional (estabelecida a clandestinidade, é irrelevante agravá-la com a alegação de o clandestino ser ou não súdito de país com cujo governo não mantemos relações).

IV. Qual a situação do clandestino (qualquer que ele seja), portador ou não de passaporte, válido ou caduco, de governo reconhecido ou não pelo governo brasileiro, frente ao artigo 73 do Decreto-Lei nº 941/1969?

V. Quando pode ocorrer a expulsão e quando *não pode* ocorrer a expulsão do clandestino (cf. arts.73 e 74 do Decreto-Lei nº 941/1969 e arts.100 e 101 do Decreto nº 66.689/1970)?

VI. São *nulos* ou são válidos os atos decorrentes de *relações jurídicas privadas* de que participem esses *clandestinos*, quer tenham eles ou não apresentado, para fins de registro um documento de identidade – o passaporte o é, a despeito do que se pretenda (cf. definição de passaporte em qualquer bom dicionário, Webster, p. ex.) – emitido por governo *antes* reconhecido, mas agora *não mais* reconhecido? Por outras palavras: há incompatibilidade legal entre a situação de *clandestino* e a participação em atos disciplinados pelo Direito Privado interno do Brasil?.

6. Passamos a responder especificadamente aos quesitos extraídos às dúvidas genéricas que foram apresentadas pelos senhores chefes da DCN e do DCJ.

7. (1) Numa formulação introdutória, *clandestino* (cf. de Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*: verbetes *clandestinidade*, *clandestino*, etc.) é o indivíduo que pratica ato “às escondidas ou ocultamente, contra norma legal instituída e com intenção dolosa ou fraude. Não é só o que se oculta. Necessário que se tenha o ânimo de burlar a lei e fraudar alguém. E, assim, o ato clandestino é *ato vicioso*.”

Tratando-se de estrangeiros – que em princípio gozam “de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição Federal e das Leis” (art. 115 do Decreto-Lei nº 941/1969) – se estiverem, no entanto, residindo ou domiciliados no Brasil em situação *irregular*, porque sem atender a determinações legais (cf., essencialmente, o Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, e seu Decreto Regulamentador nº 66.689, de 11 de junho de 1970, ou outros dispositivos legais, internos ou convencionais), variadíssimas são as hipóteses a considerar.

8. O estrangeiro pode ter entrado em território nacional:

(A) sub-repticiamente, sem *visto* e sem *classificação* em seu passaporte, e/ou sem haver solicitado em boa e devida forma asilo territorial (v. Decreto-Lei nº 941/1969, arts. 2º, 3º, 4º: visto e classificação nos passaportes; arts. 111/113: do asilado e de suas obrigações; art. 116: apresentação de documento comprobatório de permanência no país);

(B) e ter excedido os prazos de *trânsito* (10 dias improrrogáveis), de estada como *turista* (90 dias, prorrogáveis por igual período), ou como *temporário* (180 dias ou mais, conforme os casos previstos pelos arts. 15 e 16, parágrafo único). Vejam-se na legislação citada: arts. 6º, 7º: trânsito; art. 9º: turista; art. 11: dispensa de visto de turista e casos de reciprocidade (vide também o decreto regulamentador); arts. 15/17: temporário; arts. 18/19: permanente. – Serão estes, fatos a averiguar e a remediar com provimentos administrativos legais. Entrementes, o estrangeiro precisa: (a) *registrar-se* (Decreto-Lei nº 941 / 1969: arts. 42 e seguintes); recebendo (b) um *documento comprobatório*

de identidade, mas tendo (c) *seu passaporte restituído*, por isto que (d) “*seu nome e nacionalidade, para os efeitos do registro são os constantes do passaporte ou de documento equivalente*” (Decreto-Lei 941/1969: arts. 42 e seguintes). O registro consagra, destarte, a noção de que o *passaporte é um documento de identidade*, que o governo e a administração brasileiros ratificam, dando-lhes um *substitutivo de validade exclusiva para o território nacional*. Considere-se, pois, que a caducidade ou a não renovação do passaporte – o que só pode ocorrer ulteriormente – não permite classificar o estrangeiro de *clandestino*, se o seu registro se processou tempestivamente, à vista de *um documento então válido; examinado e restituído*. A clandestinidade só começará a configurar-se a partir do vencimento daqueles prazos acima referidos, bem como de suas prorrogações legais, *sem que o estrangeiro tome iniciativa de regularizar a estada que os exceda*. A clandestinidade não provém, portanto, do passaporte caduco (fato que só interessa em princípio ao país de que o indivíduo é *ressortissant*): ela se caracteriza, para o administrador brasileiro, por não ter o estrangeiro observado ou não vir observando, em sua estada, determinações legais brasileiras. Convém ressaltar, aliás, que em muitos casos, não haverá *dolo específico*, senão apenas *culpa* a ser considerada;

(C) e não terá conseguido *converter sua classificação (turista ou temporário) em permanente* (arts.18/19), de forma que sua situação – *irregular* – precisa ser corrigida com medidas apropriadas para que deixe de ser um simples *residente*, passando a ser *domiciliado*; mas não se lhe pode, em sã consciência, as mais das vezes, argüir de clandestinidade o interregno de regularização posterior ao vencimento de prazos. As sanções advindas de *situação irregular* – passível (se prolongada) de considerar-se como clandestina – são exemplares, mas ao aplicador da lei sempre se outorga, em casos tais, a par da competência vinculada, uma razoável dose de discricionariedade com a qual lhe seja lícito exercitar seu discernimento, bom senso e equidade.

9. O clandestino – digamo-lo em síntese – é o homem cuja permanência no país ocorre com desrespeito à lei e aos regulamentos que lha disciplinam. É o homem que apela para subterfúgios – e os há, sendo muitas vezes até legalmente antecipados – para fraudar a lei. O *clandestino tem, contudo, sua situação exclusivamente definida por lei interna*, conforme internacionalmente se reconhece e aceita, ainda que a tais leis, a pouco e pouco, se venham agregando noções e elementos *comuns* à experiência acumulada pela maioria dos países civilizados na disciplina de fatos sociais, elementos esses constantes de convenções ou acordos bilaterais reguladores da matéria e/ou de questões correlatas (cf. p. ex. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961).

A clandestinidade varia, pois, nos seus elementos, conforme as peculiaridades de cada país; alguns desses elementos, todavia, são invariáveis e constituem repositório de experiência ordinária para sua conceituação entre governos civilizados, cada vez mais interdependentes na administração da ordem internacional.

10. (II e III) Os estrangeiros que entraram em território nacional quando seu governo (deles) era reconhecido e seus passaportes válidos, tiveram e continuam a ter situação *regular*, máxime se, posteriormente à entrada e ao registro de praxe, prosseguiram regularizando sua permanência, de acordo com a lei interna (cf. legislação antes referida). Isto equivale a dizer que o seu *registro* continua válido, ainda que o documento que lhe serviu de fundamento tenha deixado de o ser, dadas certas injunções políticas que não seria justo afetassem, no país em que passaram a residir ou se domiciliaram, a atividade útil e ordeira desses estrangeiros.

Se os seus passaportes eram válidos, mas tornaram-se obsoletos (=caíram em desuso) ou caducos (=anularam-se ou perderam a validade) por não terem sido prorrogados, revalidados ou substituídos, eis uma questão que se situará em segundo plano, do ponto de vista brasileiro, *desde que – repitamo-lo enfaticamente – esses estrangeiros se tenham conformado, a partir do registro, às prescrições legais brasileiras quanto à permanência* (Decreto-Lei nº 941/1969, arts.50/51: prorrogação do prazo de estada; arts.54 e 55: permanência; art.60: documento de identidade, sua importância e respectivo prazo de validade). Por isso mesmo, o Departamento de Polícia Federal – determina a lei – “centralizará, mantendo-o atualizado, o registro geral de estrangeiros identificados no Brasil (...)”

11. Qualquer pessoa, medianamente familiarizada com questões de cadastramento e identificação demográfico-sociais, compreenderá facilmente que nenhum país pode tolerar ter os seus registros e assentamentos administrativos sujeitos às variações de critério de outros países ou às mutações de natureza política dos Estados. Ou bem se observa a legislação interna – o que já é difícil, como não se ignora – ou bem se atenderá às mutações governamentais estrangeiras, mas resguardar, simultaneamente, na organização administrativa as diferentes legislações parece excessivo.

12. O estrangeiro pode finalmente retificar seus assentamentos (cf. legislação citada: arts.61/62 e seguintes), o que já representa razoável esforço atualizador por parte do governo brasileiro.

13. Em todos esses dispositivos legais não se cogita de saber – repitámo-lo agora didaticamente – se o passaporte veio a caducar ou não foi prorrogado, renovado ou substituído: ao administrador brasileiro bastará verificar se o estrangeiro se *registrou* e se tem procurado respeitar a legislação interna que lhe regula a permanência e o domicílio, intervindo aí a discricionariedade na aferição dos fatos que sempre se concede aos agentes administrativos aplicadores da lei ao defrontarem-se com alguns casos excepcionais. Menos ainda se cogita de invalidar um registro por causa de passaporte – tempestivamente válido quando examinado – mas cancelado em virtude de circunstâncias políticas ulteriores ocorrentes em países estrangeiros. O passaporte, quando apresentado, *era* válido: eis o que importa; cumpre examiná-lo, ponderando-lhe devidamente os elementos e a autenticidade: (1) *data de emissão* e seu *prazo de validade* até a realização do *registro*; (2) data da entrada (legal ou ilegal?) *do estrangeiro no Brasil* e sua *classificação*. Se o estrangeiro logrou *registrar-se*, daí por diante não se lhe argüirá de *nulo* o registro porque o passaporte *caducou depois da sua restituição*.

A *nulidade ou validade* de um ato administrativo (*registro*) se vinculará à legislação nacional *em tempo observada*, a *capacidade do agente administrativo autorizado* a essa época, mas não se pode associar a *posterior ato administrativo (recusa de prorrogação de passaporte) de autoridade estrangeira*. A própria idéia de *nulidade* prende-se a um dado quadro legal que a condiciona e determina; os atos administrativos das autoridades brasileiras não podem vir a ser infirmados internamente em virtude de

ocorrências ou de ulteriores decisões administrativas de origem estrangeira, e admiti-lo seria inusitado e extravagante.

14. (IV) O art.73 do Decreto-Lei nº 941/1969, que especifica circunstanciadamente os casos em que pode ocorrer a *expulsão do estrangeiro*, é de tal amplitude que arma o governo brasileiro de autoridade incontestável para fazê-lo; com efeito, sempre que se atentar contra: (1) “a segurança nacional; (2) a ordem política ou social; (3) a tranqüilidade ou moralidade públicas, e (4) a economia popular” – a expulsão pode realizar-se automaticamente. A latitude de decisão do administrador não fica, todavia, apenas aí: quando o estrangeiro pelo seu procedimento se “torna nocivo ou perigoso à conveniência e aos interesses nacionais” (o que de certa forma já se contém nos itens anteriores) também a expulsão se legitimará.

Do ponto de vista da *clandestinidade* propriamente dita, no entanto, a expulsão *só poderá ser feita* quando o estrangeiro: (1) “praticar fraude a fim de obter sua entrada ou permanência no Brasil” (art.73, §1º, I) ou quando (2) “havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se ausentar no prazo que lhe foi assinado para fazê-lo, não sendo possível a deportação” (art.73, §1º, II). *São dispositivos estritos* e, salvo se o estrangeiro se vir enredado nos itens anteriores, a expulsão fica limitada. Quanto à hipótese de ele “entregar-se à vadiagem e à mendicância”, uma análise acurada a incluirá em outras já referidas (“nocivo ou perigoso à conveniência e aos interesses nacionais”), sendo de certo modo redundante particularizá-lo. Finalmente, se o estrangeiro – clandestino ou não – “desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para o estrangeiro” – e já as mencionamos anteriormente – também a expulsão, assim reiterada, corrigirá a situação irregular.

Atente-se, portanto, para esta circunstância relevante: relacionados especificamente com a clandestinidade, os dispositivos caucionadores da expulsão consistem em simples decorrência da *inconformação do estrangeiro com as leis internas brasileiras, mas nada têm eles a ver com os passaportes desses mesmos estrangeiros*. Se o estrangeiro tem *registro*, cumpre indagar por que e como veio ele a infringir qualquer “proibição especialmente prevista em lei para o estrangeiro” (art.73, §1º, IV). Se não tem *registro*, como anteriormente se expôs, ocorre a infringência do art.73, §1º, I e II: ou fraude na entrada e permanência (1); ou infração na entrada e relutância em retirar-se do território nacional no prazo assinado (II). Eis tudo.

Os passaportes desses estrangeiros – tenha o Brasil rompido relações com os seus países ou não – não permitem configurar a *clandestinidade*. Tal como se infere da legislação brasileira, considera-se ela *etapa ulterior ao visto e classificação*, pois só a ausência de registro, decorrente da *classificação tempestivamente processada*, permite caracterizá-la. Portanto, na conceituação do que seja clandestinidade, falar de *passaporte* é distinguir na lei brasileira aspecto ou elemento de que não se cogitou, por isto que o registro, passando a fazer as vezes do passaporte em todas as relações públicas e privadas do estrangeiro no Brasil, lhe supre a caducidade posterior. Nem se compreende que assim não seja, em país de imigração como o Brasil, quando por todos os meios e modos se deve estimular a integração do estrangeiro na sociedade brasileira.

15. (V) Constitui venerando lugar-comum que as leis provém de costumes, e estes refletem em particular as condições culturais e formas (*patterns*) institucionalizadas de uma sociedade. Não podia o Decreto-Lei nº 941/1969 afastar-se desse truísmo e, porque o Brasil, a partir da última década do século XIX, se tenha tornado país que as correntes imigratórias européias (Alemanha, Itália, Espanha, etc) especialmente procuravam e, já às vésperas (1912) do primeiro grande conflito mundial, passou a sê-lo pelas do Oriente (Líbano, Japão, etc), é natural que o problema do estrangeiro tenha sido tratado (cf. em particular o art. 74, I e II) à luz de uma filosofia liberal e integradora do alienígena na sociedade brasileira, ensejando que ao *jus sanguinis* (tolerado) se desse preferência ao *jus soli* (favorecido), de modo a se criarem clima e circunstâncias para um *melting pot* efetivo, em harmonia com a vocação miscigenadora que presidiu à formação brasileira.

16. Acrescente-se, por outro lado, sumariamente – e para maiores esclarecimentos remetemos ao anteriormente citado A. Dardeau de Carvalho: *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil* – Título V – *Da Expulsão*, p. 109-118 – que: (1) “O princípio de igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes, sem qualquer restrição de ordem constitucional, pode realmente tornar duvidoso o direito de expulsão”; até mesmo porque o art. 153, § 26 da Constituição consagra que “em tempo de paz qualquer pessoa poderá entrar com os seus bens no território nacional – *nele permanecer* – ou dele sair, respeitadas os preceitos da lei;” (2) “a permanência do estrangeiro no Brasil, obtida sob a égide de preceitos legais próprios, é

direito do estrangeiro, de acordo com o *caput* do art. 153”; (3) a concessão da permanência é ato de arbítrio, discricional, de um governo, mas “desde o momento que a concede, não mais poderá retirá-la, cassá-la ou revogá-la, pois a isto se opõe a própria Constituição que atribui ao estrangeiro o direito de permanecer no Brasil”.

17. Em harmonia com esses preceitos constitucionais genéricos – susceptíveis, é claro, de atenuação à luz de outros, igualmente constitucionais, que os possam matizar – considere-se agora que o art. 74, I e II, bem como o seu parágrafo único, introduzem na inteligência e aplicação do anterior art. 73 §§1º (I, II, III e IV) e 2º, delimitações precisas, que já têm sido objeto de exame e interpretação por parte dos tribunais brasileiros (cf. jurisprudência relacionada em outras partes deste Parecer).

18. Leiamos com atenção o art. 74, I e II, e seu parágrafo único:

Art. 74. Não será expulso o estrangeiro que tiver:

I – Cônjuge brasileiro do qual não esteja desquitado ou separado; ou II – Filho brasileiro dependente da economia paterna.

Parágrafo único. Não constitui impedimento à expulsão o casamento com brasileiro ou adoção de filho brasileiro supervenientes à instauração do inquérito com aquela finalidade.

19. Vejamos agora o art. 101, § único, do Regulamento (Decreto nº 66.689, de 11.6.1970):

Art. 101. Não será expulso o estrangeiro que tiver:

I – Cônjuge brasileiro do qual não esteja desquitado ou separado; ou

II – Filho brasileiro dependente da economia paterna.

Parágrafo único. Não constitui impedimento à expulsão o casamento com brasileiro ou a adoção de filho brasileiro supervenientes a instaurações do inquérito com aquela finalidade.

20. Preliminarmente, assinale-se que não se emprega no art. 74,– nem no art. 101 do regulamento, que é sua mera reiteração – a expressão

clandestino nem mesmo implicitamente é ela pressuposta; fala-se explicitamente de *estrangeiro*. Assim, mesmo que o *estrangeiro* se ache incurso no art. 73 (seja no *caput*, seja no que, discriminadamente, prevê o seu § 1º (I, II, III e IV), a expulsão *não poderá ser feita* quando ocorrerem as hipóteses do art. 74, I (se tiver “cônjuge brasileiro do qual não esteja desquitado ou separado” [a completar interpretativamente à luz da recente lei que instituiu o divórcio]) e II (se tiver “filho brasileiro dependente da economia paterna” [a interpretar à luz de dispositivos constitucionais e de Direito Privado, que vedam a discriminação de sexo, bem como estabelecem o entendimento genérico do que seja *filho*])).

21. Não se pode asseverar, pois, que o *clandestino* esteja desamparado pelo art. 74, ao se lhe argüir, *prima facie*, o fato de ser portador de passaporte caduco: a exceção, aberta pelo art. 74, I e II, ao art. 73, § 1º (I, II, III e IV), é categórica: se o *estrangeiro* – *clandestino* (cf. a conceituação antes estabelecida) *ou não* – *residindo e/ou domiciliado no país* (cf. *Lei de Introdução*; Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 7º, § 1º, § 3º, § 4º, § 5º, § 8º, especialmente este último) – se tiver (1) cônjuge brasileiro e/ou (2) filho que viva sob sua dependência econômica – *não poderá ser expulso* e, neste caso, é ocioso e irrelevante falar em “documentos cuja validade não reconhecemos”. Segue-se então a conseqüência, que promana natural e logicamente do *efeito útil* a que se visou com a exceção aberta pelo art. 74, I e II: são válidos os atos celebrados em conformidade com o Direito Civil brasileiro – casamento, registro civil, adoção, etc – não somente porque sobre eles se estendeu o manto homologador do art. 74, senão também porque neste não se previu se uma das suas partes era ou não *clandestino*, portador ou não de passaporte caduco. Na verdade, tal restrição nem consta da letra do artigo em exame, nem tampouco do seu espírito se poderá inferir, por isto que neutralizaria a intenção social prevista, como certa vez observou, clarividamente, o saudoso Ministro Álvaro Ribeiro da Costa (cf. jurisprudência adiante examinada).

É certo que o mesmo art. 74 procura obviar a má fé e conseqüente fraude à lei (e esta existe, aqui e alhures, sobretudo no EUA, para coonestar a permanência do estrangeiro – especialmente se em clandestinidade – ou, como lá se denomina, do “*illegal alien*”); daí o que estipula o parágrafo único do art. 74:

“Não constitui impedimento à expulsão o casamento com brasileiro ou adoção de filho brasileiro *supervenientes* à instauração do inquérito com aquela finalidade”.

Observe-se que o decreto regulamentador admite “*instaurações* do inquérito com aquela finalidade”. Plural que talvez seja cochilo de regulamentação; mas, como está, será exemplo, porventura excessivo, de decreto regulamentador que legisla – conforme diria Rui Barbosa.

22. (VI – 5) Os atos disciplinados pelas instituições de Direito Privado de cada Estado não se subordinam senão *genérica e indiretamente* às normas específicas de direito público, mesmo àquelas por que se pautem a organização e o funcionamento das instituições políticas de tais Estados. E não há por que estranhar que assim seja, visto constituir esse quadro jurídico, regulador das relações privadas, a mais característica emanação da atividade organizadora do próprio Estado, criador que é do direito positivo.

Basta considerar, exemplificadamente, o *domicílio*: “domicílio é noção de Direito Privado, no sentido de que ele se constitui independentemente de relações de Direito Público”; “admitirmos em matéria de capacidade e de estatuto pessoal duplo domicílio é criar a anarquia na vida das relações privadas”; “é, na realidade, a *lex fori* a competente para determinar qual a lei conceituadora do domicílio”; “porque o domicílio é a condição de exercício de diversas atribuições”; “a concepção de domicílio faz parte do sistema de Direito Internacional privado de cada país” (Niboyet); em suma, domicílio é o que, no Brasil, a lei diz que é (Tenório, Oscar, *Lei de Introdução*, § 439, p. 237 e seguintes.).

As relações pessoais em sociedade, para que se processem harmonicamente, precisam, pois, observar condições mínimas de liceidade, estabelecidas coercitivamente pelo mantenedor da ordem social e pública que é o Estado, nem *prima facie* foi ele criado para outra finalidade. Postular-se que são *nulos* os atos privados de que participem quaisquer clandestinos – ou somente porque tais atos tenham sido “efetuados mediante a apresentação de documentos cuja validade não reconhecemos”, para mais uma vez usar de fórmula do senhor Chefe do DCJ – seria criar-se escapatória legal para que esses clandestinos se forassem a obrigações contraídas nas suas relações com terceiros, e vice-versa. Não se compreenderia que o Estado permitisse a existência de indivíduos à margem da lei e – o que é pior – por ela exculpados

e imunes a quaisquer sanções nas relações privadas de que participassem; nem tampouco é possível, *em tese*, admitir-se que o Estado, sob color de que esses clandestinos lhe infringiram dispositivos legais, consinta sejam eles vítimas de explorações, abusos e iniquidades por parte de terceiros inescrupulosos. Não se faz necessário recorrer à Declaração Universal dos Direitos Humanos para fundamentar essa repulsa: basta reconhecer a trivial premissa de que o Direito se alicerça na Moral.

Tome-se um exemplo para ilustrar a questão. Nos Estados Unidos, que se vê a braços com uma permanente imigração clandestina, *grosso modo* oriunda do México – fenômeno social, econômico e cultural extremamente complexo e do maior alcance, que a legislação dos dois países tem sido incapaz de habilmente regulamentar, por isto que até agora se cingiu a efeitos sem lhe averiguar as causas – nos Estados Unidos, a despeito de suas peculiaridades regionais, que ens ejam diversidade de jurisprudência, tem sido questão aberta a debate se um estrangeiro clandestino (*illegally in the country*) pode reivindicar direitos civis, “*including the right to sue for debts or personal injuries*” –; e a jurisprudência se tem dividido (cf. Bishop, William, *International Law – cases and materials*, 3ª ed. [1971 — ?], p. 746, em nota, conquanto valha a pena observar que as decisões citadas já são antigas (1933) e bem anteriores à Declaração dos Direitos Humanos) Daí os oportunos comentários que, como remate às suas considerações, tece aquele internacionalista norte-americano:

For purposes of the study of international law, it is worth noting (1) that through such constitutional guarantees the United States performs its international law duties towards other states [v. Constituição brasileira, — art. 153, especialmente §§ 19 e 26] and (2) that the substantive content of the alien’s rights under the Constitution and laws of the United States, as interpreted by our courts, is far from identical with the “international law standard” required of a state which seeks to avoid violating the rights of other states in the former’s treatment of the latter’s nationals. Confusion on this point has not been uncommon among American lawyers, some of whom have apparently assumed that the standard of individual rights set by the United States Constitution applies throughout the world as a part of international law! (op. cit. p. 747).

Assinale-se, portanto, à guisa de conclusão – ditada assim pelos mandamentos constitucionais brasileiros (cf. art. 153, *caput*), como pela nossa legislação específica (Decreto-Lei nº 941/1969, loc. cit.), ao assegurar explicitamente permanência em território nacional ao estrangeiro ameaçado de expulsão, mas já integrado na sociedade brasileira, através de prévios e inequívocos atos regidos pelo nosso Direito Positivo – que o tratamento dado aos estrangeiros pelas leis e pelos costumes brasileiros não difere, senão se avanteja em garantias, ao dispensado pelos Estados havidos como avançados e liberais.

As peculiaridades de nossa formação histórica, confirmadas e melhor caracterizadas na acolhida que por largos períodos sob o regime republicano se veio a dar a qualquer tipo de imigração, fazem do Brasil um país multirracial, aberto à colaboração estrangeira e em consonância com as mais humanas e recentes tendências do Direito Internacional. Não se justifica, assim, se criem restrições de caráter administrativo à sombra de textos legais (vigentes) que as não comportam: tais restrições existem apenas no espírito de quem seja infenso à congênita cordialidade do brasileiro – cordialidade que a dureza dos tempos presentes ainda não logrou de todo extinguir.

23. Assinale-se, finalmente, que a evolução recente do Direito Internacional, sob o influxo de muito maior interdependência dos povos e de mais efetiva cooperação e divisão de trabalho; conquanto continue em tese a admitir que “*expulsion is also within the discretion of the state*”, nem por isto deixa de frisar que “*tribunals and writers have at times asserted the existence of limitations on this discretion*” (Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2ª ed., p. 504 *passim*). Oppenheim – continua Brownlie – reclama a existência de *justa causa* para a expulsão e invoca o princípio de *abuso de poder*. E, dentre outras considerações que desenvolve, registrem-se as seguintes que nos permitem correlacionar dispositivos constitucionais e legais brasileiros com aquelas tendências a que se vem subordinando o Direito Internacional:

- 1) “... *most important of all, the expulsion of persons who by long residence have acquired prima facie the effective nationality of the host state is not a matter of discretion, since the issue of nationality places the right to expel in question*” (*op. cit.* p.506);
- 2) “*In some cases the long residence and local connexions may create a new, effective, nationality opposable to the state of origin*” (*op. cit.*, p. 507);

- 3) “*There has always been a current of opinion to the effect that the alien, having submitted to the local law, can only expect treatment on a basis of equality with nationals of the host state. This view is pressed particularly in relation to the lack in most cases of any major interest of the state of the alien in respect to injuries to nationals. It is also said that the status of the alien is not the subject of a privilege as “alien”, but is simply that of an “individual” within the territorial sovereignty and jurisdiction of the host state*” (loc. cit., p. 509).

24. (6) Resumindo: a *clandestinidade* de estrangeiros no território nacional, quem a define e a condiciona, determinando-lhe as sanções cabíveis, é a lei brasileira: Decreto-Lei nº 941/1969 e seu decreto regulamentador; quem lhe julga da gravidade é a autoridade brasileira federal (MJ), em harmonia e colaboração com as autoridades estaduais competentes.

A *clandestinidade* é, assim, regulada por lei interna e independe de fatores ou circunstâncias políticos de reconhecimento estatal ou governamental; é, antes de tudo, um fenômeno social e cultural e só complementarmente adquire conotações políticas; conseqüentemente, à autoridade administrativa cabe examiná-lo à luz dessa legislação interna que, na sua promulgação, terá sofrido, essencialmente, condicionamentos e motivações sociais internos e só subsidiária ou complementarmente se terá acomodado a compromissos convencionais.

À *clandestinidade* se aplicam sanções; dentre elas – e em casos bem definidos, como já vimos – a *expulsão*; a lei define quando a expulsão é cabível e pode ocorrer, mas a mesma lei *estipula* quando *não pode ocorrer*. Os tribunais brasileiros têm examinado freqüentes casos de expulsão, e decidido quando serão eles lícitos nos limites da legislação brasileira, e quando não o serão. Os casos de fraude à lei, ou de errônea subsunção à lei, também vêm sendo objeto dessas decisões judiciais, convindo ponderar o alcance e a data da jurisprudência a seguir relacionada, visto que o senhor Chefe, substituto, da Divisão Consular, pleiteando uma consulta ao judiciário por parte deste MRE (o que obviamente não é possível) terá de contentar-se com as indicações a serem inferidas dessa jurisprudência, até certo ponto vacilante e ainda não inteiramente fixada.

- 1) *Habeas-corpus* nº 32.352 – DF – STF – TP – Relator: Ministro Mário Guimarães (estipulava a ocorrência de duas condições: casado com mulher brasileira e ter filho brasileiro); julgado em 21.1.1953; votos vencidos Ministro Ribeiro da Costa, Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato;
- 2) Súmula nº 1: *É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna* – Aprovada em sessão de 13.12.1963 – p. 33;
- 3) Rec. *Hábeas-corpus* nº 60.453 – DF – STF – TP – Relator: Ministro Bilac Pinto: Configurada a dependência de filho brasileiro menor à economia paterna, inclusive, *comprovada por sentença condenatória à prestação de alimentos, o estrangeiro não pode ser expulso do território nacional*; votos vencidos: Ministros Rodrigues Alckmin; Antônio Neder; Thompson Flores; Barros Monteiro e Eloy Rocha; julgado em 16.11.1972 (cf. com o julgado anterior (6) de 13/5/1970);
- 4) *Habeas-corpus* nº 40.536 – GB – STF – TP – Relator: Ministro Evandro Lins e Silva: *Quando o expulsando está respondendo a processo criminal só é possível decretar a expulsão após o julgamento deste pelo Poder Judiciário*; julgado em 13.5.1964;
- 5) *Habeas-corpus* nº 36.686 – DF – STF – TP – Relator: Ministro Barros Barreto – E’ possível a *expulsão de estrangeiro casado com brasileira, quando dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite* – julgado em 5.6.1969;
- 6) *Habeas-corpus* nº 47.622 – PE. STF – TP — Relator: Ministro Eloy da Rocha – Aplicação dos arts. 74 I, e 76 do Decreto-Lei nº 941/1969; – independentemente de ser o estrangeiro devedor ou não de pensão alimentar ao cônjuge brasileiro, pode ser expulso do território nacional – julgado em 13.5.1970;
- 7) *Habeas-corpus* nº 46.439 – GG — STF – TP – Relator: Ministro Eloy da Rocha – “A expulsão poderá efetivar-se, a juízo do Presidente da República, antes de concluído o inquérito policial militar ou a ação penal a que esteja

respondendo o estrangeiro e, na hipótese de condenação, durante o cumprimento da pena”, nos termos do art. 42 do Decreto-Lei nº 417, de 19.1.1969 – julgado em 5.3.1969 (cf. o julgado *anterior* (4) de 13.5.1964);

- 8) *Habeas-corpus* nº 48.133 – SP – STF – TP – Relator: Ministro Elloy da Rocha – Aplicação do art. 74, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 941, de 18.10.1969 — Não constitui impedimento à expulsão o casamento com brasileiro, *superveniente à instauração do inquérito com aquela finalidade* – julgado em 18.9.1970;
- 9) *Habeas-corpus* nº 45.067 – DF – STF – TP – Relator: Ministro Thompson Flores – O fato de estar pendente processo criminal contra estrangeiro não impede a sua expulsão do território nacional – julgado em 17.3.1968 (cf. o julgado *anterior* (4) de 13.5.1964) – Vencidos os Ministros Victor Nunes Leal, Adauto Cardoso, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima e Lafayette de Andrada).

26. Estas são algumas das decisões mais relevantes quanto à expulsão de estrangeiros; se suficientemente analisadas, ver-se-á que nessa matéria não é prudente generalizar, por isto que se exige para cada caso conhecimento de circunstâncias que modificam muitas vezes conclusões radicais.

27. (8) Como remate aos esclarecimentos até agora apresentados, convém acrescentar, à margem de referência explícita do senhor Chefe do DCJ, as seguintes observações, porventura não de todo descabidas.

28. (A) Os nacionais da Coréia, porque tenhamos com esse país relações regulares e normais, não estarão incluídos, ao que tudo faz crer, entre aqueles que “apresentaram documentos cuja validade não reconhecemos”; conseqüentemente, se são *clandestinos*, é porque se lhes aplica o art. 73 e seus itens: cumpre expulsá-los, se tal for possível em conformidade com a legislação que foi largamente examinada neste Parecer; se, todavia, vierem a casar-se no Brasil ou a ter filhos brasileiros dependentes de sua economia, estarão amparados pelo art. 74, a não ser que se lhes aplique a ressalva contida no parágrafo único desse mesmo artigo. Eis tudo. Sua Excelência pode discordar do que se contém na lei brasileira; pode até

propor sua alteração, apresentando mais persuasiva argumentação do que a esboçada em sua consulta; mas até que a lei seja revogada, cumpre acatá-la e refletir sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal citada neste Parecer.

29. (B) Quanto à China, convém ponderar, *volente, nolente*, que a unidade estatal chinesa ainda é uma ficção (cf. Gonçalves Pereira, André, DIP, 2ª ed., p. 253: “Mas muitos observadores verificam que, embora cada governo se arrogue a representatividade absoluta, com exclusão do outro, na verdade um controla absolutamente o continente ao passo que o outro controla absolutamente a Ilha de Formosa, e que em qualquer destes territórios se acham reunidos os caracteres essenciais do Estado, havendo por tanto dois Estados – é a teoria das *duas Chinas*”). Sem dúvida, a representatividade internacional da China se alterou substancialmente desde que Formosa cedeu o lugar que ocupava na ONU, à China comunista, reconhecendo-se destarte, o que Estados de política pragmática (Reino Unido) já haviam feito muito antes; sem dúvida, a situação para nós, no Brasil, também se alterou completamente *a partir de 1974*, quando passamos a reconhecer o governo de Pequim, talvez com melhores razões do que até então o fizéramos com o governo de Formosa. Persiste até hoje, no entanto, *o fato – seco e inegável – de que Formosa existe como Estado*, ainda que não mais lho reconheçamos, bem como o fato – merecedor de atenção – de que os EUA ainda não cortaram suas relações políticas e diplomáticas com o governo de Formosa, e ainda não condescenderam com as exigências do governo de Pequim, a despeito de esforços pessoais de alguns homens públicos norte-americanos (Nixon e Kissinger) e do que deles se esperava.

30. A legislação brasileira não distingue entre espécies de *clandestinos*, nem há sanções maiores contra clandestinos deste ou daquele Estado: convém ler na lei o que ela diz e não o que estimaríamos que ela dissesse. Já vimos que os atos regidos pelo Direito Privado interno brasileiro também independem do reconhecimento ou não de Estados ou governos estrangeiros: são esferas distintas. Importa distinguir, todavia, do ponto de vista prático e administrativo, se a emissão do passaporte, ou do documento que lhe faça as vezes, é *anterior a agosto de 1974, ou posterior a esta data* (rompimento de relações com Formosa e reconhecimento da China comunista): se *anterior*, sua validade não pode ser contestada para esse período

até 1974, cabendo tão somente à autoridade competente (MJ), no exercício de sua autoridade discricional, continuar aceitando ou não sua validade *subseqüente*. O que nos parece *aceitável* – dado que não há razão para o governo brasileiro forçar um chinês fiel a Formosa a tornar-se fiel a Pequim, pelo fato de havermos nós politicamente mudado, nossos critérios – é que o *passaporte chinês emitido por Formosa, mas que ensejou tempestivamente o registro brasileiro antes de 1974, continue válido para o governo brasileiro, ainda que não prorrogado ou substituído pela China de Pequim, por isto que a esta falta autoridade para anular o ato administrativo de outro governo soberano (Formosa)*. Se a emissão do passaporte for *posterior* a agosto de 1974, sua validade, ainda assim, é *admissível* para aqueles atos que, mesmo durante a clandestinidade de residência de seus autores, permitem que a pena de expulsão *não* lhes seja aplicada, em virtude de: (a) residência razoavelmente prolongada no país, com formação regular de sociedade conjugal; ou (b) reconhecimento do registro de filho brasileiro, dependente da economia paterna. – É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, 21 de junho de 1978

Augusto de Rezende Rocha

1981

Sociedade anônima estrangeira – *Bralaca Ltda.* – sediada em Clarksville, Missouri, EUA – não pode funcionar: (1) por lhe faltar autorização do governo brasileiro (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 11, § 1º); e (2) por não ter representante devidamente nomeado; (3) não pode ter filiais ou agências *antes* da aprovação dos seus atos constitutivos (cf. Tenório, Valladolid, Serpa Lopes, entre outros).

PARECER

Em obediência a despacho exarado pelo Juiz de Direito da Comarca de Correntina, BA, Dr. Eustáquio Ribeiro Boaventura, recebeu esta Consultoria Jurídica, da Escrivã dos Feitos Cíveis, “cópia autêntica do documento constitutivo da Autora” – “Bralaca Ltda., sediada na cidade de Clarksville, Missouri, EUA” – no Feito de nº 36/81 – Esbulho possessório – em que figuram como Réus *Triflora Triângulo Florestadora S/A*, com sede na Avenida da Saudade, 755, Belo Horizonte, MG, REBA – *Reflorestadora da Bahia Ltda*, com sede em Belo Horizonte, MG, no mesmo endereço da primeira; *Florestaminas – Florestamento de Minas Gerais S/A*, com sede em Contagem, MG; *Planta Sete* – Empreendimentos Rurais Ltda. com sede na cidade de Sete Lagoas, MG; e *Vale do Rio Grande – Reflorestamento S/A*, com sede na cidade de Uberaba, MG.

2. O despacho do juiz está concebido nos seguintes termos:

“R.H. – Citem-se como pede. Designo audiência de justificação prévia dia 9 de junho do corrente, às 9 horas. Oficie a Escrivania ao Ministério das Relações Exteriores, enviando cópia autêntica do documento constitutivo da Autora, solicitando informações sobre a regularidade do funcionamento da mesma em Território Nacional, em face a legislações específicas e a tratados internacionais dos quais o Brasil tenha sido signatário. – Cumprase – Em 11.5.81 – (a) Boaventura”.

3 A “cópia autêntica do documento constitutivo da Autora” consiste em uma tradução do inglês – por tradutor público do Rio de Janeiro – relativa à constituição de “uma *sociedade anônima* de acordo com a Lei Geral sobre Sociedades Anônimas do Missouri (EUA) de 1959”.

A razão social da Sociedade é *Bralaca Ltda* (sic); a sede é em Clarksville, Missouri, estando a companhia autorizada a emitir ações até um milhão (1.000.000) de dólares; capital de US\$ 30.000; o número de ações a ser emitido *antes do início das atividades da Companhia* é de 19.998 ações, “todas sem valor ao par e a remuneração a ser paga por elas e o capital inicial da Companhia será de US\$ 599,94, sendo que todas já foram devidamente subscritas”.

A Sociedade propõe-se a exploração de terras no Brasil: “implantação de fazendas, criação de gado, exploração de minas (sic) e todo uso que possa ser útil ou eventual no desenvolvimento da exploração das ditas terras”.

4. A assinatura do Sr. Kirkpatrick, Secretário de Estado do Estado do Missouri, EUA, foi reconhecida pelo Cônsul-Geral do Brasil em Nova Orleães, em 15.12.1967.

5. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942) estabelece no art. 11, § 1º:

Art. 11 – As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem

§ 1º – Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovado pelo governo brasileiro, ficando sujeitas as leis brasileira.

6. À vista do que, explícita e *implicitamente* (cf. Valladão, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, v. 3 – Parte especial [fim], Rio: Livraria Freitas Bastes, s.d, [1978], p. 15), estipula a lei brasileira, quanto à necessidade de “organizações destinadas a fins de interesses coletivo – como as sociedades e fundações – não terem, “no Brasil, filiais, agências ou estabelecimentos, *antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira*” – a primeira observação que importa a esta Consultoria Jurídica fazer é que falta, aos *atos constitutivos de Bralaca Ltda.*, a natural complementação brasileira para que ela possa operar neste país, em conformidade com o que dispõe a legislação brasileira. Não basta, já que normalmente isto se impõe, a tradução para o português do instrumento de constituição da sociedade. Cumpre que mais farta documentação se acrescente, se é que pode a *Bralaca Ltda.* de fato aduzí-la.

7. Conforme ensina Oscar Tenório (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª. ed., Rio: Borsol, 1955. (cf. comentários ao art. 11, § 1º, p. 369-372):

Ao dispor sobre as sociedades por ações,

O Decreto-Lei nº 2.627, de 26.9.1940, estabelece vários preceitos de autorização para funcionamento de sociedades anônimas ou companhias constituídas no exterior, qualquer que seja o seu objeto. *Não podem funcionar no país, por si mesmas, ou filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, sem a devida autorização.* Podem ser, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, *acionistas de sociedade anônima formada no Brasil.*

A prova de achar-se constituída conforme a lei do seu país, a cópia da ata da assembléia geral que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional, a prova de nomeação de representante no Brasil, ao qual devem ser concedidos poderes para aceitar as condições em que é dada a

autorização, são, entre outros, documentos que devem acompanhar o pedido de autorização.

São obrigadas as sociedades anônimas constituídas no exterior a ter, no Brasil, permanentemente, representante com poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, inclusive ser demandado e receber citação inicial da sociedade (artigo 67).

O § 1º do artigo 11 da Lei de Introdução diz que as filiais, agências ou estabelecimentos no Brasil se sujeitam à lei brasileira. *Entende-se que ficam sujeitos às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil. O artigo 68 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26.9.1940, exprime-se nesses termos em relação a sociedades anônimas (os grifos não constam do original)*

8. Observa ainda o mesmo insigne magistrado e professor:

O funcionamento no Brasil de filiais, agências ou estabelecimentos depende de aprovação dos atos constitutivos pelo governo brasileiro. *O § 1º do art. 11 da Lei de Introdução diz claramente que não podem ter filiais e agências antes da aprovação dos atos constitutivos. O exercício das atividades no Brasil não pode preceder a autorização governamental.* A rigor, portanto, a organização constituída no exterior não pode invocar o que se chama *personalidade*, se *autorização para funcionar não obteve*. A situação traria vantagens para a sociedade, com sacrifício ou prejuízo dos credores (os grifos não constam do original).

9. Convém, finalmente acrescentar que a Lei nº 6.404, de 15.12.1976 – isto é, a nova lei de Sociedades Anônimas – estipulou o seguinte:

“Art. 300 – Ficam revogados o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro [de fato, outubro] de 1940, *com exceção dos arts. 59 a 73, e demais disposições em contrário*”.

Resguardam-se, portanto, a vigência e a validade de quanto argumentou e estabeleceu o Desembargador Oscar Tenório nas transcrições anteriormente feitas, por isto que todas decorrem da parte não derogada do Decreto-Lei nº 2.627/1940 e nela se arrimam.

10. Vem a propósito lembrar – “como no direito brasileiro as sociedades constituídas no Brasil regem-se pela lei brasileira, Código Comercial art. 30” (Valladão, Haroldo, *op. cit.*, p. 16, *in fine*) – o que dispõe a Portaria nº 10, de 11.2.1971, do Diretor do Departamento Nacional de Comércio:

Art. 1º – *A Junta Comercial exigirá das pessoas jurídicas estrangeiras que, em documentos de constituição ou alteração, participem de sociedades comerciais nacionais de qualquer espécie ou modalidade, prova de sua existência legal e de que não estejam envolvidas em processo de falência, concordata ou processo similar em seu país de origem.*

Art. 2º – *Dos representantes das pessoas jurídicas estrangeiras, autorizadas a funcionar no país, nos termos do art. 64, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26.9.1940, será exigida prova de que não estejam processados nem foram definitivamente condenados pelos crimes previstos no item do art. 28, da Lei nº 4.726, de 13.7.1965.*

Parágrafo único: *A exigência de que trata este artigo é aplicável, também, às pessoas físicas estrangeiras, quando sócio, diretor ou gerente de sociedades comerciais de qualquer espécie ou modalidade (os grifos não constam do original).*

11. À vista do que vem de ser exposto, caberia à autora, antes de ajuizar feitos citando réus, habilitar-se devidamente de acordo com a lei brasileira, a fim de que possa capacitadamente comparecer perante a Justiça do país e reclamar-lhe a reparação que deseja. – É o que nos parece, s.m.j.

Brasília, 22 de maio de 1981

Augusto de Rezende Rocha

1982

PARECER

Em atenção à solicitação verbal do senhor Chefe do Gabinete, permito-me submeter a Vossa Excelência as ponderações de ordem jurídicas que se seguem.

Face à instável conjuntura internacional, qualquer dogmatismo fugirá a realidade.

É de admitir-se contudo, o exame sob o aspecto jurídico, de algumas possíveis atitudes no espaço internacional. Dentre essas, parece de provável invocação, as referentes ao *mar territorial*, à aplicações do TIAR e, ainda, a licitude da operação bloqueio.

I . *O Mar Territorial – Direito de Passagem Inocente*

a) O conceito de *mar territorial*, cristaliza-se no Direito Internacional, quando – e em consequência – declinava a polêmica doutrinária e política, sobre a liberdade dos mares, principalmente entre Grotius, *De Mare Liberum*, contra Selden – *De Mare Clausum*.

A noção, contudo, entrará em tempo na cogitação dos autores, face à exigência, cada vez maior, de espaços restritos, reservados, derivados do interesse econômico (principalmente o tributo e a pesca) e do estratégico (a defesa costeira) dos Estados.

b) No século XIII que a prática do *mar territorial* começou a ser aceita de maneira geral e então, necessário se tornou justificar os poderes

exercidos efetivamente pelos Estados nos mares adjacentes. E em que pese a longa discussão até os nossos dias – desde Bartolo e Bynkershoek sobre a largura ou extensão dessas águas – tornou-se incontroversa a legitimidade da jurisdição estatal, que triunfa, na teoria e na prática internacional, no começo do século XVIII.

c) Assim, ao lado da liberdade dos mares, definiu-se “por via de contraste”, a natureza jurídica do *mar territorial*, cujas normas entraram afinal na cogitação das organizações internacionais, pode-se dizer, oficialmente, desde a Conferência de Codificações de Haia de 1930, e perdura até os nossos dias. (ONU).

d) Os problemas de maior intensidade, no Direito do Mar, na parte que nos preocupa, giram, sobretudo, em torno dos direitos que os Estados costeiros exercem sobre as águas, dentre os quais o da regulamentação da denominada *passagem inocente*.

e) Sem entrar na larga discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do *mar territorial*, e os sistemas propostos, entende-se como consagrada a tese de sua integração no território do Estado. E, em consequência, admite-se “que o poder exercido pelo Estado no *mar territorial*, não difere do poder que o Estado exerce sobre o domínio terrestre” (SDN – *Publications de la Societé des Nations* 1930). É a doutrina clássica, que se reflete na legislação interna dos Estados, e sufraga a soberania sobre essas águas.

f) O Direito Internacional, todavia, ao adotar essa noção, conferindo aos Estados marítimos certos direitos, impõe-lhes, em contrapartida, determinadas obrigações. Entre elas, a limitação da própria soberania estatal que os obriga à admissão da *passagem inocente* de navios estrangeiros (mercantes) pelo *seu* mar territorial.

g) Assim o preceitua o texto das Convenções de Genebra, de 1958 sobre o mar territorial e a zona contínua:

Artigo 1º. 1. A soberania do Estado estende-se, além do seu território e de suas águas internas, a uma zona de mar adjacente às suas costas, designada pelo nome de mar territorial.

2. Esta soberania se exerce nas condições fixadas pelas disposições dos presentes artigos e pelas demais regras de Direito Internacional.

h) A limitação aos direitos soberanos dos Estados na área em apreço, vem expressa na Seção III (Direito de Passagem Inocente), Subseção “A” (regras aplicáveis a todos os navios), que definem o chamado *Direito de Passagem Inocente*.

i) Essa passagem, estabelecida em termos amplos no aludido capítulo, deve todavia, configurar-se sempre como inofensiva ou inocente e pode ser entendida num sentido subjetivo, isto é, deve ser *inermis et innoxia*. Desta forma vem expresso, claramente no artigo 14. 4 :

Artigo 14. 4. a passagem é inocente enquanto não atenta contra a paz, a boa ordem ou segurança do Estado ribeirinho. Esta passagem deve efetuar-se de conformidade com os presentes artigos, e outras regras de Direito Internacional.

j) Nessas condições, deixa de ser inocente a passagem de navios de guerra em missão hostil, eis que assim o define o *caput* do artigo 14. Realmente, em tese e, especificamente, na conjuntura em exame, é de entender-se que não usufruem do *jus transitus innoxius*, os navios ingleses. A eventual concessão desse trânsito, comprometeria a neutralidade e poderia ser interpretada como, um envolvimento em conflito externo. A passagem de uma esquadra com objetivos bélicos, traduz uma missão de agressão, que é vedada pela Carta. O *jus communications*, de Victoria, consagra apenas o trânsito pacífico: mercantil ou científico.

k) Atente-se ainda que, a passagem inocente, embora num certo sentido possa restringir a soberania estatal, não a subverte ou anula. Assim o expressa no artigo 16. 1 da Convenção de Genebra:

Artigo 16. 1. ‘O Estado ribeirinho pode tomar, no mar territorial as medidas necessárias para impedir toda passagem que não seja inocente’. E, ainda, para a preservação da paz e segurança, estatuí o artigo 16 – parágrafos 3º e 4º, que ‘o Estado pode tomar no mar territorial, as medidas necessárias para impedir toda passagem que não seja inocente’.

l) O navio de guerra, por essa mesma convenção, deve submeter-se à regulamentação do Estado costeiro ao qual cabe, pois, deliberar sobre as medidas de segurança e estabelecer zonas de defesa, competindo-lhe fixar

em lei interna a regulamentação da navegação e as normas do trânsito marítimo.

m) *No Brasil*, o Decreto nº 56.515, de 23 de junho de 1965, estabelece que o trânsito de navio de guerra estrangeiro, em águas brasileiras *está sujeito a modificação prévia*. E o Decreto-Lei nº 1.098 de 25 de março de 1970, que altera os limites do mar territorial no Brasil (Presidente Médici) complementando o texto anterior, assim especifica:

Artigo 3º É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro.

Parágrafo 1º Considera-se passagem inocente o simples trânsito pelo mar territorial, sem o exercício de quaisquer atividades estranhas à navegação e sem outras paradas que não as incidentes à mesma navegação.

Parágrafo 2º No mar territorial todos os navios devem cumprir os regulamentos brasileiros destinados a garantir a paz, a boa ordem e a segurança, bem como evitar a poluição das águas e o dano aos recursos do mar.

Parágrafo 3º O governo brasileiro estabelecerá os regulamentos que, por motivos de segurança, lhe pareça necessário fazer observar por navios de guerra e outros navios de Estado estrangeiro.

n) Assim, o Estado costeiro (Brasil) em decorrência da soberania, possui, entre outros (internacionalmente reconhecidos) os seguintes direitos: ao solo e subsolo; ao espaço aéreo subjacente; a regulamentação da navegação e ao de tomar medidas de segurança.

o) Acresça-se que, quando da aprovação, em Lima, da *Declaração dos Estados Latino-Americanos sobre Direito do Mar*, a 8 de agosto de 1970, o Brasil, tendo em vista o parágrafo 3º deste documento, que afirma “o direito dos Estados de adotarem medidas de regulamentação às zonas de sua soberania sem prejuízo da liberdade de navegação”, aceitou o texto aprovado porém, em declaração à parte, fez constar que “a liberdade de navegação aí mencionada é aquela que se admite no mar territorial, isto é, a passagem inocente, tal como a define a legislação brasileira.”

O Brasil não ratificou a Convenção de Genebra, “pelo que a sua jurisdição sobre o mar territorial é completa”.

A citada convenção estatui que os navios de guerra devem respeitar as leis do Estado costeiro.

EM CONCLUSÃO:

1) O Estado tem o direito de exigir dos beligerantes, em caso de guerra entre outros Estados, o respeito da sua neutralidade, em tais águas (Accioly);

2) O *jus passagil sive transitus innoxii*, que deriva das exigências do comércio e navegação, não se aplica aos vasos de guerra; o Estado ribeirinho “tem o direito de regular a passagem de navios de guerra” (Haia, 1930);

3) O território de um Estado compreende também o espaço atmosférico acima do mar territorial, bem como o solo e o subsolo desse mar (Haia, 1930); Genebra 1958, artigo 2: *cujus est solum, ejus est usque ad coelum et at infero* (Acursio);

4) O navio de guerra é um órgão do seu Estado nacional e representa, portanto, a sua conjuntura política;

5) O já citado Decreto nº 50.515 de 1965 “que estipula a exigência de notificação prévia às autoridades brasileiras”, para o trânsito do mar territorial, estatui ainda, que “o número de navios de guerras nas nossas águas será no máximo de três (ao mesmo tempo), a não ser que haja autorização especial permitindo maior número; acentuam-se casos de arribada por avaria, mau tempo e outra emergência”.

6) O Estado ribeirinho “tem evidentemente, o direito de negar a entrada em seus portos a barcos de guerra estrangeiros” (Rousseau);

7) O trânsito de vaso de guerra, (e com maior razão de uma esquadra), em missão bélica, contraria o artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas que estabeleceu uma proibição geral para os Estados-membro de “recorrerem à ameaça ou ao emprego da força, quer contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, quer de qualquer outra maneira incompatível com a finalidade das Nações Unidas”. “A competência da guerra foi afastada” (Dupuy);

8) A passagem inofensiva dos navios de guerra no mar territorial não é um direito do Estado a que pertencem, “mas ato de cortesia ou liberdade do Estado ribeirinho” e não denega, segundo o direito costumeiro e convencional, a soberania do Estado costeiro, mas reafirma-a.

9) A legislação brasileira não infringe em ponto algum as normas jurídicas internacionais.

II. *A invocação do “TIAR” – a “Carta de Bogotá” – 1948*

a) *A neutralidade*

1) A primeira atitude de um Estado não envolvido em controvérsia internacional, é a manifestação de sua *neutralidade*, isto é, “abstenção e imparcialidade” face ao conflito;

2) Observa-se todavia, que o conceito expresso por Grotius (*De Jure Belli ac Pacis* – 1625) admite “que o dever do neutro, não é igual em face de ambos, quando significa, por parte de um deles, uma causa injusta”. A posição aconselhável seria, então, a de não aumentar a força do que atua sem justa causa;

3) Várias têm sido as conferências internacionais que procuram sistematizar as atitudes de neutralidade. Recentemente, a prática internacional passou a admitir a “meia neutralidade”, ou melhor, “a neutralidade benevolente” em favor do Estado vítima de agressão;

4) A proscricção da guerra, proclamada pelas cartas de internacionais, teria, no dizer de alguns, tornado obsoleto o conceito de neutralidade. A realidade, todavia, demonstra a subsistência desse instituto jurídico. Na verdade, em face do ilícito, será admissível a impassibilidade? Já Rui Barbosa, em Buenos Aires, condenava a neutralidade frente à injustiça;

5) No continente americano, o “Tratado Antibélico do Rio de Janeiro” admitiu a referida “neutralidade benevolente” (Accioly), como também, da mesma forma, a Primeira Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (1939), quando foi criada a “Comissão Interamericana de Neutralidade”.

6) Assinale-se aqui, ainda uma vez, “que a simples simpatia por uma das partes em luta, não é violação da neutralidade, que tem por fundamento jurídico a soberania estatal.

b) *O Pan-Americanismo*

7) A idéia de uma solidariedade continental é antiga. Inspira-se, talvez, na solidariedade política da Santa Aliança. E tem, em Bolívar, um precursor, quando em 1824, convocou um congresso de caráter anfitriônico “para obter um sistema de garantias que, na paz e na guerra, seja o escudo de nosso destino” Lecuona, *Cartas del Libertador*, Caracas: 1929, v. IV, p. 216);

8) Sucederam-se, daí por diante, os congressos que, aos poucos, foram elaborando a sistemática americana de um mecanismo de paz. O primeiro grande passo, nesse sentido, foi a Conferência Pan-americana de Washington, de 2 outubro de 1889 até abril de 1890, à qual sucedeu, periodicamente, o encontro político-jurídico dos estadistas continentais;

9) Um dos fatos de maior relevância, na estruturação da denominada *assistência recíproca*, inscrevem-se na “Conferência Interamericana para Manutenção de Paz e Segurança Continental”, realizada em Petrópolis, de 15 de agosto a 2 de setembro de 1974. Essa reunião culminou com o “Tratado de Assistência Recíproca e Solidária Interamericana” o TIAR – marcante instrumento, adaptado às circunstâncias especiais da época.

c) *O TIAR*

10) Esse instrumento, também chamado de “Pacto do Rio”, apresenta a singularidade de mesclar, a um tempo, questões de “segurança coletiva” e “legítima defesa coletiva”, matérias tecnicamente diferentes” (Sepulveda).

11) Realmente, a “defesa coletiva”, vem consagrada no artigo 51 da Carta das Nações Unidas e insere-se nos artigos 3º e 6º do TIAR. Consiste, ao mesmo tempo, no direito de autodefesa de um Estado agredido e o direito (e também dever) dos outros Estados lhe darem assistência. Entende-se: “No caso de um ataque armado atual e ilegal”:

12) A idéia da “segurança coletiva”, implica numa reação à “balança do poder”. Visa preservar a paz e se realiza pela renúncia ao uso da força, estatuída nos tratados internacionais, providos do direito punitivo das sanções;

13) A Carta da ONU estabeleceu, no artigo 2º, alínea 4 :

Todos os Estados deverão evitar, em suas relações internacionais, a ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas;

14) O TIAR (1947) *condena a guerra*, e estabelece que as partes se obrigam “a não recorrer à ameaça ou ao uso da força nas suas relações internacionais”, que considera, “incompatível com as disposições da Carta das Nações Unidas ou do presente Tratado”(artigo 1º);

15) No caso presente, parece não haver dúvida quanto à iniciativa do recurso à força;

16) A “segurança coletiva”, pressupõe “uma ação comunitária orgânica”, para proteção dos Estados-membro, isto é, um instrumento organizado para impor as sanções cabíveis;

17) Alguns observadores, partidários de uma competência mais enérgica do TIAR, põem em relevo, como ponto frágil na estrutura dessa convenção, o fato de que a ação prevista no artigo 3º alínea 2, apresenta-se descentralizada, dando opção a cada Estado, discricionariamente, para aplicar-lhe os dispositivos, na medida ou conveniência de sua própria posição política;

18) Acentua-se a crítica, pela omissão do articulado, quanto à constituição de uma força comunitária organizada, destinada a promover, compulsoriamente, as medidas aprovadas;

19) No caso em exame, divergem as opiniões quanto à caracterização da iniciativa de um ataque armado contra o Estado americano e conseqüente reação da “legítima defesa”;

20) Indagam alguns, ainda na conjuntura, se estaria em causa um processo de “segurança coletiva” que autorize o movimento do mecanismo de “defesa coletiva”;

21) Já a Conferência Pan-Americana em Lima (1938), entre outras manifestações idêntica, “condenou o uso de força como instrumento de política nacional e internacional”, o que igualmente se inscreve na Carta da OEA, art. 05 e 17;

22) Na área da OEA, apresenta-se ainda, como meio de solução pacífica, o regime da *consulta*. A *Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores*, é um órgão da OEA, “que tem por finalidade examinar os problemas de caráter urgente e de interesse comum para os Estados americanos”;

23) O TIAR ao desenvolver o “sistema consultivo”, estatuiu a possibilidade desse recurso nas seguintes situações: (a) a necessidade de assistência recíproca para a defesa contra ataque armado ou contra agressão que não seja ataque armado; (b) a necessidade de medidas destinadas a qualquer situação que possa pôr em perigo a paz e a segurança do continente;

24) Na Carta da OEA, a *reunião de consulta* assumiu a posição de órgão realizador dos fins da entidade. Trata-se de uma Assembléia de Ministros das Relações Exteriores dos Estados-membro para :

“1) O exame de problemas urgentes de interesse comum para os Estados americanos; 2) o exercício das funções de órgão de consulta,” (Accioly);

25) Desta forma, a *consulta* se realiza, ou para a discussão dos problemas de caráter urgente do interesse conjunto das repúblicas do continente, com a conseqüente adoção de medidas adequadas, ou para tomar conhecimento de qualquer das situações previstas nos artigos 3º, alínea 2º, 6º e 7º do TIAR – deliberando a respeito.

No primeiro caso, dá-se “o funcionamento ordinário daquele órgão próprio da OEA; no segundo ocorre a reunião do chamado “órgão de consulta” e, enquanto este não se reúne, o Conselho da Organização funciona provisoriamente como tal;

26) O TIAR está *incrustado* na Carta de Bogotá. Dá-se assim, no sistema americano, mais ênfase, ao acerto pacífico das controvérsias;

27) A Carta de Bogotá (não confundir com o Pacto), de 30 de abril de 1948, apresenta dois aspectos fundamentais: um técnico, de postulados e outro funcional. E tem como tema da maior importância, a norma da *não-intervenção* (art. 15) que é, na verdade, a base de todo sistema jurídico da América, tecla sensível, que envolve conjuntamente as áreas política e jurídicas;

28) De fato, em torno desse princípio une-se a América Latina, admitindo-se o apelo à *contra-intervenção*, (expressa, pelo artigo 19), nas medidas para a preservação da paz e segurança do continente, de acordo com o exposto no TIAR;

29) Tendo em vista a conjuntura, pergunta-se: pode considerar-se a ação naval ora em perspectiva, como uma intervenção, que autorize, em contrapartida, movimentar o mecanismo do sistema?

30) Os Estados americanos manifestaram várias vezes sua fidelidade aos processos de solução pacífica (cap. IV, arts. 20 a 23 da Carta) através de métodos consagrados pelo Direito Internacional o que faz prever a possibilidade de um esforço conjunto que, a malograr, deverá remeter o problema à consideração da área universal, *aliás já acionada*;

31) A Carta da OEA prevê, no capítulo 5 a solução pacífica por qualquer método antes de serem levados, os conflitos, ao Conselho de Segurança da ONU, de acordo com o artigo 5º do TIAR (arts. 51 e 54 da Carta de São Francisco);

32) Até que este se manifeste, poderão ser aplicados pelo órgão regional as medidas de *legítima defesa*, permitidas em casos e agressão armada;

33) O órgão de consulta da OEA (art. 9º – TIAR) classifica os atos que podem caracterizar uma agressão dentre os quais, o ataque armado, *não provocado*, por um Estado contra o território, a população ou as forças terrestres, navais ou aéreas de outro Estado;

34) Os métodos pacíficos de solução, podem ser: diplomáticos, jurídicos e políticos;

35) O fulcro da questão, contudo, parece girar em torno do conceito da legítima defesa, invocado por ambas as partes...

Na verdade, o TIAR apresenta lacunas no que se refere ao alcance das obrigadoriedades contratuais, que se caracterizam pelo *sistema da livre escolha*. E não estabelece ação pelo não cumprimento injustificado, por parte dos Estados; talvez o mesmo ocorra com o artigo 25 da Carta das Nações Unidas;

36) O TIAR não se propõe – e é essencial lembrar-se – a prover ajuda comunitária em caso de ameaça ou agressão, mas tão-somente a adotar medidas “para assegurar a paz por todos os meios possíveis”;

37) Tanto a Carta de OEA como o TIAR referem-se às medidas aplicáveis em caso de agressão, mas somente o artigo 8º deste último especifica as categorias:

Art. 8º para os efeitos deste Tratado, as medidas que o órgão de consulta acordar, compreenderão uma ou mais das seguintes: a retirada dos Chefes de Missão, ruptura de relações diplomáticas, ruptura de relações consulares, interrupção parcial ou total das relações econômicas ou das comunicações ferroviárias, marítimas, aéreas, postais, telegráficas, telefônicas, radiotelefônicas ou radiotelegráficas e o emprego das Forças Armadas;

38) O artigo 20, porém, ao tornar obrigatória a aplicação das medidas adotadas em virtude do artigo 8º, estabelece uma exceção de alta importância: *nenhum Estado será obrigado a empregar a força armada sem o seu consentimento;*

39) Finalmente, o Sistema Interamericano de Segurança Coletiva, é um mecanismo harmonizado com as disposições da Carta da ONU sobre “Acordos Regionais (cap. VII) e Legítima Defesa (art. 51). Realmente, assim o estabelece o art. 10º do TIAR:

“Art. 10º Nenhuma das estipulações deste Tratado se interpretará no sentido de prejudicar os direitos e obrigações das Altas Partes Contratantes, de acordo com a Carta das Nações Unidas”;

40) Para tanto, existem veículos de comunicação com a sistemática de paz e segurança estabelecida na Carta da ONU, especialmente no capítulo VII e artigos 52, 53 e 54;

41) Em que pese todavia, a autoridade dos organismos regionais, é efetivamente, só ao Conselho de Segurança (art. 39), que cabe “determinar a existência de toda a ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão”, e em conseqüência fazer recomendações ou decidir as medidas que serão tomadas de conformidade com os artigos 41 e 42, no sentido de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Uma exceção à regra geral, – enfatiza-se mais uma vez – vem autorizado pelo artigo 51 que consagra o direito de legítima defesa individual

ou coletiva, sem necessidade de prévia autorização do Conselho, inclusive a adoção de medidas de caráter preventivo as quais se poderá recorrer, nas mesmas condições excepcionais. Nada impede, também, que o Conselho de Segurança, em determinadas circunstâncias utilize um acordo regional para a aplicação de ações coercitivas, “sob sua autoridade”, o que complementa o inciso I do artigo 53.

III. *As sanções – O BLOQUEIO*

a) *Agressão*

Tendo em vista os textos convencionais a que nos temos referido, impõe-se, como ponto de partida, conceituar a noção jurídica de *agressão*. A matéria é controvertida. Assinala Rousseau a dificuldade em defini-la. Circunstâncias especiais e imprevistas podem dar lugar a que, num critério objetivo, se qualifique de agressor um Estado que “em realidade não é *responsável* pelas hostilidades”. O direito positivo, adotando um critério analítico ou enumerativo tem considerado, geralmente, como elemento constitutivo de agressão, certas presunções:

- a) a negativa de sujeitar-se um Estado às prescrições convencionais destinadas a encontrar solução pacífica para as controvérsias;
- b) a violação das disposições preventivas da guerra contidas nos tratados “entre outros a Carta da ONU e a Carta de Bogotá”;
- c) execução de atos positivos como invasão, ataque armado, bloqueio naval (art. 9º do TIAR).

Na verdade, o referido artigo 9º do TIAR caracteriza, na área americana, como *atos de agressão*, entre outros “o ataque armado não provocado, por um Estado, contra o território, a população ou as forças terrestres, navais ou aéreas de outro Estados”.

No mesmo sentido a Carta Universal (arts. 2º, 3º, 4º e 5º) que, pela definição implícita e outras resoluções, têm condenado a agressão.

No prefácio à obra clássica de Aroneanu *La Diferenciación de l'Agressión* (1958), René Cassin considera a agressão como “o crime supremo contra a humanidade”.

De qualquer forma, a questão de definir a agressão é tão complexa que, diz Martos (A/C.6 SR.280) “implica na criação de um Direito Internacional novo”, eis que após anos de discussões, e ainda hoje, a noção de agressão é abstrata e teórica, enquanto que a de agressor é uma realidade concreta, o que, na verdade, constitui uma solução sibilina.

A respeito, Gilberto Amado apresentou à C.D.I. a seguinte definição: “toda a guerra que não se apóia no exercício do direito de legítima defesa ou na aplicação do artigo 42 da Carta das Nações Unidas, constitui uma guerra de agressão” (A/CN.4/L.6).

A definição, pois, é de interpretação muito larga e pode envolver não apenas um ataque armado, senão também deve ser levado em conta, o seu objetivo último, por isso, que novas formas de agressão se manifestaram recentemente, como sejam às *indiretas*, isto é a econômica ou a ideológica.

Num sentido amplo porém, deve-se ater a que o termo de agressão (art. 39 da Carta) figura em indissolúvel ligação com “ameaça contra a paz”, e “ruptura da paz” cabendo ao Conselho a sua repressão através dos métodos descritos no documento constitucional.

Diante de uma agressão, diz Le Fur, (*Précis*, p. 287), as sanções são deflagradas coletivamente. A ação do Conselho para restabelecer a paz, vem expressa no artigo 42 que lhe dá competência exclusiva e com o estipulado complementarmente, no artigo 43. Observa-se, mais uma vez, que todas as medidas enumeradas deixam intacto o “direito imanente de legítima defesa, individual e coletiva” dos membros das Nações Unidas. (art. 51).

No caso em foco, verifica-se como que uma concorrência de direitos: é, uma agressão que se apóia em reivindicação e pois de legítima defesa do território e, um ato de guerra, apoiado também na legítima defesa...

Uma das sanções que prática internacional tem admitido ao Estado agredido, consiste na aplicação de *représalias*.

b) *As représalias*

Constituem elas na verdade uma violação do Direito Internacional. Escreve Accioly:

As represálias são medidas mais ou menos violentas e, em geral, contrárias a certas regras ordinárias do Direito das Gentes, empregadas por um Estado contra outro, que viola ou violou o seu direito ou dos seus nacionais. São elas medidas de coerção, derogatórias das regras do Direito das Gentes. E são admitidas, diz Kelson, ‘quando proporcionais ao ato ilícito que as provocou’ (*Theorie du D.I.P.*, R.E.C. 1953-III) Quadri, a respeito assim se manifesta: ‘a represália é defesa sucessiva da ordem jurídica’. (D.I.P. p. 181).

Uma das formas de represálias é o *bloqueio*.

c) *O bloqueio*

Constitui este, uma medida coercitiva, e caracteriza-se pela injustiça, eis que é de iniciativa dos mais fortes. Considera-o Clóvis Bevilacqua, “como um dos meios coercitivos num estado de paz” que consiste no “emprego de navios de guerra que impedem navios mercantes de entrarem nos portos do país que se quer forçar a agir de certo modo” (D.P.I. V. 2 p. 216). E, o *bloqueio pacífico*, “um ato de guerra não declarado”, um ato de hostilidade, porém circunscrito.

Os Estados Unidos da América, escreve Mestre Accioly “sempre foram contra o bloqueio pacífico e várias vezes afirmaram, categoricamente, que só reconheciam o bloqueio em caso de guerra “Tratado, Vol. III, p. 84, 85).

Nega, Rousseau, com veemência, a licitude do bloqueio pacífico, pois, “para essa operação importa a existência prévia de um estado de guerra”. (D.I.P. p. 613 e seguintes). Segundo ainda esse autor, o fundamento jurídico do bloqueio, apoia-se doutrinariamente em:

“a) na vontade dos Estados que o declaram, (b) no dever dos neutros de absterem-se de toda ingerência na operação; (c) em um compromisso entre os direitos das potências bloqueantes e os terceiros Estados.”

Na prática ocorrem duas modalidades de bloqueio: o pacífico e o de guerra.

A ONU, todavia, não reconhece a licitude do bloqueio pacífico, tendo-se expressado, nesse sentido, em várias ocasiões, como em 1970, através de declaração aprovada pela Assembléia Geral.

De fato, em 1974, na referida declaração, a Assembléia-Geral exemplifica, como casos e agressão, tanto a operação bloqueio pacífico, como também o envio de tropas.

Finalmente, permito-me lembrar uma posição do Brasil aparentemente conflitante, eis que, por um lado, a tradição consagrada pelo nosso Direito Positivo, é a de não fazer a guerra de conquista e de não reconhecer a conquista como meio de aquisição territorial; por outro lado, quase toda a ação histórica da política exterior brasileira, tem sido a da consolidação jurídica de nossas fronteiras, tomando por base *uti possidetis ita possideatis*, oportunamente invocado por Alexandre de Gusmão, na elaboração do Tratado de Madri em 1750 e pautado por Rio Branco.

As observações acima, atêm-se apenas a algumas hipóteses da conjuntura.

Um exame detalhado poderá ser preparado, tendo em vista os termos em que, eventualmente, for convocado algum órgão internacional.

Eis o que me pareceu, s.m.j., poder oferecer à alta consideração do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado.

Brasília, em 12 de abril de 1982

M. Franchini-Netto

Crise das Malvinas – Aspectos jurídicos
(Adendo)
Apoio latino-americano à primazia dos
Princípios da *Carta* da ONU.

PARECER

Em aditamento às considerações de ordem jurídica constantes do parecer de 12 do corrente submetido a Vossa Excelência, e, tendo em vista a evolução acelerada dos acontecimentos referentes à Crise das Malvinas, pareceu-me oportuno lembrar o importante pronunciamento de 23 países latino-americanos, que, em manifestação comum, declararam reconhecer a primazia dos Princípios da *Carta*, quando em concorrência com outras obrigações convencionais.

2. Assim, a 7 de outubro de 1970, *23 países latino-americanos* encaminharam à *XXV Assembléia Geral da ONU*, uma Declaração conjunta, “relativa ao cumprimento cabal dos propósitos da *Carta* da ONU,” em que:

... “reafirmam solenemente que, em caso de conflito entre as obrigações da *Carta* e as de outros convênios, as obrigações impostas pela *Carta* têm de prevalecer”.

3. Pode-se entender, na conjuntura, que o processamento jurídico, no que tange a *agressão* e *legítima defesa*, deverá observar o que segue:

- a) *é o Conselho de Segurança que determina (art. 39) a existência de toda a ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão;*

- cabe-lhe, então, fazer as *recomendações* ou *decidir* das medidas a serem tomadas de acordo com os artigos 41 e 42;
- b) o Conselho de Segurança, para tornar efetivas as suas decisões, aplicará preliminarmente medidas que não impliquem no uso da força, de acordo com o art. 41;
 - c) essas medidas, porém, em certas circunstâncias, *podem também incluir o uso da força*, (terrestre, marítima ou aérea) caso, as já adotadas, demonstrem ser inadequadas ou ineficientes;
 - d) a aludida força será organizada na forma do art. 43 por solicitação do Conselho de Segurança;
 - e) *em caso de ataque armado*, no entanto, o processo é diverso, porquanto o CS reconhece “o direito imanente da legítima defesa individual ou coletiva”, por parte do Estado atacado, direito esse que se exerce espontaneamente, *mas tão somente até que* o próprio CS tenha tomado medidas convencionais para manter a paz. As atitudes tomadas pelos Estados-membro, no uso da referida “legítima defesa” deverão ser *imediatamente* comunicadas ao Conselho “e não afetarão a sua autoridade e responsabilidade de órgão ao qual incumbe exercer, em qualquer momento, a ação que julgue necessária, a serviço da paz e segurança”, (art. 51);
 - f) os membros da ONU, partes de acordo ou de organizações regionais, deverão desenvolver esforços para resolver de modo pacífico *as controvérsias de caráter local, antes de submetê-las ao CS* (art. 52 – 2). E este poderá tomar a si o encargo de tais acertos pacíficos a *pedido dos Estados interessados ou por iniciativa própria Conselho de Segurança* (art. 53 – 3);
 - g) cabe também ao Conselho de Segurança a opção de *utilizar* os referidos acordos ou organismos regionais (se a tanto chegar a situação), “para *aplicação de medidas coercitivas, mas sempre sob sua autoridade*;
 - h) *é taxativo que não se aplicarão medidas coercitivas, em virtude de acordos regionais* ou através de organismos regionais, *sem autorização do Conselho de Segurança*; (art. 53) salvo contra os Estados e inimigos da Segunda Guerra Mundial (art. 107);

- i) o CS *deverá* ser plena e continuamente informado, (“todo o tempo”) “das atividades empreendidas ou projetados” pelos órgãos regionais ou em decorrência de convênios regionais.
- j) *na América*, o órgão de consulta, reunir-se-á, a fim de adotar as medidas que, em caso de agressão, “devem ser adotadas em auxílio do agredido”(art. 6º do TIAR). Essas medidas estão condicionadas no art. 3º, item 4:
Em caso de ataque armado, por parte de qualquer Estado contra um Estado americano, esse ato será considerado um ataque contra todos e, nesse caso, “cada uma das partes se compromete a ajudar a fazer frente ao ataque”, nos exercício do direito imanente da legítima defesa individual e coletiva, reconhecidos pela Carta da ONU no art. 51;
- k) assim, nada impede que esse direito de legítima defesa individual e coletiva se já exercido, na forma do art. 51 “*até que o Conselho de Segurança tenha tomado* as medidas que decide para a manutenção de paz e segurança internacionais”;
- l) as medidas espontâneas tomadas individual ou coletivamente, deverão ser comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não afetam de forma alguma a autoridade desse órgão que poderá
- m) exercê-lo a qualquer tempo (art. 51);
- n) admite-se que, pelo art. 53 da Carta, o CS poderá utilizar os acordos regionais ou organismos regionais para aplicar medidas coercitivas, *mas*, sob sua autoridade, (art. 53) e quando expressamente autorizados pelo CS ;
- o) o órgão de consulta, na forma do art.9º caracterizará como *agressão*, entre outros, os seguintes atos:
 - a) o ataque armado *não provocado*, por um Estado contra o território, a população, ou as forças terrestres, navais ou aéreas de outro Estado;
 - o) a invasão, pela força armada de um Estado, do território de um Estado americano, pela travessia das fronteiras demarcadas de conformidade com um tratado, sentença judicial ou laudo

arbitral, ou na falta de fronteiras assim demarcadas, a invasão que afeta uma região que esteja sob a jurisdição efetiva de outro Estado.

Brasília, em 20 de abril de 1982.

M.Franchini-Netto

Zona total de exclusão em torno das Ilhas Malvinas. Deliberação do governo do Reino Unido.

PARECER

Solicita o senhor Secretário-Geral o parecer desta Consultoria sobre a Nota Verbal nº 128, de 28 de abril, em que a Embaixada da Grã-Bretanha comunica a deliberação do governo inglês “de estabelecer uma Zona de Total Exclusão em torno das Ilhas Falklands”.

A anunciada medida deverá efetivar-se a partir do dia 30 do corrente e abrangerá um círculo de 200 milhas náuticas, aplicando-se não somente a todos os navios argentinos de guerra ou auxiliares, como também a toda outra nave, mercante ou não, “em operações de apoio a ocupação ilegal das referidas ilhas por forças da Argentina”.

A comunicação do governo britânico adverte, ainda, que qualquer aeronave civil ou militar encontrada no referido círculo, sem a sua autorização, será considerada como em “operação de auxílio” e portanto em missão hostil, sujeita aos ataques das forças inglesas. Essas medidas, conclui a Nota Verbal nº 128, “não prejudicarão o direito à adoção de outras adicionais, no exercício da legítima defesa expresso no artigo 51 da Carta das Nações Unidas”.

2. O exame dos termos da nota verbal, demonstra desde logo, que, com a denominação de “Zona de Exclusão Marítima” estabelecida a 12 de abril último, a Grã-Bretanha, na verdade dera início ao chamado bloqueio pacífico, medida de represália admitida tradicionalmente pela prática internacional, mas atualmente proscria pela Organização das Nações Unidas como meio de solução de conflitos entre Estados.

3. O *bloqueio*, no Direito Internacional clássico, se apresenta sob duas formas – pacífico e de guerra – e pode abranger, na sua ação compulsória, áreas marítimas e espaços aéreos. É medida derogatória não só do princípio da Liberdade dos Mares (*Mare Liberum*) e dos espaços superjacentes, como também do seu corolário: a liberdade de comércio.

4. Assinala Accioly que os Estados Unidos da América não admitem o bloqueio pacífico e que a Grã-Bretanha se tem, por vezes, manifestado contrária a que as restrições impostas se estendam a terceiros Estados.

5. A extensão (ora anunciada pelo governo inglês) do *bloqueio*, configura uma operação bélica, pois, pelos seus termos, nela está implícita o *animus bellandi*.

6. A Carta das Nações Unidas, no seu artigo 2º, parágrafo 4, denuncia a ilicitude da guerra e condena a ação de autotutela que a doutrina tradicional autorizava. A Carta admite, contudo, a exceção estatuída pelo artigo 51, em que reconhece “o direito imanente de legítima defesa individual ou coletiva face a uma agressão armada”. A referida autorização, todavia, para a prática de ações defensivas automáticas, não é ampla. Vem restringida, pois é admitida “somente até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para manter a paz e a segurança internacional”. (art. 51).

7. O Conselho de Segurança, no conflito em tela e dentro de suas competências, já emitiu a *Decisão* de nº 502, exortando a adoção de meios pacíficos para a solução de controvérsia.

Os Estados-membro, na verdade, conferiram ao Conselho de Segurança, a responsabilidade primordial de manter a paz e a segurança internacional (art. 24) e lhe deram procuração para atuar em seu nome.

Essa prerrogativa vem fortalecida pelo artigo 25, que estatui de forma inequívoca o *compromisso dos Estados-membro em aceitarem e cumprirem* as decisões tomadas pelo Conselho:

Art. 25 – Os membros da Organização se comprometem a aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, conforme a presente *Carta*.

8. Pelo artigo 39 da *Carta* (capítulo VII) ao Conselho cabe *constatar*, com ampla latitude, a existência de uma ameaça contra a paz, uma

ruptura da paz ou um ato de agressão. E a ele compete, ainda, decidir sobre as medidas que deverão ser tomadas a respeito.

9. O capítulo VII da *Carta* oferece, nesse sentido, cinco opções ao Conselho de Segurança que o autorizam a movimentar a organização contra um agressor ou potencial agressor.

10. Essa interposição do Conselho de Segurança (só a ele é expressamente conferida pelos Estados-membro) vem ainda reforçada pela inegável coação moral da opinião pública que repele os horrores da guerra.

11. Assim, não tem aplicabilidade a norma de Direito Internacional Geral, de formação consuetudinária, que atribuía aos Estados o direito de recorrer à guerra como forma de autotutela.

O Direito Internacional dos nossos dias considera o recurso à ação armada como ilícito. A ação individual, espontânea, é substituída pela intervenção coletiva do órgão. Estabeleceu-se, dessa forma, uma disciplina jurídica para o exercício da violência bélica, que se detém face aos deveres internacionais relativamente aos direitos dos neutros, aqueles consagrados pelo preceito de Liberdade de Comunicação e os do resguardo dos cidadãos (Convenções de Genebra, 1949).

12. A aplicação do *jus in bello ratione materiae* é hoje inaceitável, pois os Estados perderam a “competência de guerra” (Scelle – *Annuaire* 47 – V. I, 1957. p. 578). Existe, atualmente, um processo para a determinação do Estado violador de suas obrigações convencionais. O Conselho de Segurança e mesmo a Assembléia-Geral, agindo esta em razão da *Uniting for Peace*, são os órgãos próprios mantenedores da ordem jurídica internacional.

13. Na conjuntura, a Inglaterra interrompe as comunicações, ameaça uma ação bélica, e recorre ao *bloqueio*, cuja validade, tradicionalmente exige os seguintes requisitos:

- I – Que seja declarado por autoridade competente e se limite aos portos e costas do inimigo ou por ele ocupado;
- II – que seja efetivo;
- III – que seja devidamente notificado às potências neutras;
- IV – que se aplique imparcialmente a todos os pavilhões (Bevilaqua, D. 8.1., v. 2, p. 287).

Não houve, na atual situação, uma declaração formal de guerra, nos termos estabelecidos em Haia, no ano de 1907. Mas o estado de beligerância é inegável e resulta inequívoco da Nota Verbal nº 128.

14. Nessas condições, uma violação do *bloqueio* pode envolver a presunção de auxílio à parte bloqueada e, pois, configurar uma quebra de neutralidade. Anote-se, novamente, todavia, que o “direito à guerra” (*jus ad bellum*), permitido pelo artigo 51, tem, na atualidade, prazo limitado.

16. É necessário que as partes ora em ações de guerra, se reportem ao caráter obrigatório ou à validade jurídica de uma *Decisão* do Conselho de Segurança, tomado em cumprimento ao art. 39 da Carta.

17. O único *bloqueio legítimo* é, portanto, o autorizado pelo *Conselho de Segurança* dentre as competências que lhe outorgaram os Estados-membro pelo o artigo 42 da Carta.

Assim, somente às Nações Unidas cabe determinar as regras aplicáveis a uma ação de preservação da paz ou de solução dos conflitos internacionais. *As Nações Unidas são as únicas destinatárias das normas do jus in bello, o que lhe dá competência exclusiva de intervir e instituir, eventualmente, até mesmo força armada como Órgão de Pacificação.*

18. Tendo em vista, ainda, a “Nota Verbal nº 128”, parece oportuno recordar aqui as observações de Clóvis Bevilacqua expressas em eruditos pareceres, nesta Consultoria, sobre o bloqueio e seus efeitos, em relação à neutralidade do Brasil, por ocasião da Primeira Grande Guerra:

Tendo em vista o decreto de 15 de março último (1915) do governo britânico referente ao bloqueio dos portos alemães, nesse decreto britânico há um acervo de violação do Direito Internacional. Portanto, os Estados neutros não deviam tomar conhecimento dele, senão para repelir-lhe as pretensões que importam em amesquinamento desses mesmos Estados (10 de março de 1915).

Eu aconselharia que o nosso governo dissesse que esteve ciente do que lhe fora comunicado, mas se reservava o direito de reclamar contra quaisquer atos que lhe acarretassem prejuízo, não

resultantes de aplicação dos princípios assentes do Direito Público
Internacional (9 de fevereiro de 1915)

Brasília, 29 de abril de 1982

M. Franchini-Netto

Projeto de Lei do Senado Federal
nº 32/82.

Envio de informações a respeito da
evolução de política externa.

PARECER

O senhor Secretário-Geral, atendendo à solicitação da Subchefia do Gabinete Civil de Assuntos Parlamentares, encaminhada pelo Secretário de Assuntos Legislativos (SAL/037) consulta sobre o Projeto de Lei nº 32/82 do Senador Itamar Franco que “dispõe sobre o envio regular de informações a respeito da evolução da Política Externa”. (cópia anexa).

A nosso ver padece o projeto do ilustre Senador Itamar Franco de três circunstâncias que recomendam a sua desaprovação:

- a) é inconstitucional;
- b) dá ao Ministério das Relações Exteriores uma obrigação irrealizável; e
- c) contraria os interesses nacionais.

Vejam os três argumentos:

a) *inconstitucionalidade*

Há, na organização do Estado, uma cláusula fundamental: a independência e a harmonia dos Poderes (art. 62, da Constituição de 1969,

que repete as anteriores). De acordo com esse princípio, cada um deles tem funções específicas: a do Executivo, é administrar e a do Congresso, legislar.

Assim, compete *privativamente ao Presidente da República*, art. 81, IX, “manter relações com os Estados estrangeiros”, *ad referendum* (ou seja, depois de feitos), do Poder Legislativo, quando se tratar de “Atos Internacionais” (mesmo artigo, parágrafo X).

Isto significa que não caberá ao Congresso intervir nas negociações, senão após a sua concretização, ficando-lhe, entretanto, livre o acesso ao Ministro de Estado, mediante convocação que lhe dirija, nos termos do art. 38. Aí esta dito:

“Os Ministros de Estado serão obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas Comissões, quando uma ou outra Câmara, por deliberação da maioria, os convocar para prestarem, pessoalmente, informações acerca do assunto previamente determinado”.

É a condição prevista, para *informação* de que necessitarem os nobres congressistas. E manda que, os Ministros apresentem ao Chefe da Nação, relatório anual (art. 68, II). Não exige a Constituição, pois, que se comuniquem compulsoriamente com o outro Poder; nem lhes, atribue o dever de anular a indispensável cautela do sigilo convencional, que em tanto importaria a lei de que cogitou o eminente Senador.

b) *obrigação irrealizável*

Inaplicável seria ela, ademais disso, pelo serviço que indiretamente cria: o do resumo e da transmissão dos relatórios diplomáticos pelo Ministério ao Congresso.

Violaria também, obviamente, o segredo, que permite, além do desenvolvimento das relações entre os Estados, a eficiência das Missões, de outro modo incapazes de efetuar o seu duplo trabalho, de “negociação e de observação”. Qual o Estado que aboliu a confiança dos diplomatas, informando a seus chefes, para substituí-la pela publicidade, que constrange chefes e servidores, fornecendo observações coibidas? Onde, no mundo atual, se extinguiu o costume multissecular da correspondência secreta, que esclarece

os governos sem afetar os diplomatas, convidados à lealdade pelo sigilo que os defende da indiscrição – ou os protege contra as facções – isolados que vivem, no seu privilégio e na sua ética? Evidentemente, para passar ao Legislativo bimestralmente os relatórios recebidos de suas embaixadas, teria o Ministério de criar o competente quadro de funcionários. Mas isso é da privativa atribuição do Presidente da República, art. 81, V e VIII. O projeto, pois, invade a área própria do Executivo.

c) *Contraria os interesses nacionais*

Finalmente (3ª razão), restringir-se-ia a capacidade no relacionamento externo do país, desfalcando da eficácia de seus representantes no estrangeiro e submetido, pelo inevitável extravazamento dos relatórios, a todas as conseqüências dessa mudança de métodos, que desde o início da vida brasileira regem com eficiência a Chancelaria brasileira.

Não se justifica, pois, a sua alteração, quer juridicamente (como provamos no primeiro trecho deste parecer), quer burocrática e politicamente (como situamos a questão).

É inquestionável o dever de observar a ordem lógica do sistema jurídico vigente. Não é necessário enfatizar que a invasão de poderes compromete o sentido de equilíbrio que deve ser preservado.

Certamente não cabe ao Senado apenas a tarefa, exclusiva, de elaborar leis; sua alta presença ainda é requerida no exercício de prerrogativas que lhe são próprias, imanescentes no desenvolvimento natural da sociedade brasileira.

A ordem legal existente, estatui, claramente, uma harmonia entre Poderes que não se transferem, nem nos seus problemas, nem nos deveres que lhes competem.

Essa harmonia é o fundamento da vigência de normas que regem o próprio ordenamento estatal. Não pode, pois, haver relação de subordinação entre os Poderes, mas equitativa distribuição de competência.

Assim, deve preservar-se uma relação de coordenação sob uma ordem pública comum. Isto é, o Direito é o ordenamento vital de um Estado e só o equilíbrio normativo pode realizar sua finalidade.

A gênese dos tratados é de competência do Executivo, ao qual se associa ou não o Legislativo, tendo em vista a repercussão jurídica interna imediata.

Considere-se, ainda, que o Ministro das Relações Exteriores mantém, junto ao Congresso, em caráter permanente – precisamente para atender à intercomunicação requerida – um “Secretário de Assuntos Legislativos”.

Aos legisladores resta, e se nos afigura constitucionalmente suficiente, o caminho aberto pelas informações que diretamente pleiteam; pelas que o Ministério haja de dar a respeito de determinados casos; e, enfim, pelas que desejar obter, com o voto da maioria, do titular da pasta.

Eis porque, opinando pela não aprovação do projeto, cujas superiores intenções fazem honra ao seu autor, achamos que deve ser mantido no Ministério, o regime tradicional – e universal.

Brasília, em 6 de maio de 1982.

M. Franchini-Netto

Projeto de Lei do Senado nº 36/82, dispõe sobre a “apresentação de Relatório Circunstanciado ao Congresso Nacional, após a realização de cada visita a país estrangeiro pelo Ministro das Relações Exteriores impreterivelmente até 30 (trinta dias após a sua chegada em território nacional”. O referido projeto de lei, estatui ainda que “qualquer membro do Congresso Nacional poderá requerer informes complementares sobre o assunto que julgue não ter sido suficientemente esclarecido”.

2. Pela não aprovação do projeto, cujas benéficas intenções reconhecemos, mas que, inconstitucional, torna-se ainda, irrealizável, na diplomacia universal.

PARECER

O senhor Secretário-Geral enviou a esta Consultoria Jurídica, *memorandum* do Secretário de Assuntos Legislativos encaminhando cópia do Telex nº 1.063 da Subchefia do Gabinete de Assuntos Parlamentares, no qual solicita parecer sobre o Projeto de Lei nº 36/82 do Senador Itamar Franco “que dispõe sobre a apresentação de relatório ao Congresso Nacional

após a realização de visita a país estrangeiro pelo Ministro das Relações Exteriores”(cópia anexa).

Nesse sentido, examinando o documento em apreço, apresentamos as seguintes conclusões.

O projeto do eminente Senador Itamar Franco, que determina “informe” o Ministro de Estado, ao termo de viagens e missões no estrangeiro, mediante relatório circunstanciado ao Congresso Nacional, sobre o que realizou, em contacto com os governos visitados”, não se coaduna com a imemorial tradição diplomática. É, como logo o demonstraremos, inobjetável, e, em face da letra expressa do nosso Estatuto máximo, redundante inconstitucional.

Evidentemente Missões e visitas desempenhadas pelo Chefe do Itamaraty devem atender a dois pressupostos: (a) – o interesse nacional e, (b) – a orientação que a seus Ministros dá o Presidente da República. Coincidem ambos, num fim permanente: as boas relações do Brasil com os países que nelas merecem. Dessas viagens resultam as confidências, que apoiam convênios e tratados, e os atos solenes, cujo *referendum* competirá ao Poder Legislativo. Se tivesse o Chanceler de divulgá-los por dever legal, estaria abolida, nos seus recursos e na sua elasticidade, a Diplomacia. Na realidade, à *posteriori*, tem ela a devida publicidade; perdê-la-á se impedida de guardar as reservas, aliás duplas, com as partes engajadas, a eficiência, a possibilidade, o alcance; a menos que o relatório pretendido seja apenas formal, e não sincero e completo.

O sigilo a que se fez referência é, apenas, o inerente a quaisquer negociações e mais acentuadamente necessário no delicado trato internacional em que predominam “os silêncios calculados e se previnem suscetibilidades”. (Schuman, R. – *Les Affaires Étrangères*, Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p.58).

A respeito, ensina Florio:

la riservatezza, cui é tenuto ogni pubblico funzionario nella sua normale attività di ufficio, é particolarmente indispensabile nel corso delle varie fasi del negoziato internazionale. Una simile constatazione é talmente evidente che gli stessi sostenitori di una diplomazia “aperta” sono stati costretti a rinunciare, in pratica, alla integrale applicazione di un tale principio. (Flório, Franco – *Nozioni di Diplomazia e Diritto Diplomatico*, Milano: Dott. A. Giuffré – Editore, 1962 p. 35).

De fato, o Presidente Wilson, em mensagem ao Congresso dos Estados Unidos, anunciou no 1º dos seus famosos “14 Pontos”, a proscrição da chamada “Diplomacia Secreta”. No entanto, logo a seguir, quando em Paris para a elaboração do Tratado de Versailles, suas discussões com Lloyd George e Clemenceau se processaram a portas fechadas, num dos salões do Hotel Crillon, e mais, sob a proteção de sentinelas armadas de baioneta calada... (Nichoison – *Diplomatie*, p. 72 e 73). Tão sigilosos foram esses colóquios, que a eles não tiveram acesso nem mesmo seus companheiros de Missão e “os próprios delegados das potências interessadas só compareciam quando convocados isoladamente. As potências secundárias não foram informadas das etapas sucessivas dos entendimentos de “portas fechadas”, prova de que, o maior dos apóstolos da diplomacia aberta dava-se conta, perfeitamente, de que as negociações *au grand jour* tornavam-se absolutamente impraticáveis. (Franchini-Netto, M. – *Diplomacia – Instrumento de Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964 p. 102). (Cambon, Jules – *Le Diplomate*, Paris: 1926 p. 30 – 31).

Aliás, posteriormente, em carta pessoal a Lansing, esclareceu Wilson o que desejou expressar por “diplomacia aberta”:

When I pronounced for open diplomnacy, I meant not that there should be no private discussions of delicate matters, but that no secret agreements should be entered open, and that all international relations, when fixed, should be open, above board and explicit. (Regala, p. 32 *apud* Florio, op. cit., p. 35).

Poder-se-ia, ainda, em abono, lembrar conceitos de alguns autores, como Jules Cambon: *le jour ou le secret sera aboli toute negotiation deviendra impossible*, (*Le Diplornate*, Paris; 1929) ou de Panikar: *open diplomacy tends to become frozen diplomacy* (Panikar, K. M. – *The Principles and Practice of Diplomacy*, Bombay: 1954 p. 94); Quadroni, *une formule raisonnable serait: publicté des conclusions, secret des negotiations* (Quadroni, P. – *Diplomatie*, p. 73); ou, finalmente, do saudoso Embaixador Rubens Ferreira de Mello: “Convém não confundir a diplomacia secreta com o segredo diplomático que deve presidir a todas as negociações, sobretudo as de caráter diplomático” *Tratado de Direito Diplomático*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. I, 1948 p. 26).

O que se entende, pois, por “diplomacia aberta”, é a publicação final do acordo e não as fases evolutivas da negociação, como no Brasil, assim dispõe, a Carta Magna.

Conclui-se, portanto, sem hesitação, que *a reserva* é um elemento característico, essencial, da atividade diplomática, daí uma das razões da imunidade de comunicações, a inviolabilidade das malas diplomáticas, arquivos e códigos, (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, 1961, art. 27).

Quanto à independência de Poderes, é ela a *Signum Specificum* do presidencialismo – (Pedro Calmon). Em nosso regime político-jurídico a aludida separação atenua-se por uma aproximação que, todavia, não é dependência.

De fato, “não fere o regime – teoricamente – um entendimento de vontades entre os dois órgãos que *alteram* a lei”, pois esta, formulada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, traduz a unidade nacional. (Calmon, Pedro – *Curso de Direito Público* – Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1928 p. 271 – 275).

Mas, haveria infração do sistema presidencial vigente, se as relações de colaboração se transformassem em subalternidade.

O Congresso deve ser elucidado, sobre o pensamento político do Executivo, pois, sem essa precaução, a lei será abstrusa. E tão severa se manifesta, nesta preocupação, nossa Constituição, que, o não comparecimento do Ministro de Estado convocado, implica em crime de responsabilidade. (art. 38, § 1º).

A intercomunicação de Poderes configura, em nosso regime, o “equilíbrio” característico da organização política substancialmente liberal. Isolar os Poderes, “seria condená-los a esterilidade”, mas, subordiná-los, em escala hierárquica, seria destruir o próprio regime:

“A política – afirma Hauriou, “é a ciência e a arte do equilíbrio do poder” (Hauriou, Maurice – *Principes de Droit Public*, Paris, 1913, p. 20). Assim, os Poderes devem deter-se nos limites de sua competência exclusiva.

Realmente, a diplomacia é a arte de assegurar –se possível, com felicidade – a realização do programa traçado, sua aplicação metódica e

quotidiana por meio de negociações ou pelo menos de conversações, seja entre diplomatas ou entre Ministros das Relações Exteriores:

En régime de démocratie véritable le contrôle du panlement doit s'exercer sur la politique extérieure du gouvernement, mais point sur l'oeuvre, et les resultats politiques peuvent être saisis, appréciés, sans plus d'inconvénients. (Noel, L. – “Politique et Diplomatie”, p. 105 – 121).

É fundamental, portanto, nos regimes demo-liberais, o respeito à estrutura de interdependência, entendida esta, – é sua pedra angular –, no sentido de colaboração, mas respeitada a separação dos Poderes:

“Toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, *nem determinada a separação dos poderes*, não tem Constituição”, (“Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, 1789, art. 16, repetindo a “Constituição americana de Virgínia”, de 1776”).

Os contatos pessoais do Ministro das Relações Exteriores constituem a sua principal fonte de informação para a realização da unidade de política internacional que lhe confia o Presidente da República, na sua competência exclusiva. Daí que, na sua função preparatória de um ato jurídico que ocorrerá após *o referendum* do Congresso – indispensável a observância de limitação de Poderes.

Há século e meio funciona ativamente o Ministério das Relações Exteriores observando a prática e os métodos que os regem em todo o mundo.

De volta da Missão ou visita, presta o Ministro de Estado contas ao Presidente da República, que as levarão Congresso caso careçam de sua participação. – Assim acontece em todas as nações constitucio-nalmente organizadas.

É todavia inconstitucional, a exigência do Relatório do Ministro, obrigado a não ter segredos para o público – uma vez que cabe na competência privativa do Presidente da República, art. 82, IX, e X, “manter relações com os Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”.

Atente-se, ainda, no aspecto inconstitucional: o artigo 6º da Constituição de 1969 (que repete as anteriores), estatui, na organização do Estado, a cláusula fundamental da independência e da harmonia dos poderes. Ao Executivo compete administrar e ao congresso, legislar.

Nesse sentido, fixa a Constituição a competência exclusiva do Presidente da República, (artigo 81 – IX e X):

“Compete privativamente ao Presidente da República:

IX – manter relações com os Estados estrangeiros;

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;”

Dessa forma, ao Congresso, não caberá intervir nas negociações, senão após a sua concretização, ficando-lhe porém livre o acesso ao Ministro de Estado para as informações que julgue necessárias, mediante convocação que lhe dirija:

Artigo 38: Os Ministros de Estado serão obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas comissões, quando uma ou outra Câmara, por deliberação da maioria, os convocar para prestarem, pessoalmente, informações acerca de assunto previamente determinado.

§ 1º A falta de comparecimento, sem justificação, importa crime de responsabilidade.

§ 2º Os Ministros de Estado, a seu pedido, poderão comparecer perante as comissões ou o plenário de qualquer das Casas do Congresso Nacional e discutir projetos relacionados com o Ministério sob sua direção.

Assim, consignada está, a condição prevista para a informação de que necessitam os nobres Congressistas. Permita-se-nos ainda, reportarmos aqui, – porque igualmente aplicáveis – a conceitos já expedidos no Parecer nº 291, de 6 de maio último, desta Consultoria Jurídica:

“A gênese dos atos internacionais é da competência exclusiva do Executivo e a eles se associa ou não o Legislativo, tendo em vista a sua repercussão jurídica interna.”

Quanto a informação suplementar ou imediata, necessária à formulação de critério legislativo, considere-se, que o Ministério das Relações Exteriores mantém permanentemente junto ao Congresso, para atender à intercomunicação requerida, um diplomata de carreira, de alto nível, na função de Secretário de Assuntos Legislativos, com escritório na sede do Congresso Nacional.

O “relatório circunstanciado e imediato (trinta dias)”, exigido pelo projeto de lei, não encontra guarida constitucional.

Encaixam-se no inciso, as viagens do Encarregado das Relações Externas, que se realizam também por seus encontros com os governos amigos, ocasião, repetidamente, de acordos e negócios, quando não entram na esfera mais alta dos tratados. Isto, é o que faz a dinâmica da política exterior.

Em face destas considerações, alvitramos, s.m.j., que não seja aprovado o projeto do ilustre Senador, cujas benéficas intenções reconhecemos, mas que se torna irrealizável na diplomacia universal.

Brasília, 20 de maio de 1982

M.Franchini-Netto

O senhor Ministro de Estado envia a Nota nº 192 da Embaixada da Argentina, para o parecer desta Consultoria, “sobre as alegações ali expressas, doutrina e prática inglesas e possíveis precedentes”.

PARECER

A Nota nº 192 da Embaixada da Argentina, datada de 04 de junho p.p., solicita o internamento pelo Brasil, da aeronave militar britânica “Vulcan” e sua tripulação, ora na Base Aérea do Galeão, no Rio de Janeiro.

Em apoio à sua solicitação, após mencionar que a referida aeronave “regressava do Teatro de Operações no Atlântico Sul onde cumprira missão hostil”, a Embaixada argentina invoca “as disposições estabelecidas nas Regras de Haia” de 1923 e as Resoluções da XX Reunião do Órgão de Consulta do “TIAR”.

Em cumprimento ao despacho do senhor Ministro de Estado, esta Consultoria, tendo em vista os termos da referida nota, apresenta o *parecer* que se segue:

a) *Da guerra*

A guerra era conceituada, no Direito Internacional clássico, como uma relação jurídica – “um meio de autotutela”. Hoje, é entendida como um ato ilícito, proscrito pela Carta das Nações Unidas. É, na verdade, um estado de fato, do qual decorrem conseqüências jurídicas. (Kohler – *Modern Rechtsprobleme*, § 41).

Pode-se definir, dessa forma, a situação atual em que se nos depara não uma guerra tradicional, e compendiada por Clausewitz, subordinada aos rígidos princípios do *Jus in Bello*, mas a um conflito em teatro de ação circunscrito, diríamos melhor, um conflito atípico, que exige solução atípica.

b) *Da Neutralidade*

Assim, desde logo, é de notar-se na conjuntura, que o “estado de guerra” *não foi notificado às potências* e por isso não ensejou a conseqüente formal *Declaração de Neutralidade*, ato jurídico que encerra uma correlação de direitos e deveres: *neutrarum partium sunt – Bynkershoek, Questionis juris publici, 1737*.

A palavra neutro do latim *ne-uter* significa, em princípio, “nem de um, nem de outro” mas, realmente, entende-se hoje, a Neutralidade “como a imparcialidade na luta”: *Si medius sim, alteri non possum prodesse ut alteri noceam*. É o princípio geral que envolve dois aspectos, isto é, “não basta a noção *passiva* de abstenção” como preceitua Pictet que a qualifica de “noção essencialmente negativa”. (Pictet, Jean – *Les Principes du Droit International Humanitaire*, Genève; 1966 p. 46). Mas, o conceito implica, também, numa face ativa, ou melhor, como ensina Bevilacqua “neutralidade não é indiferença” (Bevilacqua, Clóvis – *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939. Tomo II, p. 336), e implica em direitos e deveres, no espaço jurídico internacional.

Não é de estranhar, porém, que se tenha iniciado as hostilidades atuais sem a formalidade clássica de uma Declaração, eis que, “os internacionalistas ingleses sempre negaram a utilidade de tal ato, chegando alguns a considerá-lo nocivo”, (Accioly, Hildebrando – *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro; 1957. Tomo III, p. 110), e isso, em contrário ao estatuído pela II Conferência de Haia, relativa ao rompimento das hostilidades, convenção essa ratificada pela Grã-Bretanha. Os artigos 2º e 3º do referido convênio, estatuem a obrigatoriedade da notificação as potências contratantes. Mas, estabelecem, também, “que as potências neutras não poderão invocar a ausência de notificação uma vez que se possa provar, que, de fato, o estado de guerra já era do seu conhecimento”. (Idem, p. 112).

Nessas condições, a atitude do Brasil é correta, ao tornar-se automaticamente imparcial, situação jurídica que decorre da sua soberania estatal.

O chamado “direito de guerra” não distingue entre o Estado agressor e o Estado vítima de agressão (Idem). E nem é fácil, na conjuntura, a sua qualificação.

Em todo o caso, a Carta da ONU, ao abolir a guerra, “não determinou expressamente a extinção da neutralidade entre os Membros das N.U.”. De fato, no artigo 2º, alínea 5, estabelece “que todos os membros dar-lhe-ão toda a assistência e se absterão de dar auxílio a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo”. É o que ocorre.

Distingue-se, ainda, na noção de *neutralidade*, a denominada *neutralidade imperfeita*, na qual o Estado, direta ou indiretamente, concede certa assistência a um deles, em virtude de compromissos assumidos anteriormente à guerra. Assim, em 1948, no conflito entre a Dinamarca e a Alemanha, a Inglaterra julgou-se com direito de permitir a exportação de armas à primeira, e de proibí-la para a Alemanha, apoiada em tratado anterior com a Dinamarca. Seria o que se denominou *neutralidade benevolente*, admitida no Direito Internacional, isto é, um sinal de simpatia, que não fere a imparcialidade jurídica (Eleen, I, p. 13). Ensina Accioly: “a neutralidade estrita ou o dever de imparcialidade dos neutros, não é, incompatível com o apoio moral, e os testemunhos de simpatia em favor de um dos beligerantes (op. cit., p. 272). A neutralidade, afinal, diz Bluntschly, “não é sinônimo de indiferença”. (Direito Internacional”, art. 753).

No entanto, como acima se fez referência, têm os neutros direitos e deveres. O primeiro destes, que caracteriza a imparcialidade, é dar igual tratamento aos beligerantes. (Kelsen, Hans – *Theorie du Droit International Public*, R.D.C., 84, 1953 III, p. 57).

Realmente, o art. 6º da XIII Convenção de Haia de 1907, sobre “Direitos e Deveres dos neutros em caso de guerra marítima”, dispõe:

“É proibida a entrega, seja a que título for, feita diretamente ou indiretamente por uma potência neutra a uma potência beligerante, de vasos de guerra, munição ou outro qualquer material de guerra”.

Dessa forma, os deveres dos neutros podem ser *passivos*, isto é, de *non facere*, de não praticar, e *ativos*, os de se oporem a toda a violação de sua soberania. Assim o expressa o artigo 1º da V Convenção de Haia, de 1907:

“O território das potências neutras é inviolável. Portanto, cruzar-lhe as fronteiras terrestres, marítimas e, (hoje) o espaço aéreo sobrejacente por um beligerante em ação hostil ou não, constitui uma violação da neutralidade”.

Verdade é, todavia, que a tradição brasileira, generosa, adotou em 1914 e 1939, os princípios do artigo 10 da XIII Convenção de Haia, considerando inócua, “a simples passagem” por águas territoriais brasileiras de navios beligerantes, atitude que não constituiu precedente, pois foi superada pela lei interna atual.

É evidente que a passagem de navio de guerra ou aeronave que favorece a um dos beligerantes, não pode ser legítima. Assim, na moderna doutrina, a simples passagem de tropa, navio ou aeronave pelo território nacional depende de autorização legal, pois equivale a auxílio a um beligerante em detrimento de outro. Esse, o pensamento de Accioly:

resulta claramente das Convenções de Haia de nos V e XIII, ser ilícita qualquer facilidade diretamente ligada as operações militares ou navais, ainda que consistentes apenas na permissão de passagem de forças beligerantes por território neutro – embora consentida a ambos os beligerantes. (Accioly, H. – op. cit., p. 287).

De fato, o art. 9º da V Convenção de Haia (1907), e o art. 9º da XIII Convenção, obrigam os Estados neutros a tratarem os beligerantes de maneira uniforme.

Da mesma forma, convencionado foi, no que diz respeito à interdição do trânsito terrestre, naval (ou aéreo – por analogia), na citada Convenção, artigo 2º:

“que interdita aos beligerantes fazer passar através do território de uma potência neutra, tropas ou comboios, exortando, pelo artigo 5º, “a obrigação dos Estados neutros de não tolerarem tais atos.”

Por outro lado, é certo que o artigo 42 das “Regras da Convenção de Haia”, de 1923, sobre neutralidade aérea, estipula:

“A aeronave beligerante que penetra no espaço aéreo neutro deve ser obrigada a aterrisar e ser internada.” (Guggenheim, Paul – *Traité de Droit International Public*, Genève: Librairie de L’Universite, Georg & Cie S. A., v. II, 1954 p. 524).

O mesmo deve ocorrer, segundo ainda esse autor, ainda que o espaço aéreo tenha sido violado *por erro* (Idem, p. 524).

Realmente, a internação de militares beligerantes, que penetram em território neutro sem o consentimento do Estado neutro, é ilegítima. E o material de guerra deve ficar sob a guarda do Estado neutro. Em consequência, da mesma maneira, o acesso a portos neutros (e aeroportos), de navios de guerra ou aeronaves beligerantes.

Ocorre porém que, os navios de guerra beligerantes – ensina Oppenheim-Lauterpach (op. cit., II, § 344, p. 728), em perigo extremo (*in distress*), têm tido permissão para entrar em portos neutros, *com prazo para reparos*.

A respeito, entende alguns autores que no caso, os navios de guerra devem ser desarmados e internada a sua tripulação.

Mas, diz com segurança, Accioly: *não existe nenhuma regra convencional que estabeleça tal obrigação, nem se acha ela consagrada pela prática internacional*. O que se reconhece, assinala o Mestre brasileiro, é o *direito do Estado neutro de exigir o desarmamento*.

Quanto a aeronaves militares beligerantes, também não existe nenhuma regra no Direito Internacional Positivo no que se refere ao asilo em Estado neutro. Alguns princípios, todavia, podem ser deduzidos da prática internacional e de preceitos adotados na guerra terrestre. (Accioly, op.,cit., v. III, p. 323).

Há que notar-se, desde logo, porém, que *as Regras de Haia de 1923 não são fontes de Direito; são apenas a expressão da concepção jurídica de alguns internacionalistas eminentes*. (Verdross, A. – *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar Editora, 1963 p. 397). Não constituem elas, pois, novas normas, mas a aplicação dos princípios gerais do Direito de Guerra Terrestre às condições de Guerra Aérea. *Não foram ratificadas e, portanto, não participam do Direito Positivo*.

A Convenção de Haia sobre a Guerra Marítima estipula no art. 17, que “um navio de guerra de um beligerante não pode reparar as avarias a

não ser na medida indispensável à segurança da navegação e desde que não aumente seu potencial bélico”. (Oppenheim-Lauterpacht – *Traité de Droit International Public*, p. 579).

De fato, depreende-se do *Preâmbulo* da Convenção de Haia, que “os neutros hão de aplicar imparcialmente aos beligerantes as normas adotadas”. Mas isso, diz Verdross “não significa, de modo algum, um dever de equiparação absoluta dos beligerantes, já que o neutro é livre”. De fato, o Direito de Neutralidade, contém normas particulares que se afastam do Direito Geral.

Tendo em vista que não existem regras específicas universalmente aceitas, caberia por analogia, aplicar-se, no caso em apreço, as normas da referida Convenção de Haia, “assemelhando” o avião militar britânico, em “pane”, a navio em “arribada forçada”.

Face à inexistência de normas jurídicas, nada impede essa assimilação, da guerra aérea, aos princípios da guerra marítima, o que já foi feito, aliás, pela “Comissão de Juristas” quando da elaboração das citadas “Regras de Haia” em 1923. (artigos 42 e 48).

Quanto à chamada *Regra das 24 horas* (artigo 12 da XIII Convenção de Haia), trata-se de noção superada, pois durante a Segunda Grande Guerra esse prazo foi várias vezes dilatado, “pela necessidade de reparos”. Assim, por exemplo, a estada em 1940 do Cruzador Auxiliar Britânico *Carnavon Castle* em Montevideú, por 72 horas e do porta-aviões britânico *Illustrious*, que, atingido em batalha nas proximidades de Taranto, esteve em 1940 atracado, durante 4 meses, para reparos, no dique seco norte-americano de Norfolk.

Em 1942, em decorrência da Conferência dos Ministros das Relações Exteriores, reunida no Rio de Janeiro (15 a 27 de janeiro) foi também o prazo das 24 horas dilatado por uma atitude de “neutralidade favorável” aos Estados Unidos, com facilidades especiais de permanência, em contrário à *neutralidade indiferente*, estatuída em Haia em 1907. (Rousseau, Charles – *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1966 p. 67 e seguintes).

Conclusão

Por conseguinte, parece-nos lícita a devolução da aeronave britânica, desarmada e sua respectiva tripulação, após os reparos

indispensáveis, observada uma rota de retorno pré-fixada; e, levando-se em conta o espírito de “imparcialidade benevolente” que o Brasil perfilha, justo se afigura, ainda, um compromisso formal de que a citada aeronave não mais será empregada em operações no presente conflito.

É s.m.j., o nosso parecer

Brasília, 7 de junho de 1982

M.Franchini-Netto

PARECER

Privilégios e Imunidades de técnicos estrangeiros da IICA. O senhor Secretário-Geral envia a esta Consultoria Jurídica, para seu parecer, o *Memorandum* DPI/044/02.09.83/3, referente ao tratamento a ser dispensado a técnicos estrangeiros contratados pelo Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura – IICA, com residência permanente no Brasil, mencionado na Nota Verbal nº 25/BP-845 enviada a 11 de agosto p.p. pela referida entidade, “na condição de organismo internacional nos termos do acordo básico firmado com o governo brasileiro”.

Consulta o senhor Secretário-Geral sobre o tratamento a ser dispensado *a técnicos estrangeiros com residência permanente no Brasil*, contratados pelo Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (IICA), no que diz respeito ao reconhecimento do direito a privilégios e imunidades, em especial a isenção de tributos aduaneiros.

2. O Acordo Básico sobre Privilégios e Imunidades, celebrado entre o governo brasileiro e o Instituto de Ciências Agrônômicas^(*) estabelece para seus funcionários o gozo da isenção de impostos quanto a importação de “seus bens móveis, *após tomarem posse de seus cargos no Brasil*” (art. 11, item “e”). Os nacionais brasileiros foram excluídos daquele benefício, como o estatui seu artigo 12. *In verbis*:

(*) – O Instituto Interamericano de Ciências Agrícolas (IIGA), criado pela convenção aberta à Assinatura das Repúblicas Americanas em 15.1.1944, passou a denominar-se *Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura* através de convenção assinada pelo Brasil, a 6.3.1979. Em seu artigo 38, a Convenção reformuladora estabeleceu que “os direitos e benefícios, bem como os privilégios e imunidades que tenham sido concedidos ao IICA e ao seu pessoal serão reconhecidos ao novo Instituto e ao seu pessoal”. Por conseguinte, o Acordo Básico sobre Privilégios e Imunidades firmado pelo Brasil com o IICA, a 2/3/1970, aplica-se integralmente ao Instituto Interamericano de Cooperação para Agricultura e ao seu pessoal.

“as prerrogativas e imunidades estabelecidas nos artigos anteriores não são aplicáveis aos funcionários do Instituto que tenham a nacionalidade brasileira.”

3. Todas as convenções e acordos bilaterais ou multilaterais, ao cuidarem das isenções fiscais, no que se refere à importação de bens de uso pessoal para funcionários internacionais, são unânimes em estabelecer condições bem precisas, sob as quais aqueles delas podem beneficiar-se. Tais como:

– “depois de haverem tomado posse em seus cargos” – (art. 10º, letra “g”, do Acordo sobre Privilégios e Imunidades da OEA);
– “após tomarem posse de seus cargos no Brasil” – (art. 111, letra “e”, do Acordo Básico com o IICA);

– “para a primeira instalação” – (art. 37, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas);

– “por ocasião de assumirem, pela primeira vez, as suas funções” – (seção 18, letra “a”, do Acordo com a AIEA); etc...

Todas elas, igualmente, definem quais os objetos que podem ser cobertos por aqueles benefícios. Assim é que, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (art. 18, letra “g”), a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas da ONU (seção 19, letra “f”), o Acordo com a AIEA (seção 18, letra “a”), o com a Alalc (art. 16), o com a OEA (art. 10º, letra “g”), o Convênio com o BID (art. IV, letra “a”) se referem tão-somente ao mobiliário, objetos de uso pessoal e a artigos de uso doméstico.

4. Esses dispositivos estão todos em consonância com os princípios adotados, em 1961, pela Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, que constitui o documento básico sobre imunidades diplomáticas e contém os elementos interpretativos ou complementares de ordem geral, sobre a matéria. Assim, quando o Acordo Básico com o IICA silencia quanto aos estrangeiros residentes (no Brasil), que aquela Convenção menciona, reiteradamente, pode-se entender, que as normas gerais desta são de aplicar-se, por analogia e complementarmente, ao caso específico.

De fato, os princípios ali estatuídos são os referentes à nacionalidade e ao domicílio, com vista ao deferimento de isenções fiscais aos “membros do pessoal administrativo e técnico da Missão”.

Cumpre-nos observar, ainda, que não são sinônimos os termos “agentes diplomáticos” e “funcionários internacionais” ou “assemelhados”. Os privilégios e imunidades são distintos para essas categorias, gozando o agente diplomático de franquias mais amplas, que não se estendem na mesma largueza àqueles.

5. As isenções enumeradas no texto do referido acordo básico, artigos 10 e 11, *não concedem aos técnicos do instituto*, todas as prerrogativas e imunidades dispensadas aos agentes diplomáticos. E, tanto assim é, que, em seu artigo 14, o citado acordo distingue, claramente, *quais os funcionários que devem ser equiparados aos enviados diplomáticos para o gozo amplo das imunidades e privilégios, não conferidos aos demais funcionários*:

Artigo 14. Além das prerrogativas e imunidades especificadas nos artigos precedentes, serão concedidas ao *diretor-geral, ao subdiretor e ao diretor regional para a zona sul, suas esposas e filhos*, as prerrogativas e imunidades, isenções e facilidades que são outorgadas aos enviados diplomáticos, de acordo com o Direito Internacional.

6. Em *conclusão*, ao examinarmos os termos da consulta, cabe recordar que:

a) O princípio geral, já consagrado em acordos ou convenções internacionais – sejam eles de caráter bilateral ou multilateral – é o de que os nacionais do Estado hospedeiro ou anfitrião (“Estado acreditado”, na nomenclatura adotado pelo governo brasileiro), *não gozam nesse Estado*, de quaisquer imunidades, isenções ou privilégios que os diferenciem dos seus compatriotas, a não ser aqueles circunscritos “aos atos oficiais praticados no desempenho de suas funções” (Cfr. 38, § 2º, da CVRD)

b) Se um Estado tem acordos particulares com organizações internacionais determinadas, que persigam *propósitos particulares*, não enquadrados nos objetivos genéricos das maiores organizações internacionais (ONU, OEA), o princípio geral é o de que não se dispensem privilégios e

isenções distintas das que se consagraram nos acordos específicos com essas entidades (OEA, ONU, Pnud, Unesco, etc.) O IICA está ou deve estar abrangido pela OEA cuja égide se constituiu.

7. Com base nas considerações anteriores, tendo em vista o acordo básico com o IICA e as especificações estatuídas nos artigos 10, 11 e 14, acima citados, – somos de parecer que, os técnicos estrangeiros e especificamente os residentes com visto permanente, (objeto da consulta), contratados por aquele instituto, não poderão gozar de imunidades quanto à importação de um veículo de uso pessoal.

É, s.m.j. o nosso parecer.

Brasília, 11 de outubro de 1982.

M.Franchini-Netto

Submissão à prévia aprovação legislativa de toda a transação ou acordo visando solucionar litígio entre a administração pública e pessoa física ou jurídica estrangeira.

PARECER

Examinados os termos do Projeto de Lei nº 185/82, apresentamos as seguintes conclusões:

Constitui novidade, que a experiência das instituições não recomenda, o que alvitra o Projeto de Lei do Senado nº 185, de 1982. Dependentes que ficassem, de autorização legislativa, “quaisquer transações, acordo ou negócio jurídico visando solucionar litígio entre a administração pública, direta ou indireta, e pessoa física ou jurídica estrangeira”, não teria cabimento o art. 119, II, “a”, que atribui ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional; nem se manteria a concessão aos Juízes federais de as processar e julgar (art. 125, I) a elas anexadas as que se fundarem em tratado ou contrato da União.

O nobre autor do projeto vai adiante: e resolve propôr o controle das “transações ou acordos” que se negociam na área financeira. O dogma que impede seja isso feito, é o da irrenunciabilidade dos Poderes, constitucionalmente confinados na largueza de sua jurisdição.

Tenha-se por certo, pois, que a hipótese de “litígio” já se acha acautelada pelo Poder Judiciário, e que, no caso geral de transação no exterior,

prevalece o princípio, de que os atos internacionais são negociados pelo governo, dentro da sua competência privativa.

Subverter-se tal método, subtrair-lhe essa faculdade, inverterem-se as escalas do processo, será evidentemente inconstitucional – como, salvo melhor juízo, consideramos a matéria em exame.

Tendo em vista as considerações impeditivas de ordem constitucional acima expostas, releva considerar, ainda, que a matéria em pauta, escapa, no específico, ao âmbito de ação do Ministério das Relações Exteriores, motivo pelo qual permitimo-nos sugerir – se julgado conveniente – a audiência da área econômica oficial no que tange aos problemas a ela concernentes.

É, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 23 de novembro de 1982.

M.Franchini-Netto

Projeto de Lei nº 184/82, “que submete à prévia autorização legislativa a participação das Forças Armadas em operação internacional”.

PARECER

Examinados os termos da propositura de autoria do ilustre Senador Itamar Franco, configura-se, que o Projeto de Lei do Senado nº 184, de 1982, torna-se inútil, em face das disposições constitucionais, e limita desnecessariamente a iniciativa do governo em matéria de acordo, convenção ou ajuste internacional.

O art. 7º da Carta Magna, determina de que natureza sejam as negociações “e outros meios pacíficos”, “com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe” (em caso de conflito em que nos empenhemos), e manda o art. 81, X, que “tratados, convenções e atos internacionais” se façam *ad referendum* do Congresso Nacional.

Como não se fala, na Constituição, na “participação das Forças Armada em qualquer operação internacional”, é claro que essa hipótese cai na generalidade dos “atos” a serem submetidos ao plenário legislativo. Se decidir o Executivo na plenitude das suas atribuições que tal participação se dará, antecipar-se a medida, com a obrigação de pedir o voto prévio do Congresso, seria abdicar esse Poder do privilégio de negociar livremente, transferindo-se-lhe a faculdade, de um a outro órgão da soberania, o que proíbe, extensa e intrinsecamente, o parágrafo único do art. 6º: A União compete “celebrar tratados e convenções”, além de participar de organizações internacionais” (art. 8º), cabendo ao Congresso, isto sim, sobre eles “resolver definitivamente”.

Inútil se torna o projeto de lei em apreço, em face, ainda, do disposto na Carta das Nações Unidas, artigo 43, nº 1 e 3.

43.1 Todos os membros das Nações Unidas, a fim de contribuir para a manutenção da paz e segurança internacionais, se comprometem a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e de *conformidade com acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais.*

E conclui o ítem 3 do mencionado artigo da Carta de São Francisco:

43.3 – *O acordo ou acordos serão negociados o mais cedo possível, por iniciativa do Conselho de Segurança. Serão concluídos entre o Conselho de Segurança e membros da organização ou entre o Conselho de Segurança e grupos de membros, e submetidos à ratificação, pelos Estados signatários, de conformidade com seus respectivos processos constitucionais.*

O texto é claro e bem específica: o emprego de forças armadas em função internacional para a manutenção da paz e segurança internacionais, está condicionado a acordos especiais com os Estados-membro e submetidos à ratificação, pelos signatários, de conformidade com os seus preceitos constitucionais. No Brasil, a Constituição estabelece-lhe o ritmo, como acima se fez referência. (artigos 7º, 81 – X, 6º e 8º).

Cercear a liberdade Presidencial, a ela antepondo-se, fora de hora, a intervenção do poder coletivo, corresponde a obstruir a função especializada que lhe confere o *Estatuto Máximo*, transgredindo-se a norma tradicional e clássica, poderíamos dizer, universal, que hierarquiza o exercício da diplomacia. Assim primeiro, delibera o Chefe da Nação, depois dirá o que convier a representação nacional. Esta é a regra, que só por emenda constitucional se alterará.

É, s.m.j o nosso parecer.

Brasília, 24 de novembro de 1982.

M. Franchini-Netto

Asilo diplomático concedido pela Embaixada do Brasil na Guatemala ao Dr. Francisco René Bobadilla Palomo, ex-Ministro da Agricultura, Pecuária e Alimentação do governo Lucas Garcia, deposto do poder pela Junta Militar chefiada pelo General Efraim Rios Montt.

PARECER

A noção de *asilo* vem de épocas muito remotas na história dos povos: e mesmo, no dizer de Reale, “tão antiga quanto a humanidade”, (Reale, Egídio – *Droit D’Asile*, RDC. v. 63, Tomo I, 1958. p. 475 – 476).

A prática do *asilo* surgiu, à princípio obedecendo ao terror religioso, que tornava invioláveis os que se refugiavam nos templos, bosques sagrados, junto às estátuas dos deuses e mesmo às dos imperadores, quando erigidos em divindade.

Mais tarde, as Igrejas cristãs ou os conventos abrigam e protegem os perseguidos que procuravam o refúgio junto aos altares. É o asilo eclesiástico, praticado largamente na Idade Média. E reivindicado ainda hoje pela Santa Sé com fundamento no *Codex Juris Canonici* promulgado por Benedito XV, a 19 de maio de 1918.

Mas é após o Tratado de Westfalia, (1648), quando se instalam as embaixadas permanentes, que o asilo se institucionaliza apresentando-se sob duas modalidades:

- a) O asilo territorial ou refúgio; e

- b) O asilo diplomático, asilo interno ou político, que é o concedido nas Missões diplomáticas, em navios ou aeronaves de guerra, assim como em acampamentos militares.

Na verdade, quanto ao asilo diplomático, objeto do presente parecer, já no século XVI, Carlos V. da Espanha o definia, através de precisas instruções aos seus legados:

“Que as casas dos Embaixadores sirvam de asilo inviolável, como outrora os templos dos deuses, e que não seja permitido a ninguém violar este asilo, qualquer que seja o pretexto invocado”. (Reale, Egídio – op. cit., p. 513).

Da imunidade de residência do diplomata, desde logo consagrada pelo costume internacional, decorreu a inviolabilidade do asilo nela concedido, que foi respeitado na Europa, durante os séculos XVI a XVIII (e até mesmo no século XIX), estendendo-se, durante certa época, não apenas aos palácios da Missão, mas a todo o *quarteirão* ou mesmo ao *bairro* em que se localizava. Era o *jus quarteriorum* ou *la franchise des quartier*.

No referido período, porém, o asilo era concedido somente aos criminosos de direito comum. O delinqüente político, dele estava excluído, pois, tal atitude, face ao direito divino dos reis, era punida como “crime da lesa majestade”. (Fernandes, Carlos A. – *Do Asilo Diplomático*, Coimbra: 1961. p. 1).

2. Com a evolução do Estado moderno, todavia, “o desenvolvimento do sentimento de solidariedade humana, deu a perceber a ação corrosiva do crime, que, embora localizado em um país, o fazia refletir-se nas sociedades congêneres ligadas por diferentes relações” (Bevilaqua, Clóvis – *Direito Público Internacional*, (Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastas, 1939. Tomo II p. 108 – 109).

Estabeleceu-se, então, um consenso entre as nações, quanto à impropriedade do direito de asilo concedido ao criminoso comum, alterando-se o antigo conceito, para admiti-lo somente em referência ao delito político. E assim vem sendo praticado, embora menos freqüentemente na Europa que, porém, restringindo-lhe a prática, não o aboliu totalmente, como se verificou durante a Guerra Civil na Espanha ou no episódio do refúgio do Cardeal Midzenski, na Hungria.

Explica-se esse retraimento: de fato, a estabilidade política na Europa, tornou menos freqüente a prática, do asilo e, ao revés, a sua instabilidade na América Latina transformou-o “numa importante instituição de Direito Convencional” (Fernandes, Carlos A. – *Do Asilo Diplomático*, Coimbra Editora Limitada, Prefácio de Marcelo Caetano, 1961, p. 34). Um patrimônio jurídico, poderíamos acrescentar.

Realmente, a América tem favorecido o desenvolvimento do asilo diplomático, eis que, muitas vezes, a balança de competição política leva ao revezamento nos postos de mando. Então, os poderosos da véspera, perseguidos pelas novas autoridades em revanche, buscam, num impulso atávico, os lugares invioláveis, as Missões diplomáticas.

A realidade social da América Latina, conturbada pelo processo típico de afirmação nacional, impôs então, a regulamentação jurídica do fato, isto é, soluções regionais que constituíram essencialmente um conjunto sistemático pan-americano, ou melhor, o Direito Internacional Americano, lentamente elaborado em sucessivas reuniões de seus juristas e estadistas.

Nesse sistema, tem relevância o asilo diplomático consagrado em convenções que o regulamentam desde: 1889 (Tratado de Direito Penal Internacional, Montevideú), e nas chamadas Conferências Pan-americanas, que constituem o ordenamento de convivência regional.

3. Uma das convenções de maior relêvo na linha das referidas conferências, foi, no que concerne ao tema desta consulta, a denominada “Convenção de Havana”, de 1928.

Esse documento jurídico reveste-se de importância histórica, pois fixa, no que tange ao instituto, as linhas básicas da conduta convencional pelos Estados latino-americanos. Para nos, reveste-se de particular significação, por ter se inspirado no trabalho do ilustre jurista brasileiro, Epietácio Pessoa, no seu *Projeto de Código de Direito Internacional Público*, (capítulo XII, Livro IV), de 1911.

A referida convenção, como bem assinala o senhor Chefe do Departamento das Américas, reafirma a licitude da concessão do asilo diplomático, que deverá ser respeitado relativamente a “criminosos políticos”.

A Convenção de Havana, porém, não definira o “delito político, nem a responsabilidade de sua qualificação”. Em 1933, todavia, reuniu-se em Montevideú, a VII Conferência Internacional Americana, da qual resultou um novo convênio, com base em Projeto do Instituto Americano de Direito

Internacional: a *Convenção Sobre Asilo Político*, que vinculou 19 Estados, entre eles o Brasil e a Guatemala.

Tendo por principal objetivo modificar e esclarecer o texto de Havana, a Conferência de Montevideú, atendendo-lhe às deficiências, definiu também o conceito de culpado, referido em 1928, vedando o asilo aos “inculcados de delitos comuns que se acharem devidamente processados ou tiverem sido condenados por tribunais ordinários”

Assim, o artigo 1º estabelece:

“Artigo 1º – Substitui-se o artigo 1º da Convenção de Havana sobre Direito de Asilo, de 20 de fevereiro de 1928, (que não especifica quais os crimes comuns) pelo seguinte: não é lícito aos Estados dar asilo em legação, naves de guerra, acampamentos ou aeronaves militares, aos imputados que estiverem processados em forma regular ou que tiverem sido condenados por tribunais ordinários, assim como, também, a desertor de terra e mar.”

A citada convenção explicita a proibição de conceder-se asilo “aos que estiverem processados em forma regular” e “a condenados por tribunais ordinários”, por crimes comuns. Esta redação dá a perceber a preocupação de distinguir o delito político do comum, bem como excluir do direito de asilo os que tiverem sido julgados com as garantias de uma Justiça isenta e alheia à pressões políticas. Nesse sentido, concede, decisivamente, competência ao Estado asilante, para a qualificação, da natureza de delito:

“Art. 2º Compete ao Estado que dá asilo a qualificação de delito político.”

Esse dispositivo, aliás, vem incorporado ao Direito Internacional Americano, pois assim figura, também na Convenção de Caracas de 1954, que o repete, quando reconhece o direito do Estado asilante à qualificação da natureza do delito (art. 4º, em harmonia com o art. 2º da Convenção de 1933).

Não é de discutir-se pois, que, no entendimento geral dos governos americanos, o asilo é um direito do Estado asilante, cabendo-lhe a classificação

do delito. As referidas Convenções de 1928 e de 1933 foram ratificadas pelo Brasil e pela Guatemala.

A Guatemala e o asilo diplomático

4. Em várias ocasiões manifestou a Guatemala sua pertinaz adesão ao instituto, tanto quando ocorrido em seu território, como em suas Missões no estrangeiro. E assim tem sido, desde 1865, quando concedeu salvo-conduto a asilado na Legação da Grã-Bretanha em sua capital.

Mais recentemente, em 1920, respeitou-o em relação a asilado na Embaixada da Espanha. E a mesma conduta manteve, em 1945 e 1948, quando, após movimentos revolucionários, emitiu salvo-conduto a numerosos asilados em Missões na sua capital: (12 na Embaixada de El Salvador; 1 na do Brasil; 1 na da Argentina, da Costa Rica e de Honduras; 2 na do Chile e na da Colômbia; 3 na Nunciatura Apostólica e na Embaixada do México e 2 na do Panamá). Igual atitude observou, no episódio da Guerra Civil na Espanha, aceitando asilados em sua Embaixada em Madrid, ocasião em que expediu, a 23 de junho de 1939, a seguinte declaração:

“Desde o momento em que nossa legação acolheu refugiados nacionalistas durante a guerra civil, ela manifestou sua posição em favor do asilo político tanto como princípio humanitário incorporado na legislação guatemalteco em virtude das Convenções de Havana e de Montevideú” (Villagran Kramer, Francisco – *L'asile Diplomatique d'après la pratique des États Latins-américains* Bruxelas: Tese nº 524 de doutoramento, *apud* Cabral Moncada, *Asilo em Direito Internacional Público*, Coimbra: Boletim da Universidade de Coimbra, v. XXI, p. 115).

A respeito dessa linha de conduta, o internacionalista uruguaio Vieira, membro do Comité Jurídico Interamericano, assinala mais uma veemente atitude do governo guatemalteco, em 1950, quando:

preocupado por el diferendo peruano-colombiano por la sentencia de la Corte (caso Haya de La Torre) propuso una Reunion de Consulta em base al articulo 39 de la Carta de la OEA, aunque el punto no

se trate luego ante su propia solicitud. (Vieira, Manuel Adolfo – *Derecho de Asilo Diplomático*, Montevideo, 1961, p. 182)

De fato, por ocasião do famoso julgamento, a Guatemala, espontaneamente, enviou à Corte de Haia duas notas: na primeira, de nº 15.357 de 16 de novembro de 1950, expressou-se nos seguintes termos:

On ne doit pas perdre de vue que le point essentiel du différend se rattache à la qualification du délit qui est une attribution de l'État qui donne asile, comme l'étabit solennellement l'article 2 de la Convention de Montevideo. Mon gouvernement ne considère pas que cette règle n'est pas applicable à un pays qui, ayant été partie à la Convention sur l'asile politique signée à La Havane en 1928, n'a pas ratifié la Convention complémentaire de Montevideo de 1933, comme c' est le cas du Pérou, puisque cette république, dans la pratique, a exercé le droit d' asile d' une manière très large et, conformément à la tradition générale des États américains, sans limiter sa fonction à la lettre morte des conventions. On doit tenir compte aussi du fait que l'exercice du droit d'asile en Amérique n'a jamais été limité à l'application restrictive de la lettre des conventions, mais qu'il a été étendu par un accord tacite de tous les États, en raison des circonstances particulières aux cas qui se sont présentés, ce qui a crée une série de règles pratiques qui, bien qu' elles ne figurent pas dans le texte des conventions, sont déjà des règles établies et acceptées par tous les États de ce continent.

Em 18 de janeiro de 1951, novamente dirigiu-se a Guatemala à Corte da Justiça Internacional reiterando com veemência seu ponto de vista jurídico sobre o asilo diplomático (*Opinion Americane y Derecho de Asilo*, Bogotá: 1954, p. 4, *apud* Villagran Kramer, *op.cit.*, p. 75)

Essa posição sistemática da Guatemala em defesa do asilo, levou-a, em fevereiro de 1951, a solicitar que se incluísse “a reafirmação de direito de asilo como princípio jurídico interamericano”, na Agenda da IV Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. A

reunião, tomando em consideração a proposição guatemalteca, emitiu a seguinte declaração:

el derecho de asilo es un principio jurídico de América, consagrado en convenciones fundamentales y en la reciente declaracion de los derechos y deberes del hombre, aprobada por la IX Conferencia Pan-americana de Bogotá (Anales de la OEA, 1951, p. 125 e 45 de 1952, União Pan-americana, Washington D.C.)

Tenha-se presente também, para bem caracterizar a tradicional atitude da Guatemala favorável ao instituto, a sua posição durante a VII Conferência Internacional Americana de 1933, em Montevideu. Durante os trabalhos, foi constituída uma subcomissão incumbida do tema. Dela participaram os Delegados da Argentina, Paraguai, Panamá, Honduras e Guatemala, sob a presidência do Dr. Carlos Salazar, ex-Ministro das Relações Exteriores guatemalteco. Essa comissão apresentou extenso relatório acompanhado de um projeto de convenção, no qual expôs o que se segue e que nos parece relevante transcrever:

O artigo 1º da Convenção de Havana utiliza o termo “acusado”, e essa expressão muito genérica, trouxe, como conseqüência, que o Estado territorial pretendeu por vezes impedir o asilo, atribuindo ao asilado a autoria de delitos de direito comum pré-existentes ao asilo, sem que tivessem existido antecedentes que o justificassem; assim, o asilado tinha de permanecer indefinidamente na Missão que o protegia, do que decorria situações difíceis e embaraçosas que a convertia em verdadeira prisão... Os incidentes do asilo muitas vezes têm motivado o desacordo do Estado territorial e colocado o diplomata em condições que tornam sua missão extremamente difícil. Que a causa do mal-estar seja, justificada ou não, a situação é criada e se impõe suprimir as causas.

O projeto foi aprovado e resultou no artigo da convenção que dá, definitivamente, ao Estado asilante, a competência para qualificar o delito. (VII Conferência, Atas e Antecedentes, Montevideu: 1933. Primeira, Sétima e Oitava Comissões, p. 184).

Deve-se recordar, ainda, na caracterização do posicionamento tradicional da Guatemala em favor do asilo político, o chamado “asilo em massa”, que concedeu, (1954), a 800 pessoas, em diversas Missões diplomáticas na capital guatemalteca, quando triunfou a revolução dirigida pelo Tenente-Coronel Castillo Armas, que destituiu o Presidente constitucional Jacob Arbenz.

O ilustre jurista Vieira, em seu alentado estudo sobre asilo diplomático, já citado, enfatiza que:

“a Guatemala sempre tem sustentado os princípios das Convenções de Havana e Montevideú, de 1933” (Vieira, Manuel Adolfo – *Derecho de Asilo Diplomático – Asilo Político*, Montevideú: 1961. p. 182)

Realmente, em 1948, quando as forças revolucionárias venezuelanas se recusavam a respeitar o asilo concedido a Rômulo Bittencourt, o governo de Guatemala, protestando, dirigiu-se diretamente ao Conselho da OEA, em termos incisivos:

“La conducta de la Junta Militar da Venezuela es contraria al principio del derecho de asilo y a la tradicion democratica de América”. (Anales de la OEA, 1948, p. 216).

Sobre asilo político em seu país, o jurista guatemalteco, Villagran Kramer, assim se expressa:

O asilo, em virtude da legislação interna e dos tratados internacionais, assim como de costume interamericano, após ter sido uma ‘instituição humanitária’, foi recentemente elevado ao *rang* de Instituição de Direito Internacional Americano (Villagran Kramer, Francisco – op. cit.).

A própria Constituição da Guatemala, de 1965, prevê a figura do “asilo político”, em seu artigo 61, nos seguintes termos:

Art. 61 – Guatemala, reconoce el derecho de asilo y lo otorga a los perseguidos políticos que se acojan a su bandera, siempre que respeten la soberania y las leyes del Estado. Se prohíbe la extradicion de reos politicos y no se intentará, en ningun caso, la de los

guatemaltecos que por causa política se refugiaren en otro país. Ningun guatemalteco poderá ser entregado a Gobierno extranjero para su juzgamiento a castigo, sino por delitos comprendidos en Tratados Internacionales vigentes para Guatemala. Se prohíbe igualmente la extradición de personas acusadas por delitos comunes conexos com los políticos. Al acordarse la expulsión de un asilado político, no será entregado al país cuyo Gobierno lo persigue.

Não obstante a referida Constituição tenha sido suspensa pelo recente golpe militar (23.3.82), aquele Instituto Jurídico foi mantido, no denominado “Estatuto Fundamental de Gobierno” (Decreto-Lei 24/82), vigente, que substituiu a lei quatemalteca. O capítulo V, sob o título “Garantias Individuales”, no inciso 17 do artigo 23, do referido Estatuto, assim preceitua:

Se reconoce el derecho de asilo y se outorgará también a los perseguidos políticos – que se acojan la bandera de Guatemala – siempre que respete la soberanía y leys del Estado. De acordarse la expulsión de un asilado político, no será entregado bajo ninguna circunstancia al país cuyo Gobierno lo persigue.

Brasil e o asilo diplomático

5. O Brasil surge no cenário internacional da América, em circunstâncias diversas das que caracterizaram a independência dos demais Estados. Isto é, passou o país, de um Estado monárquico a outro, sem as convulsões dos grupos políticos em luta pelo poder. Não obstante, sempre o Brasil respeitou o Direito de Asilo Político em seu território, exigindo o mesmo quando asilante em país estrangeiro. Assim para não retroceder demasiado na História, basta lembrar que, desde 1898, o Brasil vem perfilhando aquela doutrina, seja através das *Regras de La Paz* (Documento conjunto firmado pelos representantes dos Estados Unidos da América, França e Brasil), seja nos sucessivos Convênios, de 1928, 1933 e 1954 (Caracas). Ilustres juristas brasileiros têm defendido a doutrina do asilo político e a prática diplomática nacional. São de Accioly as seguintes observações:

Como se sabe, o asilo consiste na subtração à jurisdição de um Estado, de um indivíduo que tenha sido processado ou

condenado pela Justiça desse Estado ou esteja perseguido por suas autoridades, por haver cometido algum ato contrário às leis ou ao governo de tal Estado, ou por ser julgado perigoso à ordem pública, ou, ainda, por simples inimigo da política. (Accioly, Hildebrando – *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª. edição, Rio de Janeiro; 1956. p. 480 e seg.)

Nem tem faltado harmonia de vistas nos pareceres desta Consultoria Jurídica sobre a matéria, como se pode depreender dos seguintes tópicos da lavra do insigne Mestre Clóvis Bevilacqua:

Em relação aos crimes políticos, porém, atento à excitação dos ânimos, o sentimento de humanidade justifica o asilo, como discreta intercessão moderadora, para impedir excessos possíveis. Por isso mesmo, deve durar apenas o tempo necessário para que o asilado se afaste do país, sob garantia de não ser molestado, ou de qualquer outro modo, se ponha em segurança.

Sendo a concessão de asilo a políticos um direito, com fundamento no costume ou em convenção, não respeitá-lo o governo do país, onde se der, constitui delito internacional, ato inamistoso de irrecusável gravidade. (Clóvis Bevilacqua – Parecer, Rio de Janeiro, 1931).

Respeitá-lo, portanto, nos termos das convenções, é um dos deveres jurídicos dos Estados, consagrado pelo costume e pelo Direito Convencional Americano.

Fundamento Jurídico – Doutrina e prática do asilo político

6. Reconhecem os autores ao asilo político, um duplo fundamento, isto é: um técnico e outro prático.

O primeiro, é a salvaguarda da pessoa humana (sua vida, liberdade e dignidade). O segundo, é a adequação às necessidades do mundo político em que se desenvolve. Suas finalidades são, pois, de natureza humanitária e jurídico-sociais. Essa característica humanitária aliás, vem reconhecida e consagrada, em nível mundial, na *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948):

Art. 14: 1.

“Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”.

Neste contexto, o asilo é um instrumento jurídico integrado no Direito Convencional e se fundamenta hoje, na doutrina dos Direitos Humanos, inserta no âmbito dos Direitos e Deveres dos Estados.

O Direito do Asilo é entendido atualmente como consequência da personalidade jurídico-internacional do homem. Inerente à pessoa humana, é o “corolário do princípio da justiça e respeito efetivo dos Direitos dos Homens e das liberdades fundamentais para todos sem distinção”. (Fernandes, op.cit., p. 68).

Essa conclusão, aliás, deflui de documentos jurídicos da maior importância na área internacional tais como a Carta da ONU, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969), art. 22, § 7º, (ratificada pela Guatemala) o Pacto de Bogotá (1948), o pronunciamento do Instituto de Direito Internacional, do Instituto Hispânico Luso-Americano de Derecho Internacional, a citada Declaração Universal dos Direitos do Homem, (1948 – Paris), a Declaração de Estrasburgo e os modernos Princípios Fundamentais do Direito das Gentes.

Assim, o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, proclama:

“A fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”.

E por *sete vezes*, o texto constitucional menciona os Direitos do Homem e o encorajamento das liberdades fundamentais, dando poderes aos diversos órgãos da Organização para a promoção dos seus fins:

Art. 56.

“Com vistas a atingir os fins indicados no artigo 55, os membros obrigam-se a agir em cooperação com a organização tanto conjunta como separadamente.”

De fato, a Carta da ONU declara o homem sempre e em qualquer parte, pessoa jurídica. De onde decorre que não apenas o cidadão goza de titularidade interna (1789), mas agora, todo o indivíduo dela goza na área internacional.

Assim o expressa Mirkine-Guetzevitch:

on peut affirmer que le respect des droits de l'homme est le point de départ de la technique juridique de la Charte. Elle reconait formellement, catégoriquement, la protection international des droits de l'homme (Doctrines des Droits de l'homme – Revi Générale de Droit International Public, Tome IV, p. 169). E Scelle, na mesma linha de pensamento:

les organes de L'ONU, en matière de protection des droits individuels, possèdent donc une compétence sinon d'intervention au sens fort du terme ou moins d'interférence dans les affaires démocratique (Scelle, George, apud Mirkine-Quetzévitch, op. cit., p. 171).

Realmente, para o cumprimento do texto da Carta, em seus vários artigos, a Comissão de Direitos Humanos tem uma atividade vigilante na observância de sua competência, em harmonia com os demais órgãos das Nações Unidas.

Eis pois, que a Carta já “consagra o reconhecimento do homem como sujeito de Direito Internacional”, diz o citado mestre português, Carlos A. Fernandes. Esse reconhecimento vem explicitado, mais ainda na Declaração Universal dos Direitos do Homem que, com acima foi referido, reconhece ao indivíduo o direito de asilar-se “e de se beneficiar do asilo em outros países em caso de perseguição que não seja fundada em delinquência comum ou atividades contrárias às finalidades e princípios das Nações Unidas”.

Na mesma linha doutrinária, também o Instituto de Direito Internacional, na sua sessão do Bath, em 1950, recomendou:

“no sentido de que, no futuro, se estude o estatuto do asilado com base nos direitos humanos” (Barbosa de Magalhães – *Annuaire*, op. cit., p. 202).

Acrescente-se, ainda, a posição adotada pela Assembléia da Europa, em Estrasburgo, que:

“aprovou, por unanimidade, uma resolução reconhecendo à Corte Internacional de Justiça competência em caso de violação dos direitos do homem” (*Annuaire*, op. cit., p. 228).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948, estatui, em seu artigo XXVII:

Toda a pessoa tem o direito do procurar e receber asilo em território estrangeiro, e em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com os convênios internacionais.

Não é outra, aliás, a doutrina do Instituto de Direito Internacional, acima referida, aprovada em Bath, na sessão de 1950:

“Art. 3º. O asilo pode ser outorgado a todo indivíduo ameaçado em sua vida, sua integridade corporal ou sua liberdade”.

No mesmo sentido, com a ênfase que lhe dão internacionalistas renomados, presentes no Primeiro Congresso Hispano Luso-Americano de Derecho Internacional, foi aprovada em 1951, a seguinte Resolução sobre Direito de Asilo.

“Todo homem deve gozar do direito de asilo, estando em perigo sua vida, liberdade e honra”.

Eis aí mais um elemento que se incorpora na doutrina e parece oportuno mencionar: *ameaça à honra*.

De fato, os direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinções de raça, nacionalidade, crença ou sexo, foram proclamadas como um dos princípios da Organização dos Estados Americanas (inciso “j” do art. 5º, da Carta, firmada em 1948, na IX Conferência Interamericana, que aprovou, também a mencionada Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem).

A respeito, assinala-a Garcia Bauer, eminente jurista guatemalteco:

“en tres Conferências Pan-americanas se han aprobado convenciones que tienden a la proteccion de determinados derechos humanos, como sobre derecho de asilo”. (*Bauer – op. cit., p. 98*)

E mais, continua o mesmo mestre,

esse princípio básico del Sistema Interamericano del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, consagrados en la Conferência de Bogotá, va a reafirmar-se en las Resoluciones I y VIII de la Cuarta Reunion de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada em Washington, D.C., en marzo y abril de 1951, en la Resolucion XXVIII sobre “Fortalecimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos” aprobada por la Decima Conferência Interamericana celebrada en Caracas en 1954.

Realmente, esse tem sido o pensamento constante dos Estados Americanos que em setembro de 1967, na XII Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, manifestaram, pela Resolução III:

“que o respeito à observância dos direitos humanos constitui um princípio fundamental de ordem jurídica, tanto universal como interamericana, indispensável à segurança efetiva do hemisfério.”

Com esse objetivo criou-se uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Guatemala e o Brasil, membros da ONU e da OEA, acham-se vinculados a dois convênios específicos sobre o asilo diplomático: a Convenção de Havana (1928) e a de Montevideú (1933)

Os referidos documentos jurídicos estatuem a licitude do asilo a “perseguidos por delitos políticos”, (essa tem sido, aliás, a tradição da América, desde o Tratado de Direito Penal Internacional de 1889) ou, na forma adotada pela Convenção de Havana, de 1928, a “delinqüentes políticos”.

O Acordo de Montevideú, explicitando o texto de Havana, estabelece, definitivamente, que a qualificação desse delito é da competência do Estado asilante.

Explica-se: a motivação fundamental do asilo está no perigo que corre o indivíduo de ser privado de sua vida ou de sua liberdade (e honra) como acontece em área política conturbada, motivada pela paixão.

Realmente, diz Gigena:

quando triunfa uma revolução, existe o perigo, eis que as ações são inspiradas pela paixão política e o espírito de revanche facilitados pelo predomínio da força sobre a ordem institucional.

Dessa forma, conclui o jurista argentino:

para conceder o asilo, não é necessário que o asilado, no momento de solicitar a proteção, seja perseguido ou esteja acusado de algum delito. Basta que as circunstâncias configurem a existência de um perigo para a sua vida ou sua liberdade no momento ou em futuro imediato. (Gigena, Carlos Torres, *Asilo Diplomático*).

Daí que, ao Estado asilante e só a ele, compete a apreciação da conjuntura, ou melhor, a qualificação determinante do caráter político essencial à concessão. São os termos da Convenção de Montevideú, de 1933, acima referido:

Art. 2º.

“Compete ao Estado que dá o asilo, a qualificação de delito político”.

A Guatemala e o Brasil estão vinculados a esse texto convencional.

No caso em pauta, há a notar, ainda, que o Encarregado de Negócios do Brasil, ao comunicar ao Ministro das Relações Exteriores a concessão do asilo, em conformidade com o disposto convencional (Convenção de Montevideú), dele não ouviu quaisquer referências a criminalidade comum do asilado, o Sr. Francisco René Bobadilla Palomo, Ministro de Estado do governo deposto. Pela contrário, o Chanceler guatemalteco asseverou-lhe que iria proceder à concessão do respectivo salvo-conduto (Telegrama nº 306 e 307, *Memorandum Confidencial DAA/133*).

O governo da Guatemala, sempre respeitou – permito-me insistir – o direito da qualificação pelo Estado asilante, e, com tal ênfase, que já o tem afirmada *mesmo em relação aos não signatários do Acordo de Montevideú*, como ocorreu quando da revolução que destituiu Arbenz (1954), em que o governo territorial guatemalteco reconheceu-o a

não-Partes do Tratado de Montevideu, baseando-se tão-somente em regra costumeira. Isto é, acatou a qualificação a 800 asilados em 10 embaixadas na Guatemala, sem obrigação contratual alguma.

Aliás, anotam os autores, na prática, sempre prevaleceu a qualificação do asilante sobre a do governo territorial, a princípio, com base no direito consuetudinário. Assim, a própria Corte Internacional de Justiça, ao dar a sua “sentença política”, reconheceu “que a Colômbia não estava obrigada a entregar Victor Raul Haya de la Torre”, cujo delito qualificara. (Sentença de 13 de junho de 1951).

Dessa forma, conclui Gigena, “todos os países latino-americanos, (com exceção da Argentina, Paraguai e Uruguai), que ratificaram a Convenção de 1933, estão obrigados contratualmente, entre si, a reconhecer a qualificação pelo asilante” (op. cit., p. 172).

De todo o exposto, é de entender-se que, ao concederem o asilo, os Estados atuam como representantes da comunidade internacional ante a violação de um dos seus princípios fundamentais e sua ação torna-se o cumprimento de uma função indeclinável no campo do Direito.

O Direito de Asilo, em conexão com a defesa dos direitos humanos, converte-se, não propriamente em direito substantivo do indivíduo, mas em um direito adjetivo: um meio processual para promover, em uma instância internacional, a sua proteção e assumir as responsabilidades em caso de serem aqueles violados. O asilo, assim concedido, significa apenas uma apreciação *prima facie*, obviamente de boa-fé, para logo passar-se à segunda, o juízo de extradição.

E assim:

- a) Considerando que o Brasil cumpriu os termos convencionais com fundamento no Direito das Gentes e em observância à máxima *pacta sunt servanda*, noção básica da estrutura internacional expressamente acolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969:

“Art. 26. – Todo o Tratado em vigor obriga as Partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”;

- b) considerando que o conflito, resultante do caso em pauta, não pode ser solucionado pelo Estado territorial, onde falecem,

- atualmente, como é sabido, as garantias constitucionais e, em consequência, as condições normais de justiça e segurança;
- c) considerando que o exercício da instituição legitimada pelo Direito Positivo não envolve a soberania territorial, escudada que é, em tratado;
 - d) considerando que o asilo concedido, pode e deve ser oposto à autoridade territorial, pois é esse instituto um patrimônio jurídico da humanidade “tão antigo como ela própria” (Franchini Netto, *Asilo Diplomático*, Conferência proferida na Universidade de Washington, São Paulo; 1978, p. 35);
 - e) considerando que o Direito de Asilo estatuído no artigo 61 da Constituição da Guatemala da 1965, ao ser esta suspensa, foi mantido no capítulo V, art. 23, do novo Estatuto Fundamental do Governo Revolucionário;
 - f) considerando que a Guatemala sempre se manifestou pela estruturação jurídica do asilo nos foros internacionais, através de constantes manifestações de seus juristas, estadistas e delegados às Conferências Internacionais;
 - g) considerando que a Guatemala não só respeitou o asilo nas embaixadas estrangeiras em sua capital (mesmo com relação aos países não signatários dos convênios específicos) mas o concedeu reiteradamente, no estrangeiro;
 - h) considerando que a atitude do governo revolucionário é contraditória, pois, ao tempo em que reclama a entrega do asilado sustenta que não deverá ser entregue, *bajo ninguna circunstância* quem se abrigue sob sua bandeira, *al país cuyo Gobierno lo persigue*.

Conclui-se:

- 1) que o asilado não deverá ser entregue as autoridades revolucionárias;
- 2) que o asilo político é entendido como direito inerente à personalidade humana, e vem sendo reiteradamente praticado, tanto pelo Brasil como pela Guatemala, vinculados convencionalmente;
- 3) que, reconhecer o direito de asilo político, é limitá-lo depois

- pela vontade do Estado asilado, “é negar a própria essência do princípio jurídico”;
- 4) que o instituto do asilo, encontra-se vinculada ao da extradição, “meio de defesa e cooperação entre os Estados na luta contra a delinquência” (Vieira, op. cit., p. 394);
 - 5) que a qualificação do delito, obedece, na prática internacional e no direito positivo, a dois tempos: um, inicial e outro, definitivo;
 - 6) que este último vincula os Estados, e não pode ser solucionado exclusivamente pelo Estado territorial, pois incidiria na negação do próprio instituto, ao condicioná-lo à conformidade do Estado territorial que, “em época de convulsão revolucionária não possui condições normais de justiça e segurança interna”;
 - 7) que o Brasil cumpriu as condições convencionais *primeiro*, quando, dentro de sua competência convencional concedeu o asilo, tendo-o qualificado como “político”; *segundo*, ao imediatamente comunicar sua deliberação ao Ministro das Relações Exteriores da Guatemala; e *terceiro*, quando, ainda nos termos das convenções, solicitou salvo-conduto para a saída do asilado;
 - 8) que a Guatemala atravessa *notório período* de grave tensão política, própria de ciclos revolucionários, tendo o seu governo decretado “Estado de Sítio”, o que restringe as garantias constitucionais;
 - 9) que tal anormalidade reveste o asilado das exigências convencionais de “perseguido”, “em perigo de sua vida e de sua honra”;
 - 10) que a segurança concedida pelo governo brasileiro não significa impunidade, já que há insegurança evidente, risco de mau julgamento, iminência de violências físicas e morais, com desordenado emprego de forças;
 - 11) que o governo da Guatemala, ao tempo em que assegura o direito de asilo, inscrevendo-o em sua Constituição e reivindicando imunidades para os que se acolhem sob seu

- Pavilhão, recusa-se à recíproca, contrariando suas antigas praxes, seu Direito Interno e suas obrigações internacionais;
- 12) que é norma geral do Direito e pois do Direito Internacional o cumprimento de boa fé, das obrigações livremente contraídas, como dispõe a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”, (1969) anteriormente citada.
 - 13) que, finalmente, “tendo em vista a doutrina, a prática dos Estados e o direito Convencional, não resta dúvida quanto ao direito do Brasil de obter o salvo-conduto para que o asilado deixe a Guatemala no mais curto prazo possível; negar-se o Estado territorial a respeitá-lo constitui delito internacional, ato inamistoso de irrecusável gravidade” (Bevilaqua, Clóvis – Parecer, 31/10/31).

É, esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 25 de novembro de 1982.

M.Franchini-Netto

Projeto de Lei nº 5.974/1982, que dispõe sobre a participação de representantes opositoristas em missão oficial ao exterior.

PARECER

O senhor Secretário-Geral enviou a esta Consultoria Jurídica, *memorandum* do Secretário de Assuntos Legislativos encaminhando cópia do Telex nº 1.824, do Subchefe do Gabinete Civil de Assuntos Parlamentares, no qual solicita parecer sobre o Projeto de Lei nº 5.974/82, do Deputado José Frejat, que “dispõe sobre a participação de representantes opositoristas em missão oficial ao exterior” (cópia anexa).

Permitimo-nos, a respeito, manter os pareceres anteriores que versam tema relacionado com a presente consulta (CJ/294, CJ/302 e CJ/303). Na verdade, as idênticas conclusões nos levam a responder pela inconveniência do referido projeto de lei que se nos afigura inconstitucional, desnecessário e contraria os interesses nacionais.

1) *A inconstitucionalidade*

Realmente, há na organização do Estado, uma cláusula fundamental: a independência e harmonia dos Poderes (art.62, da Constituição de 1969, que, repete as anteriores neste particular). De acordo com esse princípio, cada um dos Poderes da República tem funções específicas. Assim, ao Presidente, privativamente compete:

“manter relações com os Estados estrangeiros (art.81, IX) celebrar tratados convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional” (art.81, X).

Isto significa que não caberá ao Congresso intervir nas negociações, senão após a sua concretização, ficando-lhe, entretanto, livre o acesso ao Ministro de Estado para as informações que julgue necessárias, mediante convocação que lhe dirija, nos termos do artigo 38. Aí está dito:

Os Ministros de Estado serão obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas comissões, quando uma ou outra Câmara, por deliberação da maioria, os convocar para prestarem, pessoalmente, informações acerca de assunto previamente determinado.

É a condição prevista, para *informação* de que necessitarem os nobres congressistas. E manda, ainda, que os Ministros apresentem ao Chefe da Nação, relatório anual (art.68, II). Não exige a Constituição, pois, que se comuniquem compulsoriamente com o outro Poder; nem lhes atribue o dever de anular a indispensável cautela do sigilo convencional, que em tanto importaria a lei de que cogitou o eminente deputado.

O Parlamento sempre poderá dispor de todos os dados necessários que lhe permitirão “aferir as reais condições que predominavam quando da celebração de ato internacional”, através, também, da Secretaria de Assuntos Legislativos que o Ministério das Relações Exteriores mantém junto ao Congresso sob a chefia de um Diplomata de carreira, do mais alto nível.

2) *Desnecessário*

Torna-se, assim, desnecessária a presença de qualquer membro do Poder Legislativo, seja ou não de partido da oposição, pois a gênese dos tratados, convenções e atos internacionais é de competência do Executivo, ao qual se associa ou não o Congresso Nacional, mas *a posteriori*, tendo em vista a repercussão jurídica interna. O Congresso deve ser elucidado sobre o

pensamento político do Executivo, sem essa precaução a lei será abstrusa. E tão grave e severa se manifesta, nessa preocupação, nossa Constituição, que o não comparecimento do Ministro de Estado convocado, implica em crime de responsabilidade (art. 38, § 1º).

3) *Contraria os interesses nacionais*

A pretensão do ilustre deputado mostra-se, além do mais, contrária aos interesses nacionais e ao arrepio da imemorial tradição diplomática, zelosamente defendida por este Ministério.

Evidentemente, as missões oficiais desempenhadas pelo Itamaraty atendem a dois pressupostos: (a) o interesse nacional e (b) a orientação que a seus Ministros dá o senhor Presidente da República.

Coincidem ambos, num fim permanente: as boas relações do Brasil com os países que no-las merecem. Muitas dessas missões envolvem confidências que apoiam convênios e tratados e os atos solenes, *cujo referendum* competirá ao Poder Legislativo. Se tivesse o Chanceler de realizá-las *sob fiscalização*, estaria abolida, nos seus recursos e na sua elasticidade, a diplomacia. O sigilo a que se faz aqui referência, é, apenas, o inerente a quaisquer negociações e mais acentuadamente necessário, pois, no delicado trato internacional em que predominam “os silêncios calculados e se previnem suscetibilidades” (Schuman, R. – *Les Affaires Étrangères*, Paris: Presses Universitaires de France, 1959).

Conclui-se, portanto, sem hesitação que a reserva é um elemento característico, essencial, da atividade diplomática, daí uma das razões da imunidade de comunicações, a inviolabilidade das malas diplomáticas, arquivos e códigos (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, 1961, art. 27).

Cercear a liberdade presidencial, a ela antepondo-se, fora de hora, a intervenção do poder coletivo, corresponderia a obstruir a função especializada que lhe confere o Estatuto Máximo, transgredindo-se a norma tradicional e clássica, poderíamos dizer, universal, que hierarquiza o exercício da diplomacia. Assim, primeiro delibera o Chefe do Executivo, depois dirá o que convier, o Legislativo.

Em face destas considerações, opinamos, s.m.j., pela não aprovação do Projeto de Lei nº 5974/82, do ilustre Deputado José Frejat, cujas nobres intenções, todavia, fazem honra a seu autor.

Brasília, 16 de dezembro de 1982.

M. Franchini-Netto

Instituto Pan-americano de Geografia e História. Normas e Instruções Complementares à execução do Decreto nº 74.214 de 24.7.74.

PARECER

Em despacho de 7 de dezembro corrente, o senhor Secretário-Geral encaminhou, para o parecer desta Consultoria Jurídica, o *Memorandum* DEA/111 de 24.11.82, referente às “Normas e Instruções Complementares à execução do Decreto nº 74.214 de 24.7.74”, que o Presidente da Seção Nacional do Instituto Pan-americano de Geografia e História apresentou à aprovação deste Ministério.

2. Trata-se de disposições que objetivam “permitir maior amplitude de organização à Seção Nacional e Representações Nacionais junto às Comissões” e propõem medidas tendentes a prorrogação ou renovação de mandatos dos atuais dirigentes.

3. O senhor Presidente da Seção Nacional do IPGH, ao apresentar a regulamentação, em ofício de 27.10.82 dirigido ao senhor Chefe do Departamento de Organismos, justifica-a, não apenas pela necessidade da referida expansão, como também com vistas à manutenção dos atuais mandatos “até seis meses após a próxima assembléia”, nos termos da legislação, cobrindo-se, dessa forma, um período entre uma e outra das citadas assembléias, cuja época de realização não coincide para os efeitos sucessórios.

4. A respeito, o senhor chefe substituto do DEA, observa que as “Normas e Instruções” ora propostas ao Itamaraty, de uma parte, somente

repetem o texto legal vigente e, de outra, não oferecem processo adequado, (por contradição de datas) a sugerida prorrogação dos mandatos:

No que se refere à prorrogação dos mandatos parece-me haver uma contradição de datas que, à primeira vista impede uma solução fácil ao problema que se coloca. O Decreto nº 74.214 estabelece que o mandato dos Representantes Nacionais é de quatro anos, iniciando-se seis meses depois de uma reunião ordinária da Assembléia Geral do IPGH e terminando seis meses após a reunião ordinária seguinte. A penúltima Assembléia Geral foi celebrada de 15 a 31 de agosto de 1977, e a última em março de 1982, já com atraso com relação ao prazo inicialmente previsto. Por motivos que não consegui averiguar, o atual Presidente da Seção Nacional, cujo mandato, segundo ainda o Decreto nº 74.214, coincidirá com o dos Representantes Nacionais, sendo permitida a recondução para o período seguinte, só foi designado para o cargo por decreto de 5.12.79.

5. Realmente, o exame do texto leva-nos a considerar que:

- a) as “Normas e Instruções Complementares à execução do Decreto nº 74.214”, apresentam, em geral, disposições repetitivas desse instrumento, com exceção dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 2º, e parágrafo único do artigo 4º;
- b) não é acolhível a pretendida interpretação extensiva proposta pelas “normas” aos termos precisos do artigo 21 do Decreto nº 74.214. De fato, há de entender-se que a competência dessas “normas”, pelo seu próprio enunciado, deve estar circunscrita à expedição de disposições destinadas exclusivamente à aplicação prática das regras gerais executivas.
- c) o artigo 19 das citadas “normas” exorbita ao disposto no decreto em apreço e pois, não ampara, juridicamente, a desejada manutenção ou renovação dos mandatos dos atuais dirigentes no período.

6. Assim, considerando que o Decreto nº 74.214 fixa, em quatro anos, o mandato do Presidente da Seção Nacional e dos Representantes

Nacionais e seus Suplentes, estabelecendo como limite do referido período “seis meses depois de uma reunião ordinária da Assembléia Geral do IPGH” e “seis meses após a reunião seguinte”, verificou-se uma redução de mandatos por um período de seis meses.

7. Não se trata, portanto, no caso, de prorrogação de mandatos, mas sim de recondução, nos termos do parágrafo único do artigo 7º, do decreto em tela.

8. Dessa forma, entendemos que, para em definitivo atender-se às ponderações do ilustre Professor Speridião Faissol, o instrumento jurídico adequado será – se assim o julgar convenientemente a alta administração –, um ato do senhor Presidente da República que reconduza os atuais ocupantes para o período seguinte, tendo em vista que os mandatos em referência caducaram em setembro último.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, em 30 de dezembro de 1982.

M. Franchini-Netto

1983

Citações judiciais a funcionários do
Ministério das Relações Exteriores.
Forma de processamento.

PARECER

O senhor Secretário-Geral, em despacho de 19 de novembro p.p. encaminhou a esta Consultoria Jurídica o *Memorandum* DP/567/312.4 dirigido, ao senhor Chefe da Divisão do Pessoal pelo Secretário Eduardo Gradilone, no qual este solicita uma análise “dos problemas com que freqüentemente se defronta a divisão no que se refere às citações judiciais de funcionários a serviço no exterior” sugerindo a formulação de uma linha de conduta que harmonize os interesses recíprocos.

Afiguram-se pertinentes as preocupações acima referidas. Realmente, a citação judicial a funcionário do Ministério das Relações Exteriores quando no exterior, apresenta aspectos peculiares, que não ocorrem com os servidores do Estado sediados no território nacional.

De fato, os componentes da carreira de Diplomata e dos diversos grupos e categorias funcionais do Itamaraty, são designados, por necessidades do “Serviço Exterior”, para exercerem suas funções no estrangeiro em diferentes repartições oficiais desse Ministério.

Assim, por um período que a lei estabelece, os referidos servidores ausentam-se da pátria e têm sua residência, nos postos para os quais o governo os envia.

Esse deslocamento domiciliar qualquer que seja o grau hierárquico do servidor – cria problemas, por vezes graves, quando ocorrem citações judiciais. Da seguinte forma:

A Lei nº 5.809 de 10.10.72, no seu art. 4º e parágrafo único, caracteriza, a missão de que vai investido o funcionário e fixa os prazos de sua permanência no estrangeiro:

Art. 4º. Considera-se permanente a missão na qual o servidor deve permanecer em serviço, no exterior, por prazo igual ou superior a 2 (dois) anos em missão diplomática, *em missão diplomática, em repartição consular* ou em outra organização, militar ou civil, no desempenho ou exercício de cargo, função ou atividade considerados permanentes em decreto do Poder Executivo (o grifo não é do original).

§ único. A designação para o exercício de missão permanente determina:

- a).....
- b) para o servidor do Ministério das Relações Exteriores, também a alteração de sua lotação.

Dessa forma o funcionário do Ministério das Relações Exteriores, a serviço, designado por ato oficial, é *lotado* no exterior, com a conseqüente fixação de domicílio.

Daí decorre – quando em face de uma citação judicial – que duas são as posições possíveis, conforme se trata de ação cível ou de ação penal. Vejamos:

a) *Ação Cível*

Estabelece o Código Civil, no seu art. 37 que:

“Os funcionários públicos, representam-se domiciliados onde exercem suas funções, não sendo temporárias, periódicas ou de simples comissões, porque, nestes casos, elas não operam mudança no domicílio anterior.”

Todavia, é de lembrar-se que o Código de Processo Civil estatui no seu art. 215:

“Art. 215 – Far-se-á a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal, ou procurador legalmente autorizado.”

E, no art. 217:

“Art. 217 – não se fará, porém, a citação, salvo para evitar o perecimento do direito:

I – o funcionário público na repartição em que trabalha.”

Tem-se, pois, que de uma parte, o réu deve ser citado pessoalmente, através de seu representante legal ou bastante procurador. E, por outra, veda-se a referida citação nas repartições pública a que pertence.

Ora, como conciliar os dois conceitos no caso de encontrar-se o funcionário, em exercício, no exterior?

A aparente contradição vem bem definida pelo saudoso mestre Pontes de Miranda:

“O funcionário público se reputa domiciliado onde exerce a função” – (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, 1954, p. 268).

“Se o funcionário público é enviado em Comissão, o art. 37 incide quanto ao *lugar em que ele exercia as funções* e não quanto ao lugar onde vai exercer, em comissão, alguma função.” (op.cit., p. 267).

Verificada, pois, a lotação do funcionário no exterior em missão permanente, pode-se chegar a uma solução prática, que evite as delongas, tendo em vista que pode ela realizar-se através de um procurador ou representante legal.

Seria aconselhável, então, que o Ministério das Relações Exteriores viesse a adotar a precaução de tornar obrigatório que o servidor, ao partir, deixe credenciado um procurador ou representante com poderes para receber as citações, as quais seriam registradas na Divisão do Pessoal, para fins de pronta informação, às autoridades judiciárias no cumprimento dos mandados. Seria pois, de criar-se nessa divisão, uma secção especial incumbida de manter um fichário atualizado.

Nesse sentido, subscrevemos as sugestões dos Assistentes Jurídicos desta Consultoria.

b) *Ação Penal*

Diversa terá de ser a posição do Ministério das Relações Exteriores quando se tratar de lide penal.

Na verdade, o Código de Processo Penal estabelece no art. 367:

“Estando o réu no estrangeiro, mas em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, se a infração for inafiançável; se afiançável, a citação far-se-á mediante editais, com o prazo de trinta dias no mínimo, sabido ou não o lugar.”

Eis pois a diferença no processamento de citações judiciais. Enquanto a primeira, já referida, a cível, permite que seja recebida por procurador autorizado legalmente, no caso de ação penal a citação é pessoal, através de Oficial de Justiça, nos termos do art. 359 do C.P.P.:

“Art. 359 – O dia designado para o funcionário comparecer em juízo, como acusado, será notificado assim a ele como ao chefe de sua repartição.”

A lei prevê, portanto, no caso, as duas formas de citação referidas. A nosso ver porém, no que diz respeito ao funcionário do Ministério das Relações Exteriores, alguns problemas emergem de sua situação singular.

Isto é, o exame da complexa matéria nos leva à conclusão de que a lei, nos seus termos gerais, não contempla a especial condição dos funcionários do Ministério das Relações Exteriores em Missão Permanente no Exterior.

De fato, o mandato para essas funções, lhes é atribuído por ato do Executivo e decorre do seu preparo profissional para uma função típica, excepcional, nos quadros dos servidores da nação. Assim, o cumprimento de citações, na forma atual, é suscetível de ocasionar graves danos ao servidor ausente do Brasil. O caso se agrava quando em foco os dispositivos rígidos do Código de Processo Penal, que abrangem genericamente todos os brasileiros, sem distinguir a condição excepcional desse tipo de servidor.

Ora, o Direito Processual Penal está, em quase todos os pontos do mundo – inclusive no Brasil – em fase de reformulação. Inúmeros são os estudos, a cargo de renomados especialistas como também intensivos, no ramo, os trabalhos legislativos.

Nesse quadro, observa-se que profundas são as alterações que vêm sendo propostas às leis penais e ao seu processo de aplicação.

De fato, a tendência majoritária inclina-se no sentido de imbutir, na estrutura penal vigente, os consagrados princípios dos direitos individuais. Assim o refere o ilustre Professor José Frederico Marques:

“... têm surgido proclamações, pactos e reuniões internacionais sobre os Direitos Humanos, onde, quase sempre, as garantias do processo penal têm ocupado posição de realce.”
(*Tratado de Direito Processual Penal*, Edição Saraiva, v.I, 1980. p. 157).

É certo, pois, que o Processo Penal não pode alheiar-se das garantias dos Direitos da Pessoa Humana, assegurados por vários instrumentos internacionais e insertos em quase todas as Constituições modernas. Isto é, “não pode a lei privar o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer o seu direito; ela seria inconstitucional”.

Os Direitos do Homem, na Justiça Penal, vêm consagrados seguidamente em atos jurídicos de alcance internacional, como sejam, entre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 16.12.66), a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 4.11.1950.

Esses documentos percutiram no processualismo penal com o conseqüente reforço do *Status libertatis* e um maior respeito ao *Status dignitatis*, revigorando o sagrado direito de legítima defesa (Rivero, Jean - *Les Droits de l'homme*, 1973. p. 89 a 93).

Ora, no caso em tela, a citação penal do funcionário do Itamaraty em missão permanente no exterior, apresenta inconvenientes que podem originar graves situações, por vezes irreparáveis.

Por exemplo, o edital – como ocorre freqüentemente – poderá não chegar ao conhecimento de funcionários em tempo hábil, ocasionando em conseqüência, o seu julgamento à revelia; por outro lado, o sistema vigente da carta rogatória, não parece o mais apropriado veículo, pois, devendo necessariamente passar pelas autoridades do país estrangeiro, o conhecimento de que o servidor de Missão é acusado criminalmente poderá originar um problema político constrangedor, vendo-se o funcionário comprometido ou inabilitado – porque sob suspeita – para o exercício livre de sua missão.

Conclusão

Concluindo, somos de parecer que, em se tratando de Processo Civil, o funcionário do Ministério das Relações Exteriores poderá, como acima referido, ser citado por procurador legalmente credenciado, para o que, a Divisão do Pessoal disso dará conhecimento ao Juíz do Feito fornecendo os dados para a complementação do ato judicial. Cumpre-se, assim, a notificação estatuída pelo art. 215 e do C.P.C.

Quando, porém, tratar-se de citação em lide penal, dados os inconvenientes mencionados, permitimo-nos propor à alta administração da Casa que, tendo em vista a tipicidade, – eis que o fato ocorre tão-somente quando o funcionário do Ministério está a serviço no exterior, – dê conhecimento, dessa característica, com a possível urgência, à douta Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, sugerindo um item especial ao artigo 359, no sentido de que (afiançável ou não), seria a notificação encaminhada ao chefe da Missão, e a aceitação por parte do réu feita via telex, correndo o prazo a partir da comunicação à Justiça, da recepção da notificação, pelo funcionário no estrangeiro.

Essa medida, à primeira vista, poderia parecer uma inovação com as características de excepcionalidade em favor dos servidores do Ministério das Relações Exteriores. Na verdade, porém, o procedimento jurídico a ser sugerido à Comissão de Reforma acima referida, não constitui novidade no Direito Nacional. Realmente, já se acha consagrado no Processo Penal Militar que assim o estabelece:

Art. 285 do Código de Processo Penal Militar:

“Estando o acusado no estrangeiro, mas em lugar sabido, a citação far-se-á por meio de *carta citatória*, cuja remessa a autoridade judiciária solicitará ao Ministério das Relações Exteriores, para ser entregue ao citando, *por intermédio de representante diplomático ou consular do Brasil*, ou preposto de qualquer deles, com jurisdição no lugar onde aquele estiver. A carta citatória conterá o nome do juiz que a expedir e as indicações a que se referem as alíneas “b”, “c”, e “d”, do art. 283.

§ 2º – A citação considerar-se-á *cumprida* desde que, por qualquer daqueles Ministérios, seja comunicada ao juiz a entrega ao citando da carta citatória.

§ 3º – Se o citando não for encontrado no lugar, ou se ocultar ou opuser obstáculo à citação publicar-se-á edital para este fim, pelo prazo de vinte dias, de acordo com o art. 286, após a comunicação, naquele sentido, à autoridade judiciária.”

As indicações que deverão constar da carta citatória, mencionadas no *caput* do transcrito art. 285, constantes das letras “b”, “c” e “d” do art. 283, são as seguintes:

- a) o juiz deprecado e o juiz deprecante;
- b) a sede das respectivas jurisdições;
- c) o fim para que é feita a citação, com todas as especificações.

A norma, pois, nesse foro, difere da processualística penal comum, uma vez que as citações são feitas por intermédio do Ministério das Relações Exteriores e não pelas autoridades do país rogado.

Anote-se ainda, que o Código de Processo Penal Militar é de recente aprovação, pois foi expedido pelo Decreto-Lei nº 1.002 de 21.10.1969, enquanto que o Código de Processo Penal comum tem data de 3.10.1941, (Decreto-Lei nº 3.689), isto é, uma diferença de vinte e oito anos entre um e outro diploma!

Aliás, à “exposição de motivos” do C.P.P.M., assim o acentua:

“O projeto, quanto à citação por mandado, precatória ou edital, não tem modificações de relevo no que é usual àquele respeito no processo penal comum, salvo peculiaridades atinentes ao âmbito militar.

Não acolheu, entretanto a *carta rogatória para a citação de acusado em país estrangeiro*, tal como se entende no direito processual comum, *dada a sua impraticabilidade no processo penal militar, e, cremos, de modo geral, em qualquer processo criminal de ação pública.*

Para a citação de acusado que esteja no estrangeiro, *em lugar sabido*, previu a *carta citatória*, cuja remessa será solicitada pela autoridade judiciária ao Ministério das Relações Exteriores, que, por intermédio de preposto seu, com jurisdição diplomática ou consular no lugar onde estiver o citando, fará a este a entrega daquela carta. Em se tratando de militar em situação de atividade a remessa, para o mesmo fim, será solicitada ao Ministério a que aquele pertencer. A citação considerar-se-á *cumprida*, com a comunicação oficial à autoridade judiciária da *entrega da carta citatória*. Não sendo

encontrado o acusado, ou se ocultar ou opuser obstáculo à citação pessoal, será citado por edital.”

Finalmente, resta considerar:

- 1) que a excepcionalidade que aqui se propõe, apoia-se em princípios de Direito e em precedente jurídico vigente;
- 2) que necessário se torna, por vezes, face à dinâmica social superar o circunstancialismo original e corrigir o desajuste legislativo (*ratio legis*), para a realização plena do Direito e, assim, atender “ao bem comum”.

De fato, a norma já inadequada, por excessivamente geral, deve ser adaptada, entendendo-se que o legislador não a teria proposto, se tivesse previsto a circunstância especial.

Impõe-se, pois, suprir as lacunas, “superar os silêncios”, através de uma legislação corretiva, como ensina Aristóteles (*Ética e Nicômano*, Livro V, cap. X), e assim evitar o preceito rigoroso em demasia, que, em consequência, não atende a uma categoria de casos aos quais a fórmula excessivamente geral não é aplicável.

Eis, pois, que encontra fundamento legal a providência sugerida que, se admitida, viria a dar um adequado amparo ao legítimo direito de defesa de quem se encontra longe da pátria, mas a serviço dela.

Entrementes, todavia, poder-se-ia, adotar o seguinte procedimento: *a Divisão do Pessoal*, ao recusar receber citações *em processo penal*, fará constar, pelo Oficial de Justiça, que o funcionário em causa se encontra ausente, a serviço, no exterior. A seguir, aludindo à circunstância, oficiará ao Juiz do Feito, solicitando-lhe fixar a audiência somente após a citação processual. Para tanto, o MRE cientificará o funcionário questionado, autorizando-o a vir ao Brasil a fim de receber a citação pessoalmente e defender-se na forma da lei.

É, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 22 de fevereiro de 1983.

M.Franchini-Netto

Pesquisa de opinião pública realizada pela Missão da Liga dos Estados Árabes. Funcionamento de “Escritórios de Informações” não reconhecidos pelo governo brasileiro.

PARECER

Remete o senhor Secretário-Geral à Consultoria Jurídica, para seu parecer, o *Memorandum* Confidencial DSI/568, 30.12.82 do senhor Diretor da Divisão de Segurança e Informações, que indaga, “se a iniciativa de Missão da Liga dos Estados Árabes difundindo propaganda de causa de outros povos entre a população brasileira, sob a capa de pesquisa de opinião *também promovida e financiada* pela referida Missão, se enquadra nas leis e normas que regem a representatividade diplomática no Brasil”.

A respeito, o senhor Chefe da DOP, em despacho aos *Memoranda* DSI/446 e 568, ao senhor Chefe da DAO, sugere “que a matéria deveria ser examinada pela D.J. à luz da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas” e assinala, que, do seu ponto de vista a difusão de propaganda de causa de outros povos entre a população brasileira é praticada rotineiramente pelas demais Missões diplomáticas acreditadas em Brasília, e, muito particularmente, pelas *Embaixadas de Israel – que dispõe de escritório de informações, não reconhecido pelo governo brasileiro, em São Paulo – do Iraque, do Irã, da Líbia, etc*”. (nosso o grifo).

Verifica-se, pois, que a questão se cinge em verificar se, sob o aspecto jurídico:

- a) houve exorbitância por parte da Missão da Liga dos Estados Árabes, ao promover a citada “pesquisa de opinião pública”;
e,
- b) o posicionamento jurídico dos “Escritórios de Informações, das Embaixadas do Iraque, Irã, Líbia, etc.” que, sem o consentimento do governo brasileiro, funcionam em São Paulo.

Vejamos por partes.

I) *Pesquisa de opinião pública*

Em primeiro plano – e tomando em consideração as informações do senhor Chefe da DOP e do Assistente Jurídico desta Consultoria – deve-se examinar a questão em face do disposto nas convenções internacionais, no que tange aos Direitos e Deveres dos Agentes Diplomáticos.

Assim, quanto aos *Deveres*, a “Convenção de Havana sobre Funcionários Diplomáticos”, estabelece a regra geral de que o agente missionário exercerá suas funções sem entrar em conflito com as leis do país acreditado:

“Artigo 12:

Os funcionários diplomáticos estrangeiros não poderão imiscuir-se na prática interna ou externa do Estado em que exercem suas funções.”

Relativamente aos *Direitos*, o artigo 15 da referida convenção assim dispõe:

“Artigo 15:

Os Estados deverão outorgar aos funcionários diplomáticos toda a classe de facilidades para o exercício de suas funções e, especialmente, para que possam comunicar-se livremente com seus governos.”

Entende-se, geralmente, que a Convenção de Havana, válida para a comunidade americana, constitui um primeiro esforço

tendente à Codificação do Direito Internacional, nessa área geográfica.

Esse escopo vem colimado, todavia, em âmbito universal, pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomática, de 1961 (promulgada no Brasil a 11.6.1965).

Aí se consagram as normas que regem os *Direitos e Deveres* das funções diplomáticas exercidas nas Missões, tendo em vista os propósitos e princípios da Carta da ONU referentes “à igualdade soberana dos Estados, à manutenção da paz e segurança internacional e ao desenvolvimento das relações de amizade entre as nações”.

Nesse sentido, e no que diz respeito ao tema ora em exame, a citada convenção estabelece, dentre os *Deveres* dos representantes diplomáticos, os de não se imiscuírem nos assuntos internos desse Estado:

“Artigo 41.1:

Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que gozam desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado. Têm também o dever de não se imiscuirem nos assuntos internos do referido Estado.”

Quanto aos *Direitos* dos funcionários diplomáticos, o mesmo instrumento jurídico os especifica em dois artigos:

“Artigo 3º:

As funções de uma Missão diplomática consistem, entre outros, em:

- a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado;
- b) proteger no Estado acreditado os interesses no Estado acreditante e de seres nacionais, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional;
- c) negociar com o Estado acreditado;
- d) *inteirar-se* por todos os meios lícitos das condições existentes e de evolução dos acontecimentos em Estado acreditado e *informar*, a este respeito, o governo do Estado acreditante.” (o grifo é nosso).

E ainda, pelo artigo 25:

“O Estado acreditado dará todas as facilidades para o desempenho das funções da Missão.”

Aí está dito, pois, que à Missão incumbe *inteirar-se, por todos os meios lícitos* das condições existentes e de evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e *informar* a esse respeito, ao seu governo.

Assim, em princípio, *a pesquisa*, realizada pela Missão, enquadra-se, até certo ponto, nos direitos assegurados ao exercício da atividade diplomática representativa: “É um processo rotineiro”. Informa o senhor Chefe da DOP.

Contudo, há a lembrar que, um dos princípios fundamentais do Direito Internacional Público, é o da Igualdade Jurídica dos Estados cujo corolário mais importante é o dogma da *Não-Intervenção*, que o Brasil tradicionalmente incorpora na sua ação política exterior.

Tal princípio insere-se no § 7 do art. 2º da ONU, aquele que consagra *le domaine reserve*, isto é, o assunto interno frente ao qual se detém a ação até do próprio organismo internacional.

A mesma norma vem consagrada na doutrina e em importantes instrumentos jurídicos da comunidade. Na América, inscreve-se na Convenção de Montevideú de 1933 e na de Consolidação da Paz assinada em Buenos Aires em 1936, na Carta da OEA e de Bogotá, assim como na Declaração de Direitos e Deveres dos Estados; no âmbito universal, com apoio na Carta, contam-se nesse sentido, várias manifestações tanto da Assembléia Geral, como do Conselho de Segurança.

Dessa forma, no caso em apreço, parece de importância, em primeiro lugar, verificar a tendência que a aludida pesquisa possa, porventura, vir a adquirir. Isto é, se cabendo à Missão diplomática, o direito à indagação ou à pesquisa, (com a conseqüente informação sobre os acontecimentos e suas repercussões na opinião pública), esse processo, não venha a exorbitar, a ponto de ferir a lei interna, transformando-se em propaganda, pois que, tal, caracterizaria imiscuir-se nos assuntos domésticos do Estado acreditado.

Ora é da essência do Direito Internacional Público regular os Direitos e Deveres dos Estados, como sujeitos internacionais.

Como *Pessoa de Direito*, o Estado – ensina Accioly, tem direitos e obrigações correlativas: “a cada um dos direitos corresponde o dever de o respeitar” (Accioly, H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: 1956. V. I p.253 e seg.).

Assim, reconhece-se aos Estados alguns direitos fundamentais, “por assim dizer absolutos, verdadeiros fundamentos do Direito Internacional Positivo”. Várias declarações internacionais os definem e enumeram, desde a contida no Projeto do Padre Gregoire, à Convenção Nacional em 1795.

Dentre esses direitos essenciais, são inquestionáveis, o direito de defesa e conservação, assim como o direito à liberdade ou independência, implicando, este, no poder soberano, entendido nas suas duas faces: a interna e externa.

Frente à soberania, em quaisquer desses seus aspectos, impõe o Direito Internacional o dever de respeitá-la, ou antes, o dever jurídico da *Não-Intervenção*, isto é, a não ingerência de um Estado nos negócios internos de outros que dele não depende (Accioly, H. op. cit., p. 259). A intervenção é uma agressão imposta direta ou indiretamente e contrária ao Direito.

Ora, a *propaganda*, no sentido de influenciar a população a favor de instituições alienígenas, ou mesmo hostil a outros Estados, realizada no território do acreditante, é inadmissível e por essa atitude deve responder o Estado autor. Entende-se que ao Estado onde ocorre o fato, “incumbe o dever de impedi-la e até, tal dever chega a assumir caráter jurídico, isto é, o da não-intervenção”. É a lição, entre outros, de Lauterpacht:

“é principio estabelecido o de que o Estado que se entrega à propaganda ou a membros subversivos contra um Estado estrangeiro comete uma inflação flagrante ao Direito Internacional.”

Dessa forma, se quanto à simples pesquisa, nada há, na legislação, em contrário, o mesmo não ocorre quando tal atitude venha a tomar a forma de propaganda de sistemas políticos ou se dirija contra Estados outros nos territórios em que se localiza a Missão estrangeira.

Nada impede – ao contrário, faz parte de seus deveres – que a Missão estude o país, suas possibilidades, e verifique a tendência da opinião pública. “A informação é da rotina no relacionamento diplomático e a pesquisa como tal, apenas reforço da obrigação informativa”. (Jusseravd, J. - *L'École des Ambassadeurs*, Paris: Librairie Plan, 1934. p. 105).

Sobre a importância da *Informação* que incumbe às Missões, Rousseau de Chamoy, já no século XVII, recomendava aos embaixadores a leitura das “gazetas” a fim de que pudessem, discernindo, enviar informações *que ont en tout cas l'avantage de révéler l'esprit de partialité qui regne là où on les forges* (Chamoy - “*L'Idée du Parfait Ambassadeur*”, 1967. p. 35).

Eis pois que ao governo acreditado, não assiste o direito de objetar, diretamente, à realização dessas indagações. A simples pesquisa, vem escudada em princípios convencionais. A propaganda, porém, já exorbita. E deve ser vedada.

No caso, há de observar-se que o Brasil mantém, relações diplomáticas com outros Estados, o que lhe impõe imparcialidade do tratamento.

Caberia pois, no caso em tela, para caracterizar uma atitude de equilíbrio relacional, pensar-se na oportunidade ou conveniência de enviar-se à Missão da Liga, uma nota restritiva, talvez em forma de advertência acomodadora, manifestando a preocupação do governo brasileiro quanto aos rumos da citada pesquisa...

II) Escritórios de Informação

Quanto porém aos Escritórios de Informação das Embaixadas, localizados em São Paulo e não autorizados pelo governo brasileiro, o seu funcionamento, nessas condições, contraria o direito convencional e a legislação brasileira.

Assim, quanto aos compromissos jurídicos internacionais, verifica-se que a Convenção de Viena, no seu artigo 12 *veda, de forma inequívoca, a instalação de tais repartições sem o consentimento do governo local e em sítios distintos daquele em que a Missão tem sua sede:*

“Artigo 12: O Estado acreditante não poderá, sem o consentimento do Estado acreditado, instalar escritórios que façam parte da Missão em localidades distintas em que a Missão tem sua sede.”

O funcionamento, pois, dos aludidos escritórios, enquanto vinculados às Missões, é contrário ao preceito expresso em instrumentos jurídicos internacionais.

É inadmissível que continuem funcionando, ao arrepio do prescrito convencional. Isso, se estiverem realmente vinculados às Missões.

Se, porém, não estiverem sob a proteção diplomática, seu funcionamento será igualmente irregular pois, vem proibido pela lei interna brasileira.

De fato, o artigo 3º da Lei nº 5.250 de 9.9.67, veda ao estrangeiro tanto a propriedade como qualquer forma de sua influência nos meios de comunicação social, pois tal constitui em ingerência indébita nos assuntos internos do país.

E mais, a Lei nº 6.815 de 19.8.80, dispõe formalmente, que ao estrangeiro não é permitido imiscuir-se direta ou indiretamente nos negócios públicos do Brasil:

“Art. 106 – O estrangeiro admitido no território brasileiro não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado:

I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a *propaganda ou a difusão*, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos dos países de origem;

II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país.”

Nessas condições, os escritórios de informações instalados em São Paulo *pelas Embaixadas de Israel, do Iraque, do Irã, da Líbia, etc., (Memoranda*

DSI/446 e 568 Confidencial), sem o consentimento do governo brasileiro, funcionam irregularmente, infringindo os termos da Convenção de Viena de 1961).

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 9 de março de 1983.

M. Franchini-Netto

Status jurídico da Comissão Fulbright.

PARECER

A 25 de janeiro p.p., o senhor Secretário-Geral remeteu à Consultoria Jurídica, para seu parecer, a informação do senhor Chefe, substituto, da DCS (19/1/83), referente ao *status* jurídico da Comissão Fulbright.

A referida comissão, representada pelo Secretário Robert Felder e pela senhora Diane Stanluy, Adido Cultural da Embaixada dos Estados Unidos da América, propôs a 14 de janeiro p.p., ao MRE, “o reinício de tratativas a respeito da definição de sua situação jurídica”.

2. Como informa o senhor Chefe, substituto, da DCS, o governo brasileiro em 1957, celebrou um acordo com o norte-americano, para o financiamento de atividades culturais.

3. Em 1966, o referido acordo sofreu emendas e foi substituído por novo entendimento, através da troca de notas, no qual se previu a criação de uma “Comissão para o Intercâmbio Educacional entre os Estados Unidos da América e o Brasil, denominada “Comissão Fulbright”, “órgão destinado a facilitar a administração de um programa de intercâmbio educacional”.

4. A referida comissão, que, para instalar seus escritórios, adquirira em 1967, um imóvel no Rio de Janeiro, ao mudar-se em 1974 para Brasília, vendeu a referida propriedade e intentou realizar nova transação com a mesma finalidade.

Essa operação imobiliária, todavia, não se pode completar em face da recusa, pelo notário, de lavrar a respectiva escritura, baseado em que a personalidade jurídica da comissão “não a autorizava a contrair obrigações ou adquirir direitos a lei brasileira”.

5. Em 1978, a Embaixada dos Estados Unidos, por meio da Nota nº 102 de 13 de março, “solicitou esclarecimentos ao Itamaraty, sobre o seu direito à aquisição de propriedade”, invocando, a seu favor, os termos do Acordo de 1966.

6. A 19 de outubro de 1978, o *senhor Chefe da DJ, em bem instruído estudo, conclui, em que “na forma do artigo 1º do Acordo, a solução mais simples seria entender-se que o imóvel onde se possa instalar a Comissão Fulbright é propriedade dos EUA,” (DJ/125), opinião essa endossada, a 29 de março de 1979, pelo senhor Chefe do DCT.*

7. Sobre a questão, esta Consultoria Jurídica, já se manifestara, por duas vezes, através dos Pareceres CJ/260 de 13.11.74, e CJ/261 de 4.12.74, de autoria do Professor Augusto de Rezende Rocha. Ambos os pareceres concluem que a Comissão Fulbright:

não é pessoa jurídica no sentido definido pelo nosso Direito Privado (Código Civil, art. 16 *passim*), mas tem sua fonte jurídica em acordo internacional, como precisas estipulações para ambas partes contratantes; nem sua subordinação financeira e orçamentária ao Secretário de Estado norte-americano permitiria considerá-la como pessoa jurídica (cf. arts. cit. do Código Civil e Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro; Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 2º, § 1º). (CJ/260).

8. Da mesma forma, reportando-se ao parecer, sobre tema idêntico, emitido pelo Professor Amílcar de Araújo Falcão, conclui o Parecer CJ/261, no sentido de que:

o acordo por troca de Notas (5 e 19 de outubro de 1966) que reestruturou a Comissão Fulbright, torna clara a intenção comum das partes contratantes (governo brasileiro e governo norte-americano) fixando-lhes as responsabilidades respectivas e de natureza distinta, e estipulando em particular os encargos administrativos, explícitos e

implícitos, do governo norte-americano, máxime em virtude dos direitos que lhe foram no acordo expressamente resguardados.

9. Verifica-se, assim, desde logo, que são harmônicas todas as citadas interpretações relativamente à personalidade jurídica da referida Comissão Fulbright, em face da lei brasileira.

10. Realmente, o exame da questão nos leva, em primeiro lugar o disposto no art. 16 do Código Civil que assim define os sujeitos de Direito Privado:

“Artigo 16: São pessoas jurídicas de Direito Privado:

I – As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as sociedades de utilidade pública e as fundações.

II – As sociedades mercantis.”

11. A comissão em tela, resulta de um acordo internacional, bilateral, assinado por troca de notas. Esse instrumento constitui a fonte que caracteriza a situação jurídica da entidade.

O exame do documento, já procedido, como foi referido (nº 6, 7 e 8), pela DJ, e pela Consultoria Jurídica, e também agora, pela informação do Assistente Jurídico desta repartição, estabelece claramente o *status* da comissão. Senão, vejamos os termos do aludido acordo:

12. Quanto às obrigações e despesas:

“Art. III. Todos os compromissos, obrigações e despesas autorizadas pela comissão serão feitos de acordo com um orçamento anual aprovado pelo Secretário de Estado, respeitando a regulamentação por ele estabelecida.”

“Art. VIII.....

A execução do presente acordo ficará à disponibilidade de dotações orçamentárias atribuídas ao Secretário de Estado, quando isso for exigido pelas leis dos Estados Unidos da América.”

“O Secretário de Estado colocará à disposição, para os gastos da comissão, o montante de fundos necessários a execução deste acordo, mas a *comissão*, em caso algum, *poderá despende* quantias que excedam os limites orçamentários estabelecidos pelo artigo 3º do presente acordo.” (grifamos).

13. Quanto ao seu patrimônio, vem ele explicitado nos artigos 1º e 11 do referido acordo:

“Art. 1º, *in fine*.

Tais somas assim como os bens, que com elas possam ser adquiridos, nos termos do presente acordo, serão considerados, no Brasil, como propriedade de governo estrangeiro.”

“Art. 11, *in fine*.

“No caso de denúncia deste acordo, *todos os fundos e bens da comissão tornar-se-ão propriedade do governo dos Estados Unidos da América*, sujeitos as condições, limitações e obrigações contraídas ou estabelecidas antes da referida denúncia.” (nosso é o grifo).

14. Quanto à sua subordinação administrativa, bem a define o art. 2º, item 5, quando estatui que:

“Art. 2º, item 5.....

“A nomeação do Tesoureiro, ou de seu substituto designado, deve ser aprovado pelo Secretário de Estado dos Estados Unidos da América e o Tesoureiro, ou seu substituto designado, depositará os fundos recebidos em uma instituição ou em instituições depositárias designadas pelo Secretário de Estado.”

15. Assim, evidencia-se que:

“A seiva *financeira e orçamentária que nutre a comissão é norte-americana*; que a fiscalização do seu correto emprego em termos administrativos e o relato dos resultados apurados na execução da *política* cabem essencialmente aos membros norte-americanos; que a sua subordinação – categórica – é ao Secretário de Estado norte-americano; que os bens adquiridos pela comissão são propriedade do governo norte-americano, e no caso de, por consenso das partes, cessar a vigência do acordado, continuarão propriedade do mesmo governo. Ora, à vista de tal situação, nada mais errôneo do que supor – o que só por inadvertência seria admissível – que a Comissão Fulbright uma

pessoa jurídica de Direito Privado brasileiro: de fato, ela *é um órgão descentralizado (agency)* de cooperação intelectual internacional, mas que depende financeira e administrativamente do Secretário de Estado do governo federal dos Estados Unidos da América, a quem será *diretamente* subordinado, bem como da própria Missão diplomática norte-americana no Brasil, à qual está *vinculada* por mais de um laço e que exerce sobre ela discreta, mas iniludível vigilância (através sobretudo do Tesoureiro, que é um membro da Missão diplomática no Brasil e foi escolhido pelo chefe da mesma)”

16. Eis portanto que a Comissão Fulbright, é órgão (*agency*) parcialmente vinculado à Missão diplomática norte-americana, “mas subordinado direta administrativa e financeiramente, ao Secretário de Estado norte-americano”.

17. De tal forma se caracteriza a comissão como órgão do governo norte-americano que, a embaixadora aposentada, Dona Beata Vittori, para aceitar o encargo administrativo, de Secretária, teve de solicitar licença ao Presidente da República, nos termos da Constituição Federal: (art. 146, 11), que assim estabelece:

“Art. 146. Perde a nacionalidade o brasileiro:

II. que, sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro.”

18. É, pois, de entender-se que:

- a) a Comissão Fulbright não é pessoa jurídica de Direito Privado domiciliada no Brasil;
- b) não se constituiu apoiada no art. 16, II do Código Civil do Brasil;
- c) não se rege pelas leis comerciais brasileiras.
- d) não se inclui também entre as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, associações de utilidade pública e fundações.

19. O acordo – fonte de sua caracterização –, estabelece que os encargos da operação e financiamento, administração orçamentária,

organizacional, assim como o recrutamento de pessoal e financeira, *organizing, budgeting, staffing, reporting*, cabem ao governo norte-americano.

A colaboração do governo brasileiro exerce-se na elaboração de uma “política de intercâmbio educacional”.

Conclusão

Dessa forma conclui-se que:

I – Como *agency*, dependente financeira e administrativamente e diretamente subordinado ao Secretário de Estado norte-americano, a Comissão Fulbright está vinculada à Missão diplomática. É órgão do serviço público dos EUA.

II – A comissão não tem capacidade jurídica para, por si só, adquirir imóveis no Brasil. A única pessoa capaz, a nosso ver, da referida aquisição é a Missão diplomática, agindo porém, em nome do governo norte-americano.

III – A Embaixada dos Estados Unidos, em Brasília, poderá, se assim lhe convier, adquirir o imóvel, cedê-lo para o funcionamento da referida comissão, eis que, esta é parte da Missão, mas não está acreditada para o fim específico da consulta, tanto em face da legislação nacional como do Direito Internacional.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 7 de março de 1983.

M. Franchini-Netto

Asilo diplomático na América Latina.
Conveniência e oportunidade
da elaboração de circular com
informações e instruções aos postos no
continente.

PARECER

Para o parecer desta Consultoria, o senhor Secretário-Geral encaminhou o “*Memorandum* Confidencial DAA/006” referente “ao exame de conveniência e oportunidade da elaboração de uma circular às Missões na América Latina e Caribe sobre asilo diplomático”.

2. Como preliminar, permitimo-nos lembrar que a referida sugestão já havia sido aventada pelo Parecer CJ/300 de 25.11.82, não, porém, com a extensão proposta que inclui alguns itens complexos e até, um deles, contrário à tradicional orientação deste Ministério sobre a matéria, como se verá.

3. Assim, propõe o citado “*memorandum*” a elaboração de uma circular com o fim de:

- 1) recolher e consolidar informações básicas acerca da instituição do asilo diplomático, da jurisprudência, doutrina e textos legais sobre a matéria e da experiência adquirida com casos recentes;
- 2) prover as Missões com documentação consolidada, que contenha os principais textos legais aplicáveis, jurisprudência relevante e doutrina sobre a matéria;

- 3) instruir as Missões acerca dos principais procedimentos envolvidos na concessão de asilo diplomático entre os quais:
 - compilação de informações acerca do solicitante;
 - compilação de dados que permitam julgar a natureza do delito e qualificá-lo;
 - informação acerca do contexto político em que se produziu a solicitação de asilo e dados sobre a sua real emergência a instabilidade;
 - notificação à Chancelaria local;
 - solicitação de salvo-conduto;
 - solicitação de garantias para o cumprimento do salvo-conduto;
 - acompanhamento do asilado na partida;
- 4) instruir as Missões diplomáticas acerca de alternativa de oferecer/conceder “hospedagem” ao solicitante de asilo diplomático, quando a situação assim o permitir ou aconselhar, e fornecer parâmetros para que o chefe da Missão possa julgar a oportunidade de fazer tal oferecimento.

4. A leitura do documento em apreço, em que pese a boa intenção, leva-nos a considerar que os detalhes sugeridos se afiguram excessivos.

5. De fato, em primeiro lugar, observe-se que será de árdua e inútil elaboração chegar-se à consolidação de informações básicas acerca da instituição do asilo, visto como, desde logo as convenções traçam as linhas mestres e indicam o *modus faciendi* que incumbe às Missões observarem.

6. Anote-se, ainda, que não pode haver consolidação de critérios heterogêneos, emergentes de meios governamentais diversos, nos seus objetivos políticos e econômicos.

7. A nosso ver, a desejada consolidação encontra-se, como acima referido, nas Convenções ratificadas pelo Brasil, isto é, por ordem cronológica, as de Havana 1928, Montevideu 1933 e, sobretudo, – documento básico esclarecedor – a de Caracas 1954.

Aí vêm, consolidadas, as regras desse instituto jurídico, aprimorado lentamente, em várias conferências interamericanas, e que constitui um dos princípios dogmáticos do Direito Internacional Regional.

8. Esses documentos esclarecem sucessivamente, as diferentes fases que caracterizam juridicamente o asilo diplomático, também denominado asilo interno ou asilo extraterritorial.

9. Realmente:

- a) *A Convenção de Havana* estatui as condições a serem observadas para a concessão do asilo diplomático, a saber:
 - 1) *haver urgência* e ser o asilo concedido pelo tempo estritamente indispensável;
 - 2) *necessidade de comunicação imediata* do fato ao Ministro das Relações Exteriores local;
 - 3) *a solicitação das garantias necessárias* para que o refugiado possa sair do país;
 - 4) o *processo de embarque* do asilado.
- b) *A Convenção de Montevideú* cuidou de preencher as lacunas da anterior atribuindo:
 - 1) *a qualificação de delito político* ao Estado que asila;
 - 2) *vinculando o direito de asilo da nacionalidade* do solicitante e;
 - 3) *explicitando a proibição* da concessão do asilo aos que estiverem processados em forma regular aos condenados em tribunais ordinários, por crimes comuns.
- c) *A Convenção de Caracas* veio a dar, afinal, convenientes soluções às dúvidas antes suscitadas quanto a entendimento de *urgência, qualificação e terminação do asilo*, incluindo, nesta última, a da concessão de salvo-conduto ao asilado.

10. Assim, entende-se que três são as fases entrelaçadas, que devem orientar as Missões:

1ª) *quanto à qualificação do delito*, que é privativa do Estado que asila. Relativamente a este item, é indubitável que, desde os acordos diplomáticos de Lima de 1865 (as chamadas Regras de

Lima sobre o caso “General Canseco”). Os tratados que se seguiram contêm, em geral, a estipulação sobre o *direito à qualificação*.

A *Convenção de Havana* de 1928, embora tenha silenciado sobre o tema, não contrariou o preceito, depois explicitado na de *Montevidéo de 1933*, que veio justamente sanar a referida lacuna:

“Artigo 2º – Compete ao Estado que dá asilo, a qualificação do delito político”.

O *Tratado sobre Asilo e Refúgio Políticos*, firmado a 4.8.1939, no II Congresso Sul-Americano de Direito Internacional Privado, em Montevidéo, ao rever o de 1889 (Tratado de Direito Penal Internacional), previu expressamente a qualificação do delito, nestes termos:

“Artículo 3.....
“*La calificación de las causas que motivam el asilo corresponde al Estado que o concede*”.

Nesse mesmo sentido a *Convenção de Caracas de 1954*, consolida a regra, que já vinha sendo praticada mesmo pelos Estados que não ratificaram o tratado sobre asilo e refúgio, de 1939:

“Artigo 4º. Compete ao Estado asilante a classificação da natureza do delito ou dos motivos da perseguição”.

2ª) *quanto à urgência*, foi na *Convenção de Havana* que esta condição surgiu pela primeira vez, sem, porém, que aí lhe fosse definido o conceito. Todavia, pelos trabalhos preparatórios desta convenção conclui-se que a expressão “caso de urgência” significa a qualificação de uma situação de fato. Vale a dizer que o asilo somente será concedido quando uma pessoa estiver sendo perseguida por indivíduos ou grupos de pessoas que escaparam ao controle das autoridades locais, e, ainda, quando as próprias autoridades forem as coatoras e o asilante se encontrar em risco de vida ou de perder sua liberdade, em razão de perseguição política. Aliás, este foi o sentido que a *Convenção de Caracas* emprestou à expressão “caso de urgência”;

Art. 5º. O asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e por tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança.

Art. 6º. Entendem-se por casos de urgência, entre outros, aqueles em que o indivíduo é perseguido por pessoas ou multidões que não possam ser contidas pelas autoridades, ou pelas próprias autoridades, bem como quando se encontre em perigo de ser privado de sua vida ou de sua liberdade por motivos de perseguição política e não possa, sem risco, por-se de outro modo em segurança.

Também o Instituto de Direito Internacional, em sua Sessão de Bath 1950 manifestou-se no mesmo sentido, acrescentando:

Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé ou maîtrisé par une faction au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre ou des aéronefs militaires peuvent accorder ou maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales.

3ª) Quanto ao término ou duração do asilo. Desde que o asilo foi admitido pelos Estados latino-americanos existe o entendimento comum de que ele deve ser limitado ao tempo necessário para que o asilado no mais breve prazo, seja posto em segurança. Foi neste teor o pacto celebrado pelo corpo diplomático acreditado em Lima, a 19.5.1865, e esta maneira de proceder tem sido reiteradamente observada tanto na Convenção de Havana de 1928, como na Convenção de Caracas de 1954.

Assim o determina o artigo 2º, item 1º da Convenção de Havana:

“Art. 2º.....

“1º O asilo não poderá ser concedido senão em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado se ponha, de qualquer maneira, em segurança”.

Da mesma forma, preceituam os artigos 5º e 12 da Convenção de Caracas:

“Art. 5º O asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo – de sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança

Art. 12. Concedido o asilo, o Estado asilante pode pedir a saída do asilado para território estrangeiro, sendo o Estado territorial obrigado a conceder imediatamente, salvo caso de força maior, as garantias necessárias a que se refere o artigo 5º e o correspondente salvo-conduto.”

11. Em relação ao item do *memorandum* que se refere “à alternativa” de *oferecerem as Missões diplomáticas*, “hospedagem” ao solicitante, trata-se, a nosso ver, de uma inovação sem as características de *uso* ou de *costume internacionais*, cuja prática, não generalizada, fere o princípio jurídico fundamental do asilo diplomático, eis que:

- a) a *oferta* não encontra, arrimo nos textos convencionais e, no Brasil foi interdito até mesmo quanto ao asilo, pelo Ministério das Relações Exteriores, nos termos da Circular nº 1.231/1938:

“O Ministério das Relações Exteriores tem a honra de levar ao conhecimento dessa Missão diplomática que, no tocante ao asilo em legações ou embaixadas, o governo do Brasil entende que, em princípio, o mesmo não constitui um direito, embora a prática o tenha admitido, em certas circunstâncias, como medida razoável, determinada por motivos puramente humanitários. 2. Assim pensando, isto é, considerando o asilo como simples medida de tolerância humanitária, o governo do Brasil deu sua adesão franca às Convenções Pan-americanas de Havana e de Montevideu sobre essa matéria, e as cumprirá lealmente, enquanto vigentes, nas suas relações com os demais governos ratificantes. 3. Este

governo deseje, entretanto, salientar que não pode admitir a concessão de asilo a criminosos de direito comum, especialmente se já devidamente processados ou condenados, nem a desertores de terra ou mar. 4. Além disto, atendendo a que o asilo é apenas ato de pura tolerância, considera:

“1º) *que o mesmo não deve ser oferecido* (grifamos),

2º) que só é admissível para fornecer proteção temporária a um indivíduo ameaçado de efetivo e iminente perigo de vida, ou de atos, contra a sua pessoa, evidentemente ilegais.”

5. Por outro lado, julga conveniente declarar que reputa injustificável a concessão de asilo a indivíduos que tenham praticado atos que, embora visando fins políticos constituam principalmente delitos de direito comum, ou atos que representem francas manifestações de anarquismo ou visem a subverter as bases da organização social comum aos Estados civilizados, ou, finalmente, atos de terrorismo tais como se acham definidos no art. 1º, § 2º, da Convenção Internacional assinada em Genebra a 16 de novembro de 1937 (Tratado de Direito Internacional Público; H. Accioly, tomo 1, p. 487).

- b) assim, a oferta é um subterfúgio, que caracteriza uma intervenção no sistema interno do Estado territorial, ferindo, pois, os princípios de igualdade jurídica. A “hospedagem”, por seu lado, não está acobertada pelo Direito Convencional e abre grave precedente internacional, ao burlar o espírito do instituto jurídico do asilo político. Acresce, ainda, que tal atitude pode ser geradora gratuita de tensão internacional.
- c) ademais, o “hóspede”, sem as características de asilado, deve ser entregue ao simples reclamo da autoridade local. A Missão se encontrará, nesse caso, na alternativa, de *entregar* o “hóspede” ou transformá-lo em asilado, eis que, se há perigo de vida, perseguição ou violência à liberdade individual, o remédio é o recurso ao instituto, cujo espírito humanitário é esse, precisamente.

A “hospedagem” figura estranha ao Direito Internacional positivo. Eis porque seria de recomendar-se às Missões diplomáticas brasileiras que se

abstenham de recorrer a tal inovação, não consagrada pela doutrina ou pela prática internacional.

Conclusão

Tendo em vista o exame das proposições constantes do documento (Memo. DAA/006), somos também, como havíamos antes sugerido, por considerar conveniente e oportuno, abastecer-se as Missões brasileiras com os textos das Convenções de Havana, Montevideu e Caracas, pois nelas encontrarão, os agentes diplomáticos, o fundamento jurídico e o *processus* de ação estatuidos, pelo Direito Positivo Internacional em caso de asilo diplomático.

Seria de utilidade, ainda, como proposto pelo senhor Chefe do Departamento das Américas, prover-se as embaixadas dos precedentes históricos, instruções e pareceres jurídicos deste Ministério, fonte jurídica da linha tradicional da política externa do Brasil, que, no caso, sempre entendeu o asilo diplomático com fundamento em razões humanitárias (Direitos Humanos), disciplinado juridicamente pelas convenções.

É o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 25 de março de 1983.

M. Franchini-Netto

Ação de Tribunal norte-americano contra o Brasil

PARECER

O Estado é forma jurídica da sociedade civil da qual o homem faz parte. E tem, portanto uma personalidade “que é a feição pela qual aparece no mundo jurídico, exercendo direitos e cumprindo obrigações”, (ensina Bevilacqua).

Tendo em vista o princípio da sociabilidade natural entre os povos, essa personalidade faz-se sujeito jurídico na ordem internacional, onde exerce direitos e os correlativos deveres. Comparece o Estado, nessa sociedade, com um poder jurídico, que é limitado tão-somente pelas regras da convivência. Isto é, apresenta-se na qualidade de soberano, e como soberano “somente se submete às regras que a si impôs ou porque, entrando para a comunhão internacional, aceitou as normas jurídicas nela vigorantes ou ainda as que convencionalmente, tenha admitido.” Assim, é a soberania que permite ao Estado obrigar-se e com isso impor-se restrições ao seu próprio poder interno, especialmente em face de tratados de qualquer ordem. É ainda a lição de Bevilacqua.

Duas, pois, são as faces desse poder soberano: uma, com a qual comparece na sociedade dos Estados ou seja “como organização política soberana” e outra, com aquela que o Direito Internacional lhe atribui, na qualidade de membro da comunidade.

Nesse último aspecto, dentre os direitos assim reconhecidos, está o da representação diplomática, o da celebração de atos internacionais e o da própria segurança e a dos seus súditos.

Na vida internacional esses direitos são iguais, o que equivale a afirmar o Princípio de Igualdade Jurídica dos Estados, “dogma do Direito Público Internacional”, como definira Benthan no seu Código (art. 2º); como enunciado por Rui Barbosa na II Conferência de Paz de 1907; e inscrito, como princípio básico na Carta das Nações Unidas, no Preâmbulo e no parágrafo 1º do artigo 2º. “A organização é baseada no princípio de igualdade soberana de todos os seus membros”.

Ora, *par in parem non habet imperium*, conseqüentemente, nenhuma restrição pode ser imposta à essa igualdade de direitos entre os *pares* da comunidade internacional, onde, portanto, os Estados não podem ser despojados das suas prerrogativas de soberania: “Os Estados têm um único direito fundamental e essencial que é o direito ao respeito a sua soberania por parte dos outros Estados” (Pillet, *Droit Fondamental des États*).

Soberania é, pois, a autoridade suprema e não está sujeita a nenhum outro poder soberano. É insuscetível de limitação por outro poder. (Calmon). Esse direito fundamental, ensina Accioly, “resulta da própria existência dos Estados e é indispensável à sua vida e livre desenvolvimento dentro da comunidade internacional”.

É a soberania; afinal, como a entendeu Jean Bodin, “o poder perpétuo e absoluto dentro de um Estado”. Ou ainda, a *suprema protesta*, o *summum imperium*, vale dizer, a “competência das competências”, direito inalienável, hoje entendida como “o poder supremo em sua ordem, ou melhor, a *Independência de outro Estado*”. (Basdevant, R. de C., 58,1936-IV).

É ela, portanto, a conseqüência e a afirmação da independência e se exerce, na sociedade internacional, dentro dos limites traçados pelo Direito das Gentes. Assim o enfatizou Kelsen, *em conceito que se aplica integralmente ao tema em exame*:

Se a chamada soberania do Estado é considerada como compatível com o Direito Internacional, isto só pode significar que um Estado, no sentido do Direito Internacional, está apenas sujeito ao Direito Internacional e não ao Direito nacional de outro Estado (*Principles* p. 156).

A jurisdição de um Estado não vai além dos limites do seu território, “onde cobre nacionais e estrangeiros”, e traduz o conceito de

igualdade jurídica, e não de a igualdade política, pois não se discute o que é, na prática, desigual, por depender de condições puramente materiais. Assim o consigna a Carta da OEA:

Artigo. 6º – Os Estados são juridicamente iguais e gozam de iguais direitos e de igual capacidade para exercê-los e têm deveres iguais. E para maior clareza explicita:

Os direitos de cada um não dependem do poder de que dispõem para assegurar o seu exercício, mas sim do simples fato de sua existência como personalidade jurídica internacional.

Do princípio da igualdade jurídica dos Estados decorre a seguinte consequência definitiva: nenhum Estado tem o direito de reclamar jurisdição sobre o outro Estado (Oppehein-Lanterpacht). Isto é, os tribunais de um Estado não possuem competência judiciária, em relação aos de outro Estado *sem o seu consentimento*.

No caso em tela, não há como admitir-se a competência de uma corte estrangeira contra o Estado brasileiro.

Não se põe, aqui, a discutida questão de atividades estatais *jure imperium* e dos atos de gestão *jure gestionis*. Na verdade, lembra Accioly, com o apoio em vários autores: “em qualquer das hipóteses não se admite, na prática os *atos de execução* em relação à propriedade do Estado sem o seu consentimento.”

E conclui o mestre brasileiro:

O Estado, ainda que pratique atos que por sua natureza são de Direito Privado e se afastam do campo normal de suas atividades, não perde o seu caráter de pessoa internacional e, como tal, deveria escapar sempre à jurisdição de outro Estado.

Uma única exceção, contudo, admite a prática internacional, no tocante à imunidade de jurisdição. É a que ocorre no caso de renúncia dessa imunidade, que pode verificar-se expressamente, por meio de tratado, ou tacitamente, isto é, *quando o Estado, acionado, não alega incompetência da tribunal estrangeiro*.

II. *O exame da questão sob outro aspecto jurídico*

Tomando por base a doutrina, a prática e o direito convencional, passemos ao exame da questão, tendo em vista as normas jurídicas que regem os direitos e deveres do agente diplomático em Missão. Dentre elas, especialmente – porque se aplicam ao caso –, as que se referem à Inviolabilidade e à Imunidade de Jurisdição. Vejamos.

a) a Inviolabilidade

Desde os tempos mais remotos, a figura do Missionário, ou Anunciador, vem, em, latente, revestida de inviolabilidade, envolta na proteção dos deuses.

Esse privilégio, tradicionalmente respeitado, vem a assumir outro fundamento quando da criação das Embaixadas Permanentes, pelo Tratado de Westphalia (1648) em que o direito divino dos soberanos absolutos, se estende não somente à pessoa dos seus embaixadores, como também ao palácio residencial, aos seus pertencentes, ao séquito e à família do legado.

Consagrado nas relações internacionais, o direito costumeiro, veio a cristalizar-se em princípios de direito convencional, nos termos da Convenção de Havana de 1928 e, da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, de 1961, assinadas e ratificadas pelo Brasil e pelos Estados Unidos da América.

Fixaram, aí, os Estados, as normas jurídicas da Missão e de seus membros, classificando-lhe a hierarquia e estatutando as regras jurídicas das imunidades.

Dentre elas, a inviolabilidade, que assim vem consignada no referido convênio vienense:

Artigo 29 – a pessoa do agente diplomático é inviolável. Não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão. O Estado acreditado tratá-lo-á com o devido respeito e adotará todas as medidas para impedir qualquer ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade.

Essa inviolabilidade pessoal, estende-se – na forma tradicional –, à residência, à correspondência e aos bens, não só do agente (artigo 30), como também aos membros de sua família que com ele convivam (art. 37- 1) “desde que não sejam nacionais do Estado acreditado”.

b) a Imunidade de Jurisdição

Quanto à imunidade de jurisdição penal, civil e administrativa, a convenção vienense, assim o estatuiu:

Artigo 31 – 1º – O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de:

- a) uma ação real sobre o imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da Missão;
- b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário;
- c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático do Estado acreditado fora de suas funções oficiais.

2º – O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimentos como testemunha.

3º – O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução, a não ser nos casos previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo 1º deste artigo e desde que a execução passa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência.

4º – A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

Assinala-se, ainda – e é importante considerar –, que somente o Estado acreditante poderá renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos, na forma do artigo 32 – e itens 1, 2, 3 e 4.

As imunidades do agente diplomático, acima declinados, porém não significam impunidade, como explicita o citado artigo 31 no seu parágrafo 4º. Dessa forma cabe ao Estado acreditante a jurisdição sobre os atos por eles praticados no Estado acreditado.

Vê-se, pois, que a *Lex Fori* não se aplica ao agente coberto pelas imunidades consagradas pelo Direito Internacional Positivo.

Nesse sentido, a Convenção de Viena reservou exclusivamente ao Juiz do Estado nacional do agente para conhecer de eventuais violações, não cabendo, no caso específico, em tela, a aceitação de foro estrangeiro, concorrente ao exclusivo, o que constituiria infração da norma convencional. Depreende-se da convenção (aplicada no caso em estudo), a competência jurisdicional exclusivamente brasileira, na forma das normas processualísticas internas artigos 88 e 89 do Código Penal Civil. É a consequência da “base territorial”, suporte espacial da soberania estatal.

O caso em apreço cinge-se, a nosso ver, às questões de imunidades diplomáticas e delas não pode ser afastado. As imunidades do Estado brasileiro não são questionáveis. O Brasil não é réu de nenhuma afronta legal. A regra aplicável ao caso, portanto, é a da observância aos princípios clássicos fundamentais da *Bona Fide* e *Pacta Sunt Servanda*.

on doit garder religieusement la foi donnée, pour plusieurs raisons, et qu'entre autres parce que dans cela on n'aurait aucune esperance de paix (Grotius – *Le Droit de la paix et de la guerre*; III, chap. XXV, parágrafo 1, 3).

A legislação interna não é *fonte* do Direito Internacional, mas sim o tratado – documento jurídico de âmbito espacial mais amplo.

Não se justifica, recorrer-se a um tribunal nacional deslocando arbitrariamente o que disciplinado se encontra, em instrumento de validade não contestada.

As regras do Direito Internacional, específicas, que limitam o direito interno aí estão, e são as que cabe invocar-se de conformidade como os Tratados; não se justifica imputação ao Estado. O texto convencional, na espécie, é o único remédio – penal e civil – capaz de restaurar direitos. As normas convencionais em vigor para o Brasil e os Estados Unidos respeitam

o delicado e fundamental equilíbrio entre os Poderes dos Estados. Constituem elas o instrumento de convicção.

Concluindo

Com o reparo do restrito tempo concedido para a elaboração destas rápidas considerações, que poderão ser aprofundadas, pode-se concluir que:

- 1) Ao Brasil cabe não aceitar a jurisdição do tribunal norte-americano.
- 2) A personalidade jurídica do Estado brasileiro é inatingível pela lei local. A responsabilidade estatal do Brasil, não se configura. O Brasil, como Estado soberano, não infringiu direito ou os legítimos interesses no ou do Estado norte-americano, pelos quais devesse responder. Pelo ato delituoso, responde o seu causador direito na forma prescrita pelo Direito Internacional.
- 3) O *Jus legationis* decorre do Poder do Estado no exercício do *jus Imperium* insuscetível de submissão a tribunal estrangeiro. Não se caracterizam quaisquer ações de gestão – *Jus gestionis*.
- 4) É regra de Direito Internacional que “os tribunais comuns são competentes para conhecer de causas em que intervém Estado estrangeiro com parte, *somente*:
 - a) quando este renuncia, expressamente, ao direito de alegar a incompetência desses tribunais;
 - b) quando, perante um desses tribunais propõe uma ação, isto é, aceita *ipso facto* a jurisdição do mesmo;
 - c) quando, acionado, não se defende com a execução *declinatorio fori*;
 - d) quando é proprietário de imóveis e a questão *actio in rem* versa sobre esses bens.
- 5) No drama de Washington, não cabe a aplicação da lei local, mas sim a dos compromissos internacionais, como sejam

a Convenção de Havana de 1928 (artigos 9º a 20), e a Convenção de Viena de 1961; não se configura possibilidade de imputação ao Estado;

- 6) A lei interna não pode reger a espécie, pois a Convenção de Viena prevê exatamente a situação em foco;
- 7) É oportuno lembrar-se, ainda, a Sentença do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no litígio *Oetjen com Central Leather Company* (1918) e ora repetida, (1958), em decisão na lide *Nacional City Bank com Republic of China*, fixando jurisprudência quanto ao princípio da Imunidade Absoluta dos Estados.

Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country its not sit in judgment on the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves. (Apud Verdross, A. – 1959).

- 8) Assim, cabe ao Brasil:
 - a) instruir seu advogado no sentido de explicitar que o Brasil não reconhece a competência do tribunal local;
 - b) responder à citação da corte para contestá-la; a simples intimação, deve ser rejeitada, pois a embaixada é insuscetível de notificação;
 - c) procurar uma linha de ação dentro dos princípios do Direito Internacional que regem a matéria;
 - d) acentuar que não houve ofensa do Estado brasileiro, desde que apenas um familiar do agente diplomático é o acusado;
 - e) evidenciar que o assunto é de caráter estritamente diplomático e a Convenção de Viena, ratificada por ambos os países, é o único veículo dirimente;
 - f) acompanhar atentamente a evolução de lide;

g) e afinal, se a ação vier a prosseguir e culminar por uma condenação, recorrer à Corte Internacional de Justiça.

É, s.m.j., o que me cabe opinar.

Respeitosamente,
Brasília, 8 de abril de 1983.

M. Franchini-Netto

Ação de Tribunal norte-americano
contra o Brasil. Adendo

PARECER

1. É indispensável argüir a incompetência da justiça americana, insistindo-se na declaratória dessa incompetência;

2. Impõe-se a devolução da *notificação* à Embaixada norte-americana no Brasil, através de nota, rogando-lhe que seja remetida a quem, por inadvertência, a enviou, pois o MRE não pode ser citado de fora do território brasileiro;

3. A questão deve ser apresentada quanto ao fundamento jurídico, sob dois aspectos:

- a) *o primeiro*, tem em vista o Brasil que, Estado soberano, é insuscetível de submissão a tribunal estrangeiro. A justiça estrangeira somente é competente quando em face de renúncia expressa, por parte do Estado soberano. Exceções podem ocorrer, em certos países, face a ações *jure gestionis*, o que não se verifica ao caso em foco;
- b) *o segundo*, refere-se exclusivamente aos agentes diplomáticos. Estes, de acordo com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas CVRD, podem ser suscetíveis de ação judicial, mas no seu país de origem;

4. A *motion* nos parece incompleta e fraca;

5. Deve-se fazer, através do Departamento de Estado, a remessa da nossa argüição, explicitando, o advogado, que comparece pura e

simplesmente como *amicus curiae*, por isso que, o Brasil embora não reconheça no feito, a jurisdição americana, não a desconsidera, e assim, a ela se dirige com o objetivo de elucidação, em auxílio à ação judicial, isto é, como uma deferência. Tal atitude, porém, não implica em reconhecimento e muito menos em sujeição a essa justiça.

6. O Departamento de Estado, no caso em exame, entrará apenas como um agente transmissor da argüição, isto é, como um canal condutor, aliás, o único que é competente, na forma da lei comum aos dois países (CVRI) a qual disciplina as relações das Missões diplomáticas com o país acreditado, estabelecendo que os Ministérios das Relações Exteriores locais são os órgãos de relacionamento internacional; nos Estados Unidos as Missões diplomáticas só podem entender-se através do Departamento de Estado, a quem se pedirá, tão-somente o *encaminhamento* das alegações do advogado; o Departamento de Estado é o órgão transmissor.

7. Deve o advogado ter presente, também, a *Declaração Relativa aos Princípios de Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e a Cooperação entre Estados conforme a Carta da ONU*, (XXV – AGNU – 1970), transformada em *Resolução nº 2.625*, que constitui uma interpretação dessa Carta e *fixa* a Igualdade de Direitos entre os *Estados*, a supremacia do Direito Internacional sobre a lei interna e a boa fé no cumprimento das obrigações entre Estados.

Respeitosamente,

Brasília, 19 de abril de 1983

M. Franchinni-Netto

Concessão de privilégios e imunidades aos técnicos internacionais a serem contratados pela Escola Interamericana de Administração Pública (EIAP).

PARECER

Envia o senhor Secretário-Geral à esta Consultoria Jurídica, para o seu Parecer, a solicitação da Escola Interamericana de Administração Pública (EIAP), no sentido de: (a) da concessão de privilégios e imunidades aos especialistas internacionais a serem contratados pela referida; (b) de reconhecer-lhe o *status de* organismo internacional regional.

2. Essa solicitação tem origem no ofício que a 9 de fevereiro de 1983, o Superintendente Geral da Fundação Getúlio Vargas dirigiu ao Embaixador José Botafogo Gonçalves, Secretário da Subin (Secretaria de Planejamento da Presidência da República), em que o signatário, reporta-se:

- 1) a que a Escola Interamericana de Administração Pública (EIAP) foi criada em 1964 como órgão de atuação regional da Fundação Getúlio Vargas, através de convênio firmado entre o governo brasileiro, o Banco do Desenvolvimento e a Fundação, convênio esse seguidamente reformado, sempre com o apoio do BID;
- 2) a que “apesar de suas intensas atividades e projetos realizados, o *status* da Escola, como organismo regional, ainda não está oficialmente estabelecido pelo governo brasileiro, circunstância

de que vem decorrendo uma série de problemas para a realização dos seus programas”.

- 3) a que para a realização dos seus objetivos, necessário se faz a contratação de especialistas internacionais, para o que também necessário se tornaria a outorga, a tais professores, “das regalias privilégios e imunidades sem o que isso não seria possível por falta absoluta de competitividade”.

3. Tendo em vista o exposto, a Fundação Getúlio Vargas – FGV solicita o exame da possibilidade de atender, o governo brasileiro, às pretensões expostas.

4. Ao encaminhar o ofício em tela ao Ministério das Relações Exteriores – MRE, o Secretário Adjunto da Subin (CT/500/83) expressa opinião favorável no sentido de que “haveria necessidade desse Ministério autorizar a vinda e permanência temporária dos futuros consultores recrutados sob a categoria de preceitos internacionais, gozando de imunidades e privilégios, a fim de que os mesmos possam estar isentos da legislação brasileira de impostos (renda e previdência social)”.

5. Em despacho a *Memorandum* DCOPT/33, de 1º.3.83, porém, o senhor Chefe da DCJ, em opinião contrária, assinala “que se o convênio em apreço não dispõe sobre privilégios e imunidades dos especialistas e técnicos da EIAP e que os mesmos não se encontram tampouco ao abrigo do Convênio sobre Privilégios e Imunidades celebrado com o mesmo banco, em 1972, não há meios legais para a pretendida concessão”.

6. A senhora Chefe da DAI, na mesma linha de pensamento, ao examinar o processo, (8.3.83) tendo em vista “a ausência de disposição no Convênio Brasil/Fundação Getúlio Vargas – BID, sobre concessão de imunidades e privilégios aos consultores internacionais contratados pela Fundação/EIAP, apenas um novo acordo regulando o assunto poderia atender às preocupações da Fundação Getúlio Vargas, mas não com a rapidez pretendida por seu Superintendente Geral, face à necessidade do *referendum* do Legislativo”. Adverte, ainda a mesma informação, que a assinatura do convênio “Por agentes não devidamente credenciados por plenos poderes, pode rigorosamente despojá-lo de efeitos jurídicos”.

7. Assim, coligindo as informações emitidas pelos vários órgãos do MRE, passemos ao exame, sob o aspecto jurídico, pretendido pela FGV.

8. Verifica-se, desde logo, que a solicitação da Fundação Getúlio Vargas divide-se em dois aspectos:

- 1) referente ao reconhecimento do *status* de órgão regional internacional à Escola Interamericana de Administração Pública; e,
- 2) o reconhecimento de privilégios e imunidades aos professores internacionais a serem contratados.

9. A Fundação Getúlio Vargas apoia a sua pretensão no “Convênio de Cooperação Técnica não Reembolsável”, assinado em 1981 pelo governo do Brasil, representado pelo Dr. Antonio Delfim Netto, Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, com o testemunho dos senhores Ernane Galvêas, Ministro de Estado da Fazenda e Francisco Dornelles, Secretário da Receita Federal, e pela Fundação Getúlio Vargas, com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

10. O referido convênio objetivou a realização de um programa interamericano de treinamento em administração pública ministrado a funcionários brasileiros e de outros países latino americanos. Tal treinamento – nos termos do convênio – foi confiado à Escola Interamericana de Administração Pública (EIAP), criada em 1964, como um dos órgãos subordinados à Fundação Getúlio Vargas.

11. Para realizar a referida programação, estabeleceu-se a constituição de recursos destinados a financiar a formação de técnicos latino-americanos na área da Administração Pública, competindo à Fundação Getúlio Vargas, a organização e a manutenção da EIAP.

12. Nesse sentido, cumprindo o dispositivo estabelecido pelas Partes, o Presidente da FGV, pela Portaria nº 1 de 3.8.64, determinou a criação da EIAP “como um dos órgãos componentes do IBRA (Instituto Brasileiro de Administração) ao qual ficará diretamente subordinado para fins administrativos”.

13. A Fundação Getúlio Vargas, pessoa jurídica de Direito Privado é, segundo preceitua o artigo 1º de seus Estatutos, (aprovados pela Portaria nº 9.507 de 19.10.1944 do Ministro da Justiça) “uma instituição de caráter técnico-científico, educativo e filantrópico”.

14. Nessa condição é que comparece a Fundação Getúlio Vargas, como uma das signatárias do convênio com o BID, firmado em 1981, “destinado ao financiamento das despesas exigidas para a realização de um programa interamericano de treinamento em administração pública a ser executado pela EIAP” – órgão daquela Fundação.

15. Deduz-se, ainda, do exame do mesmo convênio, que, o ônus financeiro da operação compete ao BID, mas a responsabilidade administrativa do programa educativo incumbe à FGV/EIAP, que assume ainda os encargos decorrentes da execução do programa, e demais detalhes fixados no convênio, enquanto o BID supervisiona “a formulação da política da seleção e contratação de especialistas (Seção 3.01 do anexo I). Nessas condições, a responsabilidade maior das contratações cabe ao ente de direito privado, isto é, à FGV/EIAP.

16. Não se encontra identidade, no exame do texto convencional, com a estrutura jurídica que caracteriza os organismos internacionais e suas agências, cujas atribuições e privilégios resultam sempre de atos internacionais regulares, concluídos na forma estabelecida pelo Direito das Gentes e as exigências da lei nacional.

17. De fato, à vista do que dispõem a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (art. 31), a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (art. 18), a convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas da ONU (Seção 19), o Acordo com a AIEA (Seção 18), o com a Alalc (art. 16), com a OEA (art. 10) e o Convênio com o BID (art. IV), as prerrogativas e imunidades dispensadas, seja aos agentes diplomáticos, seja aos funcionários e técnicos de organizações internacionais, somente são conferidas, mediante norma específica, resultante do consenso entre os Estados signatários, e, ou entre estes e as organizações internacionais, convenientemente exaradas nos textos dos tratados ou convenções internacionais.

18. Assim, a concessão das mencionadas prerrogativas e imunidades no caso em tela, deverá resultar de novo dispositivo convencional, e não de uma unilateral deliberação.

19. Isto é, na sua forma atual, a EIAP não se ajusta às condições prescritas para a aquisição do *status* de organismo internacional regional. E, por isso mesmo, os futuros contratados não gozarão, previamente, dos direitos e isenções que pleiteia a FGV, privilégios que poderão, todavia, constar de

novo convênio, observadas às normas jurídicas que regem o processo de conclusão de atos internacionais.

20. A regalia solicitada, se concedida, sem a observância dos referidos preceitos jurídicos, poderia gerar grave precedente, caracterizando inaceitável discriminação relativamente a outros técnicos estrangeiros contratados por pessoas jurídicas que exercem suas atividades profissionais em estabelecimentos de ensino no Brasil. Aos contratados da EIAP aplica-se, pois, somente a legislação brasileira.

À vista do exposto, somos por que, nos termos atuais, seja negada a pretensão. É, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 22 de abril de 1983.

M. Franchini-Netto

Brasil-Reino Unido. Financiamento. Projeto Jacuí – Validade do *Memorandum* de Entendimento assinado pelo Secretário de Cooperação Econômica e Técnica Internacional da Seplan e pelo embaixador britânico. Carta do Ministro das Minas e Energia, confirmando entendimento com a Embaixada da Grã-Bretanha.

PARECER

O senhor Secretário-Geral, em despacho ao “*Memorandum* DE-1/ 28 de 19.10.82, (Reservado)”, consulta sobre a validade do *Memorandum* de Entendimento, assinado pela Secretaria de Cooperação Econômica e Técnica Internacional da Seplan e pelo embaixador britânico, e da carta firmada pelo Ministro César Cals, pela qual confirma entendimento disposto na nota da Embaixada da Grã-Bretanha, intitulado-o “Doação Reino Unido/Brasil 1982”.

2. O processo, recebido por esta Consultoria Jurídica a 28.1.83, retornou à Secretaria-Geral para informações complementares (3.3.83), que foram prestadas a 16.3.83.

3. Da leitura das peças processuais resulta que, para viabilizar uma operação consistente na participação do Reino Unido no Projeto da Usina Térmica de Jacuí, mediante a doação (*aid grant*) correspondente a 25,77% do valor dos bens e serviços britânicos e *supplier credits*, os negociadores

consideraram necessária a assinatura de um “Memorandum de Entendimento” entre o Brasil e o Reino Unido.

4. Nesse sentido, foram submetidos ao Itamaraty, para exame e parecer, os seguintes documentos (DE-1/28):

- a) *Memorandum* de Entendimento que, além de Jacuí, se refere ao projeto de extensão da mina Leão II. Os signatários seriam o Ministro Delfim Netto (e, possivelmente, também o Ministro César Cals) e, o embaixador da Grã-Bretanha (anexo I).
- b) Protocolo de Intenção a ser firmado pelo Banco Central (anexo II).
- c) Nota, a ser assinada pelo embaixador britânico, com detalhamento da doação (anexo III).
- d) Apêndice “A” a essa nota, pelo qual o Ministro César Cals confirmaria a indicação dos *Crown Agents* (anexo IV).
- e) Apêndice “B” à mesma nota, que constitui certificado de pagamento a ser firmado pelos *Crown Agents* (anexo V).
- f) Nota de resposta do governo brasileiro. O Chefe do Setor Comercial da Embaixada britânica disse-me que esta seria firmada, por sugestão do Embaixador Botafogo, pelo Ministro César Cals, o que me surpreendeu (anexo VI).
- g) Garantia de um novo banco brasileiro com sede no Reino Unido (possivelmente o Lloyds) contra inadimplência da Kloeckner (anexo VII).
- h) Garantia de um banco brasileiro com sede no Reino Unido (possivelmente o Banco do Brasil) para o caso de não cumprimento do contrato por motivo outro que a inadimplência da Kloeckner (anexo VIII).

5. Essa documentação foi apresentada, aos senhores Chefes do DEC da DCJ e da Divisão Política e Financeira. Este último, em despacho ao *Memorandum* DE-1/28 acima referido, solicitou maiores esclarecimentos à Seplan-PR-Subin, tendo sido informado “que a contribuição esperada do Itamaraty, no trato com a parte britânica, se cingia à definição dos atos formais pertinentes à operação em pauta, bem como sobre sua execução”. A necessária

articulação, segundo o mesmo informe da Seplan, se daria por iniciativa do citado órgão “caso requerida pelos desdobramentos futuros do assunto na esfera de competência dessa divisão” (DPF).

6. A seguir, por despacho do DCJ, foi enviada a documentação à senhora Chefe da DAI, que se manifestou relativamente aos aspectos processualísticos da operação em andamento, desde que, na área econômica-financeira as negociações prosseguiram diretamente com o governo britânico.

7. Sob a forma processual, a referida Divisão de Atos Internacionais, fez pertinentes observações, nas quais considera:

- a) “que ‘*Memorandum* de Entendimento’ não lhe parece a mais adequada designação, mas sim, protocolo financeiro;
- b) que, quanto aos signatários do *Memorandum* de Entendimento com a Grã-Bretanha, que seriam os Ministros do Planejamento e das Minas e Energia, observa que, executados os Chefes de Estado, Chefes do Governo, Ministros das Relações Exteriores ou Chefes das Missões Diplomáticas (em alguns casos), ‘os demais agentes necessitam de plenos poderes apropriados para celebrarem atos internacionais em nome de seus governos’.”

8. Lembra, entretanto, a mesma DAI, que, “nos casos de instrumentos de empréstimos, garantia, aquisição de bens e financiamentos contratados no exterior, a legislação brasileira (Decreto-Lei nº 1.312/73), estabelece a competência ao Ministro da Fazenda para firmar tais instrumentos, que pode delegar, “em ato próprio, ao Procurador-Geral ou Procuradores da Fazenda, ao Delegado do Tesouro Nacional no Exterior ou a representantes diplomáticos do Brasil”.

9. Com relação ao “protocolo de intenção” referido, acentua a Divisão, “a deficiência da redação e das características de ato internacional”.

10. Finalmente, ainda sobre a nota da embaixada britânica, comenta, com propriedade, a DAI, que se trata de documento diplomático, o que constitui uma forma de acordo entre governos e como tal, deveria ser assinado pelo Ministro das Relações Exteriores, observadas as normas protocolares para o típico dessa correspondência.

11. Em atendimento a essas procedentes ponderações, documento (*Memorandum*/Reservado/DE-1/19.10.82) dirigido ao senhor Chefe Substituto do DEU, informa que a Subin “ficou de mudar o título do “*Memorandum* de Entendimento” para “protocolo financeiro”, e que os documentos atinentes à operação ficariam sob o exame do DEC deste Ministério.

12. Verifica-se, entretanto, pela informação ostensiva firmada pela senhora Primeiro-Secretário, Bacharela Maria Elisa Berénguer, a 28.11.82, dirigida ao Chefe da DE-I, que, tal não ocorreu, pois, apesar dos reparos acima apresentados:

- a) prevaleceu a designação “*Memorandum* de Entendimento” ao invés de “protocolo financeiro”;
- b) como signatário do *Memorandum* de Entendimento, pelo governo brasileiro, figura o Embaixador José Botafogo Gonçalves, havendo a Seplan informado que, autorizado pelo Procurador-Geral da República, o Ministro Delfim Netto “referendou” a referida assinatura;
- c) o signatário da “nota” para o “Exmo. Sr. Embaixador de Sua Majestade [sic] do Reino-Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte” é o Ministro das Minas e Energia e nela não foi explicitado, com referências precisas, o valor da doação; e
- d) o apêndice à “nota” não é modelo, conforme havia sido dito na referida reunião na Seplan, e sim documento assinado pelo Ministro César Cals.

13. Tais observações levaram o Chefe do Departamento da Europa do MRE a dirigir-se, em ofício (DE-I-DAI/DEM), ao Chefe de Gabinete do Ministro das Minas e Energia, no qual, “ao acusar o recebimento da Carta nº 401, 19.11.82, que encaminha cópia do documento em que o senhor Ministro das Minas e Energia confirma entendimento com o governo britânico referente à doação para abrir parte das custas de construção da Central Elétrica de Jacuí”, assinalou:

- 1) que a nota é forma de correspondência própria das chancelarias e que, de acordo com a doutrina e prática adotadas no Brasil

e no exterior, não pode ter signatários outros que Ministros das Relações Exteriores e Chefes de Missão diplomática;

- 2) que, tendo presente a falta de instrumento de plenos poderes requerido para a assinatura de ato internacional em nome do governo, o documento datado de 10 de novembro de 1982, do ponto de vista formal, contraria a processualística internacional “e configura ato *irrito e nulo*” (nosso grifo).

14. Realmente, os ajustes ou convênios internacionais são atos jurídicos, por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades de dois ou mais Estados (ou associações de Estados que possuam personalidade internacional). (Accioly, H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, V.I, p. 543).

15. Em geral, porém, os acordos mais simples, que não obedecem estritamente às exigências constitucionais, são hodiernamente designados, em conjunto, como “acordos em forma simplificada”, – às vezes, também conhecidos como “acordos executivos”. (Idem, op. cit., p. 544).

16. Por estar cada vez mais generalizado, esse procedimento, merece especial referência o “acordo por troca de Notas”:

Distingue-se este, dos instrumentos tradicionais, quase que exclusivamente pela forma. Isto é, em vez de transcrever o resultado das negociações em um instrumento único, que evidencia a aquiescência mútua anterior dos signatários adotam-se, para expressão da vontade das partes, notas diplomáticas de proposta e aceitação. Atualmente, porém, as mais das vezes, a troca das notas não apresenta certas características reais que possibilitariam uma comparação com os contratos do direito privado celebrados por correspondência. São, na especialidade, verdadeiros tratados, precedidos das negociações e mútua aquiescência anteriores, mas que, por sua pouca monta, por sua natureza provisória, por sua íntima conexão com ato anterior mais importante, ou em razão de oportunidade ou política, dispensam formas mais solenes e se servem dos instrumentos habituais da correspondência diplomática. Evidencia esta característica o fato de que em muitos tratados por troca de notas, os textos dos instrumentos são

perfeitamente idênticos, prevêem, às vezes, a necessidade da própria aprovação pelos poderes competentes, e são assinados freqüentemente de maneira solene. (Araújo, João Hermes Pereira – *Processualística dos Atos Internacionais*, – p. 15 – 16).

17. Ora, é o Direito Internacional que determina qual o órgão supremo representativo, isto é, aquele que, segundo antigo costume e o direito convencional, tem o *jus representationis omnimoda*.

18. No Brasil, o Direito Constitucional confere ao Presidente da República como atribuições privativas, as estipuladas pelo artigo 81 da Constituição. Na referida competência privativa do Presidente da República, no que diz respeito às relações internacionais, estão previstas entre outras, as seguintes atribuições:

IX – manter relações com os Estados estrangeiros;

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;

19. O Chefe de Estado porém, ensina Bevilaqua (Direito Público Internacional), dadas as suas múltiplas atividades, não poderia atender pessoalmente à direção dos serviços de contato com o exterior, por isso, constitucionalmente reúne “tais serviços” num organismo político administrativo, chefiado por um mandatário de sua absoluta confiança. No Brasil, o referido organismo é o Ministério das Relações Exteriores e seu chefe, o Ministro de Estado das Relações Exteriores, também chamado Chanceler.

20. Ao Ministério das Relações Exteriores incumbe, pois, a direção dos negócios exteriores para o que conta com um corpo especializado de funcionários diplomáticos, auxiliados por servidores administrativos, que compõem os quadros da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, das Missões e Consulados no exterior.

21. Dessa forma, entende-se geralmente que, tratados e convenção, são aqueles atos internacionais solenes, negociados na forma da Constituição, e submetidos ao *referendum* do Congresso Nacional. Todavia, a praxe diplomática tem estabelecido, desde a Constituição belga de 1831, artigo 68, o que se chamou “Acordo em forma Simplificada”, isto é, aqueles atos internacionais que não necessitam de passar pelo crivo do Legislativo. Essa

sistemática, de ordem prática, difundida pelos Estados Unidos da América, tornou-se geral.

22. A respeito, considera Accioly, que a aprovação legislativa é dispensável, nos seguintes atos internacionais:

- a) os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo;
- b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita;
- c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente;
- d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento;
- e) os de *modus vivendi* quando têm em vista apenas deixar “as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras”, podendo-se ainda acrescentar as “declarações de extradição” e ajuste para prorrogação de tratado, antes que este expire.

23. Levi Carneiro, da mesma forma, preceitua que estão isentos de homologação pelo Congresso Nacional as seguintes convenções:

- a) sobre assuntos de competência privativa do Poder Executivo, que não sejam de importância transcendente;
- b) para execução, aplicação ou elucidação de dúvida sobre ponto de importância secundária de algum tratado;
- c) os de *modus vivendi* visando apenas manter o mesmo estado de coisas ou estabelecendo bases para negociações futuras?
- d) os de prorrogação ou modificação de acordo executivo celebrado por notas reversais, ainda em vigor;
- e) promessa de reciprocidade em matéria de extradição.

No mesmo sentido, também, Paul de Visscher:

L' évolution Constitutionnelle en associant les assemblées représentatives à la conclusion des traités, a rendu le treaty-making

power moins apte à régler avec rapidité les questions urgentes que le multiplication des contacts entre les nations ne cesse de poser sur le plan international.

24. Nos “acordos em forma simplificada”, a assinatura das partes obriga o Estado. Mas, logicamente, necessário que as partes, ao declararem a vontade do Estado, estejam munidas de plenos poderes para tal engajamento. Ensina Bittner, que “esses acordos são válidos porque se fundamentam em uma competência própria dos órgãos que os concluem” (Bittner – *Die Lehre von den Volkerrichtlichen Vertretsur Kunden*, apud Dehousse, Fernand – *La Ratification des Traités*, 1935. p. 97).

25. Ora, os “acordos em forma simplificada”, o são pela competência do Executivo e decorrem da sua autoridade. No Brasil, o Ministro de Estado das Relações Exteriores tem competência legal para firmar tais compromissos, (Decreto nº 71.534/72, artigo 2º, letra “f”.)

26. Cabe observar, ainda, no exame a que se procede, que a Convenção de Viena de 1961, ao estabelecer os direitos e deveres das Missões diplomáticas, estatui no seu artigo 41, 2, que o relacionamento das Missões estrangeiras nos países acreditados, deve realizar-se através do Ministério das Relações Exteriores ou outro órgão, entre esses dois, previamente estabelecido.

27. No caso em pauta, verifica-se que houve um entendimento direto entre um Ministro de Estado e a embaixada britânica, através de nota, que no entanto, é um instrumento de uso exclusivamente diplomático, como determina a praxe internacional.

28. Assim sendo, subscrevemos o exposto pelo senhor Chefe do Departamento da Europa e demais chefias deste Ministério, relativamente à falta de observância das normas processualísticas no desenvolvimento e finalização de operação.

29. Observa-se, ainda, na informação ao Senhor Secretário-Geral, anexa ao *Memorandum* Reservado DE-I/28, no seu parágrafo 7, que:

7. A prática e o Direito Internacional (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 23 de maio de 1969) admitem a dispensa de plenos poderes para o Ministro das

Relações Exteriores e os Chefes de Missões diplomáticas permanentes, quando se trata de acordo com o Estado, junto ao qual estão acreditados. No Brasil, em tempos recentes, em virtude de disposições legais que atribuem ao Ministro das Relações Exteriores a competência para “negociar e celebrar, com a cooperação de outros órgãos interessados, tratados e acordos internacionais” (alínea “f” do artigo 2º, do Decreto nº 71.534/72), foi adotado o mesmo procedimento. Mantém-se, todavia, a necessidade jurídica dos plenos poderes para os demais agentes do Poder Executivo, sem o que carecem de efeitos jurídicos os atos internacionais que venham a concluir, a não ser que sejam posteriormente aprovados pelo Ministro das Relações Exteriores, isto é, colocados em vigor mediante troca de notas diplomáticas.

Constitui exceção, nos termos da legislação brasileira, a assinatura de “quaisquer instrumentos de empréstimo, garantia, aquisição de bens e financiamentos contratados no exterior”, a qual compete privativamente ao Ministro da Fazenda, que pode delegá-la ao “Procurador-Geral ou Procuradores da Fazenda Nacional, ao Delegado do Tesouro Nacional no Exterior ou a representantes diplomáticos do país”. (artigo 6º do Decreto-Lei nº 1.312, 15.2.1974)”.

Conclusão

I – Consideramos, pois, que em termos estritamente processuais, o *Memorandum* em exame, foge às linhas estabelecidas pela praxe diplomática e pela lei interna brasileira, isto é, houve:

- a) por um lado, inegável infração por parte da Embaixada britânica ao entender-se diretamente com autoridade não convinda previamente; e,
- b) por outro lado, entende-se que a Seplan e o senhor Ministro das Minas e Energia, atuaram não suficientemente harmonizados com os preceitos nacionais e internacionais que regem a feitura de tais acordos.

II – O processo adequado teria sido, sem dúvida, o da conclusão do referido acordo por via de um instrumento de troca de notas através do MRE, visto como o *Memorandum* assinado, embora não caracterize um tratado, no sentido formal, empenha todavia, o nome do país. Por certo, é princípio universalmente aceito que, uma das condições de validade dos acordos internacionais é, “a habilitação dos agentes signatários”. E estes, no *Memorandum* em tela, não estavam munidos de poderes específicos para firmarem o compromisso.

III – Assim, sob o ponto de vista estritamente da formalidade jurídica, é admissível a nulidade configurada pelo DE. (p. 5).

IV – Permitimo-nos contudo ponderar, que seria aceitável também, presumir-se no caso, a existência de uma norma fundamental do Direito das Gentes, consubstanciada no princípio jurídico da Boa Fé. Realmente, embora a Boa Fé seja uma noção complexa e difícil de sistematização, a doutrina e a prática internacional a têm admitido de longa data.

V – Nesse sentido pronunciou-se a Corte Internacional de Justiça no *affaire* das “Experiências Nucleares” (Austrália contra a França):

Tout comme la règle du droit des traités, pacta sunt servanda, elle même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration repose sur le bonne foi (Apud Zoller, E., La Bonne Foi en Droit International Public, Paris: Éditions A. Pedone, 1977. p. 12).

VI – Eis porque, afigura-se admissível conceder, no caso em apreço, e com particular restrição, o benefício dessa noção geral, embora se reconheça a infringência de regras jurídicas nacionais e princípios convencionais consagrados.

VII – Dessa forma, parece-nos oportuno, senão indispensável, para prevenir idênticas infrações às competências jurídicas, que seja expedida, com a possível urgência, uma nota circular, dirigida não apenas às Missões diplomáticas, como também aos Ministérios, explicitando os princípios de Direito que regem os atos internacionais e, em face deles, o posicionamento do Ministério das Relações Exteriores quando de negociações cuja conclusão exigem sua participação em área da competência que lhe é privativa, como

representante do Presidente da República no relacionamento com o exterior, em obediência ao que o dispõe o artigo 2º, letra “f”, do Decreto nº 71.534 de 1972.

É, esse s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 9 de maio de 1983.

M. Franchini-Netto

Projeto de Lei nº 1.332/83, “que dispõe sobre ação compensatória visando à implementação do princípio da isonomia social do negro e determina a reserva de 40% das vagas do Instituto Rio Branco a cidadãos da raça negra”.

PARECER

Em atendimento ao Telex nº 4.704, de 28.6.83 pelo qual a Subchefia do Gabinete Civil de Assuntos Parlamentares “solicita o Parecer do Itamaraty sobre o Projeto de Lei nº 1.332/83 do Deputado Abdias do Nascimento”, o senhor Secretário-Geral submete-o à apreciação desta Consultoria (7.7.73).

Examinados os termos do projeto de lei submetidos à nossa apreciação, temos a apresentar as seguintes considerações:

2. A proposta do nobre Deputado Abdias do Nascimento, para que sejam reservadas aos negros anualmente, 40% das vagas do Instituto Rio Branco, e igualmente em todos os setores da vida pública, “em forma da isonomia ao artigo 153 da Constituição”, na verdade a ela contravém, uma vez que tal importaria em negar o parágrafo 1º do mesmo artigo:

“todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, *raça...*”

3. É, pois, inconstitucional a divisão de brasileiros segundo a cor da pele.

4. De fato, país de imigração, todas as raças se misturam na população, legalmente igualada, (a composição atual do Congresso é um exemplo), cuja discriminação em origens étnicas daria em resultado o absurdo, de voltarmos aos tempo coloniais, em que se descompunha ela em brancos, pardos e pretos.

5. O nosso sistema político felizmente incorporou a todos na “massa soberana”. A ninguém, por ser de procedência africana, se obstará o desempenho de função para a qual tenha as suficientes aptidões, (artigo 153 – § 23). Nem é menos certo que, por esse fato, se tenham, ao correr dos tempos, fechado as repartições a pretos (como André Rebouças e Teodoro Sampaio) e a mulatos, que subiram desimpedidamente a todos os postos do governo, num país que não cobra, a netos e filhos (como por exemplo, entre tantos, Machado de Assis e Cruz e Souza) a condição de pais e avós.

6. Ao contrário, será intentar a discórdia social, esquecer a conquista humanitária do Direito nacional em século e meio, pretender, na atualidade, a pesquisa odiosa do pigmento, de que decorrerá venha o Brasil a respirar a atmosfera envenenada dos povos que reconhecem as minorias oprimidas e lutam pela equiparação dos indivíduos, no plano da vida coletiva e do livre trabalho.

7. O Regulamento do Instituto Rio Branco não estabelece a quaisquer restrições de raça para o ingresso nos seus cursos, abertos igualmente a todos os brasileiros que, com essa vocação, desejam servir a pátria comum.

8. Se entrássemos no caminho das percentagens étnicas, não poderiam deixar de lado os índios, e, para além deles, os estrangeiros, de quantas raças se amalgamam em nossa pátria, onde desnecessário, “a ação compensatória para implementação do princípio da isonomia social do negro”.

9. Assim admitindo, não seria esse o começo de uma nova era jurídica, mas, ao contrário, seria o fim de uma igualdade de que temos justificado orgulho.

Conclusão

10. No Brasil, não há “grupos nacionais”. Não se perfilha entre nós, o problema das “minorias” que a amplitude da legislação nacional não propicia. Nesse sentido, já se havia pronunciado, o saudoso Embaixador

Afrânio de Mello Franco, representante do Brasil no Conselho da Liga das Nações, em 1925, quando da discussões do tema, então fervente, na Europa (Accioly, H. - *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 1956 p. 226).

11. Nessa mesma linha de pensamento, e na área interna, idêntico princípio, vêm enunciado pelo seu ilustre sucessor, Mestre Afonso Arinos, quando o concretiza, na lei que leva o seu nome (Lei nº 1.390 de 3.7.1957), a qual inclui, entre as contraversões penais, a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou cor.

12. No plano internacional, o Brasil, coerente, designatário de vários tratados que fixam o princípio de não discriminação, com os estabelecidos pela Carta da ONU, (capítulo I, artigo 1º, § 3º) e da OEA (art. 3º, letra “j”) e outros atos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ou a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

13. Eis porque, e tendo em vista, também as informações técnicas do Assistente Jurídico desta Consultoria, Bacharela Ana Lúcia de Oliveira Paes e Castro, manifestamo-nos pela negativa ao projeto de lei do eminente Deputado Abdias do Nascimento.

Esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 28 de julho de 1983.

M. Franchini-Netto

Projeto de Lei nº 117/83, “que dispõe sobre o relacionamento externo da União e dá outras providências.”

PARECER

Em atendimento ao que lhe solicita a Subchefia do Gabinete Civil, o senhor Secretário-Geral submete à apreciação desta Consultoria Jurídica, o Projeto de Lei nº 117/83 do Senador Itamar Franco, que “dispõe sobre o relacionamento externo da União e dá outras providências”.

Examinado sobre o ponto de vista jurídico, temos a apresentar as seguintes considerações referentes ao projeto em tela:

1. A proposta, altamente idealista, do nobre Senador Itamar Franco, no sentido de condicionar à prévia autorização do Congresso o reconhecimento de Estado estrangeiro, e proibidas as relações com governos que “oficialmente adotem ou de qualquer forma estimulem a discriminação racial”, contraria e inverte a disposição constitucional contida nos parágrafos 9 e 10 do artigo 81, pelos quais “tratados, convenções e atos internacionais competem ao Presidente da República, em caráter privativo”, *ad referendum* (isto é, *a posteriori*) do Poder Legislativo.
2. Compreende-se essa exclusividade estabelecida pela Carta Magna. Realmente, não pode o país subordinar a sua política externa, e, com ela, os negócios diplomáticos, a regras abstratas, que tolham eventualmente alianças necessárias e amizade úteis.

3. Se fosse, vencedora a corrente oposta, que limita a certas circunstâncias (e princípios) o entendimento internacional, o próprio Brasil teria sido irreparavelmente prejudicado, eis que em regimes especiais, ou fora da normalidade constitucional, já viveu períodos decisivos de sua evolução.
4. Em verdade – mesmo em fases anormais, jamais admitimos a ingerência de outras nações no processo nacional interno, assim como, ao revés, têm outras nações o direito de não consentirem nessa intervenção – que tal seria – dada a soberania que as isenta, e a independência que as isola. O Princípio da Não-intervenção é um dogma do sistema jurídico latino-americano, ao qual o Brasil, tradicionalmente se filia.
5. É claro que rege a ação exterior, de nossa parte, uma tradição de repúdio aos sistemas que se chocam com o nosso liberalismo, a nossa formação multirracional e de vigorosa adesão aos Direitos Humanos: o nosso espírito democrático.
6. Mas é diferente a posição prevista no projeto em exame. Quer ele que não nos relacionemos com governos com quem possivelmente estejamos em permuta de interesses e familiaridade cultural, e isto, além de unilateral, ou ineficaz, acarretaria um golpe na área econômica e uma restrição às justas influências que recomendam, ao conceito universal, a diplomacia brasileira.

Conclusão

7. Dessa forma por inconstitucional, opinamos que seja considerado negativo às conveniências do país, a respeitável iniciativa do ilustre parlamentar, ora em apreço.

É s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 28 de julho de 1983.

M. Franchini-Netto

Embaixada do Brasil em Roma.
Privilégios e imunidades. Funcionárias
brasileiras casadas com cidadãos
italianos.

PARECER

A questão

Atendendo à solicitação do senhor Chefe do Cerimonial, (8/6/83) o senhor Secretário-Geral remete ao parecer desta Consultoria o “*Memorandum* DPI/05, referente aos “privilégios e imunidades de funcionárias brasileiras casadas com cidadãos italianos”.

2. Motivou o citado *memorandum*, Telegrama (637) enviado pela chancelaria italiana à Embaixada do Brasil em Roma, solicitando a relação de funcionárias brasileiras consorciadas com italianos.

3. Menciona, ainda, o referido telegrama, “que o governo pretende retirar os privilégios e imunidades de funcionárias das Missões diplomáticas que contraíram matrimônio com cidadãos italianos antes da ratificação a 25 de julho de 1969 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, de 1961.

4. Tal medida, abrangeria três funcionárias lotadas naquela Missão, às quais, segundo o mesmo telegrama (637) o governo italiano recomenda a “renúncia expressa à cidadania italiana por parte de funcionária estrangeira”.

5. Informa ainda o mesmo telegrama, que o Ministério do Exterior da Itália está procedendo, de um modo geral, nas Missões

diplomáticas sediadas nesse país, ao levantamento dos nomes de todas as funcionárias, casadas com cidadãos italianos que, se beneficiam de privilégios e imunidade, a fim de suprimir tais regalias.

6. Motiva tal deliberação o fato de que, pela legislação da Itália, as cidadãs estrangeiras que se casam com italianos adquirem, automaticamente, a nacionalidade do marido, e pois, excluem-se do preceituado pela convenção vienense.

7. Invoca, ainda, o referido governo, em abono de sua decisão, o artigo II, do Protocolo Facultativo sobre Aquisição de Nacionalidade, da citada convenção, no que se refere à proteção das que se casaram após a data de ratificação, e fundamenta suas conclusões em parecer favorável da Assessoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores.

8. Assim sendo, a Embaixada do Brasil decidiu consultar o Itamaraty sobre como proceder face à proposição italiana (renúncia à cidadania), tendo em vista que as três são funcionárias administrativas brasileiras do quadro permanente, lotadas nessa Missão.

Soberania e nacionalidade

9. Examinados os termos da comunicação do governo italiano e seus fundamentos, cabem preliminarmente as seguintes considerações:

- a) O poder fundamental do Estado “sob o ponto de vista jurídico, é a soberania”, isto é, “o seu modo de ser jurídico”, ou melhor, o gozo de sua capacidade de dispor de própria vontade.

10. Pode-se entender soberania, como *a Lei*. (Aristóteles, apud Calmon, Pedro – *Curso de Direito Público*, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1938. p. 119). É, afinal, o Poder Supremo, “que não admite poderes concorrentes na mesma massa” (Timacheff, Nicolas, *Le Droit, l’Ethique, le Pouvoir, Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, v. I e II, 1936. p. 153).

- b) E pacífico, que o Estado soberano possui jurisdição pessoal, ou melhor, autoridade sobre os seus nacionais (Accioly, H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª. Ed. v. I, Rio de Janeiro: 1956, p. 367).

11. Realmente, a soberania do Estado, “em relação ao povo, assume um caráter pessoal, recaindo sobre os nacionais, que estão submetidos as leis de sua pátria, ainda quando se acham no estrangeiro” (Bevilaqua, Clóvis; *Direito Público Internacional*, 2ª ed. Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1939, p. 216 e segts.).

12. Nesse sentido: “nacionais são o conjunto de pessoas submetidos à autoridade direta de um Estado, às quais este reconhece direitos civis e políticos e deve proteção, até além de suas fronteiras” (Accioly, H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª edição, v. I, Rio de Janeiro: 1956. p. 367).

A nacionalidade é um vínculo político e pessoal que liga o indivíduo a determinado país, sua pátria de origem ou de adoção, tornando-o parte integrante do povo desse país, e submetendo-o à autoridade e à proteção da soberania, que nele impera sendo que as condições de aquisição e perda ‘são determinados pelo direito interno de cada país’ – Bevilaqua C. – op. cit., v. I, p. 217; Fiore – *Droit International Codifié* arts. 177 – 179 – 377 – 394; Scelle, George – *Revue Ceitique de Droit International*, XXIX, p. 63 e seg.).

13. Na mesma linha, pode-se definir nacionalidade, com Weiss: “A nacionalidade é o laço contratual que liga o Estado a cada um dos seus membros” (Weiss, André – *Manuel de Droit International Privé*, 9ª ed., Paris, 1925, p. 2).

14. Sob o aspecto jurídico, portanto, (admite-se também defini-la em sentido sociológico) “a nacionalidade é que dá ao indivíduo a qualidade de membro de um Estado” (Penna Marinho, Ilmar). É pois, “o vínculo político e pessoal, que liga o indivíduo a determinado país, sua pátria de origem ou de adoção, tornando-o parte integrante do povo desse país, e submetendo-se à autoridade e à prestação de soberania, que nele impera” (Idem, p. 217).

15. Assim, “as condições, mediante as quais se adquire ou perde a nacionalidade, são determinadas pelo direito interno de cada país”.

16. A respeito, ensina Mônaco:

Di più la prassi internazionale ammette che la determinazione della sfera dei propri cittadini rappresenta per ogni Stato uno attributo

della Sovranità, anzi di quei particolari poteri nei quali si sostanzia la sua competenza esclusiva (Mônaco, Riccardo – ‘Manuale Di Diritto Internazionale Pubblico’, Seconda edizione riveduta e aumentata, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1977, p. 425 e seg.).

17. A nacionalidade pode ser originária ou adquirida. Isto é, o indivíduo pode *adquirir* uma nacionalidade posteriormente ao seu nascimento, observados os termos das legislações internas, que em geral obedecem ao sistema de benefício da lei, casamento, naturalização, *jus laboris*, e *jus domicilii*.

18. No caso em apreço, trata-se de nacionalidade adquirida pelo casamento, que, segundo a lei da Itália, é automática em razão do matrimônio com cidadão desse país, o que não ocorre no Brasil, onde a mulher, não perde nem adquire nacionalidade pelo casamento – princípio esse que vem consagrado também no artigo 6º da “Convenção de Montevideú sobre Nacionalidade” de 1933.

19. Entretanto, o instituto da nacionalidade – que é da economia doméstica dos Estados – em termos recentes passou a ser regido, também, em certas circunstâncias, e em alguns de seus aspectos, pelo Direito Internacional, objeto de convenções e pronunciamentos judiciais.

20. Nesse sentido, preceitua a Convenção da ONU de 1957 “Sobre a Nacionalidade da Mulher Casada”, onde figuram os seguintes princípios fundamentais:

- 1) O casamento ou sua dissolução não deve afetar automaticamente a nacionalidade da mulher;
- 2) a mulher estrangeira casada com nacional pode adquirir a nacionalidade do marido se a solicitar através de um processo especial de naturalização;
- 3) a renúncia ou aquisição de nacionalidade pelo marido não altera a da mulher.

21. Mencione-se, ainda, a respeito, e para argumentar, o art. XV da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 1948:

- 1) “Todo o homem tem direito a uma nacionalidade;

- 2) ninguém será privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.”

22. Verifica-se, pois, “que a nacionalidade tem dois aspectos: o interno e o internacional” (Albuquerque Mello, Celso – *Curso de Direito Internacional Público*, 7º ed. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro. 1982. v. I p. 584 – 585).

23. E é precisamente o mencionado aspecto internacional, que vai incidir sobre o texto em exame.

24. De fato, no que diz respeito ao objeto desta apreciação, a “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas” disciplina a condição jurídica do pessoal administrativo das Missões relativamente ao gozo de prerrogativas. Assim, além de enumerar em caráter mais amplo os privilégios e imunidade conferidos aos agentes, (artigos 29 a 36), a referida convenção explicita, no artigo 37, os demais beneficiários das mencionadas prerrogativas:

Artigo 37 – 1) os membros da família de um agente diplomático que com ele convivam, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29 a 36, *desde que não sejam nacionais do Estado acreditado*. (o grifo é nosso).

2) os membros do pessoal administrativo e técnico da Missão assim como os membros de suas famílias que com eles vivam, *desde que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente*, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29 e 35, com ressalva de que a imunidade de jurisdição civil e administrativa do Estado acreditado, mencionado no parágrafo 1 do artigo 31, não se estenderá aos atos por eles praticados fora do exercício de suas funções, gozarão também dos privilégios mencionados parágrafo 1 do artigo 36, no que respeita aos objetos importados para a primeira instalação. (o grifo é nosso).

25. Decorre, portanto, do articulado, uma exceção fundamental ao gozo dos privilégios diplomáticos conferidos ao “pessoal administrativo das Missões”: o de que *não sejam nacionais do Estado acreditado, nem tenham nele residência permanente*.

26. Ora, no que diz respeito ao que suscita o governo italiano, temos que haveria funcionárias administrativas de nossa Missão diplomática, casadas com cidadãos daquele país, antes de 1969, no gozo de uma dupla nacionalidade e suas vantagens, isto é, da cidadania adquirida – em virtude do matrimônio – e da brasileira, conferida pelo nascimento, o que lhes tem permitido o *status* privilegiado estabelecido pela convenção diplomática, numa acumulação conflitante.

27. Numa linha coincidente com o nosso pensamento jurídico, opina Penna Marinho:

“Se o governo italiano fortemente escudado nos dispositivos da Convenção de Viena se opõe a que uma cidadã italiana, (pelo casamento) residente na Itália goze de imunidade e privilégios diplomáticos decorrentes da sua qualidade de funcionária da Missão diplomática de país do qual possui também a nacionalidade, é necessário acatar a decisão das autoridades italianas.

Aliás, além da renúncia à nacionalidade italiana, recomendada pelo governo da Itália, tem as funcionárias brasileiras da Missão diplomática do Brasil uma outra opção: a de conservarem as nacionalidades brasileira e italiana, mediante a renúncia às imunidades e privilégios mencionados nos artigos 24 a 35 da Convenção de Viena.

Efetivamente, o artigo 32 da referida convenção estipula que “o Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos *e das pessoas que gozam de imunidades nos termos do artigo 37*. A renúncia será sempre expressa”.

Sendo assim, no caso específico configurado pela gestão do governo italiano com relação às funcionárias brasileiras casadas com cidadãos italianos antes da ratificação da Convenção de Viena pela Itália, duas soluções existem para resolver a questão:

1ª Solução – as funcionárias brasileiras renunciavam expressamente à cidadania italiana adquirida por força do casamento com cidadão italiano. Nesse caso, além de conservarem a nacionalidade brasileira, continuam

gozando os benefícios consignados nos artigos 29 a 36 da Convenção de Viena.

2ª Soluções – as funcionárias brasileiras, por intermédio do Governo brasileiro, renunciam aos privilégios e imunidades reconhecidos pelo artigo 37 da Convenção de Viena e, nesse caso, além de conservarem a nacionalidade brasileira, poderão manter a nacionalidade italiana adquirida por motivo de seu casamento com cidadão italiano.

O que não podem mais, em face da posição assumida pelo governo italiano, é concomitantemente conservarem a nacionalidade italiana, resultante de seu casamento com cidadão italiano, manterem a brasileira, adquirida com o nascimento, e usufruírem os privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29 a 36 da Convenção de Viena.

Uma única exceção a esse critério seria o de que o Brasil e a Itália, mediante um acordo ou tratado se reconhecessem mutuamente, um tratamento mais favorável, que o estipulado na Convenção de Viena, consoante o permite o artigo 47, Parágrafo 2º da referida Convenção. Na ausência, porém, de um convênio dessa natureza, não se afigura possível resolver a questão de forma diferente das duas alternativas acima mencionadas.

O assunto é muito claro e a posição do governo italiano perfeitamente lógica e compreensível. (Penna Marinho, I – Em anexo).

Conclusão

1) Assim, face aos termos da “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, evidencia-se ter-se tornado irregular a situação das funcionárias administrativas, eis que a legislação internacional veda a atribuição de privilégios “aos nacionais do Estado acreditado”. De fato, tais funcionárias, pelo casamento, adquiriram a nacionalidade do Estado receptor.

2) Nessas condições, é-lhes oferecida a opção de renunciar a uma das nacionalidades, vale a dizer, ou voluntariamente à cidadania italiana, e usufruir dos benefícios convencionais, integrando-se assim, totalmente, na comunidade jurídico-político brasileira, ou renunciando a esta, nos termos do parágrafo 1º do artigo 146 da Constituição Federal.

3) O governo italiano oferece a alternativa da renúncia à nacionalidade adquirida em razão do casamento.

4) Parece ser essa, uma solução de conciliação e equilíbrio, em que as funcionárias passariam a ser regidas pelas normas do Direito Internacional na área do serviço público exterior, no campo de sua atividade profissional.

5) Restaria ainda, talvez, a interpretação que o governo italiano venha a dar à segunda exigência convencional: a da “não residência permanente” das funcionárias em questão.

6) Entende-se, contudo, em sentido jurídico, que a *residência permanente* decorre de *visto permanente* o que, no caso, não se verifica porquanto os “membros do pessoal administrativo”, vêm caracterizados pelo *status* transitório inscrito no passaporte emitido pelo governo do Brasil, e credenciado no Ministério das Relações Exteriores em Roma, através da Embaixada brasileira.

7) A opção, pois, afigura-se-nos como o mais adequado processo de solução face à proposição do governo italiano.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 19 de agosto de 1983

M. Franchini-Netto

Tratados Intencionais. Interpretação

PARECER

Um aspecto jurídico fundamental no Direito dos Tratados é o de que a sua interpretação não pode ser unilateral. É necessário que haja, sempre, o consenso das partes. É esse, um princípio que diz respeito diretamente à soberania dos parceiros e portanto, as eventuais inovações a uma convenção não podem prescindir do consentimento de todos os pactuantes, preservando-se, assim, o equilíbrio da sociedade internacional.

Uma simples nota, não contém o mínimo de formalismo que se exige no trato de um texto de cunho “bi” ou multinacional. Uma interpretação restritiva, que altera o fundamento de um dispositivo, não pode causar efeito sem o consentimento de outras partes. É, aliás, o que diz o próprio texto do artigo 41 da CVRD, quando exige, para isso, que os signatários dêem seu consentimento, isto é, “convenham” entre si.

Assim, é de lembrar-se, que muito sabiamente o Direito Internacional oferece os processos de solução das questões de interpretação, quando não haja entendimento negociado diplomaticamente.

Essa prática vem consagrada no trato jurídico internacional, e, nesse sentido, inscrita na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (não ratificado pelo Brasil e Estados Unidos), mas que traduz o consenso da comunidade:

“Art. 46 – Uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno como justificando a não execução de um tratado”.

É do conhecimento geral que, pelo menos dois são os princípios fundamentais que regem os acordos entre Estados: o da *Bona Fide* e o da *Pacta Sunt Servanda*.

Daí que, na interpretação de um tratado, os termos poderão ser entendidos em um sentido particular, somente se tal houver sido expressamente estabelecido como sendo a intenção das partes.

E é justificável, apenas face a um sentido ambíguo ou obscuro que venha a colimar em um resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Ora, isso não ocorre na CVRD. Os termos do artigo 41 são claros e precisos. Assim, estabelece que:

- 1) todos os *assuntos oficiais que o Estado acreditante confiar à Missão para serem tratados com o Estado acreditado, deverão sê-lo com o Ministério das Relações Exteriores;*
- 2) ou então, *por seu intermédio*, com outro Ministério;
- 3) mas, *desde que assim tenham convindo* as partes.

O texto do artigo 41 é claro e direto. Por essas razões, o Brasil considera estranha a interpretação unilateral do Departamento de Estado, por isso que discrepa da citada convenção da qual ambos os países são signatários. Mas, de qualquer forma, a recíproca é formalmente inadmissível, no que se refere, no Brasil, ao relacionamento das Missões diplomáticas com órgãos do governo brasileiro, pois estas são aceitáveis tão-somente através do Ministério das Relações Exteriores de Brasília, encarregado constitucionalmente do entendimento internacional.

Acresce ainda, claramente, que a convenção não limita, de nenhuma forma, a competência do Ministério das Relações Exteriores exclusivamente aos assuntos diplomáticos. Seria, isso, reduzir-lhe a atividade representativa, que lhe dá, em todos os Estados, competência para a direção dos negócios internacionais, sem os discriminar.

Os assuntos de interesse dos Estados são tratados por agentes diplomáticos, pois essa é uma de suas funções: a de representação – *Jus Legationis*, *Jus representationis*.

A interpretação que o Departamento de Estado desejou dar, é meramente casuística. Dessa forma, poderá vir a ser reformada, novamente, ao sabor das circunstâncias ou de suas conveniências conjunturais.

Ora, é do entendimento geral entre as Nações, que *são oficiais* todos os assuntos que, em caráter oficial, um Estado soberano confia a sua Missão diplomática para tratar com outro Estado soberano.

No caso em tela a matéria é, sem dúvida, de caráter oficial. Realmente, como tratar, em caráter privado, os atributos da soberania estatal?...

Um Estado somente se entende com outro através das órgãos competentes. O órgão competente, diz a Convenção de Viena, é o Ministério das Relações Exteriores ou por seu intermédio, com outro *previamente* estabelecido.

É certo que cabe à legislação de cada Estado determinar quais os órgãos destinados a representá-lo estabelecendo a extensão dos poderes dos seus representantes. O órgão representativo, o que dá poderes da representação, o que concede ou nega *agreements*, o que compromete a vontade do Estado em tratados, é o Ministério das Relações Exteriores, “aparelho jurídico-político especialmente encarregado de pôr o Estado em contato com outros e de dirigir as relações internacionais”.

Os agentes diplomáticos são aquelas pessoas acreditados pelo governo de um Estado perante o de outro, para representar os seus direitos. “As comunicações e reclamações internacionais somente por intermédio dos agentes diplomáticos podem ser transmitidas ao Secretário de Estado incumbido constitucionalmente de recebê-las”. (Bluntschli, *Droit Internacional Codifié*, art. 170; Bonfils, *Droit International Public*, nº 652. E mais, Ltzt, Fiore, Basset Moore, Nys entre outros tratadistas)

Conclusão

- a) O assunto constante da Nota... da Embaixada do Brasil ao Departamento de Estado, é inegavelmente, um assunto oficial. A soberania Estatal, é matéria de mais alta importância nas relações oficiais, e só o Estado pode tratar com outro Estado.
- b) As imunidades diplomáticas constituem assunto oficial inscrito em tratados ratificados pelos Estados, em que são disciplinados os respectivos privilégios.
- c) Esses assuntos devem ser tratados com o Ministério das Relações Exteriores, o órgão próprio, receptor e transmissor na área externa,

veículo oficial segundo as regras diplomáticas e as obrigações convencionais.

- d) “Com outros Ministérios”, deve entender-se, outros órgãos, mas aqueles com que *se haja convindo*; a expressão convencional é clara: *convindo, quer dizer acertado de antemão, combinado, ajustado*. Isto é, medida estabelecida de comum acordo e não unilateralmente.
- e) Assim, a nosso ver, os EUA deverão primeiro, propor a aceitação dos governos, a interpretação que pretendem dar ao convencionado. Se fosse admissível o entendimento de um texto, apenas por uma das partes de um tratado, não haveria mais estabilidade convencional: cairiam os tratados; cada qual decidiria de conformidade com os seus interesses políticos conjunturais.
- f) A vontade dos Estados – “ensina Reuter, P. – (*La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, Livraria Armand Colin, Paris: 1970, p. 15 e seg.)” – é o que liga os Estados porque assim o quiseram”. Essa vontade, realiza-se quando encontra o consentimento comum – bi ou multilateral – e que, desde então, transcende à vontade singular, para formar o bloco do pensamento coletivo.
- g) O tratado é o conteúdo das vantagens somadas. Daí resulta a regra geral que a todos se aplica, isto é, a sua inviolabilidade.
- h) Uma convenção organiza metodicamente o fato social internacional e gera o equilíbrio das vontades convergentes. É a comunidade internacional, no seu conjunto, que assim estabelece um ordenamento comum, vale a dizer, a expressão de uma regra jurídica. “A idéia da justiça, diz Spencer, repousa na lei de igual liberdade”, e, pois, não admite a prevalência de uma vontade isolada e circunstancial. Spencer – *La Justice* §§ 25 – 34)
- i) Uma norma superior (a convenção, p. *ex.*), é que designa o órgão competente para a execução da vontade comum. Ensina Guggenheim, seguido por numerosos tratadistas: “as regras convencionais são determinadas no seu conteúdo por normas de grau superior que as condicionam”, quer dizer, os Princípios da *Bona Fide* e da *Pacta Sunt Servanda* (Guggenheim, Paul – *Traité de Droit International Public*, Tome I, Genève: 1952, p. 130 e seg.);

- j) A Convenção de Viena não confere um poder discricionário às partes, antes, delimitá-lhes os órgãos de execução. O articulado é claro e a vontade das partes vêem expressa conjuntamente.
- k) A interpretação unilateral “pode suscitar um problema de política jurídica” (Idem, p. 132).
- l) Dessa forma, a primeira máxima geral referente a interpretação ou alteração de regra escrita é a de que “*não é permitido interpretar o que não necessita de interpretação*”, (Vattel, 1, II, cap. XVII, § 263 – apud Corte Permanente de Justiça Internacional. Série B, nº 7, 20, e ainda no “Parecer Consultivo” de Corte Internacional de Justiça, sobre condições de admissão de um Estado como membro das Nações Unidas; (R.D.C., 1948, 63);
- m) A Convenção de Viena, ao fixar as linhas do contrato relacional, refletiu a intenção das partes debatidas em longas discussões prévias. De onde decorre que incumbe ao parceiro inconformado *consultar* as partes, explicitando as razões da alteração.
- n) Não se verifica, na disposição norte-americana, uma atitude de interpretação restritiva, o que é admitido pela ordem jurídica internacional, mas de uma decisória tomada intempestivamente por uma das partes, que, alterando a letra convencional, cria uma divergência na execução do convênio.
- o) Um tratado cria obrigação recíprocas e somente o conjunto dos participantes pode alterar um texto que expressa a vontade coletiva devidamente manifestada.
- p) Não se afigura, nos termos da Nota, “um ato jurídico unilateral”, o que seria descabido, pois a alteração de um texto convencional faz-se, no Direito das Gentes, pela figura jurídica da denúncia segundo processo fixado no próprio tratado.
- q) Diz Verdross, citando os “Princípios Fundamentais de Interpretação dos Tratados”:

“4º – Deve recusar-se toda a interpretação suscetível de alterar o convênio ou parte dele”.

- r) E, na linha de pensamento de Guggenheim:

“1 – Não cabe interpretar o que não tem necessidade de interpretação, isto é, se os tratados são de sentido claro e não conduzem ao absurdo”;

- s) Não se questiona, é evidente, a competência de um Estado *in re sua*, mas um documento jurídico internacional que a transcende, pois deu-lhe seu consentimento em virtude da mesma competência, autolimitando-se, vinculando-se, apoiado no seu direito de liberdade soberana.
- t) Ora, a vida internacional exige o respeito aos órgãos de representação devidamente acreditados para o exercício de sua função orgânica, estabelecidas pelo Direito Positivo Internacional que impõe a máxima:

non impediatur legatio

- u) Para a atitude norte-americana, não foram invocadas justificativas. A Nota restringe a competência do Departamento de Estado o que seria admissível se não viesse a alterar o rito estabelecido por um ato multinacional. A lei internacional prevalece sobre a lei interna enquanto não for denunciada.
- v) Refere-se a Nota do Departamento de Estado, à Lei Nacional, posterior ao tratado. “O Direito Internacional não desconhece a soberania que o Direito Constitucional conceitua, mas, para ele, a soberania é a personalidade mesma do Estado com sua capacidade de exercer direitos, contrair obrigações internacionais” e cumpri-las, ao influxo da solidariedade de interesses da comunidade.
- x) A obrigatoriedade de cumprir a palavra empenhada é irrecusável. “Os preceitos do Direito Internacional são regras de Direito positivo, que obrigam os Estados na comunhão internacional”. (Lizt, “Volkerecht”, § 1º, II, 2; J. Basset Moore – *A Digest of International Law*, I, parágrafos 1 e 2; Elihu Root – *Politique exteriense des Etats – Unis et le droit international*, 1927, p. 111 e seg.).

Finalmente

“As autoridades competentes para a interpretação ou alteração de um tratado são, em primeira linha, os governos signatários e ratificantes”,

como ensina Delbetz, (em – *Les Principes Generaux du Droit International Public*, Troisième Edition, R. Pichon Editeur, Paris: 1964, p. 347).

Essa, s.m.j. a nossa opinião.

Brasília, 24 de agosto de 1983.

M. Franchini – Netto

ADENDO

The primary end of treaty interpretation is to give effect to the intentions of the parties, and not frustrate them. It is clear, that "intention" is very often a fiction, and even when there was a conscious intention the words designed to be expressive of it may not be particularly helpful for this purpose.

It is said that where a treaty clause is clear and unambiguous it does not require to be interpreted (*O'Connell, D.P. International Law for Students, London: Sevens and Sons, 1971, p. 107 e Segts.*; *The Lotus Case, P.C.I.J. Ser. A. n° 10, p. 16, 1927*).

Ao analisar o problema, Lauterpacht explicita:

"When there is an implicit collision between the principle that the intention of the parties is to prevail, and the principle of treaty effectiveness, the Court, will give emphasis to the latter". *Lauterpacht, H. – Development of International Law by the Permanent Court of International Justice (2nd edition, 1958, p. 27; Idem in Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties, B.Y.T.L., v. 26 (1949) p. 228.*

Projeto de Lei nº 1.231/83, que altera os dispositivos da Lei nº 7.064 de 6.12.82, a qual dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior

PARECER

Em despacho exarado a 1.9.83, o senhor Secretário-Geral, atendendo ao que lhe solicitou a Subchefia do Gabinete Civil de Assuntos Parlamentares, remeteu a esta Consultoria, para seu parecer, o Projeto de Lei nº 1.231/83, do Deputado Francisco Amaral.

2. Trata, a proposição do ilustre parlamentar, da alteração da Lei nº 7.064 de 6.12.82 “que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviço no exterior”.

3. A leitura do projeto de lei ora em exame, levamos às seguintes considerações:

- a) realmente, o disposto no artigo 1º da Lei nº 1.231/83, apresenta características casuística, e é, pois, suscetível da alteração proposta;
- b) ao pretender alterá-lo, contudo, o ilustre autor, a nosso ver, a “contrario sensu”, estende a regulamentação que sugere, “dando-lhe uma amplitude que indiscrimina”;

- c) mencione-se também, que a Lei nº 5.809/72, regulamentada pelo Decreto nº 71.733/73, estatuinto as normas referentes a “funcionários civis e militares a serviço no exterior”, exclui os servidores de empresa pública e de sociedades de economia mista (artigo 1º, parágrafo 3º);
- d) dessa forma ao sanear o casuísmo, pareceria oportuno considerar-se complementação da medida, incluindo-se no texto legal também os servidores contratados por empresa pública e sociedades de economia mista, tendo em vista que já há como acima foi referido, legislação própria quanto aos funcionários civis e militares;
- e) ocorre, ainda, que a Lei nº 7.064 de 6.12.82, ao tratar da contratação em tela, exige o controle de uma prévia autorização do Ministério do Trabalho;
- f) nessas condições, são de acolher-se as observações expressas nas informações em anexo, emitidos pelo Assistentes Jurídicos desta Consultoria, Bacharéis Ruy Virgolino Aires e Luiz Ramos da Silva Filho, no sentido de que se estenda a referida obrigatoriedade, estabelecendo-se a prévia consulta também ao Ministério das Relações Exteriores, “órgão capacitado para a avaliação da idoneidade de empresa estrangeira contratante”, assim como esclarecimentos relativamente às condições de trabalho e de vida no país onde cidadãos brasileiros deverão servir;
- g) caberia ainda, talvez, sugerir-se melhor aclarar o texto do projeto de lei em exame, com uma definição dos termos “trabalhador contratado no Brasil ou transferido” explicitando – “os possíveis casos de serviços excluídos de regulamentação”.

Conclusão

Tendo em vista o exposto, somos de parecer que é apropriada a alteração proposta pelo eminente Deputado Francisco Amaral, e nos

permitimos sugerir, que o Projeto de Lei nº 1.231/83 venha a ser ampliado, com a emenda acima sugerida, se assim lhe aprouver, do artigo 12 da Lei nº 7.064/82.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 18 de outubro de 1983.

Franchini-Netto

Ação contra o Brasil em tribunal norte-americano – Apelação

PARECER

Compreende-se que a multiplicidade das relações internacionais e as diversas formas em que podem verificar-se, assim como certa tendência para uma presença mais ativa do Estado no processo de desenvolvimento econômico nacional ou internacional, provocam situações que por vezes escapam à sistemática tradicional. Daí que os governos modifiquem sua práticas e usos, “promulgando ordenamentos legais nacionais que pretendem regular os eventuais conflitos entre seus nacionais e entidades públicas estrangeiras” (Cruz Miramontes, Rodolfo – *La Ley Norte-americana de Inmunidade Internacional*, Instituto Mexicano de Comércio Exterior, México: 1981. p. 9).

2. A lei norte-americana *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, veio a estabelecer inovações relativas à responsabilidade civil nesse país, no que concerne às relações mercantis e a delitos derivados ou não dos mencionados atos.

3. Processa-se pois, nos Estados Unidos da América, por meio de lei interna, um tratamento jurídico que pretende alterar o consagrado sistema do respeito à “Soberania Absoluta”, inaugurando um regime de “Soberania Relativa”.

4. Na verdade, a referida lei não deixa de reconhecer o Princípio de Imunidade dos Estados Estrangeiros frente aos Tribunais Federais ou Estaduais norte-americanos; estabelece, porém, as exceções previstas ou

compreendidas nas Secções 1.605 a 1.607, na forma determinada pela Secção 1.604.

5. Assim, na citada Secção 1.602, vem consignado que, “de conformidade com o Direito Internacional Público, *declara-se que os Estados não são imunes à jurisdição dos Tribunais Federais ou Estaduais norte-americanos, quando estejam envolvidos em atividades comerciais* e, inclusive, no que se refere a seus bens, aí classificados “como comerciais”, face ao que, os referidos Estados estarão sujeitos a penalidades que respondam pelas obrigações decorrentes de convênios comerciais ou de sentenças proferidas por Tribunais norte-americanos na forma prevista na lei em exame.

6. A Secção 1.603, visa esclarecer os conceitos acima quando define o que é um Estado estrangeiro e suas subdivisões políticas, agências ou dependências oficiais, gerenciadas por estrangeiros. E, para melhor precisar o sentido, o texto define o que se deve entender por *agência*, pessoa moral como personalidade própria, *órgão* de Estado estrangeiro, cujo capital social ou partes sejam, na maioria, o Estado estrangeiro.

7. Em continuação, o parágrafo d, da mesma Secção 1.603, configura o que se deve entender por “atividade comercial”, que vem explicitando no inciso “e”, como “qualquer atividade mercantil” efetuada “no que se entende por Estados Unidos e em contato substancial com essa nação”.

8. É, porém a Secção 1.605 que, em concordância com a 1.602, *estabelece a exceção ao Princípio Geral da Imunidade de Estado Soberano*, enumerada em cinco parágrafos, que em resumo, são os que se seguem:

- 1) quando o Estado estrangeiro *renuncia* expressa ou tacitamente à sua imunidade soberana;
- 2) quando a ação judicial estiver baseada em atividade comercial pelo Estado estrangeiro realizada nos Estados Unidos ou derivada e um ato praticado nos Estados Unidos relacionado com atividade comercial por aquele realizada. Ou ainda, a que se apoie em ato praticado fora do território norte-americano, mas em conexão ou repercussão (causa ou efeito) nos Estados Unidos;
- 3) quando se achem em disputa direitos de propriedade que tenham sido “gravado” ou afetados com violação das normas

do D.I.P. e sempre ou quando os bens ou propriedades entregues como contraprestação de direitos se localizem nos Estados Unidos da América e tenham conexão imediata com as atividades comerciais do Estado estrangeiro celebrados nos Estados Unidos aplicar-se-á igualmente o acima estabelecido quando tais bens ou direitos sejam propriedade ou estejam contratados e administrados por uma dependência oficial de Estado estrangeiro, *que efetue* atividades comerciais nos Estados Unidos;

- 4) quando os direitos ou propriedades adquiridos por sucessão, doação, ou ainda sobre bens imóveis localizados nos Estados Unidos estejam sendo objeto de contestação (disputa); e finalmente,
- 5) o parágrafo, em que se encontra o que podemos argüir como *exceção à exceção*. Isto é, *não estão compreendidas no parágrafo 2º acima citado, as reparações monetárias exigidas a Estado estrangeiro em razão de lesões, morte, dano ou perda de propriedade* que ocorra nos Estados Unidos e que seja ocasionada por responsabilidade extracontratual *ou omissão de terceiro Estado, seus funcionários ou empregados ao realizar suas atividades oficiais*.

9. Esse parágrafo não se aplicará nos seguintes casos:

- a) à demanda que se baseia no exercício ou cumprimento ou em sua ausência de funções discricionárias sem averiguar-se abuso de faculdade arbitral;
- b) a que decorra de perseguições e de má fé, de abuso no processo, por difamação ou calúnia, carência ou representação, direitos contratuais.

10. Assim, a lei norte-americana de 1976 dirige-se, prioritariamente, à normatividade das atividades comerciais. Contém ela, tanto normas substantivas como adjetivas, assinalando uma radical mudança no conceito clássico de Imunidade Absoluta dos Estados, para dar-lhe, como acima referido unilateralmente, a de Imunidade Relativa.

11. Anota-se ainda, que a tendência do diploma em foco, é dar competência exclusiva ao Judiciário quando, tradicionalmente, competia ao Executivo, através do Departamento de Estado, a declaração, ou o reconhecimento da Imunidade Jurisdicional do Estado estrangeiro.

12. Era essa, a postura tradicional da política dos Estados Unidos, pois os Juizes sempre acataram as recomendações do Executivo, “chegando mesmo a admitir como um dever” do Judiciário, aceitar as recomendações do Departamento de Estado no que diz respeito às Imunidades Soberanas, tal como o afirmou o Juiz Stone no caso *Ex Parte Republic of Peru* (318 US 578) de 1943, ou no caso *México versus Hoffman* (342 U.S. 30) de 1945.

13. Decorre portanto, que foi facultado por uma lei nacional, o acesso judicial do cidadão particular para levar, à barra dos tribunais estaduais ou federais dos Estados Unidos, os Estados soberanos estrangeiros. Isto é, configura-se uma modificação de base no sistema internacional e mesmo na tradição norte-americana que, sendo anteriormente *in rem* (competência territorial) é agora *in personam*, e abre a novidade de admitir execução contra os bens de Estado estrangeiro.

14. A respeito, cabem algumas considerações relativas ao processo relacional entre entes dotados de soberania.

15. Assim, desde logo e sem ferir o Princípio Jurídico da Soberania, é de admitir-se a distinção aceita pelo Direito Internacional Público entre a existência de atos praticados na competência do *Jure Imperium*, distinguindo-os dos de *Jure Gestionis*. Prática essa, geralmente admitida sobretudo no campo do comércio marítimo, quando se distinguem os navios públicos das embarcações privadas.

16. A crescente importância dos assuntos econômicos, quase sempre prevalentes sobre as considerações de ordem política parece ter sido o fator que levou o Departamento de Estado a rever sua posição que era a de seguir a adotada por Estados, no que diz respeito à exceção da Imunidade Estatal.

17. Na esfera jurídica anglo-saxônica, vigorou, tradicionalmente, o adágio “O rei não se equivoca”, adotado pela Justiça britânica (e que até hoje constitui precedente), no caso *Feather V. Regina* em 1865: *no right to legal redress against the Sovereign*, pois, *The king cannot authorize wrong*.

Fundamento e Evolução do “Princípio Restritivo”

18. Motiva o Princípio Restritivo, um caráter nitidamente comercial, como se poderá comprovar, seguindo-lhe a linha evolucionista.

19. Assim, o conceito de “Soberania Relativa”, desenvolveu-se na prática internacional, para atender a problemas específicos decorrentes do relacionamento mercantil entre os povos. E já nos meados deste século, difundiu-se, relativamente as atividades comerciais dos Estados, a aceitação de um sistema que atendia apenas parcialmente ao Princípio de Imunidade Absoluta.

20. Face à problemática, conjuntural, alguns tribunais, em várias partes do mundo, seguiram a nova orientação jurídica, que veio afinal a ser consagrada no Direito Positivo Internacional, pela celebração de tratados, como a Convenção de Bruxelas de 1926, “para a unificação de certas regras relativas à imunidade de navios propriedade de Estado”, assim como a “Convenção Européia sobre a Imunidade do Estado”, de 1972 firmada pela Áustria, Alemanha Federal, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Baixos, Suíça e Grã-Bretanha, em vigor a 11 de junho de 1976.

21. No mesmo sentido o governo dos Estados Unidos, vinha celebrando tratados bilaterais desde 1948, (em número de 14 até 1958) em que admitia a competência dos tribunais nacionais para conhecer problemas de responsabilidades objetiva que envolvessem empresas públicas.

22. Mas foi a 19 de maio de 1952, que a *Tate Letter*, o Consultor Jurídico do Departamento de Estado, Professor Jack B. Tate, dirigiu-se em carta ao procurador-geral, dando-lhe conhecimento da forma pela qual o referido departamento, dessa data em diante, trataria das petições de imunidade que os Estados estrangeiros lhe formulassem, fixando-se então, uma mudança de sistema, como apoio em que:

- a) vários países, entre os quais o Reino Unido e a Rússia já haviam adotado a Teoria da Soberania Relativa (a Inglaterra em 1978, promulgou um ordenamento nesse sentido);
- b) a outorga de imunidade pelos Estados Unidos não se harmonizava com a aplicação da mesma no exterior;

- c) o incremento de negócios entre cidadãos norte-americanos e governos estrangeiros, impunha a necessidade de estatuir-se em uma medida judicial protetora dos nacionais.

23. Dessa forma, para atender problemas exclusivamente de índole comercial, caracterizou-se, nos Estados Unidos, a mudança do sistema clássico, embora ficasse estabelecido que, “sem desconhecer a validade do Princípio de Imunidade de Estado, somente seria esta aceitável nos casos derivados de atos nos quais o Estado atuasse como tal, isto é, *Jure Imperium*. Relativamente aos atos de gestão comercial, aos atos de caráter privado, caberia o conceito restritivo do *Jure Gestionis*.

24. A chamada *Tate Letter*, foi o antecedente jurídico em que se apoiou o *Congres Act*, de 1976. Este, repetimos, reconhece o Princípio de Imunidade Soberana dos Estados, mas impõe-lhe restrições em casos específicos, visando a proteção ao mercante norte-americano. Sua aplicação, porém ainda encerra muitas dúvidas, sobretudo quando se pretende ampliar-lhe o conteúdo restritivo, pois tal seria ferir um princípio fundamental da sociedade internacional: *Par in parem non habet Imperium*.

25. A *Tate Letter* é pois, o ato precedente que constitui a base sobre o que se elaborou, dando-lhe formalismo legal, o *Congres Act*, destinado a sanear problemas de ordem comercial, quando um Estado atue como parte num “Ato de Gestão”.

26. A *exceção da exceção* a que nos referimos, todavia, introduz a aplicação da lei interna, a casos propósito diverso, confundindo, inesperadamente, um delito comum, como um *Ato Oficial de Estado!* Ora, vejamos o que postula o Direito Internacional Público na doutrina e na prática dos Estados.

27. É pacífico, no relacionamento entre entes soberanos que o Estado, como pessoa pública, não pode ser submetido à competência de uma autoridade judiciária estrangeira, enquanto que, como pessoa privada, admite-se sua equiparação a àqueles passíveis de jurisdição dos tribunais de outro Estado. Em todo o caso, assinalam os autores:

“têm-se ressalvado os atos de execução, não se admitindo a prática dos mesmo em relação à propriedade do Estado em causa, sem o seu consentimento”. (Accioly H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, 1936, p. 224 e sgts).

28. Nesse sentido, e face a dificuldade que por vezes surge, ao distinguir-se, atos de *imperium* e de *gestionis*, o ilustre internacional Fitzmaurice, assim se pronuncia:

Diz-se usualmente, que um ato soberano é aquele que somente um governo pode executar e que um ato não soberano é um ato que qualquer cidadão particular poderia ter executado (Fitzmaurice, G. G. – *State Immunity from Proceeding in Foreign Courts*, B. Y. B., XIV, 1933. p. 123).

29. Lauterpacht, é ainda mais categórico e amplia essa noção que considera não atender completamente ao conceito jurídico de Imunidade Jurisdicional:

O Estado, ainda que pratique atos que, por sua natureza, são de Direito Privado e se afastam do campo normal de suas atividades, não perde o seu caráter de pessoa internacional e como tal, deveria escapar sempre à jurisdição de outro Estado. (Lauterpacht, H. ; *Annuaire de L'Institut de Droit International*, Genebra 44 – I, 1952. p. 120). Na mesma linha, ensina, Vissler, em *Theories et Realités en Droit International Public*, Paris: 1953, p. 293).

Admite-se hoje, geralmente diz La Pradelle, “que o propósito comercial e industrial, aliado à adoção de fórmulas contratuais, torna implícita a aceitação de jurisdição privada” (La Pradelle, R. de – *Annuaire* 44-1, 1952. p. 109).

30. Quanto ao assunto, pronunciou-se ainda o Instituto de Direito Internacional na sua Sessão de *Aix en Provence*, em 1954, em que adotou regras que afirmam a imunidade geral do Estado estrangeiro por atos públicos por ele praticados (art. 1º), admitindo porém a renúncia a tais imunidades, “que deve ser expressa ou tácita” (art. 2º).

31. *A renúncia expressa*, “deve ser manifestada por meio de ato internacional, como sejam um tratado ou convenção, ou ainda, através de uma declaração oficial do Estado estrangeiro. Quando à *renúncia tácita* considera-se que ocorre:

- 1) quando o Estado instaura uma ação perante um tribunal estrangeiro;

- 2) quando, acionado perante tribunal estrangeiro, não alega a incompetência deste;
- 3) quando possuir bens imóveis em país estrangeiro e a ação judiciária a estes se refere;
- 4) quando a ação tem por fundamento algum ato praticado pelo Estado estrangeiro como pessoa privada na qualidade de possuidor ou explorador de uma empresa industrial, comercial ou financeira em outro Estado;
- 5) quando a ação se refere à aquisição pelo Estado estrangeiro, por doação ou sucessão de bens sujeitos à jurisdição de outro Estado.

32. Assim o alinham as condições de renúncia tácita, os artigos 333 e 335 do Código Bustamante, como também os artigos 8º a 12 do Projeto de Convenção elaborado em 1932, sob os auspícios de Harvard Law School, relativos à competência dos tribunais estrangeiros, publicado no R.J. XXVI, 1932, suplemento especial p. 451/738 (Apud Accioly, H. – op. cit., p. 229).

33. Dessa forma, pode-se concluir que o foro, no presente caso não é o apropriado, pois não se verificaram em nenhum momento:

- 1) quaisquer atos de gestão do governo brasileiro;
- 2) quaisquer renúncias às suas imunidades de Estado soberano;
- 3) nem se comprova, a não ser por sofisma, a participação direta ou indireta do Brasil no ato incriminado pelo autor;
- 4) a ilação da *omissão* é subjetiva, e não configura juridicamente, no caso, culpa ou dolo, por parte do governo brasileiro;
- 5) a matéria já está regulada em convenção internacional não sujeita à apreciação judicial interna eis que os Estados Unidos da América, ratificantes da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas não renunciaram a esse compromisso, nem manifestaram intenção de assim proceder, mas, ao contrário, reclamam a sua total execução, quanto às prerrogativas e imunidades em atos praticados por seus diplomatas no estrangeiro!

34. Não se comprova, também, de maneira alguma, a responsabilidade do Brasil, nem direta, nem indiretamente, isto é, a primeira, derivada de atos praticados pelo governo ou em seu nome por seus agentes e a segunda, decorrente de atos de simples particulares, mas que tornam os ditos atos imputáveis ao governo. Nenhuma das duas hipóteses ocorre. Não se pode, pois, imputar ao Estado brasileiro o fato ocorrido ou atribuir-lhe como consequência de sua maneira de proceder (ver Ago – R.d.C. 68, 1939. II, *Le delit*, p. 476).

35. Mas, teria havido *culpa do Estado brasileiro* como alega o autor?

O conceito de culpa vem identificado como de execução de ato ilícito de caráter internacional, a negligência por exemplo, o fato negativo caracterizado por uma omissão por parte do Estado.

36. É esse, todavia, um elemento de difícil comprovação e a responsabilidade do Estado, ensina Anzilotti, “só tem por origem a violação de um dever internacional”. O conceito é fugidivo e incerto.

37. É preciso ter-se em mente que estamos em face de uma situação internacional, que envolve relacionamento interestatal e que, ao contrário do que sucede na ordem interna, disse Basdevant:

“o elemento em que repousa a responsabilidade, é a circunstância de que tal fato constitui uma falta a uma regra de Direito Internacional. Isto é, na teoria de culpa, quando em foco o Direito Internacional, a responsabilidade tem só por origem a violação de um dever internacional do Estado.” (R.d.C., 58, 1936 – IV, p. 666 e seg.).

38. Dessa forma, pergunta esse ilustre autor, a quem imputar o ilícito tendo em vista a fragilidade da investigação de culpa: – “ao indivíduo – órgão, isto é, ao órgão que realizou o ato ilegítimo? – Ou aos órgãos mais elevados, àqueles que só indiretamente se ligam ao fato ilícito? Como precisar a noção de culpa”?

39. Poder-se-ia, sofismando, recorrer à doutrina derivada do Direito Romano “que justifica a responsabilidade do Estado pela existência de *culpa in eligendo*, segundo a qual o Estado seria responsável pela má escolha do seus funcionários, ou de culpa *in custodiendo*, em que lhe recai a responsabilidade, por não ter exercido sobre seus órgãos a devida vigilância”. Assinala Anzilotti: Essa doutrina, “é incompatível com a natureza do Estado

e das relações internacionais” (Anzilotti, Dionísio – *Cours de Droit International*, trad. para o francês da 3ª edição italiana, por Gidel, Gilbert, Paris: 1929, 1º v., p. 501).

40. É a “Teoria conhecida como do Risco”, defendida em 1900 por Fauchille e já abandonada, e na qual o apelante parece fundamentar sua razões, repelida por Le Fur, como a contradiz com o argumento irresponsável do que “não se pode falar da falta de um indivíduo – órgão do Estado, sob o ponto de vista do Direito Interno”.

Na mesma linha, Mestre Bourquin, M. – *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1927. I, p. 504 e seg.).

Sobre o assunto ensina ainda Le Fur:

... Em Direito Internacional, desde o momento em que o ato danoso é suscetível de engajar a responsabilidade do Estado, foi cometido por um funcionário agindo nessa qualidade, a responsabilidade do Estado está comprovada (Idem, p. 355).

Assim, é imprescindível haver um nexos causal entre o ato ou a omissão do agente e o efeito produzido, isto é, o dano ou ato ilícito, para suscitar a reparação. (Accioly: op. cit., 278; Ago, Roberto – “R.d.C., 68, 1939” – p. 486).

De qualquer forma, conclui Le Fur com a maioria da doutrina e da jurisprudência internacional:

A responsabilidade do Estado é engajada desde o instante em que o ato prejudicial foi cometido, mas nenhuma reclamação pode ser formulada se o lesado não procurou, com anterioridade, obter satisfação dirigindo-se aos tribunais desse Estado (Le Fur – op. cit., p. 357; *Resolution adoptie par Institut de Droit International à se Session de Lausanne*, 1927. III, p. 158).

41. É de lembrar-se, ainda, a propósito, do ensinamento de Eagleton e outros quando afirmam:

Não há regra de Direito Internacional mais firmemente estabelecida do que a de que, onde existem recursos legais, instituídos pelo Estado, deve tentar-se obter primeiramente por

via deles (Eagleton, Clyde – *The Responsibility of States in International Law* N.Y., 1928. p. 217; Salvioli, G. – *Tutela dei diritti e interessi internazionali*, p. 255, Gogenheim II, p. 21.

42. Dessa forma, a pretendida “omissão” do Estado brasileiro não se comprova nem por culpa *in eligendo*, nem por culpa *in custodiendo*.

Realmente, verifica-se no pleito, que:

- a) em primeiro lugar, o acusado não é funcionário do Estado, e, pois, não pode ser acusado pela má escolha de quem não representa;
- b) também não ocorre a culpa *in custodiendo*, visto como não se pode responsabilizar o Estado, no caso, por não ter exercido sobre seus órgãos a devida vigilância, pois, nenhum *órgão oficial* esteve envolvido no *affaire*;
- c) trata-se, na verdade, de matéria regida pelo Direito Internacional pois vem disciplinada, especificamente, por um convênio, e não discutível a prevalência da lei internacional sobre a nacional; de fato os Estados Unidos ratificaram a Convenção de Viena que se incorporou à sua legislação e não pode ser derogada sem o ato expresso de denúncia do referido tratado o que não foi feito e portanto tem validade indiscutível em todo o território da União;

43. De fato, não houve qualquer ato dos órgãos do governo brasileiro, nem de pessoa exercendo função pública, mas tão-somente do agente diplomático dotado de imunidade civil e penal por textos convencional.

44. Realmente afigura-se muito vago falar-se em “culpa por omissão”. No caso presente, contudo, mais de constata a inexistência de omissão. Ou então, a omissão seria dupla, atribuível tanto ao Brasil como aos Estados Unidos pois, antes de aceitação de um diplomata e sua família, funciona o mecanismo do *agrement*, isto é, um Estado submete a outro o nome do seu agente que é aceito ou recusado, após o exame acurado de sua vida pgressa. É de entender-se que os Estados Unidos assim procederam, cabendo-lhe a responsabilidade de aceitá-lo após o processo diplomático de aferição... (art. 41 da Convenção de Viena).

45. Ora, na ação que inconsideradamente move o apelante, ocorre uma inversão de foro, isto é, sendo matéria regida pelo Direito Internacional Público, quem indica o processo judiciário é o texto convencional, que não foi invocado, no desejo, talvez de recorrer a meio extrajurídico como seja o caráter emocional do ocorrido.

46. Do exposto, resulta que a via do recurso não é a apropriada. A Convenção de Viena oferece o caminho; o Brasil não é suscetível da jurisdição norte-americana.

Finalmente é indispensável invocar-se os textos específicos da CVRD:

- a) o art. 4º – 1:
O Estado acreditante deverá certificar-se de que a pessoal que pretende nomear como chefe da Missão perante o Estado acreditado obteve o *agrement* do referido Estado;
- b) o art. 31 – 4:
A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta de jurisdição do Estado acreditante;
- c) art. 37 –1:
Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29 a 36, desde que não sejam nacionais do Estado acreditado.

47. Esses artigos se entrelaçam com o disposto no art. 31–1 a 4, e dispõem precisamente sobre a isenção da jurisdição local do que goza o agente diplomático inclusive aqueles contemplados no art. 38–1 acima referido:

Art. 31 – 1º: O agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de:

- a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da Missão.

(Lowenstein, Kare – *Sovereign and International Cooperation, The American Journal of International Law*, 48, 1954. p. 241, N.Y.).

50. É certo, que as restrições à soberania nacional são hoje admissíveis, mas dentro do *voluntário consentimento* do Estado, como acima referido e expresso não somente em tratados ou declarações, como também, tacitamente. Por exemplo, na área americana, o *Tratado Interamericano de Assistência Recíproca*, assinado no Rio de Janeiro em 1947, estabelece, no seu art. 17, que as decisões do “Órgão de Consulta” serão adotadas pelo voto de dois terços dos Estados-parte e mais, pelo artigo 20 do mesmo, “a aplicação das medidas de sanção ou defesa coletiva decidida por esse órgão, *será obrigatória para todos os Estados*, com a única exceção das que se referem ao emprego da força armada.

51. O mesmo ocorre mais ampla da comunidade internacional em que o princípio restritivo decorre de atitude voluntária dos Estados, ou porque inscritos nas Constituições nacionais (França – 1946, artigos 26 e 38; Itália – 1947, art. 11; Alemanha, Bonn, art. 24; Holanda, 1952; Dinamarca – 1953, etc.), como nos convênios. Basta ter em vista o princípio de proibição da guerra, *Jus Belli*, mérito no Pacto da Sociedade das Nações, no Pacto de Paris, e na Corte das Nações Unidas, onde se contata “que a guerra deixou de ser um direito que os Estados soberanos possam exercer à sua completa discricção” Lauterpacht, H. – *The Limits of the Operation of the Law of War, the British Year Book of International Law* (B.X.B.), 30. 1953. p. 208).

52. A responsabilidade internacional do Brasil não se comprova, nem direta nem indiretamente. O agente, coberto por imunidades diplomáticas, não agiu como órgão do Estado pois para tal não tinha competência funcional.

Para que se possa imputar um ato ao Estado “é indispensável que esse ato lhe possa ser atribuído como conseqüência de sua maneira de proceder” (Ago, Roberto – R.d.C., 68, 1939 – 11). O elemento indescutível de responsabilidade do Estado é o da *imputabilidade e este exige o nexo jurídico* entre o autor do dano e o Estado, isto é, “que aquele tenha praticado o ato na qualidade oficial de órgão do Estado ou com os meios de que dispõe em virtude de tal qualidade”.

53. É o pensamento de Vissher:

“É pelo uso que faz de sua qualidade oficial ou dos meios materiais que possui em virtude dessa qualidade que o agente compromete a responsabilidade do Estado” (*Annuaire, de L’Institut de Droit International*, XXX, 1927 – III, p. 100).

Esse nexos, repete-se não se configura na ação.

Por outra parte, a prática jurídica e a doutrina internacionalista, são concordes em que: “enquanto os tribunais do Estado (acusado) até a sua mais alta instância não houverem proferido a última palavra sobre a questão que depende de sua competência”, no caso, o artigo da Convenção de Viena),

– ou melhor, enquanto puder ser assegurada, pelo recurso normal aos órgãos competentes do Estado, o cumprimento da obrigação em que este houver incorrido –, nenhuma reclamação deverá ser apresentada a tal respeito (Borchard, Edwin M; *Pecuniary Claims (Codification of International Law)*, – *Draft of Report on the Procedural Aspects of the Subject – Washington, D.C., 1937*, p. 134).

54. E a Conferência de Haia de 1930, no seu artigo 4º do Projeto de Convenção adotado pela 3º Comissão declarou:

“A responsabilidade internacional do Estado não pode ser posta em jogo, no que concerne à reparação do dano sofrido por um estrangeiro, senão depois de esportadas as vias de recursos abertas pelo Direito interno ao indivíduo lesado”.

55. Dessa forma, conclui-se:

1 – *A isenção de jurisdição penal* – “estende-se ele a todo o fato que, segundo a lei do país junto ao qual está acreditado, tenha caráter de delito”: “se o agente diplomático comete um crime, não se pode mover contra ele uma ação penal”. Mas isso não quer dizer impunidade, pois a ação penal contra o agente será processada pelos órgãos judiciários do Estado ao qual pertence.

56. 2 – *A isenção de jurisdição civil* – Esta, tem tratamento diverso da anterior e comporta maior número de exceções. Assim, preceitua Mônaco:

A exceção em pauta importa na obrigação do Estado de não exercer a jurisdição para a decisão de controvérsias nas quais o agente diplomático seja parte, na qualidade de acusado, em juízo. Por isso, aquele que desejar propor uma ação civil contra um agente diplomático deve dirigir-se aos órgãos judiciários do Estado de que o referido agente é nacional, ou ainda provocar a intervenção diplomática do seu próprio país para exercer os seus direitos através deste. Mônaco, Ricard – *Manuale Di Diritto Internazionale Pubblico, 2ª edizione riveduta e aumentata, Editrice, Torinese, Torinos, 1977. p. 524).*

57. Essa isenção, de jurisdição civil, sabemos, – e assim ensinam os tratadistas, está sujeita a exceções. Quais? As que vi em estatuídas no art. 31 da citada Convenção de Viena.

58. Em apoio desta opinião jurídica, estão: Ozanam – *L'immunité civile de jurisdiction des agents diplomatiques*, Paris: 1912; Morelli – *IL diritto processuale civile internazionale*, 2ª. Ed., Padova, 1954. p. 202 e seg. Miele – *L'Immunità Giurisdizionale degli organi Stranieri*, Pisa: 1947. p. 36 e seg.

Respeitosamente,

Brasília, 6 de novembro de 1983.

Franchini-Netto

1984

OEA – Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP – III/4), (CIDIP-III/5). Projetos de Convenções.

PARECER

Recebe esta Consultoria a incumbência que lhe dá o senhor Secretário-Geral, de opinar sobre o Documento DEA/23 que encaminha os documentos CIDIP-III/4 e CIDIP-III/5 a serem considerados pela Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado.

2. Trata-se de dois projetos: um, adicional à Convenção Interamericana sobre Recepção de Provas no Exterior e, outro, de uma Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras.

3. Entende-se que ambos os documentos propõem-se a consolidar soluções já consagradas na doutrina e na legislação de muitos países da área, integrando-as efetivamente no Direito Privado Interamericano.

4. A análise dos projetos demonstra contudo, desde logo, um sensível teor doutrinário, em detrimento – por isso mesmo – da conceituação de algumas questões de caráter essencialmente prático, que são, todavia, de relevância no inter-relacionamento jurídico.

5. Assim, a nosso ver, impor-se-ia em primeiro lugar, um esforço para aperfeiçoar-se, atualizando-o, um texto, já perfilhado pelo Código Bustamante, de preferência a elaboração de novos projetos independentes.

6. Com relação à obtenção de provas no estrangeiro, inclinámo-nos no sentido de que a matéria venha a ser colocada em termos de maior cooperação judiciária internacional, podendo-se, para isso, partir do já citado Código Bustamante.

7. Nesse particular seria, porém, de considerar-se algumas modificações como sejam, entre outras, a dispensa de registro e mesmo, em casos de urgência, da tradicional tradução, assim como, um maior aproveitamento dos agentes consulares.

8. Pensamos também que teria repercussão favorável, e proveitosa no continente, entendida como gesto de aproximação do Direito latino-americano como o dos Estados Unidos, a adoção do artigo 9º do Projeto da Comissão de *Experts* contido no CIDIP-III/4, p. 55, o que permitiria a colheita de provas ou informações através de agentes diplomáticos ou consulares.

9. No que se refere ao instituto da “Carta Rogatória”, parece que seria oportuno considerar-se um abrandamento no rigor em que a entende a jurisprudência brasileira, ao considerar indispensável essa via exclusiva para que a justiça estrangeira possa efetuar citações no Brasil, propugnando-se pela validade da referida citação, também quando processada através de agentes diplomáticos.

10. Na verdade, a prática vem demonstrando – assegura-o com razão o Professor Agostinho Fernandes Dias da Silva – que a Carta Rogatória, “a qual deveria constituir um meio de facilitar a cooperação judiciária internacional, passou a obstaculá-la, quando exigida como único meio de se efetuar a citação ou o cumprimento de outras diligências.”

11. Nesse sentido, a citada posição brasileira parece-nos excessiva, sobretudo quando a ação, movida no estrangeiro, não venha a ter quaisquer efeitos no país da diligência.

12. Cremos também, que poderia obter geral apoio, uma proposição para a manutenção da “cláusula de reserva” que permitisse o afastamento da norma quando incompatível com a ordem pública, segundo o entendimento dos tribunais.

13. No que se refere à Convenção sobre Competência, nota-se a ausência de normas relacionadas com o Direito do Trabalho e o Direito Penal, disciplinas de maior atualidade.

14. Seria porém de lamentar, se, ao contrário do que estatui o Código Bustamante, a nova convenção excluísse o tema das imunidade internacionais matéria que se infiltra em caráter restritivo na legislação de alguns países, como entre outros, os Estados Unidos e a Inglaterra.

15. De fato, a multiplicidade das relações internacionais e as diversas formas em que podem verificar-se, assim como certa tendência para uma presença mais ativa do Estado no seu processo desenvolvimentista, provocam situações que por vezes escapam à sistemática internacional. Daí que alguns governos modifiquem suas práticas e usos, “promulgando ordenamentos legais que pretendem regular os eventuais conflitos entre seus nacionais e entidades públicas estrangeiras”. (Cruz Miramontes, R. – *La Levy Norte-americana de Imunidade Internacional*, 1981, México: p. 9).

16. Dessa forma, por exemplo, processa-se nos Estados Unidos da América, por meio da Lei Interna, um tratamento jurídico que pretende alterar o consagrado sistema do respeito à “Soberania Absoluta”, inaugurando um regime de “Soberania Relativa” (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*).

17. Ao Brasil, que sempre perfilhou o princípio de Igualdade Jurídica das Nações, lançado já no plenário da II Conferência de Paz de Haia (1907), por Rui Barbosa, caberia nesta oportunidade, e certamente com o apoio dos países menos desenvolvidos, reafirmar, a sua orientação tradicional, que confere uma proteção jurídica contra o *animus dominandi* – o Princípio Restritivo – das nações poderosas.

18. Assim sendo, e dada a atual proporção de ingerência econômica internacional, seria aconselhável posicionarmo-nos em uma delimitação clara dos atos de *Jure Imperium* e dos de *Jure Gestionis*, assegurando-se a absoluta imunidade soberana internacional, com a atribuição à *lex fori*, atendidos os limites próprios e realistas, do poder de distinguir entre uma espécie e outra.

19. São essas as observações e sugestões que constituem, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 24 de fevereiro de 1984.

M. Franchini-Netto

Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Nova York, 10.6.1958, e Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, Panamá 30.1.1975. Pedido de Ratificação.

PARECER

Tendo em vista o Ofício nº 1.1612/83 da Federação do Comércio do Estado de São Paulo que solicita do Ministério das Relações Exteriores “as providências que objetivem a ratificação pelo governo brasileiro das Convenções de Nova York e Panamá, referentes a Arbitragem Comercial Internacional”, o senhor Secretário-Geral determinou sobre o assunto, a audiência desta Consultoria Jurídica.

2. Sobre a questão, já se havia pronunciado, em doutos pareceres o saudoso Professor Hildebrando Accioly. (SJ/1.445 de 17.11.52 e SJ/1.635 de 28.6.58 – Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano VIII, nº 15 a 16; 1952)

3. A respeito, cumpre ainda referir, que o Brasil não assinou, nem ratificou a Convenção de Nova York de 1958; que assinou, mas não ratificou a Convenção do Panamá de 1975; e ainda, que assinou, com as reservas impostas pela Lei Nacional, mas também não ratificou, a “Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros”, de 1979 (Montevideu).

4. O tema apresenta dois principais aspectos a considerar: A) o da Lei Interna e, B) o Convencional. Vejamos:

A) *A Lei Interna*

5. Com efeito, por um lado, válidos são ainda os argumentos jurídicos emitidos por Beviláqua e Accioly que fundamentaram a conduta política do Itamaraty, inalterada até hoje, no que concerne à ratificação das mencionadas convenções.

6. De fato, por ocasião da Convenção de Nova York, de 1958, sobre “Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrarias Estrangeiras”, apresentou o Brasil as reservas ditadas pela nossa Lei Interna:

“A matéria, encontra-se regulada, entre nós, pelo artigo 15 da nova Lei de Introdução ao Código Civil o qual estabelece alguns requisitos para que uma sentença estrangeira possa ser executada. Entre esses requisitos figura a homologação pelo Supremo Tribunal Federal.” (Accioly – op. cit.)

7. Justifica Bevilaqua a posição brasileira:

Os Laudos Arbitrais são atos de Direito Privado e, como tais, devem ser considerados no Direito Internacional Privado, de maneira que, ‘somente poderia admitir-se sua execução extraterritorial se, para sua eficácia interpuser-se a autoridade do Poder Judiciário’ (Bevilaqua, Clóvis – *Código Civil Comentado*, 9ª edição, I, 1951, p. 168).

8. Ocorre, pois, – continua o mestre – que o Julgamento Arbitral:

não constituindo manifestação da autoridade judiciária de um Estado não é um ato pelo qual a autoridade pública de um Estado *diz o Direito*, e, por isso, a menos que tenha recebido a sanção de um órgão judiciário, parece não preencher as condições exigidas pela nossa legislação para a sua homologação e execução no Brasil.

9. Nessas condições:

“parece claro que, conforme sustentou Clóvis Bevilaqua, não se pode admitir que tais atos, *per se*, possuam a faculdade de serem executados extraterritorialmente,” (Accioly, H. op. cit. p.112).

10. As reservas acima referidas, (6), oportunamente apresentadas pelo Brasil, quando da Convenção de 1958, não foram aceitas:

“O Serviço Jurídico das Nações Unidas pronunciou-se pela impossibilidade de efetuar-se reserva que subordine o reconhecimento a execução de sentenças arbitrais estrangeiras à homologação das mesmas no país de origem por autoridade judiciária competente.” (Apud *Memorandum* DAI/46 de 29.12.83).

11. Eis porque o Brasil deixou de ratificar a Convenção de Nova York e, pelas mesmas razões, a do Panamá de 1975 e a de Montevidéu de 1979.

12. É que, o sistema jurídico brasileiro acima exposto, vem consagrado no texto constitucional e – como referido – não foi modificado, no que diz respeito ao reconhecimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros. Vigem, na *lex loci*, o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 9º da Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942.

13. Assim, a legislação nacional não autoriza, na conjuntura, a alteração do tradicional entendimento do Brasil.

14. O processo do *exequatur*, em vigor, está condicionado, entre nós, ao órgão judicial competente e pressupõe uma revisão de fundo na decisória, como o estabelece o critério normativo nacional.

15. Essa postura do nosso ordenamento, com raízes na escola italiana, poderá talvez, passar por alguma adaptação futura, ainda não previsível, porventura tangida por injunções de uma nova ordem jurídica internacional em elaboração nos organismos especializados ainda sob uma ótica de *lege ferenda*.

B) *A Lei Internacional (Nova Ordem Jurídica)*

16. Ocorre, contudo, na área mercantil internacional uma forte tendência no sentido da regulamentação jurídica do sistema arbitral, através da atualização dos preceitos convencionais anteriores.

17. É que, no relacionamento internacional, expandiu-se a área do intercâmbio comercial que atinge, hoje, um âmbito espacial que abrange quase toda a comunidade.

18. Necessário tornou-se pois, a formulação em termos equânimes, de novas normas disciplinadoras das pendências comerciais internacionais.

19. Realmente, chegou-se à conclusão de que, nesta fase inter-relacional, necessário se faz a estruturação de um sistema de mútua compreensão e respeito mútuo, que venha a substituir o *animus dominandi* em vigor, instituindo-se uma multipolaridade por sobre a bipolaridade, com a adoção de normas de intercâmbio mercantil que venham a superar a referida dominação econômica, ou melhor, “o caráter plutocrático do mundo atual”.

20. Nesse rumo, na área universal, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral), elabora cuidadosamente uma “Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial”, que será submetida à apreciação dos governos. E, na mesma trilha, sob os auspícios da OEA, uma Comissão de *experts*, reúne-se com o idêntico objetivo.

Conclusão

21. Tendo em vista o acima exposto, impõe-se considerar;

- a) que o sistema jurídico nacional não foi alterado;
- b) que o tema ainda se encontra em fase de estudos nos organismos internacionais especializados;
- c) que o Congresso Nacional tem em pauta, para exame, os Projetos do Novo Código Civil e da Lei Geral das Normas Jurídicas.

22. A respeito cumpre ainda mencionar, que não parece fácil, na área internacional, – geral ou regional – uma rápida institucionalização, que venha a diluir, senão em modesta margem, os sistemas unitários com a transferência das competências dos Estados.

23. Assim, opinamos no sentido de que somente uma alteração na legislação nacional poderia autorizar o Ministério das Relações Exteriores a modificar o seu posicionamento clássico, tantas vezes afirmado no foro internacional.

24. Caberia, no caso, uma cautelosa atitude de acompanhamento das novas tendências em foco na comunidade, para a avaliação das suas possíveis

repercussões na legislação brasileira disciplinadora da matéria e atenta aos poderes soberanos do Estado.

É esse, s.m.j. o nosso parecer

Brasília, 29 de março de 1984.

M. Franchini-Netto

Ações diretas no Brasil por parte de órgão da Administração e do Poder Judiciário norte-americano. Ofício do senhor Ministro da Justiça.

PARECER

Em ofício dirigido ao senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores – (Av/GM – 16 – 2/84), o senhor Ministro da Justiça encaminha “para as providências que julgar cabíveis”. Requerimento firmado pelo senhor Naji Robert Nahas, acompanhado por documentos que o instruem, “no qual aquele cidadão brasileiro denuncia a prática de ações diretas, no Brasil, por parte de órgão da Administração e do Poder Jurídico norte-americano.

2. Examinada a aludida documentação dela decorre que:

- a) o requerente é cidadão brasileiro, casado com brasileira e pai de quatro filhos brasileiros, residente e domiciliado na cidade de São Paulo;
- b) que, em março de 1980, a *Comodity Futures Tradung Commission* (CFTC). Agência do governo norte-americano, iniciou uma investigação no mercado de prata desse país;
- c) que, em maio de 1983 a referida agência deliberou ouvir o cidadão em tela, como testemunha relativa à investigação em curso;
- d) para tanto, a 6 de maio de 1983 expediu uma intimação *Subpoena Duces Tecum*, para que o senhor Naji Nahas comparecesse, a 12 de julho do mesmo ano, perante àquela

- comissão, nos Estados Unidos, ‘para prestar depoimento como testemunha e produzir documentos’;
- e) que a referida intimação foi entregue, no Brasil, a advogado brasileiro de forma norte-americana, “que dela deixou cópias na residência e no escritório do requerente, sem ter sido entregue pessoalmente”.
 - f) que, não se dando por citado, o senhor Nahas deixou de comparecer a CFTC na data por essa fixada, motivo pelo qual essa comissão requereu e obteve, a 23 de agosto de 1983, da Corte Distrital Norte-americana (*The United States District of the District of Columbia*), uma ordem para que o referido cidadão perante ela comparecesse, na data de 14 de setembro do mesmo ano, a fim de explicar as razões de sua recusa em atender à intimação da referida agência;
 - g) que tal notificação “teria sido entregue, no Brasil, da mesma maneira que a anterior” (fls. 1-3 – anexo 2), isto é, deixada na residência e no escritório comercial do citado;
 - h) que, não tendo atendido também a intimação da Corte, foi expedida por esta, a 11 de outubro, Mandado determinando seu comparecimento a 27 desse mês “para demonstrar porque não deveria ser acusado de desacato àquela Corte” à vista de sua negativa em atendê-la. Ao mesmo tempo sem outra notificação prévia, a mesma Corte determinou o congelamento dos bens do senhor Nahas nos Estados Unidos, até a audiência de 27 de outubro do mesmo ano (anexo 2 – folhas 2-3);
 - i) que os advogados do senhor Nahas apresentaram à referida Corte, as razões para contestar a sua jurisdição em território brasileiro, solicitando o cancelamento da ordem de congelamento e do processo por desacato;
 - j) que a Corte, todavia, concluiu por sua competência e decidiu impor novas sanções ao requerente;
 - k) que, afinal, os advogados do senhor Nahas, recorreram a instância superior, *The Federal Circuit Court of Appeals for the District of Columbia*, que sustou, “para exame de recurso”, a decisão da Corte Distrital.

3. O exame da questão através da documentação que instrui o citado ofício do senhor Ministro da Justiça, demonstra a gravidade dos fatos narrados.

4. Realmente, deve-se destacar, que a citação feita nos Estados Unidos, denomina-se *Surpoena Duces Tecum*, isto é, segundo o *Black's Dictionary (4 th ed. revised)* (fls 117 – anexo 2 – A), define um “documento pelo qual o tribunal a rogo de um demandante, ordena, – a uma testemunha que tem em seu poder e sob seu controle documentos ou papéis que sejam pertinentes às questões de uma controvérsia em debate –, que os apresente no julgamento (... em juízo), sob as penas na citação estabelecidas”.

5. Ora, entende-se universalmente, que a mandatária acima, extravasa a essência do Direito Internacional Processual que se funda:

na cooperação dos Estados para a eficiente administração da Justiça. E compreende, em primeiro lugar o reconhecimento extraterritorial das sentenças e, em segundo, a realização de atos não executórios no exterior, mas indispensáveis à instrução dos feitos (Tenório, Oscar. Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2ª edição, 1955, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, p. 394, nº 747).

6. De fato, assim o estatui a citada Lei de Introdução.

“Art. 12 – A autoridade brasileira cumprirá concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.”

7. Isto é, “o cumprimento de atos e diligências solicitados por autoridades estrangeiras depende do *exequatur nacional*”.

8. Nesse sentido, as Cartas Rogatórias consignam:

“os pedidos que as autoridades judiciais de um país dirigem às de outros países, para a realização de atos de instrução necessária a um processo” (Tenório, op., cit. p. 396 – 749)

Portanto, uma autoridade estrangeira não tem competência para citar diretamente em outros países. Caracteriza-se pois, a bem da cooperação, um processo de solicitação oficial:

“Trata-se de um pedido, que deve ajustar-se às regras jurídicas do Estado rogante, do Estado rogado, e, se existirem, às regras do Direito Internacional Privado.” (idem, op. cit. p. 397).

10. A respeito, necessário é acrescentar:

“que as autoridades judiciais do Estado rogado não têm o arbítrio de recusar o cumprimento das diligências solicitadas por Juízes ou tribunais estrangeiros.”

11. Assim, regem as convenções concernentes a matéria, as determinantes legais do Estado rogado, tendo em vista as leis internas, os tratados.

12. Ora, no caso em tela, não houve o processo da Carta Rogatória. Não se observaram os trâmites legais, que, no Brasil devem chegar ao Ministério da Justiça por intermédio do Ministério das Relações Exteriores. E este não a recebeu, conforme a praxe, do Departamento de Estado. É o que também estabelece o Código Bustamante, que admite, ainda a via convencional: (1).

Artigo 388 – Toda diligência que um Estado contratante tem necessidade de praticar em outro será efetuada por uma solicitação ou Comissão Rogatória transmitida por via diplomática. No entanto, os Estados contratantes poderão estipular ou aceitar entre eles em matéria civil ou criminal uma outra forma de transmissão.

13. A autoridade norte-americana, porém, julgou-se com direito de expedir uma citação diretamente, ao arrepio, portanto, de todas as regras de cooperação internacional judiciária.

14. Mencione-se ainda, que o Código de Processo Civil do Brasil, no seu artigo 13, estabelece que os atos que houverem de praticar-se em território estrangeiro serão realizados mediante Carta Rogatória, que conterà os seguintes requisitos:

- I – a indicação do Juiz rogado e do Juiz rogante;
- II – a designação dos lugares de onde e para onde é expedida;

- III – o inteiro teor da petição e do respectivo despacho;
- IV – a designação do lugar, dia e hora em que deve comparecer o citado, quando for o caso;
- V – a assinatura do Juiz deprecante (Código de Processo Civil, art. 8º).

15. E mais, – enfatiza-se, o processamento de Carta Rogatória, no Brasil, disciplina-se pelo disposto no artigo 119, III, “g” § 3º letra D, da Constituição Federal:

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disciplina o processo e o julgamento da Carta Rogatória, nos artigos 225 a 229.

‘As Cartas Rogatórias são de duas espécies: citatórias e probatórias. Em uma como na outra é indispensável que se processe perante o Supremo Tribunal Federal, sendo absolutamente nula e de nenhum efeito perante a Justiça brasileira, a citação feita por outro modo que não seja através da Carta Rogatória, processada e julgada perante o Tribunal Federal’.

16. Sabe-se, todavia, que alguns países da Europa admitem as chamadas “Comissões Rogatórias” que ora são expedidas por via postal ou através de consulados. Essa prática, porém, contravém a Constituição da República nos artigos já citados, bem como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal na parte que rege a matéria.

Conclusão

17. Um dos fundamentos da Sociedade Internacional é a paridade entre Estados soberanos – *par in parem non habet imperium*.

18. É pois, indubitavelmente nula e portanto ineficaz, no Brasil, a citação em tela, por não obedecer aos cânones referidos.

19. A tradição da Justiça brasileira consigna, ininterruptamente, (convencionalmente desde 1880), o instituto da Carta Rogatória como o de cooperação jurídica internacional (I) e assim tem sido também, harmonioso, a entendimento da Consultoria Jurídica deste Ministério (II).

20. Nessas condições e tendo em vista vários precedentes originários do mesmo país, permite-se respeitosamente esta Consultoria – convicta de que não extravasa as suas funções, a:

1) – sugerir ao senhor Ministro de Estado a conveniência de através dos meios diplomáticos, dar conhecimento aos tribunais norte-americanos de ineficácia, em território brasileiro de citação feita por meios discordes da legislação nacional, como parece estar claro no anexo nº 3, fls 1-2, que acompanha o ofício do Senhor Ministro da Justiça:

“A entrega de notificação, segundo alegou o advogado brasileiro contratado pela CFTC, foi realizado de duas maneiras: 1– à recepcionista do escritório do senhor Nahas, em São Paulo; 2 – na portaria do prédio de apartamento onde reside o senhor Nahas.”

2) – dar conhecimento ao senhor Ministro da Justiça e Negócios do Interior das providências tomadas a fim de que sejam, por seu turno, levadas à ciência da Justiça brasileira.

21. Assim sendo, finalmente, opinamos no sentido de negar-se qualquer validade à notificação feita sem a observância das leis nacionais.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 4 de abril de 1984.

M. Franchini-Netto

ANEXO I

- (1) – Firmou o Brasil acordos sobre rogatórias com:
- I – a República Argentina, em 14 de fevereiro de 1880, promulgado pelo Decreto nº 7.871, de 3 de novembro de 1880;
 - II – a Bolívia, em 22 de dezembro de 1879, promulgado pelo Decreto nº 7.857, de 5 de outubro de 1880;
 - III – o Paraguai em 5 de novembro de 1879, promulgado pelo Decreto nº 7.789, de 10 de agosto de 1880;
 - IV – o Peru, em 20 de setembro de 1879, promulgado pelo Decreto nº 7.582, de 27 de dezembro de 1879, em 8 de junho de 1891, firmou-se um acordo ampliativo, tendo sido promulgado pelo Decreto nº 1.395, de 18 de maio de 1893;
 - V – Portugal, mediante trocas de notas datadas de 29 a 31 de agosto de 1895;
 - VI – o Uruguai, em 14 de fevereiro de 1879, promulgado pelo Decreto nº 7.175, de 1º de março de 1879, firmou-se em 12 de dezembro de 1906 um Protocolo, modificativo do art. 4º do acordo, sendo promulgado pelo Decreto nº 9.169, de 30 de novembro de 1911 (Tenório, Oscar – op. cit., nº 769, p. 402).

ANEXO II

Em outubro de 1939, o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, James Darcy, ao manifestar-se sobre a competência exclusiva de autoridades brasileiras para proceder à citação pessoal em território

brasileiro, começou por trazer em apoio à sua tese a jurisprudência então dominante, citando Acórdãos da 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 1º de setembro de 1915, assim resumidos por ele:

“Ora, entre esses princípios e usos observados pelos povos cultos, está o de que toda a diligência judicial a que se tenha de proceder fora do país do Juiz que a ordena, deve ser efetuada mediante Carta Rogatória às Justiças do país em que a diligência vai ter lugar.”

2. Refere-se, também, à praxe internacional corporificada no Código Bustamante, que, em seu artigo 388, dispõe:

“Toda diligência judicial que um Estado contratante necessite praticar em outro, será efetuada mediante Carta Rogatória ou Comissão Rogatória, transmitida por via diplomática.”

3. Assim é que a doutrina e a tradição brasileira se encontram positivamente expressas no Código de Processo Civil atual, que diz:

Art. 210 – A Carta Rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato.

4. Cita, ainda, James Darcy, as lições do Visconde de Ourém e do Barão do Rio Branco, dizendo:

Essa regra, em face da qual um dos autores que mais aprofundaram o assunto, entre nós podia afirmar, há trinta anos:

A nossa legislação outro meio não consagra senão o da Rogatória para a citação de quem se ache, em parte certa, fora da jurisdição do Juiz territorial” (Visconde de Ourém – Cartas Rogatórias, in *Dir.*, v. 64, p. 24).

5. O Barão do Rio Branco, expôs no Relatório de 1902-1903, p. 55 a 58:

Tendo o cônsul francês em São Paulo, em 1901, comunicado a um brasileiro naturalizado um mandado de citação, expedido pelas Justiças francesas, houve protestos da parte interessada, e como houvesse, no caso, exercício de jurisdição de autoridades estrangeiras em território nacional, o governo brasileiro levou o fato ao conhecimento do francês, fazendo-lhe sentir que, sendo a citação intimada pelo cônsul, haveria não só invasão das atribuições da Justiça local e violação da lei brasileira, mas também, impossibilidade de tornar, posteriormente, executória, no Brasil, a sentença final, radicalmente nula, por nulidade da citação inicial.

6. Por sua vez, Bevilaqua, em parecer como Consultor Jurídico deste Ministério fez questão de assinalar a invariabilidade da legislação e bem assim da doutrina brasileira sobre o assunto. Nestes termos expressou-se o mestre:

Segundo acabamos de ver, as citações somente por meio de precatórias se podem realizar no Brasil, quando provenham de autoridade judiciária estrangeira, como está expresso no Aviso citado de 24 de maio de 1910, e como afirma a Nota de 12 de maio de 1903, um e a outra do tempo em que era Ministro das Relações Exteriores o Barão do Rio Branco. Portanto, quando se trata de citação, é caso de *exequatur* do Ministro da Justiça ^{*(1)} e de intervenção do Juiz Federal da seção onde se tiver de executar a diligência. Citação por cônsules ou outras autoridades estrangeiras aberra das normas da nossa organização jurídica. E seria, realmente, estranho que, num regime em que o *exequatur* é formalidade indispensável para a realidade das rogativas citatórias, pudessem os cônsules estrangeiros arrogar-se o direito de fazer citações a pessoas domiciliadas no Brasil sem a intervenção da Justiça brasileira. E basta considerar, como já anteriormente fiz, que a citação é ato, de jurisdição, para logo ressaltar que é inadmissível que a ordene Juiz estrangeiro, por intermédio do cônsul

^{*(1)} vide o artigo 120, da atual Constituição Federal.

estrangeiro, para se efetuar no Brasil. Ainda em nosso próprio território, para a citação ordenada por um Juiz para ter execução no distrito jurisdicional de outro, se recorre a precatória, porque o citando se acha fora da jurisdição da autoridade que ordena a citação; como seria admissível que, por outro modo, exercendo a sua própria autoridade, o Juiz estrangeiro pudesse ordenar a citação de brasileiro, no Brasil? Impossível.

7. O doutor Consultor Jurídico, com a clareza que lhe é peculiar arremata sua argumentação invocando as lições de Machado Villela:

a citação é um ato de processo, as leis de processo são leis de competência localizada, e por isso, a competência para regular aquele ato cabe, naturalmente, à lei que vigora no lugar onde é praticado (Tratado Elementar Teórico e Prático de Direito Internacional Privado, II, p.220).

Assim, a prática brasileira encontra apoio na melhor doutrina (Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores, 1913-1934, Parecer de 6.5.1926)

8. Accioly, em Parecer datado de 5 de maio de 1953, após aludir ao artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro diz:

Aí temos, pois, estabelecidas regras perfeitamente claras, que assim se decompõem: a) a autoridade estrangeira competente, que deseje a realização, no Brasil, de alguma diligência de ordem judicial, deve solicitá-la à autoridade judiciária brasileira; b) essa diligência será cumprida mediante o *exequatur* e de acordo com a forma indicada por nossa legislação; c) o objeto da diligência é determinado pela autoridade estrangeira deprecante. Encontram-se, continua o Parecerista, preceitos análogos no Código Bustamante, cujo artigo 391 estipula:

Aquele que recebe a Carta ou Comissão Rogatória se deve sujeitar, quanto ao seu objeto, à lei do deprecante e, quanto à forma de cumprir, à sua própria lei.

9. Quanto à realização, no Brasil de atos de cooperação com autoridades judiciárias estrangeiras em matéria de citações, notificações a

diligências probatórias, a via estabelecida é a da Carta Rogatória. E dispõe a Constituição Federal a respeito:

“Art. 102. Com recurso voluntário para o Supremo Tribunal, é da competência do seu Presidente conceder *exequatur* a Cartas Rogatórias de Tribunais estrangeiros.”

Relações República Dominicana/
Brasil. Cooperação técnica do Estado
do Rio de Janeiro.

PARECER

Com a “nota de urgente”, o senhor Secretário-Geral remete à audiência desta Consultoria o “*Memoradum*-Confidencial DSI/070, do senhor Chefe do Departamento das Américas, referente “ao aspecto legal da cooperação técnica que o Estado do Rio de Janeiro cogita prestar à República Dominicana”.(Consulta recebida a 9.4.84)

2. Deriva a matéria, do Telegrama-Confidencial (003-21.400 – Adintel NR005) da Embaixada do Brasil em São Domingos que dá conhecimento à Secretaria de Estado do fato de que o Prefeito José Francisco Pena Gomez, em relatório sobre sua administração no ano passado, “refere-se por duas vezes aos seus contatos no Brasil, com vistas a obter a cooperação técnica do Estado do Rio de Janeiro para planificar os depósitos de lixo de São Domingos e obter um estudo sobre a viabilidade de formar uma praia artificial necessária a essa cidade”.

3. Ao que menciona, ainda, o citado prefeito, os resultados já obtidos se devem ao seu bom relacionamento com o Governador Brizola e com o Prefeito Marcelo de Alencar esclarecendo que a cooperação técnica da Prefeitura do Rio de Janeiro à Cidade de São Domingos será paga por àquela, tendo em vista compensar esta República pela participação das Forças Armadas brasileiras na intervenção norte-americana de 1965 que ultrajou a soberania nacional deste país.

4. O estudo da questão leva a dividi-la em dois aspectos distintos:

- A) o da legalidade de um acordo de cooperação técnica de um estado federado com um governo estrangeiro, sem a observância dos preceitos internos;
- B) o aspecto jurídico da aludida compensação a prejuízos causados pelas Forças Armadas Brasileiras no episódio da ação de paz determinada pela OEA, no conturbado período de 1965.

5. Assim, examine-se a questão inserida no primeiro item, que é motivo dos despachos ao *Memorandum*-Confidencial DSI/070 de 2.2.84 do DA, assinado pelo senhor Diretor substituto do DSI, questionando a legalidade da citada cooperação técnica presumivelmente em curso.

6. A respeito, cabe fixar, desde logo, o conceito jurídico da negociação em tela, face ao Direito Internacional e a legislação nacional específica.

7. De fato, pelos próprios termos do relatório dominicano, não carece dúvida de que se trata de uma relação, um ato, um acordo internacional entre um estado federado, (que inclui auxílio financeiro), e um governo estrangeiro.

8. Sobre o assunto, a terminologia jurídica define:

Os ajustes ou convênios internacionais são atos jurídicos, por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades de dois ou mais estados (ou associação de estados que possuam personalidade internacional) “Accioly, H – *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro:1956, v. I p. 542”. Têm esses atos, a denominação de Tratados, Pactos, Acordos, Ajustes, Declaração, Protocolos, Convênios, Compromissos *Modus vivendi*, expressões sinônimas, que explicitam um compromisso de validade internacional e derivam do direito de soberania que atribui ao Estado a capacidade para contratar, adquirir direitos e contrair obrigações”. (Idem)

9. Ensina Bevilacqua:

Soberania territorial, noção de Direito Público, implica na autoridade para legislar, julgar, governar, policiar e tutelar – isto é

o “*Imperium jurisdictionis*” (Bevilaqua, Clóvis – “Direito Público Internacional”, 2ª ed., Tomo I, Livraria Editora Freitas Bastos, 1939. p. 32 e seguintes).

10. É porém, a legislação de cada estado que determina quais os órgãos com a competência para representá-lo nas relações internacionais, “e estabelece a extensão dos poderes desses representantes” (Idem, p. 21 e 61).

11. O Estado – sabe-se, é uma realidade, positiva, dotado de personalidade internacional. Na verdade, é o principal sujeito de uma ordem de relações jurídicas: a das relações internacionais.

12. No regime federativo, cabe ao Poder Central a representação internacional e a lei determina a amplitude dos poderes das unidades federadas. Estas, explicita-o Bevilaqua: “São divisões do estado nacional. Não tem personalidade internacional, isto é, não fazem parte da comunhão dos estados soberanos”.

13. A soberania é pela própria essência, indivisível. E só o Estado tem capacidade para exercer direitos e contrair obrigações internacionais, vale a dizer, o direito de celebrar atos jurídicos internacionais.

14. Assim, entende-se o Estado federado, na lição de Accioly:

“– como a união permanente de dois ou mais Estados na qual cada um conserva apenas a autonomia interna e transfere a soberania externa a um organismo central.” Accioly, H. – op. cit., p. 124.

15. Dispõe também nesse sentido, a Convenção Interamericana de Montevideú, 1933, no seu artigo 2: “O Estado Federal constitui uma só pessoa ante o Direito Internacional”.

16. “A forma federativa, no Brasil vem consagrada desde 1891, quando se constituiu em Estados Unidos do Brasil, por união perpétua de suas antigas províncias”

17. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, na mesma linha tradicional, ao assegurar a “autonomia interna dos Estados” em que cada um se rege pela Constituição e lei por ele próprias adotadas, reserva à União Federal, a competência exclusiva da manutenção de relações com Estados estrangeiros:

Artigo 8 – Compete a União:

1 – ‘manter relações com Estados estrangeiros e com estes celebrar tratados e convenções.

18. Atribui, ainda, a mesma Lei Magna, à competência privativa do Presidente da República:

Art. 81 – IX – “manter relações com os Estados estrangeiros; X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais” *ad-referendum* do Congresso Nacional.”

19. Compete pois, ao Direito Constitucional de cada Estado, na forma da mais autorizada doutrina, a determinação dos órgãos e processos que formam a vontade estatal no seu relacionamento internacional, como de obrigações internacionais (Rodríguez-Zapata, Jorge – *Constitución, Tratados Internacionales y Sistemas de Fuentes del Derecho*, Colégio Real de España, 1976, p. 55 e seg.)

20. No Direito brasileiro, pois a Constituição atual, que perfilha a linha jurídica tradicional, confere ao Presidente da República a incumbência de manter as relações do país com os governos estrangeiros.

21. “O Chefe do Estado, todavia” – ensina Bevilacqua;

dadas as suas múltiplas atividades, não poderia atender pessoalmente à direção dos serviços de contatos com o exterior; por isso, constitucionalmente reúne ‘tais serviços’ num organismo político administrativo, chefiado por um mandatário de sua confiança.

No Brasil, o referido organismo é o Ministério das Relações Exteriores e seu Chefe, o Ministro de Estado, também denominado Chanceler. (Idem Accioly, H – op. cit., p. 443).

22. A competência do Ministério das Relações Exteriores na execução da política internacional da República, vem fixada, desde 1891 pela lei de 28 de outubro. Na atualidade, nos termos do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que complementa o texto constitucional, cabe ao Ministério das Relações Exteriores assistir o Presidente da República na condução e execução da política internacional do país.

23. Nesse sentido, para explicitar, o Ministro Chefe do Gabinete Civil, dirigiu-se aos Governadores dos Estados, do Distrito federal e Territórios do Amapá e de Roraima, em Aviso Circular de 19 de setembro de 1983, no qual se reporta, nos termos da Constituição, a que:

“as iniciativas estaduais e municipais de natureza internacional, tomadas sem prévio entendimento com o governo Federal, além de infringirem preceitos da Lei-Maior, podem acarretar conseqüências contrárias aos interesses do Brasil.”

24. Em conseqüência, e tendo em vista os termos do Decreto-Lei nº 200 acima referido (25.2.67), o mesmo documento ministerial fixando a orientação governamental expresse que:

todas as iniciativas estaduais e municipais que impliquem tratativas com autoridades estrangeiras visando à celebração de atos ou declarações conjuntas de qualquer natureza, inclusive convênios, contratos e trocas de convites para visitas, deverão ser precedidas da consulta do Itamaraty, que as avaliará à luz dos interesses globais da política exterior brasileira e as submeterá à consideração do senhor Presidente da República. Caso haja decisão favorável, examinará o Itamaraty o modo de implementar essas iniciativas estaduais ou municipais, em coordenação com os setores interessados, ponderando a conveniência da participação do próprio governo federal.

25. Para tanto, necessário se faz recordar – o Itamaraty dispõe de uma Divisão de Cooperação Técnica, órgão de louvada capacidade, que, em acordo com o Sistema Interministerial de Cooperações Técnica. (SITC), planifica condições e critérios aceitáveis em consonância com o disposto na referida Lei nº 200 e dentro de um contexto geral.

26. Dessa forma, não seria apenas aconselhável, mas necessário que o Ministro das Relações Exteriores seja consultado, porquanto para esse efeito, está aparelhado – coisa que, no caso presente não ocorreu, como o informa o despacho ao “*Memorandum* nº 70/DSI— *Confidencia*”, de 2.2.84.

27. Não cabe dúvida, portanto, em que a cooperação técnica que o Estado do Rio de Janeiro pretende prestar, diretamente à República Dominicana, por um lado, excede à legislação em vigor, contrariando o

dispositivo que, dentro do federalismo dá à União, a competência privativa de condução das negociações com Estados estrangeiros, e, por outro lado, infringe o estatuído na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, ratificada pelo Brasil e por São Domingos, que, nos seus artigos 41, nº 2, dispõe que o relacionamento dos Estados estrangeiros deve realizar-se através dos respectivos Ministérios das Relações Exteriores, ou outro órgão, entre esses dois, previamente estabelecido.

28. No caso em exame, nem o Itamaraty foi solicitado na sua competência específica pelo Estado do Rio de Janeiro, nem o governo dominicano utilizou-se da sua diplomacia, com inegável infração do citado dispositivo convencional.

29. Outro aspecto, ainda, a considerar no projetado “ajuste de cooperação entre o estado federado e o governo dominicano”, é o que vem referido pelo Prefeito José Francisco Pena Gomez, no relatório da sua gestão, no ano passado.

30. Refere-se o aludido relatório por duas vezes – segundo informou a Embaixada do Brasil em São Domingos – aos seus contatos diretos com vistas a obter a cooperação técnica do Estado do Rio de Janeiro para:

- “1 – planificar os depósitos de lixo de São Domingos;
- 2 – obter um estudo de viabilidade para formar uma praia artificial necessária à cidade;
- 3 – sendo que a cooperação da Prefeitura do Rio de Janeiro, – segundo entendimento do relator com o Prefeito Marcelo de Alencar –, será paga pela Prefeitura do Rio de Janeiro, tendo em vista compensar essa República pela participação das Forças Armadas Brasileiras em 1965.”

31. Apresenta-se inusitado o fato, não apenas por infringir, tal relacionamento pessoal entre autoridades estrangeiras, a legislação interna do Brasil e o texto da Convenção Internacional, como também que a nenhum estado federado tem poderes para chamar a si o “onus” de conseqüências advindas de uma ação do governo federal. O estado, mesmo que houvesse tal ocorrido, estaria assumindo uma responsabilidade, sem consulta ao governo da República.

32. E mais se prejuízos tivessem realmente havido, com responsabilidade caracterizada, ainda, assim parece descabido que somente após 20 anos venham a ser reclamados e indenizados por um Estado federado, que se prontificara a encampar a reparação aludida pelo prefeito dominicano.

33. É indubitável que a um estado, não cabe responder por danos porventura sido causados por Forças Armadas Federais em missão oficial do governo, e que, ao que se sabe, não foram reclamados pelas vias normais entre Estados soberanos.

Conclusão

34. Realmente, *fato federal* irreversível, reorganizou a Nação Unitária. A idéia vinha há muito, incrustada no espírito nacional. Havia-se dele cogitado já em 1831, quando se pensou em “Monarquia federativa” (Calmon, Pedro – *A Federação e o Brasil*, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1933. p. – 18)

35. A soberania – como a etimologia do vocábulo mostra –, “É o poder superior a todos os outros” (Vitali; Vittore- *“O principio della filosofia jurídica de lo Stato”*, p. 14).É um poder supremo:

o direito de mandar ou de tornar uma decisão definitiva; é a competência das competências (Le fur, Louis *La Theorie du droit naturel depuis le XVII siècle et da doctrine moderne*, R.d.C., 18, 1927 – III, p. 409).

Desempenha-a no regime brasileiro, a União que, pelas cartas republicanas, governa através dos órgãos nacionais, – os Poderes. Assim, aos Estados – ensina Calmon:

resta a autonomia, isto é, o seu governo interno, regulado pelo estatuto ativo, dentro das normas da Constituição Federal (Calmon, Pedro – (op. cit., p. 34- 35).

36. Soberania, é a *potestas* insuscetível de limitação por outro poder. É una e indivisível. É a lei, isto é, a coexistência da regra de Direito e da condição de Estado. Nele, pois, não pode haver poderes concorrentes.

37. A soberania, “o poder perpétuo e absoluto do Estado”, no entendimento do século XVI (Bodin, Jean – *Les six livres de la République* apud Gardot, André –, R.d. C., 50, 1934 – IV, p. 549 – 741, – 611 – 628, o *summum imperio* do soberano sobre o seu território e seus habitantes, vem compreendida, hoje, como “o direito de mandar, de tomar uma decisão definitiva, ou, como definiu Le Fur:

consiste para o Estado, no direito de decidir em última instância sobre as questões de sua competência... graças ao qual ele poderá fazer executar suas decisões pela força, em caso de resistência por parte de seus nacionais. (Le Fur, Louis – *Precis de Droit International Publie*, Librairie Dalloy, Paris: 1931, p. 63, nº 133).

38. A soberania, enfim, ensina Scelle:

“é de essência única e só pode aplicar-se a um único organismo, eis que é o direito de determinar-se a si próprio a sua própria competência: é a Kompetenz – kompetenz – a competência da sua competência”. Scelle, M.G – *Cours de Droit International Public, Les Cours de Droit*, Paris: 1947-1948, p. 59).

39. Por certo, na forma federativa, uma unidade (o estado federado), goza de autonomia,

mas esta difere do Estado verdadeiro, o Estado completo (Jellinek) ou soberano, por que lhe falta a referida competência das competências que é própria do Estado Soberano. (Le Fur, L, op. cit., p. 92, nº 205; Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona: 1966. p. 97 “a exclusividade da competência”, Verdross, Alfred – *Derecho Internacional Público*, Aquilar, Madrid: 1963. p. 9 e seg.)

40. A autonomia vem entendida não como um grau inferior de soberania, que não se divide nem partilha. No regime brasileiro aos estados incumbe, sem a interferência do centro, o provimento das próprias necessidades e certo impostos, que lhes asseguram uma renda privativa. Mas, todos os outros direitos a eles avocados, sofrem um limite, expresso ou

implícito, dependentes da forma republicana federal, cuja manutenção é dever do governo geral e de quantos meios haja de lançar mão esse governo, para realizar os seus fins. (Idem, p. 36)

41. “Na federação” – é a lição de Pedro Calmon:

há a aliança dos territórios (União). O laço que os prende, o nexo que os uniformiza, o espírito que os vincula a uma disciplina nacional, é a Constituição, verdadeiro pacto de união federal. Daí que, qualquer infração desse “Contrato” ofende não direitos pessoais, mas o Direito Público Interno e arrisca a desunião; envolve o perigo de desagregação (Calmon, P. – *Curso de Direito Público*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938. p. 224 – 225).

42. Na forma federativa, inquire Le Fur:

“quem é responsável sob o ponto de vista internacional? Somente o Estado Federal, mas, se este não pode fazer-se obedecer pelas unidades componentes, ocorre a anarquia.” (Le Fur, op. cit., p. 92 – 95 – nº 210 e seguintes)

43. Os Estados federais, portanto, não são Pessoa de Direito Externo; são Pessoas de Direito Público Interno (Código Civil Brasileiro, art. 14, II). Não tem personalidade internacional (Barbalho, *Comentários*, 2ª ed., p. 18).

44. Dessa forma, a Constituição dá que se rejam – os Estados, pela Constituição e leis que adotarem, respeitados, porém, os princípios constitucionais da União, que são as condições vitais da Federação, os direitos existenciais do organismo nacional, que traduzem a unidade da pátria. Esses, os direitos impostergáveis, privativos da União.

45. À vista do exposto, considera-se, na doutrina e na prática, que:

- a) a unidade federativa não goza de outros direitos senão os que lhe confere a lei ordenadora;
- b) não tem o direito de representação internacional;

- c) não substituí o sujeito privativo do relacionamento externo, a entidade jurídica política que é o Estado na sua competência fundamental de manter a ordem jurídica da comunidade regional ou universal;
- d) o Estado é o órgão das relações internacionais, “é o produto complexo de sociabilidade humana, sobrepondo-se à família, ao município e às demais associações com fins temporais por ele limitados (Truyol y Serra, A – *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Armenio Amado, Editora Coimbra, 1962. p. 100 e seguintes)
- e) Integram-se os Estados na sociedade maior mas sem perder a sua individualidade e a sua legítima autonomia no agrupamento de nível superior: “a Sociedade das Nações, a família num organismo bem ordenado, sem discrepâncias representativas” (Código de Moral Internacional de Molinas, arts. 9º e 13);
- f) A unidade federal, no entanto, está vinculada a uma ordenação jurídica positiva superior e desenvolve sua atividade dentro dos limites que este lhe traça como última instância, regulando-lhe o comportamento com maior ou menor autoridade;
- g) A soberania do Estado é o pressuposto do Direito Internacional que, por sua vez constitui o ordenamento da sociedade geral submetido ao princípio da solidariedade e de responsabilidade;
- h) O titular imediato da autoridade, na comunidade internacional é o conjunto de seus membros soberanos, sem a interferência de entidades especiais, digo, as subdivisões políticas dos Estados.

46. Enfim, em termos estritamente jurídicos e de formalidade diplomática, o pretendido “ajuste de cooperação técnica”, objeto destas considerações, foge às linhas estabelecidas pela lei interna brasileira e pelos dispositivos do Direito Internacional Convencional.

47. O elemento válido e indispensável, nos Estados é o comando único – sustentáculo de integridade nacional.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 24 de abril de 1984

M. Franchini-Netto

Imunidade Jurisdicional dos Estados.
Projeto da CJI.

PARECER

Em cumprimento ao determinado pelo senhor Secretário-Geral, (DEA/28), esta Consultoria Jurídica examinou o “Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados” adotado pela Comissão Jurídica Interamericana.

2. Sobre o tema, em primeiro lugar, subscrevo as informações em anexo, elaborado pelo Assistente Jurídico Luiz Ramos da Silva Filho.

3. Em aditamento, cabe-me acrescentar, no acompanhamento da matéria, as observações que se seguem, face a algumas inovações, em curso, que alteram o tratamento clássico do princípio jurídico ordenador.

4. Realmente, verifica-se que a multiplicidade das relações internacionais e as diversas formas em que podem realizar-se, assim como certa tendência para uma presença mais ativa do Estado nesse processo de desenvolvimento econômico (nacional ou internacional), vêm provocando, situações que, por vezes, escapam à sistemática tradicional.

5. Daí que alguns governos se inclinam pela modificação de suas práticas e usos,

“promulgando legislação que pretende regular os eventuais conflitos entre seus nacionais e entidades públicas” (Cruz Mirantes, R.).

6. A lei norte-americana, por exemplo, a *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, veio a estabelecer inovações relativamente a

responsabilidade civil nesse país, *no que concerne às relações mercantis e à delitos derivados ou não dos mencionados atos, como sejam os relacionados com o disposto na Convenção de Viena sobre Imunidades Diplomáticas.*

7. Processa-se pois, nos Estados Unidos da América, por meio de lei interna, um tratamento jurídico que pretende alterar o consagrado sistema do respeito à “soberania absoluta”, inaugurando um regime de “soberania relativa”.

8. Deve-se anotar, em verdade, que a referida lei não deixa de reconhecer, de um modo geral, o Princípio da Imunidade dos Estados Estrangeiros frente aos seus Tribunais, mas estabelece, nesse tratamento, algumas modalidades, como as exceções previstas ou compreendidos nas Secções 1.605 a 1.607, na forma determinada pela Secção 1.604.

9. Assim, na citada Secção 1.602, vem consignado que, “de conformidade com o Direito Internacional Público, *declara-se que os Estados não são imunes à jurisdição dos Tribunais Federais ou Estaduais norte-americanos, quando estejam envolvidos em atividades comerciais, inclusive, no que se refere a seus bens*, aí classificados “como comerciais”, face ao que, os referidos Estados estarão sujeitos a penalidades que respondam pelas obrigações decorrentes de convênios comerciais ou de sentenças proferidas por tribunais internos na forma prevista pela lei em exame.

10. A Secção 1.603, visa esclarecer os conceitos acima quando define o que é um “Estado estrangeiro” e suas subdivisões políticas, agências ou dependências oficiais, gerenciadas por estrangeiros. E, para melhor precisar o desejado sentido, o texto esclarece o que se deve entender por *agência*, pessoa moral com personalidade própria, *órgão* de Estado estrangeiro, cujo capital social ou partes sejam, na maioria, do Estado estrangeiro.

11. Em continuação, o parágrafo “D”, da forma Secção 1.603, configura o que seja “atividade comercial”, explicitada no inciso “E”, como “qualquer atividade mercantil” efetuada “no que se entende por Estados Unidos e em contato substancial com essa Nação”.

12. É, porém a Secção 1.605 que, em concordância com a 1.602, *estabelece a exceção ao Princípio Geral da Imunidade de Estado Soberano*, enumerada em cinco parágrafos, que em resumo, são os que se seguem:

- 1) quando o Estado estrangeiro *renuncia* expressa ou tacitamente à sua imunidade soberana;
 - 2) a ação judicial estiver baseada em atividade comercial pelo Estado estrangeiro realizada nos Estados Unidos ou derivada de um ato praticado nos Estados Unidos relacionado com atividade comercial por aquele realizada. Ou ainda, a que se apoie em ato praticado fora do território norte-americano, mas em conexão ou repercussão (causa ou efeito) nos Estados Unidos;
 - 3) quando se achem em disputa direitos de propriedade que tenham sido “gravado” ou afetados com violação das normas do DIP e sempre ou quando os bens ou propriedades entregues como contraprestação de direitos se localizem no EUA e tenham conexão imediata com as atividades comerciais do Estado estrangeiro celebrados nos EUA; aplicar-se-á igualmente o acima estabelecido quando tais bens ou direitos sejam propriedade ou estejam contratados e administrado por uma dependência oficial de Estado estrangeiro, *que efetue atividades comerciais nos EUA*;
 - 4) quando os direitos ou propriedades adquiridos por sucessão, doação, ou ainda sobre bens imóveis localizados nos EUA estejam sendo objeto de contestação (disputa);
 - 5) e finalmente, o parágrafo, em que se encontra o que podemos argüir como *exceção à exceção*. *Isto é, não estão compreendidas no parágrafo 2 acima citado, “as reparações monetárias exigidas a Estado estrangeiro em razão de lesões, morte, dano ou perda de propriedade que ocorra nos EUA e que seja ocasionada por responsabilidade extracontratual ou omissão de terceiro Estado, seus funcionários ou empregados ao realizar suas atividades oficiais”.*
13. Esse item não se aplicará nos seguintes casos:
- a) à demanda que se baseie no exercício ou cumprimento ou em sua ausência de funções discricionárias sem averiguar-se abuso de faculdade arbitral;

- b) a que decorra de perseguições e de má-fé, de abuso no processo, por difamação ou calúnia, carência ou representação, direitos contratuais.

14. Assim, a lei norte-americana de 1976 dirige-se, prioritariamente, à normatividade das atividades comerciais. Contém ela, tanto normas substantivas como adjetivas, assinalando uma radical mudança no conceito clássico de Imunidade Absoluta dos Estados, para dar-lhe, como acima referido, unilateralmente, a de Imunidade Relativa.

15. Anota-se ainda, que a tendência do diploma em foco, é dar competência exclusiva ao Judiciário quando, tradicionalmente, competia ao Executivo, através do Departamento de Estado, a declaração, ou o reconhecimento da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro. Assim procedeu o referido departamento, recentemente, quando se recusou a encaminhar à Justiça, uma nota da Embaixada do Brasil, em *affaire* referente a imunidades diplomáticas.

16. Essa postura contraria a tradição da política dos EUA, pois os juízes sempre acataram as recomendações do Executivo, “chegando mesmo a admitir como um ‘dever’ do Judiciário, aceitar as recomendações do Departamento de Estado no que diz respeito às imunidades soberanas, tal como o afirmou o Juiz Stone no caso *Ex Parte Republic of Perú* (318 US 578) de 1943, ou no caso *México versus Hoffman* (342 US 30) de 1945.

17. Decorre portanto, que foi facultado por uma lei nacional, o acesso judicial a cidadão particular para levar, à barra dos tribunais estaduais ou federais dos EUA, Estados soberanos estrangeiros. Isto é, configura-se uma modificação de base no sistema internacional e mesmo da tradição norte-americana que, sendo anteriormente *in rem* (competência territorial) é agora *in personam*, e abre a novidade de admitir execução contra os bens de Estado estrangeiro.

18. A respeito, cabem ainda algumas ponderações relativas ao processo relacional entre entes dotados de soberania.

19. Assim, desde logo, e sem ferir o princípio jurídico da soberania, é de admitir-se a distinção aceita pelo Direito Internacional Público entre a existência de atos praticados na competência de *Jure Imperium*, distinguindo-

os dos de *Jure Gestionis*, prática essa, geralmente admitida, sobretudo no campo do comércio marítimo, quando se distinguem os navios públicos das embarcações privadas.

20. A crescente importância dos assuntos econômicos, quase sempre prevalentes sobre as considerações de ordem política, parece ter sido o fator que levou o Departamento de Estado a rever sua posição que era, como acima referido, a de seguir a adotada pela generalidade dos Estados, no que diz respeito à exceção da imunidade Estatal.

21. Na esfera jurídica anglo-saxônica, vigorou, tradicionalmente, o adágio “o rei não se equivoca”, adotado pela Justiça britânica (e que até hoje constitui precedente), no caso *Feather V. Regina* em 1865: *no right to legal redress against the Sovereign*, pois, *The King cannot authorize wrong*.

Fundamento e evolução do “Princípio Restritivo”

22. Fundamenta, inicialmente, o “Princípio Restritivo”, motivação de ordem comercial, como se poderá comprovar, seguindo-se-lhe a linha evolucionista.

23. Assim, o conceito de “soberania relativa”, desenvolveu-se, na prática internacional, para atender a problemas específicos decorrentes do relacionamento mercantil entre os povos. E já nos meados deste século, difundiu-se, relativamente as atividades comerciais dos Estados, a aceitação de um sistema que atendia apenas parcialmente ao Princípio de Imunidade Absoluta.

24. Face à problemática, conjuntural, alguns tribunais, em várias partes ao mundo, passaram a seguir a mencionada orientação jurídica que veio, afinal, a ser consagrada no Direito Positivo Internacional, pela celebração de tratados, como a Convenção de Bruxelas de 1926, “para a unificação de certas regras relativas à imunidade de navios propriedade de Estado”, assim como a “Convenção Européia sobre a Imunidade do Estado”, de 1972, firmada pela Áustria, Alemanha Federal, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Baixos, Suíça, e Grã-Bretanha, em vigor a 11 de junho de 1976.

25. No mesmo sentido o governo dos EUA, vinha celebrando tratados bilaterais desde 1948, (em número de 14 até 1958) em que admitia a competência dos tribunais nacionais para conhecer problemas de responsabilidade objetiva que envolvessem empresas públicas.

26. Mas foi a 19 de maio de 1952, que o Consultor Jurídico do Departamento de Estado, Professor Jack B. Tate, dirigiu ao Procurador-Geral a chamada *Tate Letter* dando-lhe conhecimento da forma pela qual o referido departamento, dessa data em diante, trataria as petições de imunidade que os Estados estrangeiros lhe formulassem, fixando-se então, uma mudança de sistema, com apoio em que:

- a) vários países, entre os quais o Reino Unido e a Rússia já haviam adotado a Teoria da Soberania Relativa (a Inglaterra, em 1978, promulgou um ordenamento nesse sentido);
- b) a outorga de imunidade pelos EUA não se harmonizava com a aplicação da mesma no exterior;
- c) o incremento de negócios entre cidadãos norte-americanos e governos estrangeiros, impunha a necessidade de estatuir-se numa medida judicial protetora dos nacionais.

27. Dessa forma, a princípio para atender problemas exclusivamente de índole comercial caracterizou-se, nos Estados Unidos, a mudança do sistema clássico, embora ficasse estabelecido que, “sem desconhecer a validade do princípio de imunidade de Estado, somente seria esta aceitável nos casos derivados de atos nos quais o Estado atuasse como tal, isto é, *De Jure Imperium*. Relativamente aos atos de gestão comercial, aos atos de caráter privado, caberia o conceito restritivo do *Jure Gestionis*.

28. A citada *Tate Letter*, foi o antecedente jurídico em que se apoiou o *Congress Act*, de 1976. Este, repetimos, reconhece o Princípio de Imunidade Soberana dos Estados, mas impõe-lhe restrições em casos específicos, visando a proteção ao mercante norte-americano. Sua aplicação, porém, ainda encerra muitas dúvidas, sobretudo quando se pretende ampliar-lhe o conteúdo restritivo, pois tal seria ferir um princípio fundamental da sociedade internacional: *Par in parem non habet Imperium*.

29. A *Tate Letter* é, pois, o ato precedente que constitui a base sobre a que se elaborou, dando-lhe formalismo legal, o *Congress Act*, destinado a sanear problemas de ordem comercial, quando um Estado atue como parte num “Ato de Gestão”.

30. A *exceção da exceção* a que nos referimos, todavia, introduz a aplicação da lei interna, a casos de propósito diverso, confundindo,

inesperadamente, um delito comum, com um *Ato Oficial de Estado*! Ora, vejamos o que postula o Direito Internacional Público, na doutrina e na prática dos Estados.

31. É pacífico, no relacionamento entre entes soberanos que o Estado, como pessoa pública, não pode ser submetido a competência de uma autoridade judiciária estrangeira, enquanto que, como pessoa privada, admite-se sua equiparação a aqueles passíveis de jurisdição dos tribunais de outro Estado. Em todo o caso, assinalam os autores:

“tem-se ressalvado os atos de execução, não se admitindo a prática dos mesmos em relação à propriedade do Estado em causa, sem o seu consentimento”. (Accioly E. – *Tratado de Direito Internacional Público*, 1936, p. 224 e seg.).

32. Nesse sentido, e face a dificuldade que por vezes surge, ao distinguir-se, atos de *imperium* e de *gestionis*, o ilustre internacionalista *Fitzmaurice*, assim se pronuncia:

Diz-se usualmente, que um ato soberano é aquele que somente um governo pode executar e que um ato não soberano é um ato que qualquer cidadão particular poderia ter executado. (Fitzmaurice, G. G. – *State Immunity from Proceeding in Foreign Courts*, B.Y.B., XIV, 1933, p. 123).

33. Lauterpacht, é ainda mais categórico, e amplia essa noção, que considera não atender completamente ao conceito jurídico de imunidade jurisdicional:

O Estado, ainda que pratique atos que, por sua natureza, são de Direito Privado e se afastam do campo normal de suas atividades, não perde o seu carácter de pessoa internacional e como tal, deveria escapar sempre à jurisdição de outro Estado. (Lauterpacht, H. – *Annuaire de L'Institut de Droit International*, Genebra 44 – 1, 1952, p. 120). Na mesma linha, ensina Vissher, em *Theories et Realités en Droit International Public*, Paris, 1953, p. 293).

Admite-se hoje, geralmente, diz La Pradelle, “que o propósito comercial e industrial, aliado à adoção de fórmulas contratuais, torna implícita a aceitação de jurisdição privada” (La Pradelle, R. de – *Annuaire 44-1*, 1952, p. 109).

34. Quanto ao assunto, pronunciou-se ainda o Instituto de Direito Internacional na sua Sessão de Aix – en – Provence, em 1954, em que adotou regras que afirmam a imunidade geral do Estado estrangeiro por atos públicos por ele praticados (art. 1º), admitindo porém a renúncia a tais imunidades, “que deve ser expressa ou tácita” (art. 2º).

35. De fato, a *renúncia expressa*, “deve ser manifestada por meio de ato internacional, como sejam um tratado ou convenção, ou ainda, através de uma declaração oficial do Estado estrangeiro”. Quanto à *renúncia tácita* considera-se que ocorre:

- 1) “quando o Estado instaura uma ação perante um tribunal estrangeiro;
- 2) quando, acionado perante tribunal estrangeiro, não alega a incompetência deste;
- 3) quando possuir bens imóveis em país estrangeiro e a ação judiciária a estes se refere;
- 4) quando a ação tem por fundamento algum ato praticado pelo Estado estrangeiro como pessoa privada na qualidade de possuidor ou explorador de uma empresa industrial, comercial ou financeira em outro Estado;
- 5) quando a ação se refere à aquisição pelo Estado estrangeiro, por doação ou sucessão de bens sujeitos à jurisdição de outro Estado.”

36. Assim, alinham as condições de renúncia tácita, os artigos 333 e 335 do Código Bustamante, como também os artigos 8º a 12 do projeto de convenção elaborado em 1932, sob os auspícios de Harvard Law School, relativos a competência dos tribunais estrangeiros, publicado no R. J. XXVI, 1932, suplemento especial p. 451/738 (Apud Accioly, II. – op. cit., p. 229).

Conclusão

a) devem merecer, a nosso ver, cuidadosa atenção, no exame do duto projeto da CJI as questões relativas à Jurisdição Internacional dos Estados em face dos limites impostos pela lei interna, tendo em vista também

assuntos de ordem privada e os referentes às prerrogativas diplomáticas insertos no Direito Convencional.

b) a sutil distinção entre *acta jure imperium* e *acta jure gestionis* dos Estados – anota Guido F. Silva Soares –, no que diz respeito ao relacionamento internacional será um ponto de controvérsias, que envolverá imunidades de jurisdição e execução, delicada matéria que atinge pessoas e atos e cujo regime o Direito Internacional dá normatividade, visto como já se disse, a natureza do relacionamento transpõe as fronteiras bilaterais para um exercício especial mais amplo, que ultrapassa os sistemas político e ideológicos das Nações;

c) os conceitos e a evolução histórica e doutrinária do tema, face à problemática atual, vem suscitando novas modalidades no relacionamento internacional, que devem merecer o atento acompanhamento dos governos, sobretudo na área latino-americano;

d) reconhece-se que há uma forte tendência no sentido da regulamentação jurídica das noções tradicionais, mas processadas dentro de um critério equânime, através de um sistema de mútua compreensão e respeito mútuo, que venha a substituir o *animus dominandi* em evolução, instituindo-se claramente uma multipolaridade por sobre a bipolaridade reinante;

e) deve-se ter presente, é claro, a realidade internacional em que se avolumam situações que abrangem atos de Direito Privado e o Estado, “numa relação jurídica que, (diríamos), de igual para igual, eis que o poder público pode se converter em promotor do bem estar social e exercer atividades antes atribuídos ao cidadão;

f) o fenômeno que se acentua pode provocar suscetibilidade de graves conseqüências político-jurídicos quando, “ao aplicar os princípios da justiça comutativa para as relações Estado-cidadão, os tribunais reconhecem a igualdade jurídica entre ambos, o que não ocorre quando o Estado é isento do foro e vem obrigado pelas imunidades conferidas pelo Direito Internacional que afastam a competência e jurisdição desses tribunais;

g) fazem parte do tema em exame, também as questões decorrentes de posição jurídica de funcionários dos organismos internacionais que resultam de acordos, quando invocam imunidades de jurisdição no Estado onde servem de sede ou receptor. Essa atipicidade mais se acentua

com o aparecimento de organismos internacionais com finalidade comercial em face de contratos;

h) é de ter-se em pauta, que o sistema jurídico brasileiro vem consagrado no seu texto constitucional, no que diz respeito ao reconhecimento a execução de sentenças ou laudos estrangeiros, e vige, na *lex loci*, o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 9º da Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942 e a uniforme jurisprudência nacional;

i) assim, o processo do *exequatur*, entre nós, está condicionado ao órgão judicial competente, segundo o critério normativo tradicional;

j) releva considerar ainda, que, cabendo ao Executivo, a condução da política exterior do Estado, obviamente uma decisão do Judiciário, em determinadas matérias relativas a imunidades, poderá eventualmente provocar dificuldades à ação diplomática do Estado;

k) a essência do Direito Internacional e a sua função de entrelace pacífico da comunidade, e a adoção de normas limitativas da soberania estatal, deve ser precedida de cuidadosas negociações, isto é, *as novas normas* de Direito das Gentes que limitem a abrangências do Direito Interno, adotadas ou em adoção por alguns Estados, devem levar em conta, sempre, a pessoa do agente, seus privilégios convencionais e a natureza do ato em eventual processamento; (Silva Soares, Guido Fernando – *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*, São Paulo – 1980;

l) vigora, no relacionamento internacional a norma *ne impediatur legatio, ne impediatur officium*, tendo em vista, repete-se, que *par in parem non habet imperium*;

m) apesar das dificuldades, algumas das quais acima relacionadas, “alguns pontos comuns podem ser encontrados no exame das várias imunidades”.

n) finalmente, afigura-se oportuna, uma consulta ao Código de Direito Internacional Público, elaborado por Eptácio Pessoa, apresentado em 1928 na VI Conferência Internacional Americana, realizada em Havana e elaborado por deliberação da III Conferência Internacional Americana, reunida no Rio de Janeiro em 1910.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 13 de junho de 1984.

Projeto de Lei nº 3.509/84, “que atribuiu competência ao poder Executivo para solicitar, por intermédio do governo do país sob cuja jurisdição estiverem instituições financeiras radicadas no exterior, informações a respeito de depósitos ali efetuados por brasileiros ou estrangeiros com residência definitiva no Brasil”.

PARECER

O Projeto de Lei nº 3.509/84, do Deputado Farabulini Júnior, ora em exame, não colheu ainda o parecer das Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados as quais foi distribuído, encontrando-se, pois, sem os elementos fundamentais que informam o pensamento legislativo.

2. Desde logo, contudo, e primeiramente sob o aspecto estritamente do Direito das Gentes, evidencia-se que a proposição, envolvendo uma questão de soberania, apresenta-se inexequível.

3. Realmente:

- a) – não se apoia o texto em nenhuma norma de Direito Internacional;
- b) – afeta o princípio de jurisdição interna dos Estados, norma jurídica ante a qual se detém até mesmo a ação da própria ONU, como o preceitua o § 2 do artigo 7º da Carta;

- c) – contraria as regras da convivência entre Estados, que se fundamentam nos Direitos das Nações Soberanas;
- d) – interfere nas praxes do livre comércio internacional e fere a estabilidade da organização mercantil da comunidade;
- e) – infringe o sólido princípio do sigilo bancário, garantia tradicional que ordena juridicamente às transações de índole comercial.

4. De fato, entende-se que a comunidade se subordina a normas jurídicas que impõem direitos e obrigações. Entre esses direitos emerge, como fundamental, o respeito recíproco a soberania estatal.

5. Soberania é o direito do Estado governar-se livremente, sob as normas jurídicas reguladoras da vida social da comunidade.

6. Ora “o direito de cada Estado tem por limite o direito dos outros” (Projeto de “Declaração” da União Jurídica Internacional, artigo 49, – novembro de 1919)

7. Um Estado não pode estar sujeito senão ao Direito Internacional e não ao Direito nacional de outro Estado (Kelsen, Hans – *Principles of International Law*, p. 156).

8. Um nacionalismo excitado, contraria, por vezes, as normas de concórdia universal e os princípios da Carta das Nações Unidas.

9. O governo federal não encontraria base, no Direito Internacional, para atender à cogitada solicitação que lhe escapa à competência espacial. Efetivamente, não lhe cabe indagações sobre aquilo que foi constituído dentro de outro Direito. Estaria o Estado no caso, arrogando-se um direito que não possui.

10. Resta a considerar, também, como seria recebida, pelo governo do Brasil, solicitações do mesmo teor, provindas de governo estrangeiro, sobre transações de brasileiros e estrangeiros em território nacional, em suas instituições financeiras de caráter interno ou internacional.

11. Mas, se o projeto em exame, não encontra apoio nas normas do “*Jus Gentium*”, menos ainda o legaliza o Direito Interno nacional.

12. Realmente, reconhece-lhe a ineficácia, o próprio autor do projeto, ao propor a necessidade de um ato internacional para a efetivação de seu objetivo, como bem o explicita no artigo 3º de sua propositura:

Art. 3º:

Caso as informações solicitadas na forma prevista nesta lei sejam recusadas sob a alegação de inexistência de ato internacional nesse sentido, competirá ao Poder Executivo utilizar, à exaustão, os meios diplomáticos para consegui-las, firmando, se for o caso, o acordo internacional adequado, mediante garantia de reciprocidade por parte do Brasil.

13. O projeto, nesses termos, também afigura-se inaceitável, porquanto invade a área privativa do Poder Executivo ao qual constitucionalmente incumbe, na forma dos artigos 8º e 81 da Carta Magna, a condução da política externa, e, pois, a avaliação das oportunidades e formas de negociações diplomáticas.

Conclusão

14. Assim, não encontrando apoio o projeto do ilustre deputado, cujas nobres intenções se reconhece, quer no Direito Internacional, quer no Direito Interno, somos pela sua não aceitação.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 9 de agosto de 1984.

M. Franchini-Netto

Mato Grosso do Sul e Província de Okinawa, Japão. Convênio de Fraternidade.

PARECER

O senhor Secretário-Geral remete a esta Consultoria Jurídica, para seu parecer, a consulta que o senhor Governador de Mato Grosso fez ao Ministério das Relações Exteriores “sobre a possibilidade de implementação da lei aprovada pelo Poder Legislativo do Estado, que autoriza o Poder Executivo firmar Convênio de Fraternidade entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a Província de Okinawa, no Japão, declarando-os Estados-irmãos” (Ofício/GOV/MS/nº 268/84 de 9.7.84).

2. O senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, assumiu no caso, correta posição jurídica, como o informa no referido ofício:

“ciente de que é defesa aos Estados-membro celebrar tratados e convenções como os Estados estrangeiros e em acatamento as recomendações específicas que nesse sentido nos encaminhou o Gabinete Civil da Presidência da República (Aviso Circular 07/83 de 19.9.83), vetei o projeto de lei”.

3. Nada a opor, portanto, à medida tomada pelo Chefe do Executivo mato-grossense, a qual se apoia em dispositivos da Lei Magna expressos nos artigos 8º – IX – X e 81 da Carta. No mesmo sentido, face a casos semelhantes, tem-se pronunciado esta Consultoria pelos Pareceres CJ/331, de 24.4.84 e CJ/334 de 1º.8.94.

4. Realmente, não cabe dúvida de que a lei em apreço é inconstitucional pois exorbita os poderes estaduais. A iniciativa do processo diplomático das relações internacionais não é de competência dos Estados federados ou suas unidades municipais, mas sim, privativamente, do Presidente da República.

5. Os Estados da União não se configuram soberanos, e não podem, portanto, tomar a si a promoção de negociações internacionais:

“Os Estados são pessoas de Direito das Gentes. O Brasil, como Estado, mantém relações com os outros Estados. Não nas podem ter e manter os *Estados-membro* componentes do Brasil, porque não são pessoas de Direito das Gentes, e sim, tão-só, de Direito Público do Brasil. São *Estados-membro*, unidades intra-estatais”. Pontes de Miranda – *Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, Tomo II (arts. 8º a 31), 2ª edição, revista, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, p. 11).

Conclusão

6. Tendo em vista a consulta formulada, e para efeitos processuais, caberia ao senhor Governador, face à rejeição do veto apostado e a sua promulgação pelo Legislativo, dirigir-se ao senhor Procurador-Geral da República solicitando-lhe arguição de inconstitucionalidade.

7. Quanto à matéria em si, e considerando o empenho do Governador em dar-lhe curso, “para atender não apenas a colônia japonesa, mas também a interesses outros, inclusive do Estado”, é-lhe facultado dirigir-se, nesse sentido, ao Presidente da República, a quem incumbe o relacionamento internacional ou ao Ministro das Relações Exteriores, executor da sua política externa.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 16 de agosto de 1984.

M. Franchini-Netto

Anexo: Parecer CJ/331 de 24.4.84 e CJ/ 334 de 1º.8.84.

Projeto de Lei – nº 3.411/84
Celebração de acordos e convênios
entre prefeituras municipais e governos
estaduais com entidades análogas do
exterior.

PARECER

Versa a matéria sobre o Projeto de Lei nº 3.411/84 do Deputado Mário Hato que:

“autoriza a celebração de acordos e convênios entre prefeituras municipais e governos estaduais com entidades análogas do exterior, para a constituição de ‘cidades irmãs-estados irmãos’.”

2. Como bem o lembra o senhor Secretário-Geral, em despacho no qual solicita o parecer desta Consultoria Jurídica sobre a matéria (Memo. DAL/87, de 26.6.84), já existe determinação emanada do Gabinete Civil, através do “Aviso Circular nº 07/83 de 19 de setembro desse ano, (anexo 1) na mesma linha do parecer desta Consultoria, CJ/331 de 24 de abril de 1983.

3. A referida circular define, com exatidão, a posição constitucional brasileira face à matéria.

4. Assim, observa-se desde logo, que o projeto do ilustre deputado, trata da “celebração de acordos ou convênios” de caráter internacional. Esse tipo de relacionamento, a terminologia jurídica assim o explícita:

Os ajuste ou convênios internacionais são atos jurídicos, por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades de dois ou mais Estados (ou associação de Estados que possuam personalidade internacional) Accioly, H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1956, v. 1 p. 542. Tem esses atos, a denominação de tratados, pactos, acordos, ajustes, declaração, protocolos, convênios, compromissos, *modus vivendi*, expressões sinônimas, que explicitam um compromisso de validade internacional e derivam do Direito de Soberania que atribui ao Estado a capacidade para contratar, adquirir direitos e contrair obrigações. (Idem)

A respeito, ensina Bevilaqua:

“Soberania territorial, noção de Direito Público, implica na autoridade para legislar, julgar, governar, policiar e tutelar” – isto é, o *imperium Jurisdictionis*” (Bevilaqua, Clóvis – *Direito Público Internacional*, 2ª Edição, Tomo I, Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 32 e seg.).

5. De fato, é a legislação de cada Estado que determina quais os órgãos com a competência para representá-lo nas relações internacionais e estabelece a “extensão dos poderes dos representantes”.

6. O Estado – sabe-se – é uma realidade positiva, dotado de personalidade internacional. Na verdade, é o principal sujeito de uma ordem de relações jurídicas: a das relações internacionais.

7. A soberania é, pela própria essência, indivisível. E só o Estado tem capacidade para exercer direitos e contrair obrigações internacionais, vale a dizer, o direito de celebrar atos jurídicos internacionais.

8. Entende-se o estado federado, na lição de Accioly:

“como a união permanente de dois ou mais estados na qual cada um conserva apenas a autonomia interna e transfere a soberania externa a um organismo central.” Accioly; H. – op. cit., p. 124.

9. Dispõe também nesse mesmo sentido, a Convenção Interamericana de Montevideú, 1933, no seu artigo 2º:

“O estado federal constitui uma só pessoa ante o Direito Internacional.”

10. A “forma federativa, no Brasil, vem consagrada desde 1891, quando se constituiu em Estados Unidos do Brasil”, “por união perpétua de suas antigas províncias”

11. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, perfilhando o rumo tradicional, ao assegurar a “autonomia interna dos Estados” em que cada um se rege pela Constituição e leis por ele próprio adotadas, reserva a União Federal, a competência exclusiva da manutenção de relações com Estados estrangeiros:

“Artigo 8º – Compete à União:

1 – manter relações com Estados estrangeiros e com estes celebrar tratados e convenções.”

12. Atribui, ainda, a mesma Lei Magna, à *competência privativa do Presidente da República*:

“Artigo 81 –

IX – manter relações com os Estados estrangeiros;

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”.

13. Compete pois, ao Direito Constitucional de cada Estado, na forma da mais autorizada doutrina – “a determinação dos órgãos e processos que formam a vontade estatal no seu relacionamento internacional”. (Rodriguez-Zapata, Jorge *Constitucion, Tratados Internacionales Y Sistemas de Fuentes del Derecho*, Colégio Real de España, 1976, p. 55 e seg.).

14. No Direito brasileiro, como referido, a Constituição confere ao Presidente da República a incumbência de manter as relações do país com os governos estrangeiros.

15. “O Chefe do Estado, todavia” – ensina Bevilaqua;

“dadas as suas múltiplas atividades, não poderia atender pessoalmente à direção dos serviços de contatos com o exterior, por isso, constitucionalmente reúne ‘tais serviços’ num organismo

político administrativo, chefiado por um mandatário de sua confiança.”

“No Brasil, o referido organismo é o Ministério das Relações Exteriores e seu Chefe, é o Ministro de Estado, também denominado Chanceler” (Idem Accioly, H. – op. cit., p. 443)

16. A competência do Ministério das Relações Exteriores na execução da política internacional da República, vem fixada, desde 1891 pela lei de 28 de outubro. Na atualidade, nos termos do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que complementa o texto constitucional, cabe ao Ministério das Relações Exteriores assistir o Presidente da República na condução e execução da política internacional do país.

17. Em face do exposto, não cabe dúvida de que o projeto em apreço, excede à legislação em vigor, contrariando o dispositivo que, dentro da sistemática liberalista, dá à União a competência *privativa* da condução da negociação com Estados estrangeiros.

18. Por outro lado, a proposição em apreço infringe diretamente o estatuído pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), ratificada pelo Brasil, que em seu artigo 41, nº 2, dispõe:

“que o relacionamento oficial na área internacional deve realizar-se através dos respectivos Ministérios das Relações Exteriores ou outro órgão, entre eles previamente estabelecido”.

Conclusão

19. Realmente, o *fato federal* irreversível, reorganizou no Brasil a Nação Unitária. A idéia vinha há muito, incrustada no espírito nacional. Havia-se dela cogitado já em 1831, quando se pensou em “monarquia federativa:” (Calmon, Pedro – *A Federação e o Brasil*, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1933, p. 18).

20. A soberania – como a etimologia do vocábulo mostra – “é o poder superior a todos os outros” (Vitali, Vittore – *Princípio della filosofia jurídica de lo Stato*, p. 14). É um Poder supremo

o direito de mandar ou de tomar uma decisão definitiva; é a competência das competências (*Le Fur, Louis – La Theorie du droit naturel depuis le XVII siècle et da doctrina moderne*, R.D.C.,

18, 1927 – III, p. 409). Desempenha-a no regime brasileiro, a União que, pelas cartas republicanas, governa através dos órgãos nacionais, – os Poderes. Assim, aos Estados – ensina Calmon:

“resta a autonomia, isto é, o seu governo interno, regulado pelo estatuto ativo, dentro das normas da Constituição Federal” (Calmon, Pedro – op. cit., p. 34 e 35).

21. A soberania, é a *potestas* insuscetível de limitação por outro poder. É una e indivisível. É a lei, isto é, a coexistência da regra de Direito e da condição de Estado. Nele, pois, não pode haver poderes concorrentes.

22. A soberania, “o poder perpétuo e absoluto do Estado”, no entendimento do século XVI (Bodin, – *Les Six Livres de la Republique*, apud Gardot, André –, R.D.C. 50, 1934 – IV, p. 549- 741, 611-628, o *sumum imperium* do soberano sobre o seu território e seus habitantes, vem compreendida, hoje, como “o direito de mandar, de tomar uma decisão definitiva, ou, como definiu Le Fur:

consiste para o Estado, no direito de decidir em última instância sobre as questões de sua competência... graças ao qual ele poderá fazer executar suas decisões pela força, em caso de resistência por parte de seus nacionais. (Le Fur, Louis – *Précis de Droit International Public*, Librairie Dalloy, Paris, 1931, p. 63, nº 133).

23. A soberania, enfim, ensina Scelle:

“é essência única e só pode aplicar-se a um único organismo, eis que é o direito de determinar-se a si próprio a sua própria competência: e a Kompetenz – a competência da sua competência.” (Scelle, M.G. *Cours de Droit International Public, Les Cours de Droit*, Paris, 1947-1948, p. 59).

24. Por certo, na forma federativa, uma unidade (o estado federado), goza de autonomia;

“mas esta difere do Estado verdadeiro, o Estado completo (Jellinek), ou soberano, porque lhe falta a referida competência

das competência que é própria do Estado soberano” (Le Fur; L, op. cit., p. 92, nº 205; Rousseau, Charles, *Derecho internacional Público*, Anel, Barcelona, 1966, p. 97. *A exclusividade da Competência*, Verdross, Alfred – *Derecho Internacional Publico*, Aquilar, Madrid, 1963, p. 9 e seg.).

25. “A autonomia vem entendida não como um grau inferior de soberania, que se não divide nem partilha. No regime brasileiro aos estados incumbe, sem a interferência do centro, o provimento das próprias necessidades e certos impostos, que lhes asseguram uma renda privativa. Mas, todos os outros Direitos a eles avocados, sofrem um limite, expresso ou implícito, dependentes da forma republicana federal, cuja manutenção é dever do governo geral e de quantos meios haja de lançar mão esse governo, para realizar os seus fins”. (Idem, p. 36)

26. “Na Federação” – é a lição de Pedro Calmon:

Há aliança dos territórios (União). O laço que os prende, o nexo que os uniformiza, o espírito que os vincula a uma disciplina nacional, é a Constituição, verdadeiro pacto de união federal. Daí que, qualquer infração desse “Contrato” ofende não direitos pessoais, mas o Direito Público Interno e arrisca a desunião; envolve o perigo de desagregação (Calmon, P. – *Curso de Direito Publico*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1938, p. 224 e 225).

27. Na forma federativa, inquire Le Fur:

“quem é responsável sob o ponto de vista internacional? Somente o Estado Federal, mas, se este não pode fazer-se obedecer pelas unidades componentes, ocorre a anarquia” (Le Fur, op. cit., p. 92- 95 – nº 210 e seg.).

28. Os estados federais e pois, suas unidades e subdivisões municipais, não são Pessoas de Direito Internacional, mas de Direito Público Interno (Código Civil Brasileiro, art. 14,11). Isto é, não têm personalidade para o trato internacional (Barbalho, “Comentários”)

29. Dessa forma, a Lei Magna dá que se rejam os estados, pela Constituição, e leis que adotarem, respeitadas, porém, os princípios

fundamentais da União, que são as condições vitais da federação, os direitos existenciais do organismo nacional, que traduzem a unidade da pátria: esses, os direitos imposteráveis, privativos da União.

30. À vista do exposto, considera-se na doutrina e em prática, que:

- a) a unidade federativa não goza de outros direitos senão os que lhe confere a lei ordenadora;
- b) não tem o direito de representação internacional;
- c) não substitui o sujeito privativo do relacionamento externo, a entidade jurídica política que é o estado na sua competência fundamental de manter a ordem jurídica da comunidade regional ou universal;
- d) “o Estado é órgão das relações internacionais, é o produto completo de sociabilidade humana, sobrepondo-se à família, ao município e às demais associações com fins temporais por ele limitados” (Truyol Y Serra, A - *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Armênio Amado, Editora, Coimbra, 1962, p. 100 e seg.);
- e) a unidade federal, no entanto, está vinculada a uma ordenação jurídica positiva superior e desenvolve sua atividade dentro dos limites que este lhe traça como última instância, regulando-lhe o comportamento com maior ou menos autoridade;
- f) a soberania do Estado é o presuposto do Direito Internacional que, por sua vez, constitui o ordenamento da sociedade geral submetido ao princípio da solidariedade e de responsabilidade;
- g) o titular imediato da autoridade, na comunidade internacional é o conjunto de seus membros soberanos, sem a interferência de entidades especiais, digo, as subdivisão política dos Estados.

31. Dessa forma, embora se reconheça os altos propósitos do projeto, a conclusão, em termos estritamente jurídicos e de formalidade diplomática é a de que foge às linhas normativas da lei interna brasileira e

dos dispositivos consagrados pelo Direito Internacional Convencional. O comando único – elemento indispensável – é o sustentáculo da integridade nacional. O Regime Federalista brasileiro não comporta a instituição *de Cidade-Estado*.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 19 de agosto de 1984.

M. Franchini-Netto

Em Anexo – Aviso Circular nº 07/83 de 19.9.83 do Gabinete Civil, aos governadores dos Estados.

ANEXO 1

“Senhor Governador,

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 8º, item I, que é da competência da União ‘manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções’. E o artigo 81, item IX, estabelece que é atribuição privativa do Presidente da República ‘manter relações com os Estados estrangeiros’.

2. Assim sendo, iniciativas estaduais e municipais de natureza internacional, tomadas sem prévio entendimento com o governo federal, além de infringir preceitos da Lei Maior, podem acarretar conseqüências contrárias aos interesses do Brasil.

3. A fim de assegurar o cumprimento da norma constitucional, bem como a necessária unidade da ação internacional do Brasil, julgo oportuno pedir a atenção de Vossa Excelência para a orientação exposta a seguir, e, por seu intermédio, também a atenção dos senhores prefeitos municipais desse Estado.

4. Nos termos do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cabe ao Ministério das Relações Exteriores assistir o Presidente da República na condução e execução da política internacional do país. Em conseqüência, todas as iniciativas estaduais e municipais que impliquem

tratativas com autoridades estrangeiras visando à celebração de atos ou declarações conjuntas de qualquer natureza, inclusive convênios, contratos e troca de convites para visitas, deverão ser precedidas de consulta ao Itamaraty, que as avaliará à luz dos interesses globais da política exterior brasileira e as submeterá a consideração do senhor Presidente da República.

5. Caso haja decisão favorável, examinará o Itamaraty o modo de implementar essas iniciativas estaduais ou municipais, em coordenação com os setores interessados, ponderando a conveniência da participação do próprio governo federal.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência os protestos da minha alta estima e mais distinta consideração.

João Leitão de Abreu
Ministro Chefe do Gabinete Civil

Projeto de Decreto Legislativo nº 3,
de 1983.

Acréscimo ao artigo 1º do Decreto
Legislativo nº 85/1975.

PARECER

O senhor Secretário-Geral, remete à apreciação desta Consultoria Jurídica, o Projeto de Decreto Legislativo nº 3, de 1983, acompanhado pelo Ofício SAL/DAI/36/692.3, de 12.8.83, solicitando ainda “subsídios complementares ao citado ofício”.

2. O referido Projeto nº 3/83, acrescenta um novo parágrafo ao artigo 1º do Decreto nº 85 de 1975.

“que aprova o texto do Acordo sobre Cooperação no Campo de Usos Pacíficos de Energia Nuclear, assinado entre o Brasil e a República Federal da Alemanha.”

3. O parágrafo em acréscimo estabelece:

Todo ajuste, protocolo, contrato ou ato de qualquer natureza que tenha por objetivo implementar ou dar executoriedade às disposições do acordo referido no *caput* será submetido à prévia aprovação do Congresso Nacional.

4. Pretende pois o projeto de decreto legislativo em exame alterar em 1983, por um acréscimo, o texto de Acordo Internacional assinado em 1975, e ratificado pelo Brasil e pela Alemanha Federal.

5. Como se verifica desde logo, o projeto em tela vem apresentado *à posteriori*, isto é, 8 anos após a sua aprovação pelo Senado e entrada em vigor na forma da Lei Magna.

6. Ora, diga-se desde logo, não é dado constitucionalmente, ao Congresso, o direito de acrescentar a um acordo legalmente adotado, quaisquer dispositivos que, de certo modo, venham a modificar o teor do ajuste internacional em vigor.

7. Essa iniciativa competiria ao Poder Executivo, através de nova remessa de texto. E não ao Legislativo.

8. Do decreto legislativo em pauta resulta evidente que o Parlamento se investiria do direito de proceder à política exterior, visto como importa na modificação de um ajuste já anteriormente submetido e aprovado por ele próprio.

9. O acordo internacional em referência, concluído nos termos constitucionais, foi transformado em lei interna. Daí porque o projeto de decreto legislativo vem fora de tempo.

10. Para atender às objeções ou preocupações tardiamente levantadas, seria necessário – repete-se –, que o Executivo, em concordando, propusesse ao Legislativo, para que o processasse em protocolo aditivo, como o estabelecem as normas do Direito Internacional, visto como, o novo dispositivo, altera, posteriormente, o texto vigente.

11. Estamos, a nosso ver, face a um projeto de decreto legislativo que importa não em uma implementação, mas, de fato, na alteração de um acordo aprovado e consagrado na área interestatal. Um novo texto, – aflora à evidência –, requereria novo ajuste, visto como altera a intenção do convencionado.

12. Nesse sentido, recorde-se, o Poder Legislativo não tem, constitucionalmente, a iniciativa dos atos internacionais, pois, “se compete à União, na forma do artigo 8º, manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções”, ao Presidente da República compete, privativamente, segundo o disposto no artigo 81,

“IX – manter relações com os Estados estrangeiros;

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional.”

13. Dessa forma, celebrado o acordo internacional, é ele remetido, pelo Executivo ao Congresso Nacional para que este “resolva definitivamente” sobre o ato apresentado (artigo 44, I).

14. E como o Congresso resolve definitivamente? Através do *referendum*, isto é, dando ou não a aprovação ao que lhe é submetido. Ou melhor resolvendo *definitivamente* se aceita ou recusa o acordo, – o que já foi feito no caso em tela, em 1975 após o que se procede à ratificação, ato exclusivo de Presidente da República, que segundo a processualística administrava, obriga o país.

15. E mais ainda, não bastasse a argumentação jurídica acima exposta, o senhor Secretário de Assuntos Legislativos reforça-a com a apreciação de importantes aspectos peculiares do acordo em exame, ao aduzir as seguintes observações, que subscrevemos:

a alteração que pretende aquele parlamentar introduzir no Decreto Legislativo nº 85/75 vai além da aprovação de um acordo bilateral entre governos, pois se refere, de fato, a atos que têm a natureza de contratos industriais entre entidades de direito privado. O Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear Brasil – RFA não contempla em suas disposições a celebração pelos dois governos de quaisquer instrumentos complementares que o implementem. Seu artigo 1º estabelece que as “Partes Contratantes fomentarão a cooperação entre instituições de pesquisas científica e tecnológica e empresas dos dois países”. Essa cooperação efetiva-se por meio de contratos e convênios entre instituições e empresas, os quais não caracterizam “atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”, deixando, portanto de enquadrar-se no artigo 44 inciso I da Constituição e escapando da competência do Congresso Nacional.

Conclusão

16. É princípio consagrado pela grande maioria da doutrina e aceito na prática pelo Brasil, que ao Congresso não compete a

apresentação de emendas ou reservas, pois isso, representaria na rejeição do ajuste. Em as ocorrendo, caberia ao Executivo, se de acordo, negociar novo ajuste.

17. Saliente-se, por outro lado, que “atos para implementar ou dar executoriedade constituem assuntos de mera rotina administrativa, que competem à área privativa do Executivo. Admitir-se o contrário, seria cercear a ação do Estado em seus contatos com os demais membros da comunidade “pois a ação legislativa é sempre lenta” (veja-se por exemplo o caso em tela).

18. Na vida internacional contemporânea a solução de certos problemas do interesse de mais de um Estado, exige celeridade. Não é razoável, pois,

“que ajuste internacionais de mera rotina administrativa ou de natureza puramente administrativa devam ser submetidos ao Poder Legislativo” Accioly, H. – *A Conclusão de Atos Internacionais no Brasil*, BSDI, Ano IX, janeiro/dezembro, nº 17-18, 1953, p. 59).

19. Nessa mesma linha, observa ainda mestre Accioly:

“Há acordos, porém, que versam sobre matéria pertencente à competência privativa do Chefe da Nação... e nos parece indiscutível que os mesmo não devem ir ao Congresso – conforme, aliás, o costume entre nós estabelecido.” (Idem, p. 60).

20. A tese de Accioly foi esposada pelo Itamaraty, como o apoio de vários e eminentes juristas como entre outros, Levi Carneiro e Fonseca Hermes Júnior, J.S. (Idem, p. 129 e seg.); Pereira de Araújo, João Hermes; *Processualística dos Atos Internacionais*).

21. De fato, um exame da prática brasileira, leva a concluir pela existência, entre nós, de uma regra costumeira – *opinio juris*, segundo a qual, “dentro do critério de competência privativa dos poderes do Estado, os atos internacionais que versem sobre matéria de atribuição do Poder Executivo, como sejam a implementação de um ajuste já referendado, e sua executoriedade, como lei interna (pois ratificada), prescindem de nova apresentação ao Congresso.

22. Ao Congresso Nacional cabe a prerrogativa:

“de resolver em definitivo se o ato ajustado merece ou não ser transformado em lei”.

23. Assim,

“modificar ulteriormente qualquer das cláusulas, artigos, ou dispositivos, introduzir reservas, substituir palavras ou deslocar simplesmente uma vírgula, alterar, enfim, o texto, o alcance ou o sentido de ato assinado (porque autorizado) implicaria na deturpação de sua essência, de seu espírito, de sua finalidade ou propósito, após uma laboriosa obra de harmonização concertada pelo *consensus opinium*, no seu todo homogêneo e consagrado”.
Fonseca Hermes, op. cit., p. 130 -131).

24. Admitir o contrário, seria atribuir à outra parte o mesmo e arbitrário direito de adotar, unilateralmente, alterações ao pactuado.

25. O ato internacional, cumpridas todas as formalidades internas e externas, se transforma, com a promulgação e publicação, em preceito obrigatório, incorporado à legislação nacional, com derrogação do que lhe for contrário:

“o predomínio do princípio geral da competência privativa dos órgãos constitucionais, fazendo depender da aprovação legislativa os tratados que versam sobre matéria exclusiva do Poder Executivo implica em fugir do *jus constitutum* para penetrar no campo de *jus constituendo*.” (Idem).

26. Os Poderes políticos – Executivo e Legislativo alternam-se no processo constitucional, mas sempre dentro da competência própria, de acordo com o princípio geral de separação das esferas.

27. O fenômeno derivado da industrialização crescente e da intercomunicação mais íntima e mais rápida da conjuntura internacional, deu origem a um fato político que atribuí, cada vez mais, ao Poder Executivo, a direção de uma administração especializado e mais urgente. Ora,

“O direito reflete a natureza das coisas: é como que o reflexo do universo que ele busca reconhecer.” (Shwarz –, Liebermann Von Wahlendorf – *Reflexions Sur La Nature des Choses et La Logique Du Droit*, Mouton Edit., Paris, 1973, p. 10).

28. Observa-se, pois, que a planetização do fenômeno jurídico exige uma pronta resposta que não se coaduna, no plano internacional, com a morosa processualística legislativa. Daí os “acordos em forma simplificada”, que escapam ao controle do parlamentar e por si dinamizam o relacionamento interestatal.

29. No caso previsto no Acordo de 1975, trata-se tão-somente de implementação administrativa, o que nunca foi objeto de acordo político. Ele é auto-executável.

30. Dessa forma torna-se imperiosa, por vezes, a necessidade de complementar o ato internacional, compatibilizando-o, numa coordenação dos princípios legais internos com as exigências das praxes do Direito das Gentes.

31. O Chefe do Executivo é que exerce, de fato, no organismo funcional, as fases posteriores e finais do processo convencional, através de atribuições privativas de caráter “predominantemente administrativo”, para dar prossecução, até a ultima fase, ao ajuste a concretizar.

32. É que, – relembra-se –, a aprovação de um tratado na esfera legislativa (*referendum*), não constitui o ato último e definitivo da negociação que segue outras etapas de ordem tipicamente administrativa e da competência exclusiva do Chefe da Administração nacional, na área do relacionamento exterior.

33. Essas etapas obedecem a processualística própria, decorrente de preceitos constitucionais e da praxe diplomática internacional, esta, por vezes, com base consuetudinária.

34. Assim, a fase da ratificação, depósito da ratificação (ou troca), promulgação e publicação, suscede a etapa administrativa de competência do Poder Executivo, para implementação do ajustado, por exemplo, através da “Troca de Notas”.

35. Sobre essa atribuição constitucional, no regime federativo e presidencial, ao examinar as fases finais de processualística dos tratados, conclui

Malberg, comentando a Constituição francesa que, no item, não se diferencia da nossa:

Ausi, il semble résulter de l'art. 8, que le Président possède, en tant qu'organe de l'État claus des relations internationales, un pouvoir de décision et de réglementation qui est bien plus large qui lui appartient à l'interieur, en tant que chef de l'administration (Malberg – “Contributin à la Théorie Générale de l'État”, 1920 e 1962 (revista), parágrafo 175, p. 536 – 541).

36. Ora, ratificado o tratado, promulgado e publicado, a lei existente e,

a ela se aplicam internamente os mesmos princípios gerais que se contém na Lei de Introdução (arts. 1º e seg.), máxime aqueles que dizem respeito à promulgação (quase sempre), à publicação (sempre), à vigência, à executoriedade e à *vacatio legis* (Rezende Rocha, Augusto – Parecer, 12/9/1975).

37. Ajustes por Troca de Notas, ou complementares de decisões jurídico-políticas, ou ainda coextensivos de tratados, aprovados pelo Congresso Nacional ou que se cingirem à matéria administrativa de competência interna ou Poder Executivo e, mais explicitamente de atribuição do Presidente da República, dispensam o *referendum* do Congresso Nacional. Ou o tornam facultativo.

38. Finalmente, resulta do exposto, que o Projeto de Decreto Legislativo nº 3, de 1983, em que se reconhece as altas intenções de seu eminente autor, apresenta-se inaceitável por inconstitucional, porquanto:

1º – acrescenta uma interpretação que inova o texto convencional consagrado, o que importa em modificar o desígnio inicial do acordo;

2º – atribui uma competência que a Constituição não confere ao Legislativo, qual seja, a de alterar a redação de um tratado já referendado, ratificado, promulgado e publicado;

3º – qualquer forma de execução administrativa de um ato internacional é da competência privativa do Poder Executivo;

4º – a implementação administrativa nunca foi objeto de acordo político e não está sujeita ao controle obrigatório do Legislativo;

5º – o acordo em tela, já cumpriu as etapas constitucionais. É lei interna e só pode ser alterada através dos trâmites estabelecidos na Carga Magna;

6º – o Congresso, quando tiver necessidade de tomar conhecimento dos atos de implementação determinados pelo Executivo, tem o recurso de solicitá-lo diretamente, ou recorrendo à Assessoria Parlamentar ou ainda convocando, na forma da Constituição, o Ministro das Relações Exteriores;

7º – o acordo referendado e ratificado é auto-executável;

8º – o Projeto de Decreto Legislativo nº 3 de 1983, apresenta-se *à posteriori*, 8 anos depois de consagrado o acordo com a Alemanha Federal, e implica na modificação do anteriormente a ele submetido, e por ele, em tempo, aprovado.

É esse, s.m.j, o nosso parecer.

Brasília, 30 de agosto de 1984

M. Franchini-Netto

Substitutivo oferecido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao Projeto de Lei nº 5.983/82 que altera a Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950.

PARECER

O Projeto de Lei nº 5.983 de 1982, do Deputado José Frejat, dispõe sobre “atos internacionais firmados pela União, Distrito Federal, Estadual e Municípios”, propondo um acréscimo ao artigo 6º a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

“tipificando como crime de responsabilidade deixar de enviar ao Congresso Nacional, no prazo máximo de trinta dias da assinatura, acompanhados de cópia de toda a documentação pertinentes, os tratados, convenções, acordos, convênios, empréstimos ou quaisquer outros atos internacionais firmados pela União, Distrito Federal, Estados ou Municípios, pelos seus órgãos de administração direta ou indireta bem como pelas fundações instituídas ou mantidas pelo poder público.”

2. Na sua justificativa o ilustre parlamentar acentua:

1) “que é preceito constitucional que os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, deverão ser resolvidos definitivamente pelo Congresso Nacional” (art. 44. item I da Lei Maior):

2) “que os empréstimo, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos estados, do Distrito Federal e dos municípios deverão ser apreciados privativamente pelo Senado Federal, ouvido o Poder Executivo Federal” (art. 42, item V dos mesmos textos fundamentais).

3. Ao Projeto de Lei nº 5.983 de 1982, do referido deputado, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados adotou o seguinte substitutivo ao mencionado artigo 6º, da Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950, capitulando como *crime de responsabilidade*:

“9º deixar de enviar ao Congresso Nacional, no prazo máximo de trinta dias da assinatura, acompanhado da cópia de toda a documentação pertinente, os tratados, acordos, convênios, empréstimos ou quaisquer outros atos internacionais firmados pela União.”

4. O senhor Secretário-Geral ao solicitar o parecer desta Consultoria, percutiu o âmbito jurídico do projeto, ao observar:

- a) “que continua a inconformidade do Congresso Nacional à interpretação que tem dado o Poder Executivo ao artigo 44, I da Constituição.”
- b) “que a proposição de configurar como crime de responsabilidade, deixar de enviar ao Congresso Nacional no prazo de trinta dias de assinatura os atos internacionais, é solução drástica, de conteúdo não esclarecido como conviria a prazo estabelecido irreal.”

5. Realmente assim se afigura, pois o exame do projeto revela que, embora o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça, acima citado, já tenha limitado, em certo sentido, a extensão do projeto inicial, ainda assim, a proposição apresenta-se juridicamente inaceitável, como se verá.

6. De fato, o substitutivo aprovado fundamenta-se no “artigo 44, item I da Lei Maior” que expressa:

Artigo 44

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República.”

7. É necessário atentar, porém, que um artigo de lei, codificada, não funciona sozinho. É necessário que a sua interpretação, seja compatível com o todo orgânico, isto é, com os artigos complementares que lhe explicitam o sentido, complementando-o.

8. No caso em apreço, o citado artigo (44) vem interligado ao artigo 81 da mesma Constituição, que, no item X, estabelece *a forma da decisória legislativa*, que se expressa através do *Referendum* aos atos que, Presidente da República, no exercício de sua *competência privativa*, lhe submete à sua apreciação. *Esse Referendum traduz-se na aceitação ou recusa, na aprovação ou não, in totum, do proposto:*

“*Resolver definitivamente*, é referendar ou não, sem crescer ou suprimir.” (Pontes de Miranda – *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1 de 1969 – 1970 – tomo III).

9. À argumentação acima, acresce ainda, para complementá-la, recordar, que nem todos os atos internacionais devem ser obrigatoriamente submetidos ao *Referendum* do Congresso.

10. De fato, os tratados ou outros ajustes internacionais requerem como indispensável, o *Referendum*, quando são de alcance político; e na esfera administrativa, para os de natureza tributária ou que importem em compromisso financeiro.

11. Mas é facultativo, o mencionado *Referendum*, quando tratar de matéria de competência constitucional regulamentar do Poder Executivo ou ainda face a ajuste complementar ou coextensivo de outro já aprovado pelo Congresso.

12. Os tratados ou outros atos internacionais (convênios, protocolos etc.) “obedecem a processualística própria, decorrente de preceitos constitucionais e dos requisitos da praxe internacional vigente no trato interestatal.

13. A matéria que tem sido objeto de vários pareceres desta Consultoria, já foi motivo de longa discussão doutrinária e sobre ela, Accioly, eminente Consultor desta casa, fixou definitivamente a linha que o Executivo aceitou e perfilha:

“nunca se entendeu, entre nós, que a aprovação do Congresso Nacional era necessária, ou melhor, indispensável, para quaisquer atos bilaterais internacionais.” (BSBDI – Rio, 13/14; 20-23, janeiro-dezembro, 1951).

14. E esclarecia o saudoso mestre, em tese esposada pelo Itamaraty:

“O Executivo, além de possuir a iniciativa nesse assunto, por lhe competir manter relações com Estados estrangeiros, tem uma esfera de ação que lhe é privativa. E seria estranho que, dentro dessa esfera de ação não lhe fosse permitido usar daquela competência que lhe é própria” (Idem).

15. A respeito diz Pereira de Araújo:

“Essa é uma constante na prática brasileira, (desde o início da vigência da Constituição republicana) e coaduna-se com a melhor doutrina contemporânea” (Pereira de Araújo, João Hermes).

Conclusão

a) *Quanto à remessa de acordos internacionais no prazo improrrogável de 30 dias da assinatura:*

16. A coordenação entre os princípios constitucionais e os dos preceitos jurídicos internacionais é coextensiva e impõe-se compatibilizá-los, para sua coexistência, respeitando-se na área interna a competência dos Poderes, – equilibrados na sua separação –, para a segurança do processo internacional.

17. Nesse sentido, a primeira fase de um tratado, é a da *negociação* que culmina com a *assinatura*. Trata-se, então, do planejamento do ajuste, ambos, na área da competência constitucional *privativa do Presidente da República* através de seu órgão específico, o Ministério das Relações Exteriores.

18. Verifica-se portanto, que a remessa, ao Congresso, dos atos internacionais *no prazo de trinta dias da assinatura, sob pena de responsabilidade*, “é irreal”, como bem o observou o douto senhor Secretário-Geral, visto como, na prática internacional, tal *assinatura*, constitui apenas

uma etapa – não definitiva, da negociação, que pode eventualmente ser reiniciada e os seus termos modificados. É mera promessa, que não configura obrigatoriedade jurídica.

19. Na legislação comum, o Presidente da República dispõe do recurso do veto; na prática internacional dispõe do poder de sustar o andamento processual.

20. O acréscimo proposto pelo projeto ou seu substitutivo, no que tange ao citado prazo improrrogável não pode, pois, pela natureza específica do ato, perturbar a processualística internacional.

21. Na verdade, é da rotina no trato externo, que, quando um artigo de tratado assinado não pode abranger tanto como a circunstância superveniente o exige, a praxe clássica, manda-o novas negociações que não estão submetidas a prazo, eis que não os podem fixar a Estados estrangeiros. Por vezes, mesmo, ocorre ao Executivo considerar que fatos novos determinem ou desaconselhem a prossecução do processo constitucional (item 20).

22. Os atos internacionais têm formas peculiares. O tratado não fica perfeito apenas com a assinatura. Há atos posteriores, na prática internacional, que na maioria das vezes, os ajustam em novo articulado.

23. O Congresso, portanto, não tem competência legal para perturbar a processualística preceituada pelo Direito das Gentes, e portanto, “o prazo estabelecido pelo substitutivo é juridicamente inaceitável.”

24. O *prazo de 30 dias*, repete-se, é *inexequível* dentro do processo da negociação internacional.

b) Obrigatoriedade da remessa de todos Atos Internacionais:

25. Quanto à segunda exigência, consignada no citado substitutivo, sobre a obrigatoriedade da remessa dos “tratados convenções, acordos, convênios, e empréstimos ou quaisquer atos internacionais firmados pela União”, necessário se torna mencionar a distinta processualística que, na prática internacional, rege a sistemática dos tratados.

26. Assim, distingue-se:

1) os “tratados em sentido estrito”, que possuem uma conclusão imediata observando as fases clássicas da negociação, assinatura, ratificação com “uma unidade de instrumento jurídico”.

2) os “acordos em forma simplificada” cuja conclusão imediata se restringe à negociação e assinatura, e são caracterizados pelo fato de não serem apreciados pelo Congresso:

“Nos *self-executing* não é tecnicamente necessário o processo ordinário, basta a assinatura” (Quadri, Rolando – *Diritto Internazionale Pubblico*, G. Prinlla Editore Palermo, IV Edizione; 1964, p. 63 e seg.).

27. Assim se vem procedendo no relacionamento interestatal, desde que a Constituição belga da 1831 introduziu no seu art. 68 a distinção acima referida (27), entre os tratados que podem ser concluídos pelo Executivo sem a intervenção do Legislativo e os que necessitam de aprovação parlamentar (os políticos, os que afetam a tributação, modificam a legislação em vigor ou afetam a soberania). (Mirkine – Guetzévitch, R.D.D., p. 365; Albuquerque Mello, Celso: *Ratificação de tratados*; Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1966, p. 85 e seg.).

28. Anota-se que a prática desses “acordos em forma simplificada”, desenvolveu-se sobretudo nos Estados Unidos “no desejo de fugir à lenta ação da apreciação legislativa, que não se adapta à vida internacional extremamente rápida nos seus contatos e soluções.

29. Os “acordos em formas simplificada” foram definidos pela Comissão de Direito Internacional da ONU como:

“os tratados celebrados por troca de notas, troca de cartas, protocolo de entendimento, memorando, declaração conjunta ou outro instrumento concluído por qualquer processo similar” (*Yearbook of The International Law Commission*, 1962, v. II, p. 161).

30. A validade desses ajustes também chamados “do Executivo”, requer tão-somente a assinatura, assinala-o Cavaré em *Le Droit International Public Positif*, T.I., 1961, p. 92). Essa validade, não é contestada na prática diplomática:

Os acordos em forma simplificada, tais como *modus vivendi*, declarações, etc. são assinados pelos Ministros ou pelos altos funcionários administrativos competentes para tal (Dehousse, Fernad – *La Ratification des Traités*, 1935, p. 97);

Les accords internationaux, autre que les traités sont, dans la pratique américaine, les accords conclus, signés et le cas échéant, ratifiés par le président seul (Roger Pinto, Les Pouvoirs du Sénat Américain, en Matière de Traités, In Revere Internationale de Droit Comparé, 1950, n° 1 – p. 18).

31. Estão, afinal, os “acordos do executivo” dentro do seu poder próprio, ou melhor, decorrem de autoridade desse poder.

32. Accioly, em dois trabalhos clássicos publicados no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, firmou doutrina, de que, a aprovação legislativa seria dispensada nos seguintes atos:

- a) “os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo;
- b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso sobre questões de interesse local ou de impotência restrita;
- c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusula de um tratado já vigente;
- d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são o seu complemento;
- e) os de *modus vivendi* quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futura;
- f) as “declarações de extradições” e ajustes para a prorrogação de tratado antes que expire” (Accioly, H. – BSBDI janeiro-junho, 1948, n° 7; Idem: *A Conclusão de Atos Internacionais no Brasil*, BSBDI, 1953, n°s. 17 e 18, p. 18 e seg.).

33. A verificação do critério para a admissão de “Acordos do Executivo” desde que tratem da matéria de competência do Poder Executivo, vem claramente expressa, vez que “a Constituição indica o que compete privativamente a cada Poder”

34. Finalmente, nessa mesma linha doutrinária pouco contraditada, e largamente apoiada na prática diplomática, Visscher observa:

“L’ evolution constitutionnelle en associant les assemblées représentatives à la conclusion des traités, a rendu le treaty-making-

power mais apte à régler avec rapidité les questions urgentes que le multiplication des contacts entre les nations ne cesse de poser sur le plan international.” Visscher, Paul – *De la Conclusion des Traités Internationaux*, 1942, p. 127); “os Acordos Executivos são praticados intensamente no mundo inteiro e sempre o foram inclusive no Brasil” (Albuquerque Mello, C. – *Ratificação de Tratados*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1966, p. 115).

c) *Quanto à cópia documental.*

35. No que se refere à terceira exigência, a do envio de cópia de toda a documentação pertinente ao tratado submetido ao Congresso, exigência essa constante tanto do projeto como do seu substitutivo, o Ministério das Relações Exteriores sempre o tem feito e, quando não julgados suficientes, ao Parlamento cabe o recursos de solicitar a complementação desejada e mesmo convocar, para maiores esclarecimento, o Ministro de Estado das Relações Exteriores.

36. Contudo, finalmente, se não bastassem os argumentos citados para demonstrar a inconstitucionalidade do projeto ou seu substitutivo, em que se reconheça as nobres intenções de seus ilustres autores, resta *como conclusão*, assinalar a impropriedade da metodologia jurídica, que pretende atualizar fatos e idéias que a Constituição posterior à de 1950, (a invocada) não admitiu... De fato, a Constituição que se quer alterar é ainda a de 46...

36. O projeto e seu substitutivo, pelas razões expostas infringe os dispositivos legais e não pode ser aceito.

É esse, s.m.j., o nosso Parecer.

Brasília, 26 de outubro de 1984.

M. Franchini-Netto

Projeto de Decreto Legislativo nº 67/84. Apresenta novo dispositivo ao “Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina” de 9.5.1967.

PARECER

O senhor Secretário-Geral, ao remeter à audiência desta Consultoria Jurídica o “Projeto do Decreto Legislativo nº 67/84, “formula duas questões fundamentais que devem orientar o parecer solicitado, no que diz respeito aos problemas legais que o projeto suscita:

I – pode o Legislativo modificar os termos do decreto pelo qual aprovou um ato internacional?”

II – pode o Legislativo determinar as condições sobre as quais o Executivo adere a um ato internacional?

2. O projeto em tela traz à baila, novamente, questão jurídica que ao largo dos anos, tem sido objeto de vários pareceres desta Consultoria Jurídica, o último dos quais, (CJ/ 338/84) de agosto último. A prática do Itamaraty, no entanto, sobre a matéria, coadunando-se com os princípios normativos da Constituição e do Direito Internacional, não sofreu alteração.

3. Desta feita, trata-se do Decreto Legislativo nº 67/84, que:

“acrescenta dispositivo ao Decreto Legislativo nº 50 de 30 de novembro de 1967, que aprovou o Tratado para a Proscrição de

Armas Nucleares na América Latina, assinado na cidade do México a 9 de maio de 1967.”

4. Propõe o ilustre Deputado José Eudes, que o artigo 1º do referido Decreto Legislativo nº 50, seja acrescido de um parágrafo único, com a seguinte redação:

“Artigo 1º:

§ Único – O Poder Executivo dispensará, nos termos do § 2º do artigo 26 do citado tratado, o cumprimento dos requisitos constantes das alíneas do parágrafo primeiro.”

5. Verifica-se, pois, que o projeto de decreto legislativo em exame, estatui, em 1984, a alteração de um dispositivo constante de um tratado multilateral assinado e ratificado formalmente, em 1967.

6. A medida proposta vem, portanto, apresentada *a posteriori*, isto é, *dezessete anos* depois de sua aprovação pelo próprio Legislativo e do cumprimento, pelo Executivo, dos demais ritos constitucionais.

7. Assim, respondendo desde logo ao item 1 da consulta, pode-se afirmar, que não é dado, constitucionalmente, ao Congresso, o direito de acrescentar a um acordo internacional em vigor, quaisquer modificações que lhe venham a alterar o teor.

8. Essa iniciativa, cabe somente ao Presidente da República a quem incumbe, *privativamente*, na forma do artigo 81 da Lei Magna:

“IX – manter relações com os Estados estrangeiros;

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional.”

9. No presente caso, tendo sido obedecidos todos os trâmites constitucionais, a alteração proposta significaria que o Parlamento estaria investindo no direito de proceder à política exterior, o que lhe escapa às atribuições legais.

10. Realmente o Projeto de Decreto Legislativo nº 67/84 incide na estrutura de um acordo consagrado na área interna e na internacional.

11. Ora, um ajuste interestatal é um todo orgânico cuja alteração ou revogação obedece a uma sistemática normatizada pelo Direito

Internacional, visto como o documento empenha a palavra do Estado, contraída pelo seu órgão competente, perante a comunidade. Importa, portanto, numa responsabilidade obrigacional coletiva, e implica na observância da regra fundamental *Pacta Sunt Servanda*.

12. Kant, na “Metafísica”, erigiu o dever de manter a promessa dada em “imperativo categórico”

13. Dentre os “Quatro Princípios do Direito das Gentes”, Redlslob cita, como o primeiro deles:

“a força obrigatória das convenções, pois o Direito Internacional Público é, afinal, um acordo de vontades” (Redlslob, R. – *Histoire des Grands Principes du Droit Des Gens*, Paris, Rousseau et Cie, Editeurs, 1923, p. 21).

14. A respeito, pontificou Cícero:

“Le Fondement de la justice est la bonne foi, c’est-à-dire la fidélité à la parole donnée et aux engagements pris” (De Officiis, l VII 23).

15. Tal é a força obrigatória de um tratado – o respeito à palavra dada – que, mesmo mudadas as circunstâncias conjunturais, percutindo o interesse nacional, a regra *Rebus Sic Stantibus*, se não estudada, cuidadosamente, pelos órgãos competentes, ameaçaria o caráter sagrado dos pactos.

16. Em nosso regime, a separação de Poderes significa precisamente que:

“para a saudável realização dos fins do Estado, harmonizam-se as funções porém separados os órgãos, de vez que, com isso, o que se quis impossibilitar foi, de um lado, o exercício pelo Chefe de Estado, de função legislativa própria dos representantes da Nação; e impedir que o Parlamento invada a esfera executiva e judiciária, conhecendo dos casos a eles pertinentes” (Calmon, Pedro – *Curso de Direito Público*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938, p. 253 e 254).

17. A independência dos Poderes é o *signum specificum* do presidencialismo. Haverá infração ao sistema político, se as relações de colaboração se transformarem em relações de subalternidade.

18. Assim, não possui o Parlamento, constitucionalmente, atribuição para emendar um ajuste que lhe foi oferecido ao *referendum*, isto é:

“a sua aprovação ou não, *in totum*, sem emendas”, ensina Bevilaqua (*Direito Público Internacional*, 2a. ed. Freitas Bastos, Tomo II, p. 18).

19. No mesmo sentido Pontes de Miranda:

“A emenda apresentada pelo Congresso e uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem as negociações no domínio internacional, e a emenda nada mais é que a forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação” (Pontes de Miranda, – *Comentários à Constituição de 1946*, 2a. ed., v. II, 1953, p. 292 – 293).

20. Acrescente-se ainda, que o tratado em tela foi devidamente ratificado e depositado, isto é, foi formalizado na área comunitária internacional, num ato afirmativo de direitos e obrigações mútuas:

“A ratificação é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa as autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a esse projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais” (Sette Camara, José – *The Ratification of International Treaties*, Toronto, The Ontario Publishing Company Ltda., 1949, p. 15); *La Ratification est l'approbation donnée au traité par les organes internes compétents pour engager internationalement l'État* (Rousseau, C. – *Droit International Public, Tome I, Paris, 1970, p. 88 – 89*), “C'est l'acte par lequel la volonté des États est confirmée par l'autorité compétent en vue de lui donner force de loi (Basdevant, J. – *Règles générales R.D.C., 1936, IV, p. 539 -557*).

21. Dessa forma, para a alteração do texto convencional, caberia ao Executivo, se assim conveniente, denunciá-lo dentro dos preceitos e prazos do Direito Internacional ou negociar novo ajuste:

“modificar ulteriormente qualquer das cláusulas, artigos ou dispositivos, introduzir reservas, substituir palavras ou deslocar simplesmente uma vírgula, alterar, enfim o texto, o alcance ou o sentido de um ato assinado (porque autorizado), implicaria na deturpação de sua essência, de seu espírito, de sua finalidade ou propósito, após uma laboriosa obra de harmonização concertada pelo *consensus opinium*, no seu todo homogêneo e consagrado.” (Fonseca Hermes, J.S. da – *O Poder Legislativo e os atos internacionais*, BSBDI, janeiro-dezembro, 1953, n^{os} 17 e 18).

22. Nesse sentido ensina mestre Accioly:

“Os compromissos assumidos pelos Estados em suas relações com outros Estados devem ser colocados em plano superior ao das leis internas dos que os celebram. E as *leis posteriores* não devem estar em contradição com as regras e princípios estabelecidos por um tratado” (Accioly, H. – *Tratado de Direito Internacional Público*, 2a. Edição, Tomo I, Rio de Janeiro, 1956, p. 547); Os tratados revogam as leis anteriores, mas, as posteriores não prevalecem sobre eles, porque teriam que respeitar-lhes os termos (Idem – Tomo I, p. 30).

23. Em apoio, cite-se ainda:

“A lei posterior não pode afetar o tratado, pois, do contrário, todos os tratados guardariam ‘*une condition purement potestative, que leur enleverait tout caractère juridique*.’” (Niboyet – *Manuel de Droit International Privé*, n^o 207, apud Azevedo, Philadelpho – *Os Tratados e os Interesses Privados em face do Direito Brasileiro*, BSBDI, janeiro/junho, 1945, n^o 1, p. 20);

“Nos países da Europa, prevalece a regra da imodificabilidade unilateral dos tratados” (Fauchille, Paul – *Droit International Public*, 8a. ed., Paris, 1926, T.I, T.IV, p. 858);

Conclusão

24. Examinados que foram os princípios constitucionais e internacionais acima expostos (I e II), pode-se concluir:

- a) A norma *Pacta Sunt Servanda* é um preceito jurídico positivo no ordenamento jurídico internacional (Kelsen, *Teoria Geral del Estado*, p. 163);
- b) Regra fundamental, “está mergulhada na esfera dos valores absoluto, pois é a um tempo norma jurídica e ética. E toda regra ética é caracterizada pela imperatividade (Truyol y Serra, – *Noções Fundamentais de DIP*, p. 97);
- c) O tratado é fonte formal e “inconteste” do Direito Internacional Positivo, como o dispõe o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça;
- d) O Direito das Gentes é a ordem normativa da comunidade internacional, e fonte de obrigações jurídicas para os seus sujeitos;
- e) É princípio reconhecido na justiça das Nações que “o tratado internacional é uma regra de conduta obrigatória para os Estados signatários” (Rousseau, op. cit., p. 135);
- f) Essa força obrigatória “reside, juridicamente, na vontade livremente expressa pelas partes e tem por fundamento as exigências de vida internacional” (Basdevant);
- g) O projeto de decreto legislativo pretende, unilateralmente, implementar, substituindo obrigações ajustadas entre Estados estrangeiros, contrariando os princípios universalmente respeitados da *Bona Fide* e *Pacta Sunt Servanda* que presidem o relacionamento harmônico entre os Estados da comunidade;
- h) O acréscimo em cogitação versa sobre matéria da competência *privativa* do Poder Executivo. Admitir-se o contrário seria cercear a ação legal do Estado no exercício de sua política exterior;
- i) Um ajuste internacional regularmente ratificado é um todo orgânico cuja revogação escapa à competência legislativa, visto como tal procedimento obedece a uma sistemática institucionalizada pelo Direito Internacional;
- j) A alteração de um artigo modifica e compromete o ajustado, desequilibrando o todo convencional;

- k) Entende-se, juridicamente, que o ato internacional aprovado pelo Congresso e ratificado pelo Presidente da República não constitui princípio legal de apenas uma das partes, mas um compromisso coletivo de ordem internacional.
- l) E assim, respondendo ao formulado pelo ilustre senhor Secretário-Geral:
 - 1º) o Projeto de Decreto Legislativo nº67 de 1984 – em que se reconhece as nobres intenções de seu autor –, é ilegal em face dos preceitos constitucionais. *A posteriori* não cabe ao Congresso acrescentar, pois estar-se-ia frente à um novo tratado não negociado pelo Poder Executivo.
 - 2º) não é exata a afirmativa da falta de *promulgação* do tratado como, por equívoco, invoca o nobre deputado (anexo I).
 - 3º) o acréscimo proposto inova, o que importa em modificar o desígnio comum, inicial, do tratado. Um ajuste internacional só pode ser alterado de acordo com as demais partes contratantes;
 - 4º) atribui o projeto, uma competência que a Constituição não confere ao Legislativo, qual seja a de alterar a redação de um tratado já referendado e ratificado;
 - 5º) fere o princípio de que a execução administrativa de um ato internacional é da competência *privativa* do Poder Executivo;
 - 6º) implica na alteração, pelo Legislativo, do que lhe foi anteriormente submetido através do *Referendum* e, em tempo, por ele próprio aprovado;
 - 7º) se ao Legislativo não cabe emendar um ajuste que lhe é submetido ao *referendum* (sua aprovação ou não), com maior razão é-lhe vedado alterar um texto convencional ratificado. O *referendum não retroage*;
 - 8º) enfatize-se novamente, que um ajuste internacional, mesmo nos países de regime parlamentar, é confiado exclusivamente ao Chefe da Nação ou do Governo,

através do órgão especial para essa finalidade que é o Ministério das Relações Exteriores;

9º) Assim sendo:

- a) o Legislativo não pode modificar os termos de um decreto pelo qual aprovou um ato internacional; aliás, não o pode fazer quando lhe é submetido ao *referendum*;
- b) o Legislativo não pode determinar as condições pelas quais o Executivo adere a um ato internacional, visto como a competência para a celebração de tratados, assim como a conclusão de política exterior é da competência privativa do Presidente da República.

25. É a lição de Grotius:

“On doit garder religieusement la foi donnée pour plusieurs raisons, et qu’entre autres, parce que sans cela on n’aurait aucune espoir de paix” (Grotius, Hugo de – La Droit de la Paix et de la Guerre, III, cap. XXV.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 31 de outubro de 1984.

M.Franchini-Netto

Incorporação ao Tesouro Nacional de bens mobiliários de cidadãos do Eixo, não reclamados em tempo hábil, para pagamento de indenizações de guerra, na forma da Lei nº 6.122/74.

PARECER

Determina o senhor Secretário-Geral (3.7.84) parecer sobre a consulta que faz o Ministério da Fazenda ao Itamaraty, relativamente à incorporação de bens pertencentes a alemães e japoneses, retidos em 1942, sob custódia do Banco do Brasil, para a constituição de um fundo destinado a pagar indenização de guerra.

2. A decorrência dos prazos estabelecidos pelos Decretos nºs 38.869/56; 44.409/58 e 59.076, pareceu insuficiente ao Ministério da Fazenda para implicar os ditos bens na prescrição estabelecida pela Lei nº 6.122/74, razão pelo qual desejou, antes, ouvir este Ministério.

3. Justifica-se a cautela, visto como, possíveis e tempestivas gestões, dos respectivos governos, na área diplomática, poderiam ter interrompido os prazos de incidência da referida prescrição.

4. Para atender ao despacho acima referido (3.7.84), o signatário, com igual prudência solicitou, pelo *Memorandum* – CJ/20 de 13.7.84, que, preliminarmente, fossem ouvidos a respeito, os Departamentos da Europa e Ásia, tendo o senhor Secretário-Geral determinado, nesse sentido, a audiência daquelas áreas deste Ministério (18.8.84).

Em resposta à referida solicitação, verifica-se que:

I – Quanto aos bens de japoneses

5. O senhor Chefe da DAOC-II, informou, a 4 de outubro corrente, que, pesquisados os arquivos:

“verificou-se a inexistência, no passado recente – últimos dez anos, pelo menos –, de manifestações oficiais japoneses sobre o assunto.” (3.10.84).

6. Tendo em vista a informação acima, o senhor Chefe da DTO, na mesma data, opinou:

“nessas condições, não há inconveniente, do ponto de vista deste departamento, em que a Fazenda proceda ao recolhimento dos fundos.”(4.10.84).

7. Esclarecida está, pois, a situação referente aos bens dos cidadãos japoneses. Restaria examinar as procedentes do Departamento da Europa.

II – Quanto aos bens de alemães

Em resposta ao Memo. CJ/20 de 13 de julho de 1984, acima referido, o senhor Chefe da DE-I, (27.9.84) ao aludir á *incorporação ao Tesouro Nacional dos bens não reclamados em tempo hábil*, considera que “a situação não está, ao que se sabe plenamente definida – e poderá acarretar certo ônus político e gerar manifestações de protestos por parte do governo alemão”.

9. Em despacho ao Memo. CJ/20 (13.7.84), todavia, o senhor Chefe do DE-I assinala, (29.9.84):

“que as questões dos bens alemães em sido objeto de notas periódicas da Embaixada da RFA, com distribuição DJ/DE-I.”

10. Essas “notas periódicas”, no entanto, não foram remetidas à apreciação do signatário que tem constância somente de Nota alemã RK 553/734/83 de 13.10.83 por referência, a qual motivou a Nota DJ/DE-I/ 720(B46)(F26), a nosso ver suficiente para caracterizar a questão dos prazos superados.

11. É de mencionar ainda, a respeito da informação em tela que, o senhor Chefe da DE-I, ao reconhecer *que os bens em questão não foram reclamados em tempo hábil*, conclui com as seguintes observações:

“Repito, porém, que *a incorporação dos bens, decorrido tanto tempo do fim do prazo para requerimento*, poderia provocar gestão diplomática por parte da Embaixada da RFA, para a proteção dos interesses de seus nacionais.” (nossos os grifos).

12. Ao caracterizar portanto a referida decorrência de prazos, o DE-I, apresenta uma restrição, não porém de ordem jurídica, mas tão-somente de eventualidade política.

13. A respeito, no entanto, é imprescindível reportarmo-nos à citada Nota RK 553/734/83 de 13.10.83 pela qual a Embaixada da República Federal da Alemanha pede, ao governo brasileiro, *um exame benevolente daquele assunto*.

14. Sobre a questão, a Divisão Jurídica, pelo Memo. 46 de 27 de julho deste ano, manifestou-se de forma definitiva:

“não vejo impedimento na incorporação imediata dos valores em questão, desde que se trate de valores gerados por bens mobiliários – cuja restituição não tenha sido requerida em tempo hábil pelo respectivo proprietário.”

15. Por sua vez, anuindo à opinião da DJ, o senhor Chefe do Departamento Consular e Jurídico, opina positivamente:

“Como já transcorreram os prazos legais para que os mencionados cidadãos requeressem a restituição dos bens sob custódia, entendo não haver impedimento à imediata incorporação desses valores à conta ‘Receita da União.’ (3.7.84).

Conclusão

16. Na sua referida Nota-Resposta(DJ/DE-1/37/720-(B46) (F26), o Itamaraty lembra ao governo da Alemanha que desde 1966 (Decreto nº 59.076), foram sendo concedidos, sucessivamente vários prazos aos

cidadãos alemães, sem o comparecimento ou manifestação dos interessados, caracterizando-se assim o processo de ausência que

“culminou na Lei nº 6.122/74, que, mais uma vez, ampliou o tempo para que os interessados reclamassem direitos, *na realidade já prescritos* por decurso dos prazos sucessivamente abertos nos diplomas legais citados.”

17. É, pois, indubitável que a interferência do representante da RFA, no caso, apresentou-se fora do prazo, isto é, em 1983, depois de várias e longas dilações concedidas pelo Brasil e esgotadas em 1974.

18. Reconhece-o, aliás, o próprio Embaixador, ao solicitar, a *benevolência* do governo brasileiro.

19. Ora, sabido é, que, diante de um princípio jurídico não se pode ser benevolente; ou melhor; não pode have-la face a um fato consumado. A citada gestão da Embaixada da RFA foi intempestiva, quanto à ocorrida prescrição que, portanto, não interrompeu.

20. Nessas condições, tendo em conta o exposto, e a manifestação dos senhores Chefes de Departamento quanto ao aspecto legal da questão concluímos que, sob o ângulo estritamente jurídico a incorporação em causa não sobre restrições no âmbito deste Ministério.

É esse, s.m.j., o nosso parecer.

Brasília, 16 de novembro de 1984.

M. Franchini-Netto

Proposta de Emenda à Constituição
nº 72/84.

PARECER

Trata-se, no caso que o senhor Secretário-Geral quis submeter ao meu exame da Proposta de Emenda nº 72, de 1984, “que altera a redação do item 1 do artigo 44 da Constituição Federal”.

2. Dispõe o referido artigo 44 – 1 da Lei Magna:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I. resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”.

3. A referida emenda propõe o seguinte acréscimo ao texto:

“bem como sobre todo e quaisquer acordos, convenções, protocolos ou contratos efetivados por entidades públicas nacionais, com países ou instituições estrangeiras que possam influir sobre qualquer aspecto, na economia nacional”.

4. O tema não é novo: pretende ampliar a competência do Legislativo através de um adendo ao princípio constitucional; e já tem sido objeto de vários pareceres dos Consultores Jurídicos deste Ministério que explicitaram, em casos idênticos, a inconstitucionalidade do pretendido (entre outros, Accioly, Levi Carneiro, Rezende Rocha).

5. A emenda, na verdade, resulta de um equívoco interpretativo, pois propõe a alteração de um artigo de lei sem consideração de que, este,

quando vem corporificado, não se o pode entender isoladamente, mas, indispensavelmente, em consonância com o todo institucional.

6. No caso em apreço, o item 1 do artigo 44, que expressa a *competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente*, vem complementado e explicitado pelo artigo 81 da mesma Constituição, que estatui, na matéria, *a competência privativa do Presidente da República*:

“Artigo 81 – Compete privativamente ao Presidente da República:

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”.

7. Ora, analisados os dois textos harmônicos, que se interpenetram no todo orgânico, não há o que polemizar quanto ao alcance das expressões *competência exclusiva*, *definitivamente* e *privativamente*, num regime de separação de Poderes, pois bem clara resulta a atribuição *exclusiva* do Parlamento e o que compete *privativamente* ao Presidente da República.

8. Mencione-se a respeito, que a referida competência do Congresso, para *resolver definitivamente*, está vinculada tão-somente ao instituto *do referendum*, que como ensina Barbalho,

“vem limitado à aprovação ou rejeição global dos atos internacionais submetidos ao Congresso”. (Barbalho, João – *Constituição Federal Brasileira, Comentários*, Rio de Janeiro, Brigniet, 1902 p. 110).

9. No mesmo rumo, entre outros, Bevilaqua e Pontes de Miranda:

“O Congresso aprova ou rejeita o tratado, não lhe cabe o direito de emendá-lo ou aprová-lo somente em parte.” (Bevilaqua, Clóvis – *Direito Público Internacional*, 2a, ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1939, Tomo II, p. 21); “O exame do Legislativo nos tratados para aprovar ou não”, Pontes de Miranda – *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2a. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais Editora, 1970, tomo II, p. 106-7).

10. Entende-se, pois, que a competência do Legislativo *para resolver definitivamente*, *limita-se a aceitação ou não do ato internacional*, o

que o faz através do *referendum* pelo qual assim se manifesta, *in totum*, sem interferir no texto apresentado pelo Executivo.

11. Nisso se restringe, constitucionalmente, a participação do Parlamento quanto à apreciação dos ajustes internacionais, visto como a condução do relacionamento internacional nos seus vários aspectos, cabe *privativamente* ao Chefe do Poder Executivo que o realiza através do Ministério das Relações Exteriores, como o dispõe o artigo 19 do Decreto nº 71.534 de 12 de dezembro de 1972:

“O Ministério das Relações Exteriores é o órgão político-administrativo encarregado de auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com os governos estrangeiros e os organismos internacionais”

12. Essa, a sistemática do Brasil republicano:

“as Constituições da República, de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, não discrepam na fixação das atribuições dos Poderes da Federação em matéria de condução do relacionamento exterior.” (Accioly, H. – *Ainda o Problema da Ratificação dos Tratados em face da Constituição o Brasileira*, BSBDI, Rio de Janeiro, 13/14/22 jan/dez 1951); “a tese da competência privativa é perfeitamente razoável, se a matéria de um acordo é das que cabem peculiarmente dentro das atribuições constitucionais do Poder Executivo, e, dado que a este é que compete o exercício das relações com outros governos, não há porque se lhe deva negar autoridade para celebrar o dito acordo e põe-o em vigor, sem a intervenção do poder Legislativo” (op. cit., 1951).

13. Ocorre acrescentar, sobre o tema, que, segundo a prática generalizada, desde a Constituição belga de 1831 e perfilhada tradicionalmente pelo Brasil, (12) *nem todos os acordos internacionais necessitam do referendum parlamentar*.

14. De fato, o *referendum* do Congresso torna-se dispensável se o ajuste contiver matéria da competência constitucional regulamentar do Executivo, isto é, “se tratar de matéria administrativa, ou se o ajuste for complementar ou coextensivo de outro já aprovado pelo Congresso”.

(CJ/272, 12 de setembro de 1975), ou melhor, “se se tratar de matéria para a qual, internamente, o Presidente da República tem poderes bastantes para deliberar na sua condição de Chefe de Administração Pública” (Idem).

15. Dentre esses ajustes, estão indubitavelmente os acordos de comércio que exijam complementação técnica; acordos de transporte ou de navegação; de pagamentos em suas diferentes modalidades (incluídos ou não a cláusula de nação mais favorecida); acordos de caráter aduaneiro em linhas normativas, acordos postais-telegráficos; acordos complementares e executivos de convenções de previdência social ou trabalho; acordos de caráter cultural no seu amplo sentido, compreendendo a cooperação técnica (exceto os que dizem respeito à Segurança Nacional); afinal os acordos de caráter administrativo em geral, que são celebrados por via sumária, como seja a *troca de notas*.

16. Esses atos internacionais são chamados “acordos do executivo” ou “acordos em forma simplificada”:

“e sua instrumentalização corresponde ao contrato de Direito Privado, em que seu conteúdo político é restrito” (Carré de Malbero – *Contribution à la Theorie Générale de l’Etat* 1ª, ed., 1920, reimpressa em 1962, § 178, p. 535-541, Notas 9 e 10).

17. Os “acordos em forma simplificada” – hoje da rotina jurídico diplomática –, escapam ao processo tradicional da formação dos tratados, porquanto não observam a seqüência clássica da conclusão convencional. Isto é, fogem da complexa elaboração tradicional e se realizam segundo um esquema de simplicidade que atende à dinâmica do hodierno relacionamento internacional.

18. Esses acordos, preceitua Mônaco, Resultam de evolução lógica, de fato, o processo parlamentar de apreciação dos tratados internacionais era adaptado aos tempos em que os empenhos internacionais se apresentaram raros e solenes e tinham por objeto matéria política ou a adoção de nossas normas. Atualmente porém, os acordos tornaram-se progressivamente numerosos e versam em grande parte sobre matéria técnica ou administrativa, do que resulta quase impossível senão inadequado, investir o Parlamento dos ditos acordos, mesmo que, em muitos casos não lhes falte aquele perfil

político. (Mônaco, Ricardo – *Manuale de Diritto Internazionale Publico*, 2a, Edizione, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, p. 117 e seg.),

19. Accioly, em apoio de sua tese acima citada, (12) refere-se a essa prática, lembrando que é seguida freqüentemente pelos Estados Unidos (“em cuja Constituição muito se inspirou a nossa de 1891”):

onde, apesar da Carta Magna estabelecer que a autoridade do Presidente para concluir tratados depende do “Conselho e consentimento do Senado mediante a aprovação de dois terços dos Senadores presentes”, existe a praxe muito freqüente (seguida por grande número de países), dos *acordos executivos* que cobrem assuntos dos mais importantes e cuja validade não se acha subordinada à aprovação do Senado” (Accioly, H. – *Boletim de Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio, 13.14: 20, jan/dez 1951).

20. Na mesma linha doutrinária, cite-se:

‘Les accords en forme simplifiée sont executoires immédiatement, en dehors de toute procedure de ratification’ (Delbez, Louis -*Les Principes Généraux du Droit International Public*, troisieme edition, Pichon et Durand – Auzias, Paris, 1964, p. 326); ‘un traité peut être definitivement conclus dès qu’il est signé. Dans ce cas, la signature remplit une double fonction: elle est a la fois un procédé d’authentification du texte et un mode par lequel l’État exprime son consentement. Il n’est pas necessaire qu’intervienne *après* cette signature un deuxième acte quelconque, que ce soit la ratification, l’acceptation ou l’ap provation, C’est une procédure courte ou a un seul degré. Elle a son origine dans la pratique americaine des ‘*executives agreements*’ (Nguyen Quoc Dinh – *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et Durand – Anzias, Paris, 1975, p. 147, § 98); ‘Les accords in ternationaux, autres que les traites, sont, dans la pratique americaine, les accords conclus, signés et, le cas échéant, ratifiés, par le preedient seul’ (Roger Pinto, *Les Pouvoirs du Senat Americain en Traités*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1950, n° 1).

21. Esses *acordos* visam escapar à lentidão do processo legislativo, que não se coaduna, no caso, ao rápido mundo internacional.

22. *Definiu-os a douta Comissão de Direito Internacional da ONU:*

“são tratados celebrados por troca de notas, troca de cartas, protocolos de entendimento, memorandum, declaração conjunta ou outros instrumentos concluídos por qualquer processo similar” (“Yearbook of International Law Commission”, 19U2Y v. II, p. 161).

23. Explica-se a prática universal:

As sociedades industrializadas e de crescente difusão, geraram o *fato político* de, ao Poder Executivo caber a inegável direção de uma administração altamente especializada, e a esse *fato político* se deve a sua predominância na processualística convencional, com uma conseqüente dilatação, no plano internacional, das variadas prerrogativas regulamentares internas (Parecer – op. cit., 15).

24. Na verdade, o que se observa, é uma tendência universal que se acentua, e entre nós uma tradição que atravessa todas as vicissitudes constitucionais do período republicano:

“Os fatos indicam que nunca se entendeu, entre nós, que a aprovação do Congresso Nacional era necessária, ou melhor, indispensável para quaisquer atos internacionais” (Accioly, H. – BSBDI, 1951, 1953).

25. Assim, – resumindo –, o *referendum* do Congresso Nacional é imprescindível sempre que se tratar de acordos internacionais de *alcance político* e, na esfera administrativa, para os de natureza tributária ou que importarem em compromisso financeiro que cabe ao Legislativo conhecer e decidir.

26. Por *alcance político* entendem-se os ajustes internacionais complementares que digam respeito à soberania nacional, à alteração das fronteiras, à unidade ou segurança do Estado, defesa interna e externa, justiça ou, em resumo, aqueles acordos restritivos da soberania ou a ela atinentes.

27. O *Referendum* do Congresso Nacional é dispensável sempre que os tratados, acordos ou atos internacionais se cingirem a matéria administrativa, de competência interna regulamentar do Poder Executivo, especialmente dentro das atribuições do Presidente da República, como sejam, ainda, os acordos que forem complementares ou coextensivos de outros já aprovados pelo Legislativo.

28. O Poder Executivo, portanto, além de possuir *a iniciativa* da celebração de tratados, por lhe competir “manter relações com os Estados estrangeiros” tem uma ação que lhe é *privativa*, competência essa que não se lhe pode cercear.

29. A posição tradicional de eminentes Consultores Jurídicos (com sua exceção) desta Casa e por ela perfillhada, sempre foi a de defender a prática, internacionalmente consagrada dos “acordos do executivo”, isto é, os que se processam de maneira sumária e expedita, dentro da colaboração jurídico-administra, do país, à qual, no interesse nacional, o Presidente da República dá a instrumentalização necessária.

Conclusão

30. Ante o acima exposto, pode-se concluir que:

- a) a Emenda nº 72, em tela, é redundante, confusa e conflitiva com os artigos que disciplinam a *competência privativa* do Presidente da República;
- b) retarda a marcha acelerada exigida pelo relacionamento internacional, contrariando uma tendência universal;
- c) discrepa do princípio geral das atribuições específicas dos órgãos constitucionais;
- d) abarca genericamente, em série (que pretende equivalente), ajustes de natureza diversa, dos quais derivam corolários próprios na vida internacional (g, h, i);
- e) de fato, os acordos internacionais – processo de produção de normas jurídicas –, vem condicionados à sua peculiaridade. A emenda em foco, desconhece a distinta terminologia jurídica internacional e inclui, como sinônimos, atos de substância, forma, significação e processualística diversas;

- f) a forma do *consentimento* vem especificada na atribuição dos órgãos do Estado e, pois, não é aceitável a aglutinação sinônima;
- g) ao englobar *todos e quaisquer acordos, convenções e protocolos*, submetendo-os ao crivo Legislativo, a emenda elimina, os “ajustes em forma simplificada” consagrados na área da comunidade internacional;
- h) a propositura, generaliza – sem discriminá-las –, “entidades nacionais”, expressão vaga e, no processo jurídico em tela, insuficiente, pois varias podem ser tais “entidades”, como sejam, por exemplo, autarquias, sociedades de economia mista e outras, que tem, pelas próprias leis internas, ordenamento singular;
- i) ressentem-se a emenda, ainda, da indefinição de “instituições estrangeiras”, a que falta segurança vocabular e tipificação, pois pode significar uma enorme e complexa gama de organismos públicos e particulares, regido por diverso canal jurídico estatutário;
- j) de fato, o conceito de “instituições estrangeiras” é extremamente amplo e de difícil delimitação”, como o reconhece Reuter, pois pode abarcar entes públicos e privados, organizações e organismos especializados em interrelacionamento estatal ou particular, de alcance convencional diverso, com ordem normativa e técnica próprias, o que, desde logo impossibilita a simplicidade da pretendida aglutinação em bloco;
- k) o Estado, é necessário recordar, atua livremente em virtude do *Pactum de contrahendo*, que lhe atribui a negociação a qual por vezes culmina com a simples assinatura, que por si basta para vincular;
- l) finalmente, a emenda, em que se reconheça os altos propósitos da ilustre autora, não é aceitável, por interferir indiscriminadamente na competência do Executivo contrariar a tradição brasileira e a prática universal do Direito Internacional.

Assim, sem mais demoradas explicações, é esse, s.m.j., o parecer que me ocorre.

Brasília, 22 de novembro de 1984.

M. Franchini-Netto

1985

Acidentes de trânsito imputáveis a diplomatas estrangeiros. Imunidade de Jurisdição.

PARECER

Tendo em vista a freqüente incidência de acidentes de trânsito imputados a diplomatas estrangeiros no Brasil, o senhor Secretário-Geral, em despacho de 17 de junho de corrente, “solicita um parecer que indique procedimento a ser seguido em situações análogas, estabelecendo-se diretrizes relativamente aos cursos de ação de que dispõe o Itamaraty face ao encaminhamento de fatos”

– A –

2. Quanto ao processamento jurídico de tais fatos, ciente está o ilustre senhor Secretário-Geral, do disposto no artigo 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas quando estatui:

“Artigo 31

§ 1º – O agente diplomático gozará imunidade de jurisdição penal no Estado acreditado. Gozará também de imunidade de jurisdição civil e administrativa.”

3. Em sentido complementar, porém, o parágrafo 2º do mesmo artigo 31 da citada Convenção, ao isentar o agente diplomático da execução judiciária, estatui, no seu parágrafo 3º que:

“a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado, não o isenta de jurisdição no Estado do acreditante, devendo, os autos referentes as responsabilidades serem encaminhados ao governo acreditante para a instauração da competente ação Judicial.”

4. A respeito, convém recordar aqui, a firme posição do Brasil em defesa do princípio das imunidades jurisdicionais do Estado, quando do recente episódio em que se viram envolvidos em Washington, membros da família do nosso representante diplomático, tendo esta Consultoria Jurídica orientado processo em curso na Corte de Virgínia, obtendo sentença em primeira instância, favorável à tese brasileira apoiada nos termos da Convenção de Viena que estatua, a isenção da jurisdição local.

5. O processo em tela, em que a vítima exigia do governo do Brasil uma indenização de US\$ 10.000,000 (dez milhões de dólares), teve além do aspecto jurídico, ampla repercussão jornalística e política, eclodindo no Congresso norte-americano com a manifestação de senadores favoráveis a competência primitiva da Justiça local.

6. Face ao clima então reinante, o Departamento de Estado recusou-se a tomar posição, tendo mesmo se negado a transmitir à Justiça, uma nota instrutiva da embaixada brasileira, ferindo assim o princípio estabelecido na mesma Convenção de Viena que, no seu artigo 41 – nº 2º preceitua que o relacionamento diplomático com autoridades locais se realiza através das respectivas chancelarias:

“2º – Todos os assuntos oficiais que o Estado acreditante confiar à Missão para serem tratados com o Estado acreditado, deverão sê-lo com o Ministério das Relações Exteriores, ou por seu intermédio, ou com outro ministério em que se tenha convindo.”

7. Ocorre, todavia, que após a sentença da primeira instância, largamente favorável à tese brasileira, a ação, já em fase decisória em instância judicial superior, manifestava clara tendência à aceitação da argumentação do Brasil, o que teria levado o Departamento de Estado, preocupado com as referidas repercussões políticas, a propor à embaixada uma solução conciliatória e extrajudicial, aceita pelo governo brasileiro, pondo-se fim, por acordo particular das partes, à lide em andamento.

8. Devo mencionar que a referida iniciativa do Departamento de Estado processou-se diretamente, sem o conhecimento prévio da defesa e seu modesto patrocinador abaixo assinado, tendo-se dessa forma encerrado o episódio.

– B –

9. No caso pendente, (Memo. DPI/08, de 28.4.85), referente Processo 000047/85/SE DF que trata de delito resultante de acidente de trânsito imputável à senhora Anne Rydford, Embaixatriz da Suécia, repete ele outros, do mesmo gênero, anteriormente verificados como o do recente processo referente ao Adido Militar da Bolívia (Memo. DPI/015 – de 10 de maio de 1985).

10. Nessas condições, e exclusivamente sob *o aspecto jurídico*, o encaminhamento processual, nos termos convencionais, estaria na dependência:

- a) da disposição dos autores de verem despidos das imunidade diplomáticas por ato do seu governo;
- b) realizados os atos processuais seriam estes remetidos pelos processos das rogatórias, através das respectivas chancelarias, para as sanções cabíveis no país de origem da autora.

Conclusão

11. Atendendo, todavia, ao que solicita o eminente senhor Secretário-Geral permito-me oferecer, como base em precedentes – e o último especialmente citado nos itens 5 a 8 deste Parecer, – uma atitude compatível com a característica essencial da diplomacia, isto é, “a arte e a ciência de negociação”, para a manutenção do bom relacionamento entre Estados – sujeito por vezes a estremecimentos face a infelizes contingências individuais.

12. Nesse sentido, para evitar, em casos idênticos, um penoso processamento judicial e suas conseqüências talvez que fosse propícia a adoção, como praxe, de uma nota do Itamaraty às embaixadas envolvidas em que, embora reconhecendo o princípio convencional das imunidades diplomáticas,

fosse chamada a sua atenção para um ato de compreensão, uma atitude de amistoso com o compromisso pessoal que viesse, hábil, a terminar, por uma composição, sustando-se os inconvenientes de uma ação judicial eventualmente perturbadora do relacionamento existente entre os dois governos, circunscrito, assim o incidente, sob a intermediação discreta válida *ad perpetuam rei memoriam*.

13. Caso a Embaixada da Suécia (no caso), ou outras, em episódio idêntico, não aceitem a nota acima sugerida, então o processo deverá tomar seu curso normal, através dos canais jurídicos próprios, para a aplicação das cláusulas penais previstas nas legislações e disciplinadas pela Convenção de Viena.

É esse, s.m.j., o meu parecer.

Brasília, 4 do julho de 1985.

M. Franchini-Netto

