
IMUNIDADES DOS BANCOS CENTRAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO AMERICANO

*CENTRAL BANK IMMUNITIES UNDER THE FOREIGN
SOVEREIGN IMMUNITIES ACT OF 1976 (FSIA).*

*Júlia Wanderley Vale Cadete
Bacharela em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco (UFPE) Especialista em Direito Público pela
Faculdade Integrada do Recife (FIR) Procuradora do
Banco Central do Brasil.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regime jurídico das imunidades de jurisdição e execução no FSIA; 1.1 Imunidade de jurisdição; 1.2 Imunidade de jurisdição; 2 Estratégias executórias dos credores e a decisão da Corte de Apelações do Segundo Circuito; 2.1 Teoria do alter ego; 2.2 Teoria fundada na expressão “held for its own account”; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (FSIA) constitui a base normativa das imunidades garantidas, nos Estados Unidos, às autoridades soberanas estrangeiras. A interpretação de seus dispositivos tem se mostrado historicamente tortuosa, especialmente no que concerne à imunidade de execução dos bens dos bancos centrais. De um lado, há decisões judiciais que defendem o entendimento de que a imunidade de execução garantida pelo FSIA só é aplicável aos bancos centrais “independentes” de seus estados; de outro, alguns precedentes registram que aplicação dessa imunidade depende de que os bens da autoridade monetária sejam utilizados em “atividades de bancos centrais”. O presente artigo pretende identificar a adequada interpretação das normas do FSIA, essencial para a atuação segura dos bancos centrais no mercado americano, o que será feito com o auxílio da doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos.

ABSTRACT: The American approach to foreign state’s immunity has been codified in the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA). The interpretation of its rules has not been simple, especially in regard to Central Banks’ immunity from attachment and execution. Some precedents state that the immunity provided to central bank assets in the FSIA depends on whether the central bank is “independent” from its parent state; others affirm that the immunity depends on whether the assets are used for “central banking activities”. The present article intends to indentify the best interpretation for the Act, based on doctrine and case law.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidades. Jurisdição. Execução. Banco Central. FSIA. Independente. Função.

KEYWORDS : Immunities. Jurisdictional. Execution. Central Bank. FSIA. Independent. Function.

INTRODUÇÃO

No Direito Internacional prevalecia, originalmente, a teoria da imunidade absoluta dos Estados, que não poderiam ser julgados perante uma corte estrangeira sem o seu consentimento, com fundamento no princípio “*par in parem no habet iudicium/imperium*”.

Nos Estados Unidos não era diferente. Em 1812, no caso *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, foi aplicada a teoria da imunidade absoluta de jurisdição, em razão da constatação de que entes soberanos não poderiam ser submetidos a julgamento sem que o seu poder e a sua dignidade fossem afetados¹.

O diplomata Paulo Henrique Gonçalves Portela², a esse respeito, assinala:

A imunidade absoluta é consentânea com o espírito da época em que surgiu [ainda na Idade Média], em que o Estado nacional se consolidava, fenômeno que ocorreu sob a égide do absolutismo e, portanto, de idéias como ‘o direito absoluto do Estado de se organizar, de não depender senão de seus próprios órgãos’, a ‘negação de subordinação ou limitação do Estado a qualquer outro poder, passando este a encerrar um poder supremo e independente’ e a necessidade de oposição a poderes externos.

Mais tarde, notadamente entre o final do século XIX e a década de 60 do século passado, com a intensificação das relações entre os países, a possibilidade de responsabilização dos Estados estrangeiros passou a ser necessária, não sendo mais admitida a chancela irrestrita a ilícitos cometidos contra os particulares. A teoria inicial da imunidade de jurisdição absoluta, então, evoluiu para a chamada teoria relativa, atualmente prevalente no cenário internacional.

Segundo a teoria da imunidade de jurisdição relativa, um Estado pode ser lavado, contra a sua vontade, a julgamento perante uma corte estrangeira quando atua virtualmente equiparado a um particular, praticando “atos de gestão”. Assim, apenas ao praticar “atos de império”, relacionados com o exercício das prerrogativas soberanas, os estados gozam de imunidade de jurisdição.

1 HARVARD LAW REVIEW. *Too Sovereign to be sued: Immunity of Central Banks in times of financial crisis*. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/124/december10/Note_7618.php>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

2 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2. ed. Bahia: Juspodium, 2010. p. 167.

No que diz respeito à imunidade de execução, atinente à impossibilidade de se efetuar medidas constritivas aos bens de Estados estrangeiros, a questão ainda não está devidamente consolidada. Parte da doutrina defende que a referida garantia deve ser absoluta, com vistas a “evitar desgastes nas relações internacionais e com fulcro na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, e de Relações Consulares, de 1963, que consagram a inviolabilidade dos bens das missões diplomáticas e consulares”³. Há quem defenda, no entanto, a relativização da imunidade de execução, nos mesmos moldes referentes à imunidade de jurisdição.

Tais noções não decorrem de tratado, tendo sido estabelecidas no âmbito internacional por normas costumeiras⁴. Em alguns países, contudo, curiosamente os regidos pela *Common Law*, a matéria foi codificadas internamente. Nesse sentido, destacam-se as observações de Urquiza⁵:

[...] paradójicamente, la inmunidad de los estados soberanos en los países sujetos al sistema del Common Law se determina actualmente mediante una norma legal que codifica todo el derecho sobre el tema. Por el contrario, en los países com raigambre em el derecho continental europeo (por ejemplo: Suiza, España y Alemania), la inmunidad soberana permanece em gran medida (como casi siempre há sido em la tradición del Derecho Romano) como uma interpretación jurídica basada exclusivamente em el estudio de la jurisprudência de los tribunales competentes.

Os Estados Unidos disciplinam o assunto no *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (FSIA), que trata das imunidades de Estados estrangeiros (*foreign states*), bem como de seus órgãos ou instrumentos (*its agencies or instrumentalities*), sob a ótica da teoria relativa. É justamente esse diploma legal que será estudado no presente artigo, com ênfase nos dispositivos que conferem imunidades de execução *especiais* aos bancos centrais.

Não é demais lembrar, a esse respeito, que tais entidades necessitam ter seus bens livres de quaisquer embaraços para, especialmente em tempos de crises financeiras, poderem desempenhar de forma adequada a suas funções soberanas na condução da política cambial e monetária.

3 PORTELA, op. cit., p. 171.

4 Ibidem. p. 167.

5 URQUIZA, María Del Carmen, *La protección de las reservas de los bancos centrales y la ley de inmunidad soberana de los ee. uu.* La experiencia argentina. Disponível em: <http://www.cemla.org/pdf/legales/viii_urquiza_maria.pdf>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

O FSIA possui um conjunto de normas que se presta a garantir esse ambiente de atuação propício às *autoridades monetárias*, mas também há motivação política para tanto.

Caso os recursos das autoridades monetárias fossem facilmente submetidos à execução, eles passariam a ser investidos fora dos Estados Unidos, em prejuízo à economia deste país⁶. O próprio Congresso americano, em seu relatório sobre a Lei (FSIA *House Report* 31), fez referência essa preocupação, *verbis*:

If execution could be levied on such funds without an explicit waiver, deposit of foreign funds in the United States might be discouraged. Moreover, execution against the reserves of foreign states could cause significant foreign relations problems.

Não obstante, no cenário americano, os credores de Estados estrangeiros, em caso *sovereign default*, vêm tentando expropriar as reservas dos bancos centrais destes países mantidas no *Federal Reserve Bank of New York (FRBNY)*. A esse respeito, vale transcrever o seguinte excerto doutrinário⁸:

For U.S. counterparties to transactions with sovereign governments, *central bank accounts with the Federal Reserve Bank of New York (FRBNY) are a ripe target for attachment. The FRBNY holds '\$3 trillion in U.S. dollar-denominated assets at the Bank, more than half of world's official U.S. dollar reserve'.* This presence in a single entity of a substantial portion of potential sources of income for expanding, litigious set of sovereign creditors has made the Southern District of New York the 'focal point venue in the emerging world of sovereign debt enforcement'. (Grifos nossos)

As diversas teses lançadas na justiça para atingir esses bens vinham em um ciclo de reconhecimento jurídico⁹, o que levou alguns estudiosos a afirmarem que as imunidades previstas no FSIA não

6 BAXTER, JR. Thomas C, Remarks at the Central Reserve Bank of Peru on the Foreign Sovereign Immunities Act and Central Bank Immunity in the United States. Disponível em: <<http://www.newyorkfed.org/newsevents/speeches/2010/bax101119.html>>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

7 Não pagamento, dentro do prazo acordado, dos títulos emitidos por um país, seja do valor principal ou do acessório.

8 HARVARD LAW REVIEW, op. cit.

9 Nesse sentido, conferir os seguintes precedentes: *Allied Bank Internacional v. Banco Crédito Agrícola de Cartago*; *Republico f Argentina v. Weltover*; e *Weston Cie de Finance et D'investissement, S.A. v. Equador*.

passavam de um mito¹⁰. Isso fez, também, com que diversos países passassem a depositar as reservas de seus bancos centrais no *Bank for International Settlement* (BIS), onde a imunidade é garantida, sem riscos legais aparentes.

Um caso emblemático sobre o tema, no qual foram solucionadas recentemente questões de *first impression*¹¹, é o proposto por EM LTD. e NML Capital Ltd. contra a República Argentina, figurando o Banco Central da República Argentina (BCRA) como parte interessada. Nele, as autoras, sob o argumento de que o BCRA não era uma entidade independente, mas o *alter ego* da República Argentina, pretendiam atingir as reservas internacionais da autoridade monetária depositadas no FRBNY, para quitar a dívida do Estado, o qual havia renunciado a sua imunidade.

A ação foi julgada procedente pela Corte Distrital de Nova Iorque, principal centro de disputas da espécie, tendo sido autorizadas medidas constritivas em aproximadamente 100 milhões de dólares em reservas do BCRA. Posteriormente, em 5 de julho de 2011, a decisão foi reformada pela Corte de Apelações do Segundo Circuito¹² a qual entendeu que a garantia de imunidade dos bancos centrais não depende de estes serem entidades “independentes” dos Estados, mas apenas de que seus bens sejam utilizados “em funções de banco centrais”.

Para a compreensão da relevância jurídica do referido precedente, faz-se necessário analisar as regras contidas no FSIA.

1 REGIME JURÍDICO DAS IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO NO FSIA

O FSIA foi editado em 1976 para regular as imunidades de Estados estrangeiros, bem como de seus órgãos ou instrumentos. Em termos gerais, *são conferidas* imunidades aos entes soberanos (*foreign states, its agencies or instrumentalities*) quando estes atuam investidos de seus poderes estatais, mas não quando participam de “atividades comerciais”.

Aos bancos centrais, por desempenharem funções críticas na economia mundial, foram garantidas algumas proteções adicionais referentes à execução, na forma da *seção 1611(b)(1)* do FSIA.

Fixado esse panorama inicial, passa-se a análise das normas do FSIA.

¹⁰ URIQUIZA, op. cit.

¹¹ A expressão se refere a casos em que não há precedente vinculante a ser seguido (*no binding authority*).

¹² Inteiro teor da decisão disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1573075.html>>.

1.1 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Os termos genéricos das imunidades de jurisdição estão disciplinados nas seções 1604 a 1607 do FSIA. Na seção 1604, estatui-se a regra geral de que “estados estrangeiros” detêm imunidade de jurisdição, os quais são definidos, na seção 1603, da seguinte forma:

- a) A ‘foreign state’, except as used in section 1608 of this title, *includes a political subdivision of state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).*
- b) An ‘agency or instrumentality of a foreign state’ means any entity:
 - 1) which is a *separate legal person*, corporate or otherwise, and
 - 2) which is an *organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof*, and
 - 3) which is neither a citizen of a State Of the United States as defined in section 1332 (c) and (d) of this title, *nor created under the laws of any third country.* (Grifos nossos)

Como se vê, a definição de “estados estrangeiros” é bastante ampla, de forma a englobar as suas subdivisões políticas, órgãos e instrumentos, também conceituados acima. A maioria dos bancos centrais se enquadrará como “*instrumentality of a foreign state*” e, portanto, será titular da imunidade de jurisdição garantida aos Estados estrangeiros. Tal enquadramento, contudo, *não é* presumido, constituindo ônus da prova do demandando demonstrá-lo em juízo.

O FSIA, nas seções 1605 a 1607, estabelece algumas exceções à imunidade de jurisdição, sendo a estatuída na seção 1605(a)(2)¹³, atinente às “atividades comerciais”, a que mais afeta as autoridades monetárias. A respeito dela, Urquiza observa:

13 A seção 1605 dispõe: “(a) *A foreign state shall not be immune from the Jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case [...] (2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;*”

[...] no se reconocerá inmunidad si la demanda judicial se fundamenta en una actividad comercial desarrollada por el estado extranjero en Estados Unidos, un acto ejecutado en Estados Unidos con relación a una actividad comercial emprendida por el estado extranjero en otra parte o un acto realizado fuera de Estados Unidos con relación a una actividad comercial que tenga un efecto directo em Estados Unidos¹⁴.

A expressão “atividade comercial” é conceituada na seção 1603(d)¹⁵, segundo a qual, no intuito de se identificar se uma atividade é comercial, o que deve ser levar em conta é a *natureza* do ato praticado e não os seus *propósitos*. A Suprema Corte, no caso *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, teve a oportunidade de destrinchar o conceito e entendeu que “atividades comerciais” são aquelas que podem ser desempenhas por particulares, *verbis*:

[T]he question is not whether the foreign government is acting with a profit motive or instead with the aim of fulfilling uniquely sovereign objectives. Rather, *the issue is whether the particular actions that the foreign state performs (whatever the motive behind them) are the type of actions by which a private party engages in 'trade and traffic or commerce'*¹⁶. (Grifos nossos)

Nesse contexto, ao analisar a emissão de títulos pela Argentina, a Suprema Corte concluiu que essa atividade, embora tenha feita para conduzir uma crise fiscal doméstica, é comercial, já pode ser desempenhada por particulares.

À luz do critério descrito, verifica-se que boa parte das atividades dos bancos centrais (investimentos em dólar, em títulos etc.), com ressalva à supervisão e regulamentação, será considerada comercial¹⁷ e, portanto, enquadrável na exceção prevista na sessão 1605(a)(2). Disso decorre que a garantia de imunidade de *jurisdição* das autoridades monetárias é bastante restrita no âmbito do FSIA.

Outra importante exceção relaciona-se com a possibilidade de renúncia, explícita ou implícita, à imunidade de jurisdição. A renúncia explícita normalmente é resultado de negociações, nas quais os investidores privados estão sempre motivados a demandá-la. Ao

14 URIQUIZA, op. cit.

15 Nos termos da seção 1603(d), “A ‘commercial activity’ means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose”.

16 HARVARD LAW REVIEW, op. cit.

17 URIQUIZA, op. cit.

analisar o instituto, fora do contexto específico do FSIA, a doutrina de direito internacional público destaca a sua utilização corriqueira:

Não é incomum um Estado renunciar a sua imunidade de jurisdição. Isto normalmente é feito por meio de um *tratado*, mas também pode se dar em virtude da conclusão de um *contrato*, no qual expressamente se preveja a renúncia à imunidade. Tal normalmente se dá quando o Estado conclui contratos internacionais de crédito com bancos privados estrangeiros (pois quando o contrato de empréstimo tem natureza *pública*, ou seja, quando é concluído com *outro estado*, não se tem dúvida que há aí imunidade de jurisdição). Não raras as vezes se veem governos com dificuldades nas suas balanças de pagamentos serem praticamente coagidos por bancos comerciais internacionais (dos quais são devedores) a inserir nos contratos de empréstimos com eles concluídos cláusulas de renúncia à sua imunidade jurisdicional, para o fim de verem-se processados no foro escolhido pelo banco credor¹⁸. (Destques do original)

No que tange às renúncias implícitas, estas tem sido reconhecidas pelas cortes americanas nas situações em que o “estado estrangeiro”:

- a) aceita se submeter à arbitragem nos Estados Unidos;
- b) acorda que a lei que regerá o contrato será a lei americana (federal ou estadual); ou
- c) submetido a julgamento em uma corte americana, deixa de argüir a sua imunidade¹⁹.

Verificadas a ocorrência das exceções à imunidade de jurisdição analisadas acima, relativas à prática de “atividades comerciais” ou à renúncia, o estado estrangeiro, seus órgãos ou instrumentos poderão ser submetidos a julgamento perante uma corte americana, mesmo contra a sua vontade.

1.2 IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

As normas gerais referentes às imunidades de execução estão previstas nas *seções 1609 a 1611* do FSIA. A sessão 1609 estatui a regra

18 MAZZUOLI. Valério de Oliveira, *Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 543-544.

19 BAXTER, JR. Thomas C., op. cit.

geral de que as propriedades de Estados estrangeiros situadas nos Estados Unidos são imunes a medidas de execução (*attachment and execution*), salvo se aplicáveis alguma das exceções previstas nas sessões 1610 e 1611.

Na seção 1610 – entre outras exceções, que não convém ressaltar dados os propósitos do presente artigo – afasta-se a incidência da imunidade sobre bens do Estado estrangeiro utilizados para “atividades comerciais” nos Estados Unidos e, também, no caso de renúncia, implícita ou explícita²⁰, mas isso não é suficiente para que a execução seja possível.

É necessário que os referidos bens estejam situados nos Estados Unidos e tenham sido utilizados em “atividades comerciais” neste país, quando do protocolo do *writ of attachment or execution*. Nesse sentido, compilam-se as ponderações de Bexter:

Section 1610 authorizes attachment or execution against the property of a foreign state that is used for commercial activity in the United States where the foreign state has waived immunity from attachment or execution. It is noteworthy that even where a foreign state has waived its immunity, its property will not automatically be subject to attachment or execution under Section 1610. *Before permitting attachment or execution of a foreign state's property, U.S. courts require a showing that the property in question is located in the United States, and was used for commercial activity in the United States at time the writ of attachment or execution was issued.* (Grifos nossos)

O preceito que mais interessa aos propósitos desse artigo, no entanto, é o previsto na seção 1611(b)(1), transcrito adiante, que se refere especificamente aos bancos centrais, afastando a aplicação das exceções estatuídas na seção 1610, nos seguintes termos:

“(b) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if - (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or

20 “§ 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution

«(a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a Judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if - “(1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or “(2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or [...]”. (Grifos nossos)

authority, or its parent foreign government, has *explicitly waived* its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver". (Grifos nossos)

De acordo com o dispositivo, será garantida imunidade de execução aos bens de bancos centrais ou de autoridades monetárias estrangeiras, mantidos por conta própria (*held for its own account*), desde que não tenha havido renúncia *expressa*, de sua parte ou de seu Estado. Como se vê, *não se atribui* à renúncia implícita o poder de afastar a aplicação da imunidade, o que consubstancia norma mais benéfica em relação à prevista na seção 1610.

Além disso, aos bancos centrais não se confere o poder de renunciar à garantia que impede sejam tomadas contra si medidas executórias *prévias* à sentença (*prejudgment attachment*), como as de natureza cautelar. Isso porque a seção 1611(b)(1), ao contrário da seção 1610(d), somente menciona a possibilidade de renúncia dos bancos centrais à execução posterior a sentença.

Não há margem, portanto, para negociação privada da inserção desse tipo de renúncia em contratos, já que não é permitida pela lei. A vedação representa uma garantia adicional às autoridades monetárias que investem nos Estados Unidos e há motivação *política* para que exista, conforme assinala Bexter:

Prejudgment attachment allows a plaintiff to encumber funds before the legal theories and proof are tested in a court room. We can all imagine what an attractive target Central Bank reserves must present for a plaintiff seeking to realize on what he hopes will be substantial judgment. Given this, without the beneficial protection conferred by Section 1611(b)(1), Central Banks could find their assets tied up in litigation. *From a policy perspective, a license to hunt down Central Bank assets would be unacceptable due to the significant U.S. interest in encouraging U.S. investment by Central Banks, and to the foreign interest in protecting national savings.* (Grifos nossos)

É imperioso ressaltar, ainda, que não há na norma em exame qualquer exceção referente à prática de “atividades comerciais” e nem faria sentido que houvesse. Caso esse tipo de exceção estivesse prevista, a imunidade de execução dos bens dos bancos centrais não teria qualquer efeito prático, já que estes são utilizados freqüentemente em operações,

com fins regulatórios, que podem ser enquadradas como “atividades comerciais”, no sentido definido em *Weltover*.

Vale dizer, contudo, que interpretação das normas constantes da seção 1611(b)(1) na forma acima descrita, segundo a qual a única forma de execução dos bens dos bancos centrais seria através da renúncia explícita (imunidade absoluta), *não* foi adotada pelas cortes, conforme será examinado no próximo tópico.

2 ESTRATÉGIAS EXECUTÓRIAS DOS CREDORES E A DECISÃO DA CORTE DE APELAÇÕES DO SEGUNDO CIRCUITO

Na tentativa de sujeitar os bens dos bancos centrais a medidas de execução (*attachment and execution*), os credores utilizaram basicamente duas estratégias: uma referente à teoria do *alter ego* e outra fundada na interpretação da expressão “*held for its own account*”, contida na seção 1611(b)(1). Cada uma dessas estratégias será analisada adiante, seguida da decisão da Corte de Apelações do Segundo Circuito, a qual exerce jurisdição sobre Estado de Nova Iorque, principal centro de disputas da espécie.

2.1 TEORIA DO ALTER EGO

A teoria do *alter ego* foi utilizada, recentemente, pelos credores da República Argentina em ação proposta perante a Corte Distrital de Nova Iorque. A tese tem por fundamento uma decisão, de 1983, conhecida como *Banced*, na qual figuraram como partes *First National City Bank* e *Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*.

Nela, a Suprema Corte americana entendeu que um instrumento do governo (*government instrumentality*), criado como entidade jurídica distinta e independente do Estado, deve ser tratado como tal, não podendo um ser tido como responsável pelos débitos do outro. No entanto, a regra geral não deveria ser aplicada se a entidade fosse tão controlada por seu proprietário a ponto de uma relação de “principal” e “agente” ser criada; ou, se verificado que o *status* autônomo do instrumento do governo enseja fraude ou injustiça.

Valendo-se deste precedente, os citados credores asseveraram em juízo que o constante despeito por parte da República Argentina da independência do BCRA o teria transformado no mero *alter ego* desta. Segundo eles, nos termos relatados pela Corte de Apelações, a República “*had exploited the legal fiction of [that] independence unjustly and fraudulently to avoid paying creditors like [plaintiffs]*”.

A Corte Distrital de Nova Iorque julgou a ação procedente, afirmando que, de fato, o constante desrespeito por parte da República da independência do BCRA autoriza a conclusão de que este não possui existência jurídica autônoma (*juridical separateness*), com fundamento no caso *Banced*. Na decisão, narrada no julgamento da Corte de Apelações, ponderou-se:

BCRA did the Republic's bidding in two important respects. First, BCRA issued the pesos in sufficient amounts to purchase billions of U.S. dollars. Second, BCRA took [those dollars] and paid the Republic's debt to the IMF.

This demonstrated that Republic could draw on the resources of BCRA at will. The Republic ignored the mandate of BCRA's charter, which provided that BCRA would not be subjected to any order or instruction of the National Executive in connection with the implementation of monetary and financial policy. The management of BCRA posed no obstacles to Republic's use of the resources of BCRA exactly as the Republic wished. The Republic's control in regard was complete.

Afastada a existência jurídica autônoma do BCRA, entendeu-se que os fundos deste, os quais estavam depositados no FRBNY, são na verdade da República, sendo inaplicáveis as regras contidas na seção 1611(b)(1), destinadas às autoridades monetárias. Além disso, à luz da seção 1610, aduziu-se que como tais fundos foram utilizados em “atividades comerciais” nos Estados Unidos – porque empregados em atividades bancárias tradicionais, as quais podem ser desempenhadas por particulares – estão desprovidos de imunidade. Asseverou-se, também, que por ter a República renunciado à imunidade *seus bens*, isso incluiria os do BCRA.

Pelo exposto, verifica-se que para a Corte Distrital de Nova Iorque a imunidade prevista na seção 1611(b)(1) somente é aplicável a bancos centrais independentes de seus estados. No entanto, conforme se verá, esse posicionamento não é o mais adequado, seja por não atender aos objetivos do FSIA e seja por não possuir amparo na lei.

A Corte de Apelações do Segundo Circuito, examinando o recurso da República Argentina, do BCRA e as petições dos Estados Unidos e do FRBNY – os quais intervieram no feito na qualidade de *amicus curiae* – sustentou que a linguagem, estrutura e história da seção 1611(b)(1) imuniza os bens de um banco central ou autoridade

monetária, mantidos por conta própria, sem considerar se estes são “independentes” de seus estados.

Assim, o fato de uma relação de principal e agente ter sido criada, nos termos do caso *Banced*, seria irrelevante. Para essa Corte, os benefícios especiais concedidos pela lei aos bancos centrais, por interesse estatal, devem ser respeitados, não devendo o precedente judicial ser utilizado para torná-los inaplicáveis, *verbis*:

[...] foreign central banks are not treated as generic ‘agencies and instrumentalities’ of a foreign state under FSIA; they are given ‘special protections’ benefitting the particular sovereign interest in preventing attachment and execution of central bank property [...]. Plaintiff cannot evade this statutory requirement by using *Banced* to turn assets that would otherwise be considered property of a central bank held for its own account into property of the Republic that is not entitled to immunity. (Grifos nossos)

Na decisão, verificou-se que a interpretação literal dos termos FSIA demonstra que a única exigência existente para garantir a imunidade da seção 1611(b)(1) é que os bens do banco central sejam mantidos por conta própria (*held for its own account*), não havendo qualquer referência à necessidade de “independência”, daí a inadequação desse requisito.

Consignou-se, também, que a análise do contexto histórico do ato revela que à época de sua edição, em 1976, a maioria dos bancos centrais funcionava como departamento dos ministérios de finanças. Dessa forma, não faria sentido concluir que o Congresso pretendeu editar uma norma, elaborada para prevenir problemas nas relações entre países, que deixaria de imunizar parte significativa das reservas dos bancos centrais mantidas nos Estados Unidos.

Por fim, outro argumento utilizado pela Corte para afastar a exigência de “independência”, relaciona-se com a constatação de que a linguagem adotada na seção 1611(b)(1) sugere que o Congresso estava atento ao fato de que os bens de um banco central também poderiam pertencer ao estado, *verbis*:

As the United States, appearing as *amicus curiae*, observes, ‘if Congress had intended to limit § 1611(b)(1) to independent central banks, one would have expected the introductory language of the subsection—‘Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter’—to refer only to § 1610(b), which provides for execution or attachment of the property of state agencies and instrumentalities, rather than

to § 1610 as a whole.’ United States *Amicus* Br. 6–7. But § 1611(b)(1) refers to § 1610 in its entirety—including those provisions of § 1610 applicable only to foreign states. Therefore, the statute seems to anticipate the possibility that property held by the central bank may also be property of the sovereign state.

Assim, após afirmar que a imunidade dos fundos do BCRA mantidos no FRBNY não é condicionada pela “independência” deste em relação à República, mas por tais fundos serem “mantidos por conta própria” (*held for its own account*), nos termos da seção 1611(b)(1), a Corte achou por bem firmar o conceito da expressão, conforme será visto adiante, uma questão de *first impression* no Circuito.

2.2 TEORIA FUNDADA NA EXPRESSÃO “HELD FOR ITS OWN ACCOUNT”

Conforme relatado pela Corte de Apelações, foram apresentadas três possíveis interpretações para a expressão “*held for its own account*”: uma pelo BCRA, uma pelo FRBNY e uma pelos autores. Estes últimos, por intermédio de uma construção gramatical e sintática dos termos da seção 1611(b)(1), afirmaram que “[p]roperty of a central bank is ‘held for its own account’ when it is held for [the central bank’s] own profit or advantage.”

A interpretação, que serve de reforço a teoria do *alter ego*, pretende dissociar os interesses dos bancos centrais dos de seus estados, de maneira que apenas as operações empreendidas no interesses daqueles estariam providas de proteção. No caso concreto, como os fundos depositados no FRBNY foram utilizados para pagar os débitos da República Argentina com o Fundo Monetário Internacional, eles não seriam “*held for its [central bank’s] own account*”, não estando protegidos pela garantia de imunidade prevista na seção 1611(b)(1).

Analisando, os argumentos dos autores, a Corte asseverou que a pretendida dissociação de interesses não encontra amparo na estrutura do FSIA, nem nos próprios propósitos de um banco central, *verbis*:

Plaintiffs’ definition is novel but cannot be correct. BCRA is charged by statute with power and responsibility over, among other things, issuing and monitoring the stability of the Argentine peso, establishing and implementing monetary policy, investing reserves, acting as the Republic’s financial agent and as depository and

agent for the Republic before “international monetary, banking and financial entities,” and regulating the Argentine banking system and financial sector. See BCRA Charter Arts. 1–60; JA Vol. V at 763–75. *These are all traditional activities of central banks*, see Ernest T. Patrikis, Foreign Central Bank Property: Immunity from Attachment in the United States, 1982 U. Ill. L.Rev. 265, 274 n. 37 (1982) (enumerating “functions of central banks”), *which are performed “in the national economic interest,”* de Kock, Central Banking at 22. *They are also, to a one, functions which defy any attempt to divide the interest of the central bank from that of the state it serves.* (Grifos nossos)

O FRBNY, na qualidade de *amicus curiae*, propôs um teste baseado somente na linguagem do FSIA, chamado de “*plain language test*”. Segundo este teste, os fundos de um banco central seriam considerados “mantidos por conta própria” (*held for its own account*) se estivessem depositados em uma conta no seu nome, em razão do princípio de direito bancário que estabelece que o balanço positivo em uma conta reflete um débito do banco em relação ao depositário.

O teste sugerido pelo FRNY, que aparenta adotar a teoria da imunidade absoluta, possui o mérito de ser bastante objetivo, reduzindo o risco legal para os bancos centrais. No entanto, a Corte, apesar de reconhecer a sua utilidade, afirmou:

Indeed, in 1993, the district court in *Weston Compagnie de Finance et D’Investissement, S.A. v. La Republica del Ecuador* concluded—without referring to it by name—that *the “plain language” test is a necessary but not sufficient condition for central bank property immunity under § 1611(b)(1)*. 823 F.Supp. 1106, 1112 (S.D.N.Y.1993) (“Any funds in an account in the name of a foreign central bank are thus funds ‘of’ that foreign central bank. *To say that, however, does not end the inquiry. Such funds are, under § 1611(b)(1), immune from attachment only if ‘held for [the foreign central bank’s] own account.*”

Já o BCRA, em suas razões, aduziu que uma propriedade de um banco central é “mantida por conta própria” quando utilizada em “atividades de bancos centrais” (*central banking activities test*). Esse entendimento também foi adotado pelo Congresso em seu relatório sobre o FSIA (FSIA *House Report* 31), no qual consignou:

Section 1611(b)(1) provides for the immunity of central bank funds from attachment or execution. *It applies to funds of a foreign central bank*

or monetary authority which are deposited in the United States and “held” for the bank’s or authority’s “own account”—i.e., funds used or held in connection with central banking activities, as distinguished from funds used solely to finance the commercial transactions of other entities or of foreign states.

A Corte de Apelações apontou a seguinte dificuldade no chamado “*central banking activities test*”: o relatório do Congresso distingue as propriedades usadas ou mantidas em conexão com atividades de bancos centrais, que são imunes, daquelas usadas somente para financiar transações comerciais. No entanto, a estrutura do FSIA sugere que uma propriedade usada para atividades comerciais e uma propriedade de um banco central mantida por sua própria conta não se enquadram em categorias que se excluem mutuamente.

Para chegar a essa conclusão, valeu-se das lições da Corte Distrital de Nova Iorque explanadas no caso *Weston*, *verbis*:

U.S.C. § 1611(b)(1), in other words, is an exception to § 1610, providing for immunity from attachment that would otherwise be allowed by § 1610. Without § 1610, no property of a foreign state would be subject to attachment; § 1610, however, allows attachment only of property ‘used for a commercial activity’. The property referred to in § 1611(b)(1) therefore must be property used for a commercial activity: if it were not, it would not be attachable at all. It follows that a showing that property of a central bank is used for a commercial activity does not, of itself, exclude it from the immunity granted by §1611(b)(1). (Grifo nosso)

Sendo assim, para resolver essa tensão, a Corte adotou um teste, suavemente modificado, para identificar as hipóteses em que a imunidade será aplicável. De acordo com esse teste – que combina elementos do “*plain language test*” e do “*central bank activities test*” – quando um fundo estiver em uma conta em nome de um banco central ou de uma autoridade monetária será, presumivelmente, imune, nos termos da seção 1611(b)(1). Tal presunção será afastada se demonstrado, com especificidade, que tais fundos não estão sendo utilizados em “*funções de bancos centrais*”, em seu sentido usual, *independentemente de possuírem natureza comercial*.

A solução encontrada pela Corte de Apelações possui o mérito de conjugar os interesses públicos e privados em tensão. De um lado, resguarda os interesses dos bancos centrais, que poderão desempenhar suas funções soberanas no mercado americano com riscos legais reduzidos; de outro, preserva o interesse dos credores na medida em

que prevê a possibilidade de reparação dos prejuízos que lhe foram causados por bancos centrais fora do exercício de suas funções próprias.

No entanto, é de se observar que não foi delimitado na decisão o que são “*funções de bancos centrais*” e, portanto, haverá margem de argumentação – embora com limites – para que uma atividade seja, ou não, incluída no conceito, conforme conveniência.

3 CONCLUSÃO

A decisão Corte de Apelações do Segundo Circuito sinaliza para o fim da discussão acerca de questões relativas às imunidades soberanas que vinham sendo travadas há décadas nas cortes americanas. Fixou-se a adequada interpretação da expressão “*held for its own account*”, objeto de diversas divergências, e deixou-se clara a intenção, baseada em razões políticas, de se preservar a proteção especial conferida aos bens dos bancos centrais.

É importante consignar, a esse respeito, que a referida decisão não é vinculante para as cortes distritais que não estejam submetidas à jurisdição do Segundo Circuito, tampouco para outras Cortes de Apelação, possuindo, em relação a elas apenas caráter persuasivo. Não obstante, o fato de ter sido proferida pela corte com mais expertise no assunto – por exercer jurisdição sobre Estado de Nova Iorque, um dos maiores centros financeiros do mundo – sugere que o precedente será seguido.

Assim, pode-se afirmar que há, atualmente, uma delimitação mais clara do nível de proteção que os bancos centrais gozam no âmbito do FSIA, o que enseja a redução significativa do risco legal a que tais entidades estão sujeitas ao atuar no mercado americano. *Há de se ressaltar, a título comparativo, que mesmo com a decisão acima, ainda há outros ordenamentos jurídicos mais propícios à atuação das autoridades monetárias.*

No Reino Unido, por exemplo, a matéria está *disciplinada no State Immunity Act* (SIA) de 1978, o qual não admite que as propriedades dos bancos centrais ou autoridades monetárias sejam encaradas como utilizadas para propósitos comerciais para o fim de afastar a imunidade, nos termos da seção 14(4)²¹. Sobre o assunto vale transcrever as seguintes constatações:

As a consequence, under UK law the assets of a foreign central bank or monetary authority are (other than with the written consent

21 “*Property of a state’s central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purpose of Sub-Section (4) of Section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; [.]*”.

of the central bank or monetary authority concerned) *immune* from enforcement proceedings and cannot be seized in execution of judgment. *This immunity in favour of a foreign central bank or monetary authority is not limited to assets required or used in connection with sovereign or other non-commercial functions, nor is it limited to where the central bank or monetary authority is performing (whether in whole or part) central bank functions*²². (Grifos nossos)

Essa sutil diferença de tratamento jurídico, no entanto, *não deve fazer* com que os Estados Unidos deixem de ser considerados pelos bancos centrais estrangeiros como um local interessante para aplicação das reservas internacionais, seja por conta da histórica estabilidade do dólar, seja por conta da diversidade de investimentos disponíveis neste país.

REFERÊNCIAS

BAXTER, JR. Thomas C. *Remarks at the Central Reserve Bank of Peru on the Foreign Sovereign Immunities Act and Central Bank Immunity in the United States*. Disponível em: <<http://www.newyorkfed.org/newsevents/speeches/2010/bax101119.html>>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

HARVARD LAW REVIEW. *Too Sovereign to be sued: Immunity of Central Banks in times of financial crisis*. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/124/december10/Note_7618.php>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

EUROPEAN COMMISSION. *Green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgements in the European Union: the attachment of bank accounts sec (2006) 1341. UK perspective*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/other_authorities/bank_of_england_en.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2011.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2. ed. Bahia: Juspodium, 2010.

²² EUROPEAN COMMISSION, *Green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgements in the European Union: the attachment of bank accounts sec (2006) 1341. UK perspective*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/other_authorities/bank_of_england_en.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2011.

ROS, Pablo M. *The Elliot Acropolis? An Analysis of the Individual Creditor Sovereign Debt Enforcement Mechanisms*. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/llm/select-papers-from-the-seminar-in-international-finance/llm-papers-2010-2011/ros.pdf>>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

URIQUIZA, María Del Carmen. *La protección de las reservas de los bancos centrales y la ley de inmunidad soberana de los ee.uu. La experiencia argentina*. Disponível em: <http://www.cemla.org/pdf/legales/viii_urquiza_maria.pdf>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Bancos Centrais no Direito Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2005.