

Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: Um diálogo com Georgenor de Souza Franco Filho

André Araújo Molina

Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Pós-graduado, em nível de especialização, em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil, pela UCB-RJ. Bacharel em Direito pela UFMT. Diretor e Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 23ª Região (ESMATRA XXIII). Juiz do Trabalho.

1. Introdução

O objetivo do nosso artigo é dialogar criticamente com a posição adotada por Georgenor de Souza Franco Filho em recente artigo acerca das imunidades trabalhistas das pessoas jurídicas de direito público externo.¹ Defende o autor que os costumes de direito internacional, refletidos em Tratados Internacionais ratificados, recomendam o reconhecimento das imunidades de jurisdição e execução na Justiça do Trabalho.

Discordamos da posição abraçada pelo professor homenageado e isso não por critérios externos à sua posição, mas principalmente porque a sua tese não guarda coerência metodológica com as premissas que ele mesmo elegeu. Não enfrenta o tema central que é responder se um tratado internacional poderia violar direito fundamental previsto na Constituição Federal. O vetor de análise eleito por ele é pragmático, calcado no direito positivo e nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, despir-nos-emos das pretensões *de lege ferenda*, para debatermos a tese do professor a partir das premissas que ele mesmo escolheu,

¹ FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Das imunidades de jurisdição e de execução nas questões trabalhistas. **Revista LTr**, ano 74, n. 01, janeiro de 2010, p. 19-23.

tencionando a demonstrar o desacerto de suas premissas e, por corolário, de suas conclusões.

Não se trata a nossa posição de crítica depreciativa da posição adotada pelo autor referenciado, mas de homenagem por ter-nos instigado ao debate: mola mestra do desenvolvimento acadêmico-científico.

2. A posição de Georgenor de Souza Franco Filho

A primeira premissa da sua tese é divisar a diferença entre a competência da Justiça do Trabalho e a imunidade. São conceitos distintos. A competência para julgar os entes de direito público externo a Justiça Especializada possui desde 1988, a partir da Constituição Federal (atual inciso I do artigo 114 – redação da EC 45 de 2004). Com a atribuição de competência, as imunidades viriam subtraí-la, conforme o recorte dado pelo direito internacional, por aplicação de alguns princípios de direito internacional (*par in parem non habet imperium*), principalmente as normas de tratados internacionais, quais sejam as Convenções de Viena de 1961 e 1963, e a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, Decretos n. 56.435/65, 61.078/76 e 27.784/50.

A sua segunda premissa é que laboram em equívoco aqueles que invocam o julgado do Supremo na AC n. 9.696-3/SP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJ 12.10.1990 para sustentar a inexistência de imunidade de jurisdição para Estados estrangeiros e organismos internacionais, quando exerçam atos de gestão. Diz Franco Filho que o precedente refere-se a Estados e não a organismos internacionais, para os quais há tratados internacionais próprios e já aceitos pelo procedimento de internalização. Para o professor homenageado “não se trata de aplicar regra costumeira alguma, mas norma expressa em tratado internacional que o Brasil ratificou, porque se trata de Consulado, Repartição Consular, órgão de representação do Estado estrangeiro”.²

² Op. cit., p. 21.

Terceira premissa da sua tese é a posição da Ministra Ellen Gracie nos REs 578.543/MT e 597.368/MT, para quem os tratados internacionais de imunidade não se tratam de direito costumeiro, como no caso da AC n. 9.696-3/SP, mas de direito posto que deve ser obedecido pelos julgadores, diferenciando das situações de empregados de embaixadas e consulados, para os quais não havia tratado internacional algum.

A sua última premissa é que eventual decisão judicial nacional que afaste a imunidade de jurisdição será inexecutável, diante da impenhorabilidade dos bens do organismo internacional, bem como a inviabilidade do procedimento de execução por carta rogatória. Para o autor “não será concedido *exequatur*, nem será homologada a sentença, porque o juiz que a proferiu não acolheu a imunidade, e esta é renunciável apenas pelo Estado estrangeiro, não podendo, *data venia*, ser afastada apenas porque o magistrado nacional *achou* que se trata de ato de gestão.”³

A partir dessas premissas conclui Georgeton Franco Filho, remetendo a um julgado de sua relatoria, que:

A imunidade de jurisdição não decorre de ato soberano do Brasil, mas de princípio assente no Direito Internacional e também na Convenção de Viena de 1963, invocada pelo Estado estrangeiro nestes autos, e que o Brasil ratificou. O costume internacional é uma prática comum na maioria dos Estados. O princípio *par in parem non habet imperium* não foi suprimido, mas, ao revés, continua sendo adotado por todos os Estados, e está expresso nos consideranda da Convenção de Viena de 1963. No caso presente, não se trata de aplicar regra costumeira, mas norma expressa em tratado, ratificado pelo Brasil e incorporado à ordem jurídica interna. O não reconhecimento da imunidade de jurisdição e, por corolário, a de execução, importa em clara ofensa à Convenção de Viena de 1963.⁴

Considerando válido e eficaz o tratado internacional dentro do ordenamento nacional, não poderia o legislador deixar de aplicá-lo, sob pena de

³ Op. cit., p. 22.

⁴ Op. cit., p. 23.

violação da norma, segundo o autor referenciado, raciocínios com os quais discordamos frontalmente. Os inconvenientes da sua tese é que as premissas não são verdadeiras, segundo as teses adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (método utilizado por ele), por evidente que as conclusões também não o serão.

3. Discussão dialética

O método eleito por Georgenor Franco Filho para a construção da sua tese é o da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alheios à discussão se o realismo jurídico é o melhor método para interpretação do direito⁵, aceitaremos a opção do autor, para demonstrar que, conforme o método por ele mesmo eleito, as premissas e suas conclusões são, igualmente, insubsistentes. Não discutiremos se as posições do Supremo Tribunal Federal são ou não corretas, mas construiremos nossa tese a partir do que defende a Excelsa Corte, como quer o autor.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico pátrio, quando internalizados, sofreu diversas modificações, conforme a composição do Tribunal e da evolução legislativa constitucional. Por exercício de lógica formal, só cinco hipóteses podem ser abstratamente consideradas quanto ao tema da hierarquia dos tratados: a) hierarquia supraconstitucional; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia supralegal; d) hierarquia legal; e) hierarquia infralegal.

A primeira posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi a de que os tratados internacionais prevaleciam sobre a legislação infraconstitucional pátria, mas sem dizer, expressamente, se tinham hierarquia supraconstitucional,

⁵ “O *realismo jurídico* abrange as correntes teóricas que se afastam de qualquer investigação jusfilosófica de ordem metafísica ou ideológica, negando todo fundamento absoluto à idéia do direito, considerando tão-somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem. O realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apóia e dimana o direito, não a realidade sonhada ou ideal. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto.” (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75).

constitucional ou supralegal.⁶ Contudo, em julgado histórico de 1977 (RE 80.004/SE – Red. p/ac. Min. Cunha Peixoto), o Supremo reviu o posicionamento anterior para fixar que a natureza jurídica dos tratados era infraconstitucional, equiparando-os às leis ordinárias. A direta consequência era a possibilidade de a legislação ordinária moderna revogar decretos que internalizavam tratados.

Francisco Rezek, em comentário a posição que havia se formado, disse:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.⁷

O referido posicionamento pacificou-se na Corte e nos demais tribunais, com mais razão com a entrada em vigor da nova Constituição de 1988, que na alínea “b” do inciso III do artigo 102 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

O legislador constituinte, se não colocou os tratados na mesma hierarquia da legislação federal, ao menos afastou definitivamente a possibilidade de se defender que os tratados internacionais tenham hierarquia supraconstitucional, na medida em que se devem conformar-se à Constituição, é porque estão a ela subordinados. A adoção do modelo de controle de constitucionalidade dos tratados é compatível com três das cinco possibilidades quanto à hierarquia: constitucional (natureza de emenda), supralegal ou legal. Excluem-se as possibilidades dos tratados internacionais ostentarem a hierarquia supraconstitucional⁸ ou mesmo

⁶ STF – AC n. 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo e AC n. 9.587, de 1951, Rel. Min. Ozimbo Nonato.

⁷ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106.

infralegal, nesse último caso não haveria possibilidade de controle de constitucionalidade, mas apenas controle de legalidade, insuscetível de recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante a posição jurisprudencial, severas críticas da doutrina foram desenvolvidas, entre os autores destacando-se Flávia Piovesan⁹ e Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁰, esse último mentor intelectual do § 2º do artigo 5º da Constituição, enquanto consultor jurídico do Itamaraty. Para ele, o citado dispositivo possibilitava a admissão dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma de hierarquia constitucional, integrando materialmente a Constituição, mas a jurisprudência, reticente, não adotou essa tendência legislativa de valorização dos tratados.

Na vigência da Constituição atual ainda havia no Supremo Tribunal Federal o consenso de que os costumes de direito internacional, ainda que não positivados, eram aplicáveis em todos os casos para reconhecimento das imunidades de jurisdição e de execução dos Estados internacionais. A partir do julgamento da AC n. 9.696-3/SP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJ 12.10.1990 é que o Tribunal relativizou o costume para reconhecer a jurisdição nacional em matéria de direito do trabalho. Frise-se que o STF não analisou, nessa decisão, as hipóteses dos organismos internacionais, para os quais a imunidade não era derivada de costume, mas de tratado internacional expresso.

Já no ano de 1995 (HC 72.131/RJ – Red. p/ac. Min. Moreira Alves) a posição da Suprema Corte ganhou um refinamento, entendendo que, embora tenha hierarquia infraconstitucional, os tratados que cuidavam de temas gerais não revogavam as leis especiais, da mesma forma que os tratados especiais não eram

⁸ “Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra texto expresso da Lei Magna. (...) Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política” (STF – RE 109.173/SP – Rel. Min. Carlos Madeira – DJ 16.06.1988).

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, 3 volumes.

revogados pela nova lei geral. O Supremo passou a adotar o critério da especialidade para resolução da antinomia, em conjunto com o da hierarquia. No caso específico citado, os julgadores entenderam que o Pacto de San José da Costa Rica teria natureza geral e não poderia revogar as disposições específicas da legislação ordinária que permitia a prisão civil de depositário infiel em contrato de alienação fiduciária.¹¹

Com a inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição (EC nº 45 de 2004), o constituinte derivado divisou a hierarquia dos tratados conforme seu teor normativo. Os tratados sobre direitos humanos, atendendo o procedimento especial de internalização, passariam a ostentar hierarquia constitucional, como se emendas fossem. Com essa nova posição, um outro refinamento lógico pode ser enunciado: os tratados comuns que tratam de temas gerais não podem ocupar a hierarquia nem supraconstitucional nem constitucional (essa exclusiva dos tratados especiais sobre direitos humanos). Somente duas possibilidades restariam possíveis: hierarquia supralegal ou legal para aqueles.

Adotando quer a hierarquia supralegal quer a legal, o tratado internacional seria passível de controle de constitucionalidade (artigo 102, III, “b”, da Constituição), como decorrência são tidas como ineficazes as normas internacionais que contrariarem o sistema constitucional brasileiro, ainda que o reconhecimento dessa ineficácia possa acarretar o reconhecimento da violação do tratado pelo Brasil, em nível internacional, e sujeitando-nos às sanções políticas. Entretanto, o aprofundamento na discussão acerca da hierarquia dos tratados comuns não é uma mera filigrana jurídica, na medida em que se nada altera para efeito de controle de constitucionalidade, faz toda a diferença para a resolução das antinomias em face da legislação infraconstitucional.

¹¹ EMENTA: “Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida.” (DJ 01.08.2003).

Para a Excelsa Corte o novel § 3º do artigo 5º da Constituição, embora possa ser visto como um retrocesso para Flávia Piovesan e Antônio Augusto Trindade, teve o condão de direcionar a interpretação do § 2º do mesmo artigo, na medida em que disse que os tratados sobre direitos humanos somente poderiam ser considerados como uma norma constitucional (*rectius*: emenda constitucional), quando aprovados pelo quórum qualificado e com votação em duas sessões nas casas do Congresso Nacional. Sanada a dúvida para os tratados futuros – que passariam a ostentar a hierarquia de emendas à Constituição, quando aprovados pelo novo procedimento –, ficava pendente de solução saber se os tratados que versam sobre direitos humanos, já internalizados e desconformes ao procedimento da EC n. 45 de 2004, tinham status legal ou supralegal.

A inconveniência de se continuar defendendo a posição da hierarquia de lei ordinária para os tratados de proteção dos direitos humanos é que esses ficariam ao gosto do legislador majoritário de ocasião, podendo ser retirados do ordenamento com a facilidade do procedimento legislativo comum. Aquele mesmo Congresso Nacional que aprovou a internalização do tratado, poderia, na semana seguinte, publicar nova lei que lhe fosse contraposta, extirpando-o da ordem interna. Os direitos humanos devem proteger as minorias inclusive quanto aos avanços das majorias de ocasião. Por essas e outras razões que o Supremo Tribunal Federal deu um passo adiante no tema.

Na esteira de Valério de Oliveira Mazzuoli¹², a posição atual do Supremo foi tirada à unanimidade no julgamento do RE 466.343/SP – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 05.06.2009¹³, quando reconheceu que o tratado internacional sobre direitos

¹² “Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico intermediário: estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais.” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 118).

¹³ EMENTA: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

humanos possui hierarquia supralegal. Em decisão antiga (RHC 79.785/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 29.03.2000), o Tribunal já havia sugerido essa posição, mas não havia adotado-a expressamente, tanto é que em decisões posteriores sufragou a tese da hierarquia dos tratados como norma infraconstitucional.

No corpo do acórdão paradigma de 2009, verifica-se a seguinte passagem:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Tendência essa adotada pelo Supremo Tribunal Federal que já se encontra positivada em diversas Constituições estrangeiras, tais como França, Grécia, Inglaterra e Alemanha, quanto a esta última valendo referir o conteúdo do artigo 25: “as normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.”

Em suma, atualmente, para o Supremo Tribunal Federal há duas espécies de tratados, aqueles sobre direitos humanos e os comuns. Estes sempre irão ocupar a hierarquia de legislação ordinária, enquanto aqueles podem ostentar a hierarquia de emenda constitucional ou natureza supralegal, conforme tenha atendido ao itinerário de internalização do § 3º do artigo 5º da Constituição. Em todas essas três hipóteses, os tratados ficam passíveis de controle de constitucionalidade formal e material.

Por evidente que o controle de constitucionalidade negativo do tratado gerará a sua ineficácia no sistema jurídico interno, afastando-o, e também desobediência do acordo internacional, sujeitando o país às sanções externas. Mas esse é um problema político, que deveria ser analisado quando da assinatura do tratado, não sendo lícito ao Poder Judiciário dar aplicação ao tratado mesmo que violador de direitos fundamentais. Entre a diplomacia externa e os direitos fundamentais da Constituição Federal, com a devida vênia de posições até preconceituosas com a Justiça do Trabalho¹⁴, secundadas por Georgenor de Souza Franco Filho¹⁵, entendemos deva o julgador ficar com estes.¹⁶

Defendeu o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no RE 466.343/SP:

Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

(...)

A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

Ressalte-se, porém, que, na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional.

¹⁴ Trecho do voto da e. Ministra Ellen Gracie no RE 578.543/MT: “A Justiça Trabalhista brasileira, ao deixar de reconhecer, nas reclamações trabalhistas ajuizadas por ex-contratados da ONU/PNUD, a imunidade de jurisdição dessa organização internacional beneficiada por acordos e convenções regularmente assinados pelo Governo brasileiro, presta enorme desserviço ao País, pondo em risco a continuidade da cooperação técnica recebida desse ente de direito público internacional” (Informativo nº 545 do STF).

¹⁵ “As luzes que a Suprema Corte lançará, por certo, farão muitos julgadores inferiores não mais decidirem equivocadamente como apontado pela Relatora, Min. Ellen Gracie, nesse tema pouco conhecido e altamente relevante e importante para o Brasil, ainda que tratando apenas de organismos internacionais.” (op. cit., p. 23).

¹⁶ “O STF deve garantir a prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.” (STF – Extr. 426-EUA – Rel. Min. Rafael Mayer – RTJ 115/969).

(...)

É nesse contexto que se impõe a necessidade de utilização de uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.

Partindo da premissa de que tanto a Convenção de Viena de 1963 quanto a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946, internalizadas, passaram a ostentar a hierarquia infraconstitucional – mesmo que, com muito esforço, se defenda que referidos tratados cuidam do tema dos direitos humanos, ocupando a hierarquia supralegal –, devem passar pelo crivo da harmonia formal e material com a Constituição Federal. Mais especificamente: uma legislação infraconstitucional poderia afastar da jurisdição nacional determinados conflitos, violando o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição? Referidas normas foram recepcionadas pela atual Constituição?

Que os direitos fundamentais podem ser, em alguma medida, restringidos, já é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal e na doutrina constitucional. O ponto central é saber em que medida poderia a atividade conformadora do legislador ofender o direito fundamental. O próprio Tribunal tem entendido que a mensuração do limite em que o legislador pode transitar fica condicionado pelo princípio da proporcionalidade, o qual visa proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Recentemente, quando o Supremo Tribunal Federal julgou uma ação direta de inconstitucionalidade sobre o artigo 625-D da CLT, o qual exige que toda demanda trabalhista deva passar pelas Comissões de Conciliação Prévia antes de submeterem-se à análise do Poder Judiciário, entenderam os Ministros que apenas naqueles casos expressos em que a Constituição prescreveu embaraços é que o acesso ao Poder Judiciário pode ser condicionado. Por conseguinte, não estaria autorizado o legislador infraconstitucional a criar obstáculos de acesso à jurisdição. Vejamos a ementa:

JUDICIÁRIO – ACESSO – FASE ADMINISTRATIVA – CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA – IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o

ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso.¹⁷

No corpo do citado acórdão foi reconhecido que “Ora, não nego que possa o legislador ordinário estipular condições para o ajuizamento de ações; não podendo elas, no entanto, serem desproporcionais ao ponto de restringir a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário”, como de resto tem defendido a doutrina constitucional.¹⁸

Em outro julgado recente, quando a Excelsa Corte debateu acerca do acerto e constitucionalidade das medidas legislativas que embaraçavam o acesso ao Poder Judiciário, com a exigência de prévio depósito em garantia da dívida, foi decidido que:

Artigo 19, *caput*, da Lei federal n. 8.870/94. Discussão judicial de débito para com o INSS. Depósito prévio do valor monetariamente corrigido e acrescido de multa e juros. Violação do disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição do Brasil. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura de das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstanciada barreira ao acesso ao Poder Judiciário. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.¹⁹

A própria Ministra Ellen Gracie já teve ocasião de defender que “Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito

¹⁷ STF – ADI n. 2.160 – Rel^a. p/acórdão Min^a. Carmen Lucia – DJE 23.10.2009.

¹⁸ Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, PERREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁹ STF – ADI 1.074 – Rel. Min. Eros Grau – DJ 25.05.2007. No mesmo sentido a inteligência da Súmula 667 do STF: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.”

individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal”.²⁰

Pelas citadas decisões referidas – sem prejuízo de outras tantas que expõe o mesmo raciocínio –, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tem sido intransigente quanto à proteção do núcleo essencial do princípio da inafastabilidade, carimbando com a pecha da inconstitucionalidade todo e qualquer embaraço legislativo que crie alguma condição desproporcional ao acesso às vias judiciais. Admite sim, possa o legislador criar algumas condições procedimentais de acesso ao Poder Judiciário, mas referidas condições não podem obstacularizar esse direito fundamental do cidadão. Seria de se questionar, se o próprio Supremo Tribunal entende que não possam existir condições desmedidas, o que diria acerca do total afastamento da possibilidade de apreciação das ações trabalhistas (imunidades)? Essa pergunta a Corte ainda não respondeu, a partir de sua nova composição e de acordo com a atual jurisprudência.

Em respeito ao método adotado pelo próprio autor homenageado, qual seja a doutrina do Supremo Tribunal Federal, tenciono a responder negativamente à seguinte pergunta: Poderia o tratado internacional subtrair da apreciação do Poder Judiciário pátrio as demandas em que os empregados pleiteiam direitos que entendem devidos por organismos internacionais, relegando-as para o processo de arbitragem apenas, como quer, por exemplo, a Seção 29, a, da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Decreto n. 27.784/50)?

Essa pergunta Georgenor de Souza Franco Filho, e mesmo a Ministra Ellen Gracie, não respondeu. E a resposta fará toda a diferença para proporcionar outro passo de questionar se os tratados são ou não partes integrantes do direito positivo nacional. A se entender, como nós, que os tratados que concedem imunidades aos organismos internacionais restringem desproporcionalmente direitos fundamentais, tais como o acesso à jurisdição e o devido processo legal, esvaziar-se-ia, como areia entre os dedos, a premissa do autor de que o não reconhecimento

²⁰ Voto no MS n. 23.789 – DJ 23.09.2005.

da imunidade de jurisdição e, por corolário, a de execução, importa em ofensa às Convenções internacionais.²¹

Ofensa nenhuma há, na medida em que como os tratados internacionais que reconhecem imunidades não foram recepcionados pela atual Constituição Federal, não há violação alguma por parte do magistrado nacional. É lição elementar da teoria geral do direito que apenas podem ser violadas normas jurídicas que fazem parte do sistema jurídico. Se alguma norma internacional não se adéqua à Constituição, não há falar que ela tenha vigência no sistema, sendo insuscetível de sofrer qualquer violação.

Por evidente, haverá descumprimento da promessa internacional, para o que o Poder Executivo deve buscar meios de readequação do tratado ou a sua denúncia, por não se conformar com o sistema jurídico constitucional pátrio, como sugere Gilmar Ferreira Mendes no transcrito voto do RE 466.343/SP. Raciocinar em sentido inverso, a pretexto de obediência à promessa internacional, mesmo a contragosto dos princípios de direito fundamental da Constituição, dando validade ao tratado, subverte a hierarquia do sistema de direito positivo e viola o artigo 102, III, “b”, da Constituição.

Entendemos nós, ao contrário da Ministra Ellen Gracie e do autor estudado, que o Poder Judiciário não deve curvar-se às opções do Poder Executivo, antes deve dialogar harmonicamente (artigo 2º da Constituição), realizando a tarefa constitucional de controle dos atos legislativos ofensores de direitos fundamentais (artigo 102, III, “b”).

Reconhecida a inconstitucionalidade dos Decretos n. 27.784/50, 56.435/65 e 61.078/67, estaria aberta a via de acesso ao Poder Judiciário para os empregados que tenham direitos violados por pessoas jurídicas de direito público

²¹ A própria Ministra Ellen Gracie, no voto do RE 578.583/MT, parte da premissa de que “Além disso, o novo entendimento firmado em nada interferiu na autoridade das normas de imunidade contidas nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares de 1961 e 1963, das quais o Brasil é signatário, que seguem vigendo, normalmente, até os dias atuais.”, sem ter antecedido com o controle de constitucionalidade dos referidos tratados.

internacional. Não há, no caso, imunidade de jurisdição ou execução, apenas procedimento específico quanto à essa, conforme as regras processuais internas.

O procedimento de execução a ser adotado nos casos de pessoas jurídicas de direito público externo e organismos internacionais é aquele especial, pela via das cartas rogatórias, tendo o Ministro Celso de Mello defendido, com apoio na doutrina de Francisco Rezek, a possibilidade, inclusive, de penhora de bens situados em território nacional, desde que não afetados às atividades diplomáticas²², antes do procedimento de execução por carta rogatória.

4. Desconstrução das premissas de Georgenor de Souza Franco Filho

A partir do inventário que fizemos alhures da posição jurisprudencial do STF, ousaremos demonstrar que todas as premissas eleitas pelo autor em seu artigo não se coadunam com o método que ele mesmo elegeu, qual seja o realismo jurídico, calcado nas decisões dos Tribunais, sem se questionar o acerto ou não desses julgados. Com efeito, mesmo não sendo o método que adotamos no estudo do Direito, resolvemos jogar o “jogo científico” a partir das regras eleitas pelo nosso debatedor.

A primeira premissa dele é parcialmente verdadeira. Concordamos quanto à diferença dos conceitos de competência e imunidade, no entanto divergimos quanto ao ponto em que afirma que competência a Justiça do Trabalho possui (artigo 114, I, CF). A competência visa apenas dividir racionalmente a jurisdição. Somente se pode falar em competência quando haja jurisdição, competência é o epíteto dos subconjuntos extremados do conjunto maior da jurisdição. Essa é um antecedente lógico imediato daquela. Logo, se há imunidade, ou seja, não-jurisdição, não se pode falar que haja competência. Não há o que ser repartido entre os diversos órgãos do Poder Judiciário. Mas essa conclusão não impede reconhecer que é a Justiça do Trabalho quem dirá, em cada caso concreto, se há ou não

²² STF – AgRg no RE 222.368-PE – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 30.04.2002.

imunidade. Em se reconhecendo imunidade, na trilha da posição aqui criticada, haverá pronunciamento judicial, mas nenhuma jurisdição será prestada, assim considerada aquela que resolve a questão de direito material.

No que toca à sua segunda premissa, é irrelevante para o desate da questão o entendimento do Supremo na AC n. 9.696-3/SP. Aqui, o Tribunal afastou o costume internacional para dizer que não havia imunidade de Estado estrangeiro. Diz ele que os organismos internacionais têm sua imunidade reconhecida por tratado, por isso não há falar em invocação do precedente citado, que tratava de hipótese em que não haviam tratados, apenas o direito costumeiro. O que verificamos pela posição atual do Excelso Pretório é que, mesmo havendo tratados, esses devem conformar-se com as diretrizes da Constituição, podendo sofrer de vício de inconstitucionalidade e, por isso, ineficácia. Se a justificativa da imunidade é o costume ou um tratado internacional isso é relevante apenas ao ponto de ditar o procedimento de julgamento. Para os costumes, haverá o afastamento, por contrariar disposição constitucional expressa. Se a fonte normativa é o tratado, esse também poderá ser afastado, desde que conflite desproporcionalmente com direitos fundamentais, ofendendo seu núcleo essencial.

Também não é verdadeira, com a devida vênia, a premissa de que a posição da Ministra Ellen Gracie nos REs 578.543/MT e 597.368/MT representa a posição atual do Supremo Tribunal Federal. E isso por variadas razões. Primeiro por que o julgado não foi concluído, pendendo de apreciação pelos demais Ministros. Segundo por que os julgados mais recentes reconhecem a hierarquia de legislação ordinária aos tratados de interesses comuns, sujeitando-os ao controle de constitucionalidade (RE 466.343/SP). Também o Tribunal tem entendido que não pode a legislação infraconstitucional criar obstáculos desmedidos ao acesso ao Poder Judiciário e ao devido processo legal. Por fim, nem a Ministra nem o autor estudado enfrentaram o tema do necessário controle de constitucionalidade dos tratados em face dos direitos fundamentais constitucionais. Não é porque previsto em tratado que a violação à direito fundamental terá supremacia em face da Constituição, pelo contrário devem àqueles sujeitarem à essa.

Também não é correto que a decisão que afasta a imunidade de jurisdição é inexecutável, pelo contrário, a possibilidade ou não de execução e seus procedimentos próprios, já são um segundo passo, dado a partir do reconhecimento da inexistência de eficácia dos tratados que afastam da jurisdição brasileira lesão ou ameaça a direito. Já foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal a possibilidade de penhora de bens dos organismos alienígenas, tanto quanto haja renúncia da imunidade, quanto aos bens existentes em território brasileiro, desde que não afetos à atividade diplomática, antes mesmo do procedimento próprio de execução por carta rogatória (STF – AgRg no RE 222.368-PE – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 30.04.2002).

5. Conclusões

Segundo a posição atual do Supremo Tribunal Federal, adotada como ponto de apoio para a tese de Georgeton de Souza Franco Filho, os tratados internacionais podem ser de duas espécies: a) tratados comuns; e b) tratados sobre direitos humanos. Os primeiros ostentam a hierarquia de lei ordinária, já a segunda espécie pode ostentar tanto a hierarquia supralegal quanto a de emenda constitucional, conforme se submeta ao procedimento de internalização do § 3º do artigo 5º da Constituição.

Como corolário da hierarquia das duas espécies de tratados, sempre haverá a necessidade do Judiciário realizar o controle, formal e material, da constitucionalidade dos tratados. Reconhecendo que o tratado é inconstitucional, retirar-lhe-á a eficácia, mas não adentrará em seu plano de validade. Os tratados internacionais serão tidos como inválidos somente quando houver denúncia pelo Poder Executivo, sem que isso obstrua a tarefa judiciária de questionar a sua eficácia. Como consequência, tratados poderão ser válidos no plano internacional, mas ineficazes internamente, sujeitando o país às sanções internacionais, mas isso já é um problema político e não judicial.

Na aplicação dos tratados internacionais incumbe ao Judiciário fazer o seu controle de constitucionalidade, investigando se a restrição que os tratados causam à direitos fundamentais é proporcional. A posição firme da doutrina constitucional e da Suprema Corte é que o legislador goza de certa margem de conformação dos direitos fundamentais, podendo restringi-los, em alguma medida, em homenagem a princípios outros, colidentes no caso concreto – no caso, a cooperação entre os povos para progresso da humanidade (artigo 4º, IX, da Constituição), etc. –, por isso não é toda restrição que é tida como inconstitucional, mas aquela que ofende o núcleo essencial do direito restringido.

A decisão judicial, seja de que instância for, que não realiza a ponderação de interesses conflitantes (v.g., inafastabilidade X cooperação internacional), com amparo no princípio da proporcionalidade, é carente de fundamentação (artigo 93, IX, CF/88) e incompleta, sujeitando-se à controle recursal.

No dizer de Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.²³

Recepcionando a doutrina acima, acerca da necessidade da invocação do princípio da proporcionalidade, com suas três subregras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para controle dos atos restritivos de direitos fundamentais, são as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: Inq. n. 2.424 - Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 26.03.2010, RE n. 349.703/RS – Rel. Min. Carlos

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

Britto – DJ 04.06.2009 e HC n. 89.417/RO – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJ 15.12.2006.