

Constituição brasileira de 1988

Monista ou dualista?

Antenor Madrugá

Ao julgar o Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8279, em 17/06/1998, o Supremo Tribunal Federal, em voto do eminente Ministro Celso de Mello, faz referência à controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo para registrar que o mecanismo de recepção do direito internacional na Carta Política brasileira “constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República”¹:

A afirmação de que “a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno” deve ser lida com cautela, pois não se dirige a toda e qualquer norma internacional, mas apenas à norma derivada de fonte normativa convencional do direito internacional. Somente os tratados internacionais têm a sua eficácia e aplicabilidade na esfera doméstica dependente “de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus

¹ STF, Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8279, julgado em 17/06/1998, Relator Ministro CELSO DE MELLO.

aspectos básicos, na própria Constituição da República”.

Em direito internacional, como no direito interno, existem vários modos de formação do direito. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, relaciona os *tratados*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito* como fontes de direito internacional, e faz referência à *jurisprudência* e à *doutrina* como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, facultando, sob certas condições, o emprego da *equidade*. Basear a análise da eficácia imediata de normas internacionais na peculiaridade do procedimento de incorporação dos tratados empobrece o já inócuo debate sobre monismo e dualismo e, pior, torna míope a visão dos juízes em relação ao direito internacional.

A falta de um tratado internacional não significa, ao contrário do que sugere a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Ordinário nº 6, em 23/03/1999 (Rel. Min. Garcia Vieira), que não exista norma de direito internacional de outra fonte.

Ao analisar apenas os tratados e não encontrar, neles, norma que obrigue o juiz a reconhecer imunidade de jurisdição a Estado estrangeiro², o STJ não esgotou a pesquisa de todas as fontes de direito internacional. Faltou procurar nos costumes e nos princípios gerais de direito, como fez Cosnard (1996, p. 16-17):

“En l’absence de toute convention internationales traitant des immunités des Etats de manière générale, une éventuelle règle internationale, déterminant avec plus ou moins de les cas ou un Etat peut bénéficier de ce privilège, ne peut qu’un principe général de droit ou une coutume.”

Os princípios gerais de direito são os princípios comuns aos diferentes sistemas

² “Não existe nenhum código, convenção ou tratado que obrigue o juiz brasileiro a reconhecer a imunidade absoluta de jurisdição a todos os atos praticados pelo Estado estrangeiro no Brasil”. (Trecho do acórdão).

jurídicos nacionais (DINH, 2003, p. 318), são as máximas repetidas sem hesitação nos tribunais da maior parte dos países. O princípio *exceptio non adimpleti contractus* foi apontado na Corte Internacional de Justiça, pelo Juiz Schwebel, como um exemplo de princípio geral de direito³, enquanto o juiz Carl-August Fleischhauer negou essa qualidade para o direito ao controle judicial do governo (*judicial review*), em face da inexistência de universalidade⁴:

“Judicial review, in varying forms, is found in a number of democratic polities, most famously that of the United States, where it was developed by the Supreme Court itself. But it is by no means a universal or even general principle of government or law. It is hardly found outside the democratic world and is not uniformly found in it. Where it exists internationally, as in the European Union, it is expressly provided for by treaty in specific terms. The United Nations is far from being a government, or an international organization comparable in its integration to the European Union, and it is not democratic.”

Não se pode afirmar a existência de princípio geral de direito estabelecendo a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos. Se o direito à recusa da jurisdição interna somente pode ser encontrado no sistema jurídico que determina as relações entre Estados, não existindo nos ordenamentos jurídicos internos senão por aplicação do direito internacional, logo, não se pode falar em princípio *geral* de direito, mas sim em princípio *especial* de direito internacional. Cosnard (1996, p. 16-17), partindo de um outro ponto de vista, também não encontra nos princípios gerais de direito a norma que

³ I.C.J. Reports, 1986, p. 14.

⁴ Questões de Interpretação e Aplicação da Convenção de Montreal de 1971 Surgidas do Incidente Aéreo em Lockerbie (Líbia v. Reino Unido). Objeções Preliminares. Julgamento de 27/02/1988. I.C.J Reports 1998, p. 9.

determina a imunidade de jurisdição. Para ele, a imunidade soberana, ainda que tenha fonte em direito internacional, aplica-se apenas em conflitos internos, não podendo, portanto, ser transportada para o direito internacional:

“Or l’immunité des Etats ne déploie ses effets que dans l’ordre interne. Même si la première condition est remplie, l’immunité n’est pas transposable en droit international public.”

Não nos parece correto esse raciocínio, pois não se está tratando dos efeitos de uma regra internacional, mas de sua constituição. A norma internacional, seja ela convencional, seja consuetudinária, seja extraída dos princípios gerais de direito, pode ter os seus efeitos dirigidos exclusivamente às ordens jurídicas internas.

Como exemplo de norma internacional com efeito eminentemente interno, poderíamos mencionar a própria regra consuetudinária que determina a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos e dirige-se somente aos tribunais internos, não se constituindo em exceção oponível aos tribunais internacionais. Quanto a esta afirmação — de que a regra consuetudinária da imunidade de jurisdição não é uma defesa aceita diante de tribunais internacionais —, é preciso ressaltar a interessante reflexão de Sir Robert Jennings. Apesar de reconhecer distinções entre o princípio da imunidade dos Estados diante de cortes domésticas de outros Estados e o princípio da jurisdição consensual de cortes internacionais, Sir Jennings concentra-se nas semelhanças entre esses dois princípios, ressaltando que a imunidade jurisdicional na ausência de renúncia e a jurisdição criada pelo consentimento são dois lados da mesma moeda, tendo, ambas, fundamento e causa histórica na soberania do Estado⁵. Assim, conclui

⁵ “... jurisdictional immunity in the absence of waiver, and jurisdiction created by consent, are the observe and reverse of the same coin. In either case it is State sovereignty that is the underlying *rationale* and historical cause.” (JENNINGS, 1987, p. 4)

haver imunidade de jurisdição — absoluta — dos Estados diante de cortes internacionais, ainda que disfarçada em expressões como “jurisdição consensual”:

“... if it sought to be referred to an international court, there will be no jurisdiction without consent; or, in the language used of municipal jurisdictions, there will still be absolute immunity unless (by treaty or otherwise) there has been a waiver of immunity.

... So now we have a somewhat curious situation. The principle of a State’s jurisdictional immunity (or consensual jurisdiction) is still virtually absolute in its application before international courts, but has apparently come to be importantly, even severely, restricted in its application before domestic courts.

... The position we now seem to have reached, or be tending towards, is that the State of Utopia may never, without its prior consent, be impleaded before the International Court of Justice on a question of public international law ; and yet may be both impleaded by an Atlantis court applying Atlantis law in a case brought by a foreign individual”.

A posição de Sir Jennings é uma crítica, pertinente, à permanência da necessidade de consenso para estabelecer a jurisdição dos tribunais internacionais, enquanto a imunidade de jurisdição perante tribunais internos vem sendo cada vez mais restringida. Entretanto, a semelhança entre os dois institutos de direito internacional — regra de jurisdição consensual para tribunais internacionais e regra de imunidade de jurisdição para tribunais internos — não significa perfeita identidade e não desautoriza a utilização da imunidade de jurisdição como exemplo de uma norma internacional com efeitos dirigidos exclusivamente às ordens jurídicas internas, diferentemente da jurisdição consensual, que se dirige exclusivamente à ordem jurídica internacional.

O direito internacional de origem consuetudinária, ao contrário do convencional, não reclama qualquer procedimento formal de incorporação para ser válido e eficaz no Brasil, sendo a norma de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos uma comprovação dessa afirmação. No julgamento do Recurso Ordinário nº 94.804, em 12/03/1986, o Supremo Tribunal Federal, ainda aplicando uma interpretação extensiva da imunidade de jurisdição dos Estados, reconheceu, para surpresa daqueles que cerram fileiras em favor do dualismo, sede constitucional para a aplicação direta da regra consuetudinária internacional. Vejamos, de início, o voto do Ministro Rezek⁶:

“Sabe-se, com efeito, que em mais de um caso concreto sucedeu que juízes federais, ou juízes do trabalho, negassem a referida imunidade por não encontrá-la prescrita nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, nem em qualquer outro tópico do nosso direito escrito. As Convenções, efetivamente, versaram imunidades e outros privilégios do pessoal diplomático e do pessoal consular. Aos Estados pactuantes — entre os quais o Brasil — não pareceu necessário lançar no texto daquelas avenças *a expressão escrita de uma norma costumeira sólida, incontrovertida, plurissecular e óbvia como a que poupa todo Estado soberano de uma submissão involuntária ao juízo doméstico de qualquer de seus pares.*”

O importante no voto do Ministro Rezek é observar a fonte consuetudinária da norma de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos. Após terem concordado quanto à origem consuetudinária da norma de imunidade, os Ministros do STF procuraram um sustento constitucional para a aplicação direta do direito internacional geral, produzindo um debate digno de nota:

⁶ STF, Recurso Extraordinário nº 94.084, julgado em 12/03/1986, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO.

Ministro Aldir Passarinho: “O princípio de direito internacional, segundo o qual um Estado estrangeiro não pode subordinar-se à jurisdição de outro, é postulado que diz com o respeito aos outros Estados e a sua soberania é tema sobre o qual se tornaria ocioso dissertar. De observar que o recorrente invoca o art. 153, § 36, da Constituição Federal, o que a mim parece bastante.”

Ministro Rezek: “Em princípio, portanto, parece-me razoável a invocação do § 36 do rol das garantias como corretivo para um dos erros mais comuns que se têm produzido, em juízo e em sede doutrinária, a propósito da imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local”.

Ministro Néri da Silveira: “Ora, não é admissível afastar do complexo dos princípios inerentes às garantias implícitas, aí previstas, o postulado da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. É certo, desde logo, que esse princípio tem tranqüila aceitação nesta Corte. (...) Ora, a questão única que se discute nos autos, desde o início, é a da imunidade de jurisdição, matéria que não vem claramente explicitada no texto constitucional — tão ampla e tão assente — pelo que só se expressou no RE, na invocação do § 36 do art. 153 da Constituição Federal. (...) Se representa inovação, quanto à inteligência que empresta ao § 36 do art. 153 da Constituição Federal, insere-se na que o vê consagrando os ‘direitos difusos’ e vê nele norma abrangente das garantias inespecíficas de que deve dispor a ordem constitucional para atender a quaisquer inovações que os fatos lhe imponham. (...) É essa, assim, a oportunidade de explicitar que se agasalham elas [as normas internacionais consuetudinárias sobre imunidade do Estado] no § 36 do art. 153 da Constitui-

ção Federal, suscetíveis, desta forma, de invocação perante esta Corte Suprema, à qual cabe definir-lhes o alcance no âmbito interno."

O Ministro Rafael Mayer procura um outro fundamento, igualmente constitucional, para incorporar no direito interno a imunidade própria do direito internacional, considerando-a uma ressalva ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, previsto no artigo 153, § 4º, da Constituição de 1967/69, e no artigo 5º, inciso XXXV, da atual Constituição ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão"):

"Entendo que esta questão constitucional foi posta com relação ao § 4º do art. 153 da Constituição, onde se estabelece o problema da jurisdição: nada pode ser subtraído à jurisdição brasileira, salvo o que se subtrai necessariamente em razão dos princípios do Direito Internacional. Mas como eles não souberam localizar, chamaram o § 36, onde está implícito também este e suas implicações." (p. 306).

Finalmente, o Ministro Moreira Alves vem discordar de todos os demais:

"Ora, a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não tem nada que ver com princípios e garantias adotadas pelo regime, até porque todos os regimes, quaisquer que sejam, podem respeitá-la ou não."

A despeito das críticas que se possa fazer à localização, no rol dos direitos e garantias individuais, do fundamento para a aplicação direta da norma internacional consuetudinária, é interessante assemelhar o raciocínio do STF ao princípio do direito inglês consubstanciado na máxima "International law is part of the law of the Land". Ao buscar nos princípios constitucionais implícitos (*law of the Land*) o fundamento de um princípio de direito internacional (*international law*), o STF claramente admitiu a incorporação imediata do direito in-

ternacional ao direito interno (*international law is part of the law of the land*), pelo menos no que diz respeito às normas que emanam de fonte consuetudinária.

O acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 94.084, embora ainda faça uma interpretação desatualizada da regra de imunidade de jurisdição dos Estados, filiando-se, já em 1986, à teoria da imunidade absoluta, é uma referência na jurisprudência do STF para a correta compreensão do fundamento normativo dessa prerrogativa soberana, especialmente no sentido de se afastar a fundamentação incorreta nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e sobre relações consulares, situando-a corretamente no direito internacional consuetudinário. Esse precedente sobre a correta fonte normativa da imunidade de jurisdição dos Estados seria confirmado posteriormente em um caso de maior repercussão, a Apelação Cível 9.696 (Caso Genny de Oliveira)⁷, no qual o STF finalmente reconhece que o costume internacional não abriga uma interpretação tão extensiva dessa prerrogativa. Transcrevemos o voto do Ministro Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, no trecho sobre a fonte normativa da imunidade de jurisdição dos Estados:

"Numa vertente, temos as imunidades pessoais resultantes das duas Convenções de Viena, de 61 e de 63, ambas em vigor para o Brasil e relacionadas a primeira com serviço diplomático e a segunda com serviço consular. Quando se cuide, portanto, de um processo de qualquer natureza, penal ou cível, cujo pretendido réu seja membro do serviço diplomático estrangeiro aqui acreditado, ou em determinadas hipóteses bem reduzidas do serviço consular estrangeiro, operam em sua plenitude textos de Direito Internacional escrito, Tratados, que, num certo momento,

⁷ STF, Apelação Cível nº 9.696, julgada em 31/05/1989, Relator: Ministro SYDNEY SANCHES.

se convencionam lá fora e que entraram de vigor para o Brasil, sendo aqui promulgados. Ficou claro, não obstante, que nenhum dos dois textos de Viena, do romper da década de 60, dizem da imunidade daquele que, na prática corrente, é o réu preferencial, ou seja, o próprio Estado estrangeiro.”

Como disse o advogado americano Stephan Bird (1979, p. 626), “perhaps the true explanation lies in the fact that however much practicing lawyers may deride their academic colleagues and the authority of writers, there is, after all, a single law of nations which is part of the common law and, indeed, of the civil law”⁸.

Referências

BIRD, Stephan. The state immunity act of 1978: na english update. v.13. n.4. *International Lawyer*, 1979.

COSNARD, Michel. La soumission dès Etats aux tribunaux internes face à la théorie dès immunités des Etats. Paris: Pédone, 1996.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

JENNINGS, Robert. The place of the jurisdictional immunity of state in international and municipal law. In: *Vorträge, Reuen und Berichte aus dem Europa Institut*. v. 108, 1987.

⁸ BIRD, Stephan. “*The State Immunity Act of 1978: An English Update*”. *International Lawyer*, Fall 1979, Vol. 13. n° 4, p. 626.