Heloísa Gomes Medeiros
Mônica Teresa Costa Sousa
Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo
ORGANIZAÇÃO

Temas Emergentes do Direito Internacional Privado

EDUFMA

Universidade Federal do Maranhão
Reitor *Prof. Dr. Natalino Salgado Filho*
Vice-Reitor *Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos*

EDUFMA Editora da UFMA
Diretor *Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira*
Conselho Editorial *Prof. Dr. Luís Henrique Serra*
Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni
Prof. Dr. André da Silva Freires
Prof. Dr. Jadir Machado Lessa
Profª. Dra. Diana Rocha da Silva
Profª. Dra. Gisélia Brito dos Santos
Prof. Dr. Marcus Túlio Borowiski Lavarda
Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva
Prof. Dr. Márcio James Soares Guimarães
Profª. Dra. Rosane Cláudia Rodrigues
Prof. Dr. João Batista Garcia
Prof. Dr. Flávio Luiz de Castro Freitas
Bibliotecária Suênia Oliveira Mendes
Prof. Dr. José Ribamar Ferreira Junior

Associação Brasileira das Editoras Universitárias
Associação Brasileira das Editoras Universitárias

Heloísa Gomes Medeiros
Mônica Teresa Costa Sousa
Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo
ORGANIZAÇÃO

Temas Emergentes do Direito Internacional Privado

São Luís

EDUFMA

2021

Copyright © 2021 by EDUFMA

Capa *José Haroldo Matos Machado*
Projeto Gráfico *José Haroldo Matos Machado*
Revisão *Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa*
Prof. Dr. Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

Imagem da capa: Vista do Palácio Clóvis Bevilácqua, sede do Tribunal de Justiça do Maranhão
Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/veja-funcionamento-justica-estadual-resolucao-cnj

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão

T278

Temas emergentes do Direito Internacional Privado [recurso eletrônico / Organização: Heloísa Gomes Medeiros, Mônica Teresa Costa Sousa, Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo. – São Luís : EDUFMA, 2021.

202 p.
Coletânea do III RIBAMAR : Encontro Maranhense de Direito Internacional, 15 a 17 maio, 2019, São Luís, MA
ISBN 978-65-86619-98-0 (versão on line)

1. Direito internacional – coletânea de artigos. 2. Direito internacional privado – coletânea de artigos. I. Medeiros, Heloísa Gomes. II. Sousa, Mônica Teresa Costa. III. Raposo, Rodrigo Otávio Bastos Silva. IV. RIBAMAR : Encontro Maranhense de Direito Internacional (3. : 2019 : São Luís, MA). V. Título.

CDD 341
CDU 341(082)

Maria da Conceição Pereira de Sousa | CRB-13/491 | UFMA-DIB/BJ

Impresso no Brasil [2021]

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microimagem, gravação ou outro, sem permissão do autor.

EDUFMA | Editora da UFMA
Av. dos Portugueses, 1966 – Vila Bacanga
CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil
Telefone: (98) 3272-8157
www.edufma.ufma.br | edufma@ufma.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 6

1. A Convenção de Montreal e os limites de sua aplicação: hipóteses de prevalência do Código De Defesa Do Consumidor
Larissa Vidal Diniz de Almeida, Matheus Levy 10

2. a corrida brasileira para adaptação à OCDE e o *cross-border tax arbitrage* como possibilidade de mitigação do entrave econômico da dupla tributação: a harmonização das soberanias e da liberdade de planejamento
Jorio Serra Maia Junior, Isabela Campelo de Souza 28

3. A Estratégia Amazônia Azul para as relações internacionais: a importância deste projeto para a regulação das normas no espaço marítimo brasileiro
Gabriely Saldanha Pereira dos Santos Brito, Giovanna Maria Fernandes Costa, Heloísa Medeiros 46

4. Acesso à saúde pelo estrangeiro no Brasil: o princípio da reciprocidade e o Projeto de Lei 5.542/13 como meio de fotalecimento da soberania através da obrigatoriedade de aquisição do seguro-saúde
Rebeca Laís de Jesus Costa, Jucielly Oliveira Alves 58

5. Os contratos trabalhistas em navio de cruzeiro: estudo sobre o caso MSC crociere S.A e da MSC Cruzeiros do Brasil LTDA x Juliana de Souza Bordalo
Hyllary Laryssa Maciel e Maciel, Rayanne Reis Rego Cutrim, Heloísa Gomes Medeiros 74

6. A cooperação jurídica internacional sobre bens culturais
Luís Canjongo Januário 90

7. Flutuando na inseguraça de Rossana: o caso dos africanos resgatados no litoral do Maranhão e análise de reconhecimento do direito ao refúgio 114
Jaciara Neves Brito, Elioenai Rálison da Silva Vale, Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

8. Jurisdição internacional em matéria penal: uma discussão sobre o caso dos velejadores brasileiros condenados por tráfico internacional de drogas em Cabo Verde 140
Luciana Gomes da Silva

9. O caso Cláudia Cristina Sobral: uma análise da constitucionalidade da extradição autorizada pelo Supremo Tribunal Federal 158
Dandara Ferraz Barros Wanghon Maia, Rodrigo Otávio Bastos da Silva Raposo

10. Soberania estatal: A (im)possibilidade jurídica de validação de casamento poligâmico, com base em preceitos religiosos, contraído no exterior 180
Cássia Cristina Santos Penha, Daniella Danna Soares da Silva

INTRODUÇÃO

A realização do III RIBAMAR – Encontro Maranhense de Direito Internacional – tem como ponto central a discussão sobre questões importantes do Direito Internacional Privado, apresentadas ao longo dos dias do Encontro e consubstanciadas em artigos que formam esta obra, não por acaso intitulada "Temas emergentes do Direito Internacional Privado".

Os organizadores do evento, preocupados em levar ao conhecimento do público acadêmico o que é mais relevante nas relações privadas e que trazem reflexos para as relações entre os Estados, seja a partir da cooperação jurisdicional internacional, seja por questões que, num primeiro momento, parecem exclusivamente internas, como a atribuição de nacionalidade, mostram que na verdade relações privadas podem impactar nas relações internacionais de maneira determinante.

Assim, os artigos que compõem esta obra vão desde o clássico conflito entre normas internas e normas de Direito Internacional, passando pelas discussões a respeito de temas de caráter privado, como o casamento. Apresentar ao leitor um pouco de cada estudo é tarefa gratificante, e por isso agradeço sobremaneira aos professores Rodrigo Raposo e Heloisa Medeiros pela oportunidade.

Sobre o sempre importante debate nos tribunais brasileiros acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou da Convenção de Montreal no que diz respeito às regras relativas à limitação de responsabilização das companhias aéreas, Matheus Levy e Larissa de Almeida discutem a extensão dos danos sofridos pelos consumidores quanto às bagagens em transporte aéreo internacional.

Jorio Serra Maia Junior e Isabela Campelo de Sousa enfrentam os desafios de sistemas tributários modernos, que na busca por objetivos estatais importantes, podem chocar-se, dando margem à bitributação. A proposta dos autores é avaliar em que medida é possível aplicar a arbitragem tributária internacional (*cross border arbitrage*) levando em consideração a liberdade do contribuinte e a soberania estatal.

Considerando o direito à saúde como dos mais fundamentais em qualquer ordem jurídica, Rebeca Laís de Jesus Costa e Jucielly

Oliveira Alves analisam o Projeto de Lei 5542/2013, que determina como estrangeiros não residentes no Brasil teriam acesso ao sistema de saúde nacional a partir da aquisição de um seguro saúde. Já Hyllary Larissa Maciel e Macil, Rayanne Reis Rego Cutrim e Heloisa Gomes Medeiros, ao avaliar o conflito de leis no espaço que se trava a partir do confronto entre a Convenção sobre o Trabalho Marítimo de 2006 e a legislação trabalhista brasileira, no caso concreto, se debruçam sobre a delicada questão da proteção do trabalhador não sem considerar as possibilidade de aplicação do Direito estrangeiro.

Assim como a saúde, a cultura é também direito analisado a partir de perspectiva internacional, nas palavras de Luis Cojongo Januário, que indica a cooperação jurisdicional internacional como fundamental para medidas de proteção ao patrimônio cultural, e importante para impedir o trafico internacional de bens culturais, lançando mão de disputa entre Argentina e Peru, em litígio que envolvia a recuperação de mais de quatro mil peças valiosas de acervo histórico argentino, para ilustrar a problemática.

Dando seguimento aos artigos desta obra, Jaciara Neves brito, Elioenai Ralison da Silva Vale e Rodrigo Silva Raposo se voltam a um caso de repercussão nacional, tal seja o resgate de 25 migrantes africanos na costa do Maranhão, em 2018, e a consequente solicitação de refúgio, avaliando os autores não apenas o caso concreto mas também a definição do conceito de refugiado, vez que na modernidade é cada vez mais comum que migrantes em situação de vulnerabilidade econômica busquem no status de refugiado proteção para além de suas fronteiras.

Ainda em relação à cooperação jurisdicional internacional, Luciana Gomes da Silva discute como se deve manter a autonomia de jurisdições soberanas e independentes, reconhecendo o alcance a aplicação de cada uma, sem no entanto deixar de compreender que a cooperação jurisdicional internacional é fundamental para que haja correta aplicação dos princípios gerais do Direito e condução de processos judiciais internos.

De grande repercussão tanto no meio jurídico como na imprensa brasileira, o caso Claudia Sobral, como é mais conhecido, traz a discussão sobre a nacionalidade brasileira às questões nacionais e internacionais. Neste sentido, Dandara Ferraz Maia e Rodrigo Ra-

poso apresentam os trâmites processuais desde os procedimentos administrativos, passando pelo julgamento da extradição da mulher condenada em território estrangeiro por um homicídio e que ao regressar ao território brasileiro provoca instâncias judiciais e administrativas a determinar entendimento coeso sobre perda da nacionalidade brasileira. E ainda relatando questões de âmbito privado e individual, Cássia Cristina Penha e Daniella Soares da Silva avaliam se é possível, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, reconhecer a união e os efeitos decorrentes de casamento poligâmico celebrado no exterior, ante confronto entre a soberania e a ordem interna e a harmonia na relações internacionais.

Por fim, Heloisa Medeiros, Giovanna Maria Costa e Gabriely dos Santos Brito apresentam a estratégia "Amazônia Azul" para as relações internacionais e como este projeto é importante para a regulação de uso do espaço marítimo brasileiro.

Uma multiplicidade de assuntos, todos conectados pelo Direito Internacional, fazem desta obra um aprendizado e uma leitura enriquecedora, seja por nos permitir confirmar que o Direito Internacional está mais presente em nossas vidas do que somos capazes de perceber, seja porque o aprendizado decorrente dos estudos aqui apresentados confirmam que temas de grande relevância no Direito Internacional são enfrentados pelos pesquisadores do tema no Maranhão.

Boa leitura a todos.

São Luís, novembro de 2020

Profa. Dra. Monica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão

1. A CONVENÇÃO DE MONTREAL E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO: HIPÓTESES DE PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Larissa Vidal Diniz de Almeida[1]
Matheus Levy[2]

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No serviço de transporte aéreo é comum a violação dos direitos dos passageiros. Atrasos de voos, extravio de bagagem e a prática de venda de mais passagens do que assentos existentes nas aeronaves, o chamado overbooking, são situações corriqueiras. Esses passageiros, eventualmente, sofrem danos, e, portanto, reclamam reparação na expectativa de que a reparação seja devidamente abrangente e baseada no conhecimento geral da legislação protetiva do consumidor.

O presente artigo busca analisar, sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, a discussão sobre a antinomia entre as Convenções de Varsóvia e Montreal, que estipulam um teto máximo indenizatório às vítimas de acidentes aéreos, e o Código

1 Pós-Graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão – UEMA. Advogada. E-mail: larivdiniz@gmail.com

2 Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Advogado. Professor. E-mail: eumatheuslevy@gmail.com

de Defesa do Consumidor que, ao promover a proteção do consumidor, estabelece a indenização integral pelos danos sofridos pelo fato do serviço.

Inicialmente, analisa-se as Convenções de Varsóvia e Montreal no intuito de contextualizar no âmbito internacional as normas que dispõe sobre o transporte aéreo. Posteriormente, contextualiza-se a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando o regime de responsabilidade pelo fato do serviço e o princípio da reparação integral dos danos. E, por fim, é feita uma análise da antinomia existente entre os referidos diplomas e demonstra-se o entendimento dos Tribunais acerca do tema.

O escopo do presente artigo é evidenciar algumas das hipóteses em que a limitação da responsabilização estabelecida no precedente fixado pelo STF deve ser afastado, para atingir esta finalidade, inicialmente realiza-se uma análise dos dispositivos legais e do leading case envolvido na controvérsia e, posteriormente, a partir da análise jurisprudencial e doutrinária, estabelecem-se hipóteses em que o mencionado precedente deve ter a sua aplicação afastada.

Por tratar-se de um artigo científico, de caráter eminentemente didático, o presente artigo foi desenvolvido a partir da abordagem quantitativa, baseado no método dedutivo. Em relação às técnicas de pesquisa, a coleta de dados foi realizada com o emprego de documentação indireta, mediante pesquisa documental (arquivos públicos, legislação, julgados e fontes estatísticas) e bibliográfica (periódicos, monografias, dissertações, teses, dentre outras), objetivando-se o levantamento de dados de variadas fontes que auxiliaram no estudo da questão.

2. A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E A CONVENÇÃO DE MONTREAL

No Direito Internacional, o termo convenção é um tipo de instrumento internacional usado para referir-se a uma lei internacional que rege princípios a serem seguidos pelos países signatários. No Brasil, uma convenção internacional deverá ser ratificada formalmente pelo Presidente da República para ter eficácia, depois de ser aprovada pelo Congresso Nacional.

O Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931, promulgou em nosso ordenamento nacional a Convenção de Varsóvia, o diploma

normativo internacional que unifica as regras relativas ao transporte aéreo internacional, inclusive nos casos de responsabilidade civil por acidente decorrente do transporte internacional de pessoas. A Convenção se deu em período ainda incipiente e inovador do transporte aeronáutico, o que envolvia incertezas e riscos. (BENJAMIN, 2015)

A convenção de Varsóvia, celebrada em outubro de 1929, foi um marco histórico, por definir e uniformizar em escala mundial, as regras relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, embora tenha obtido vários protocolos de modificação posteriores.

Para a Convenção de Varsóvia, caracteriza-se como transporte internacional todo transporte em que, de acordo com o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto do destino, haja ou não interrupção de transporte, ou troca dos passageiros de aeronaves, estejam situados no território de dois países signatários da convenção, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania de outro país, seja ou não signatário.

Posteriormente, a Convenção de Montreal, celebrada em 28 de maio de 1999, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 59, de 18 de abril de 2006, prevalecendo, dessa forma, sobre todos as regras que se apliquem ao transporte aéreo internacional no intuito de modernizar a Convenção de Varsóvia e os instrumentos conexos.

O artigo 55 da Convenção de Montreal diz que:

> A presente Convenção prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional:
> 1. entre os Estados Partes na presente Convenção devido a que esses Estados são comumente Partes:
> a) da Convenção para a Unificação de Certa Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 – (doravante denominada Convenção de Varsóvia);
> b) do Protocolo que modifica a Convenção [...];
> c) da Convenção complementar à Convenção [...]
> d) do Protocolo que modifica a Convenção [...]

> e) dos Protocolos Adicionais números 1 a 3 e o Protocolo de Montreal número 4, que modificam a Convenção [...]); ou
>
> 2. dentro do território de qualquer Estado Parte na presente Convenção devido a que esse Estado é Parte em um ou mais dos instrumentos mencionados nas letras a) a e) anteriores.

Da simples interpretação do artigo da Convenção, tem-se que somente os países que ainda não ratificaram a Convenção de Montreal continuam submetidos às normas estabelecidas na Convenção de Varsóvia.

Ainda em relação ao dispositivo mencionado, dispõe o artigo primeiro que a referida Convenção se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Aplica-se igualmente ao transporte gratuito efetuado em aeronaves, por uma empresa de transporte aéreo.

De modo geral, a Convenção dispõe sobre a responsabilidade do transportador para os casos de morte de passageiro e lesão corporal; destruição, perda ou avaria de bagagem registrada; dano, destruição, perda ou avaria da carga transportada e o atraso no transporte de passagens, bagagens ou cargas.

Tem-se que a responsabilidade do transportador é objetiva nos casos de morte ou lesão dos passageiros, ou seja, independe de dolo ou culpa do agente. Por outro lado, a responsabilidade do transportador por dano, destruição, perda ou avaria da carga e de bagagem, não obstante prescinda da realização de prova pela vítima, pode ser elidida em algumas hipóteses, como o artigo 17.2 (extravio de bagagem que decorra da natureza, defeito ou vício da própria bagagem) e artigo 18.2 (rol de hipóteses para os casos perda ou extravio de carga)

No mesmo sentido, a responsabilidade por atraso no transporte de passageiros, bagagens e cargas, também, admite exclusão quando a transportadora demonstrar que “ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medida” (art. 19).

Nessas hipóteses, portanto, caracteriza-se a inversão do ônus da prova e, consequentemente, o transportador é obrigado a provar as circunstâncias das exceções previstas na Convenção a fim de subtrair a sua responsabilidade. Há também outra limitação no que diz respeito ao quantum. Da Leitura dos artigos 20 e 21, tem-se que a responsabilidade por morte ou lesão dos passageiros é limitada até o montante que não exceda a 100.000 (cem mil) Direitos Especiais de Saque, instrumento monetário internacional, criado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), para completar as reservas oficiais dos países membros.

A partir desse montante, a responsabilidade do transportador passa a depender de sua culpa, cabendo a ele a comprovação da inexistência de negligência, ação ou omissão sua ou de seus prepostos ou, ainda, que o dano decorreu de culpa exclusiva da vítima.

O artigo 22 da Convenção trata dos limites relativos ao atraso da bagagem e da carga, *in verbis*:

> Artigo 22
> 1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.
>
> 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes.

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

> 6. Os limites prescritos no Artigo 21 e neste Artigo não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior.

Sendo assim, o cenário é extremamente prejudicial ao consumidor, visto que retiram a responsabilidade objetiva e aplicam a responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, ainda que não seja um impedimento para a obtenção de uma indenização maior que a presente no dispositivo.

Quanto ao prazo prescricional relativo às ações de indenização, dispõe o artigo 35:

> Prazo Para as Ações
>
> 1. O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.
>
> 2. A forma de computar esse prazo será determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

Esse prazo prescricional bienal, se comparado ao prazo quinquenal previsto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 27, é menor e menos vantajoso para aquele que foi lesado.

A Convenção de Montreal passou a ser aplicada pelo Poder Judiciário a processos envolvendo discussões acerca do serviço de transporte aéreo internacional. E isso trouxe, como diferente

não poderia ser, implicações de ordem prática que serão analisadas a seguir.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A REPARAÇÃO INTEGRAL

Etimologicamente indenizar significa tornar indene, sendo o prefixo "in" revelador da qualidade negativa, ou seja, indene significa "sem dano". Azevedo (2011) afirma que "*se a responsabilidade é a necessidade de reparar um dano, como já analisado, a indenização é o ressarcimento do prejuízo, recompondo o patrimônio do lesado, tornando-o indene da situação lesiva por ele experimentada*".

A indenização tem caráter progressivo, ou seja, quanto maior o dano sofrido pela vítima, maior o valor da reparação. Há de ser também proporcional, uma vez que não pode ser objeto de enriquecimento injustificado.

A integral reparação dos danos sofridos em decorrência da aquisição de produtos e serviços colocados no mercado de consumo é princípio decorrente do sistema de defesa do consumidor implementado pela Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da reparação integral possui duas funções no âmbito da responsabilidade civil: estabelecer um piso indenizatório (todo o dano) e, ao mesmo tempo, um teto indenizatório (não mais que o dano).

Para Paulo de Tarso Sanseverino (2010), o princípio da reparação integral, três funções fundamentais, quais sejam: "a*) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação ao enriquecimento injustificado do lesado (função indenitária); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos*", esta última denominada de função concretizadora.

A função compensatória, como o próprio nome sugere, visa estabelecer a reparação do estado em que as coisas estavam antes. Já a função indenitária, tem como objetivo evitar o enriquecimento sem causa do lesado, pois a responsabilidade civil não deve ser pretexto para a obtenção de vantagens indevidas a partir no ato ilícito. Por fim, a função concretizadora corresponde aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto de avaliação concreta pelo julgador.

O CDC defende o consumidor como parte hipossuficiente da relação de consumo, sendo um sistema protetivo. As relações de consumo nascem da relação entre o fornecedor e o consumidor na compra em venda, ou na prestação de um serviço.

O próprio código traz em seu teor a definição de consumidor e fornecedor:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O artigo 17 do CDC também equipara a consumidor todas as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço e o artigo 29 indica que são equiparadas a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e que, por isso, fazem jus à proteção contratual. Tal definição e diferenciação de cada um é de extrema importância, uma vez que implicará ou não na responsabilização dentro da relação de consumo.

O capítulo III versa sobre os Direitos Básicos do Consumidor e traz em seu artigo 6o "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". O dano patrimonial é referente a perda de bens materiais, afetando o patrimônio da vítima, o que permite, portanto, uma avaliação pecuniária. Essa perda pode ser configurada em danos emergentes que são os prejuízos efetivos ou lucros cessantes que correspondem ao que a vítima deixou de ganhar pelo dano causado.

O conceito de dano moral está intimamente ligado à defesa dos direitos extrapatrimoniais, os quais abrangem os direitos da personalidade, dentre eles o direito à vida, liberdade, honra, sigilo, intimidade e a imagem. O dano moral está ligado ao princípio da dignidade humana, garantia constitucional que busca fortalecer os valores morais das relações jurídicas.

Isto posto, o dano moral pode ser definido como uma afronta aos valores morais e intrínsecos, provocando um abalo emocional à vítima. Portanto, uma limitação da indenização é inconcebível, visto que o dano deve ser integralmente reparado.

O CDC admite a responsabilidade objetiva, ou seja, aquela advinda da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outrem que, para ser provada e questionada em juízo, independe da aferição de culpa, ou de gradação de envolvimento, do agente causador do dano.

Segundo GRINOVER (2006), A vulnerabilidade "é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preços, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores".

Há no ordenamento brasileiro uma proteção tão forte para o consumidor por se tratar de parte vulnerável que há hipóteses de inversão do ônus da prova por ser tratado como parte hipossuficiente, conforme relata a jurisprudência a seguir:

> Agravo Interno. Hipossuficiência do consumidor caracterizada. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. 1. É adequada a inversão do ônus probatório quando presente a hipossuficiência da parte

> ou a verossimilhança das alegações, conforme o disposto no art. 6º , VIII , do Código de Defesa do Consumidor . 2. Agravo conhecido e não provido. (TJ-PR - AGV: 8570338 PR 857033-8 (Acórdão), Relator: Dimas Ortêncio de Melo, Data de Julgamento: 21/08/2012, 3ª Câmara Cível)

A inversão do ônus da prova é aplicada em diversos Juizados e Varas Cíveis, modelando a jurisprudência brasileira. No entanto, deve-se atender à presença dos requisitos autorizadores, quais sejam: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

Há, no entanto, uma certa dificuldade de se provar o dano moral, uma vez que é algo intangível e diz respeito aos sentimentos da vítima. Dessa forma, o dano moral por vezes é presumido, ou fala-se então que o dano moral se prova por si mesmo ou *in re ipsa.* Essa presunção é relativa e só configura quando o fato indubitavelmente resulta no dano.

Em relação ao quantum indenizatório, diante da ausência de normas legais, o arbitramento é pautado na subjetividade de cada caso, e é possível e necessário a fixação de critérios que auxiliem o magistrado na valoração justa do prejuízo moral sofrido pelo lesado, evitando, assim, a definição de valores ínfimos ou exorbitantes em situações semelhantes.

Como forma de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente, a reparação deve ser a mais ampla possível. O consumidor, por ser vulnerável, está mais sujeito ao comportamento negligente das empresas que reiteradamente desrespeitam os seus direitos.

Portanto, os danos devem ser reparados de forma efetiva, real e integral, de forma a ressarcir ou compensar o consumidor.

4. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO CDC EM DETRIMENTO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL E A SUA REPERCUSSÃO JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recente e importante dilema no Poder Judiciário tem ganhado destaque nos Tribunais Superiores: a discussão sobre a aplicabilida-

de das disposições específicas preceituadas pela Convenção de Varsóvia, hoje substituída pela Convenção de Montreal, nas relações de transporte aéreo internacional. O ponto em questão diz respeito às disposições gerais preceituadas pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente no que toca à indenização tarifada para as hipóteses de dano material.

Enquanto parte do entendimento doutrinário e jurisprudencial tem se voltado a reconhecer a aplicação das regras firmadas no tratado internacional, verifica-se a recente consolidação do entendimento que o sistema de unificação determinado pela Convenção iria de encontro à proteção do consumidor e sua matriz constitucional.

A primeira manifestação da Corte Superior sobre o tema foi em 1996, ainda na vigência da Convenção de Varsóvia, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 172720, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Em análise estrita à aplicabilidade de danos morais, foi decidido que "o fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais"

Recentemente, mais precisamente no fim de 2017, sob relatoria do eminente ministro Gilmar Mendes, o plenário do STF fixou tese no sentido de que a limitação da responsabilização imposta pela Convenção de Montreal prevalece sobre as disposições do Código de Defesa do Consumidor apenas no que tange aos danos materiais ocasionados por extravio de bagagem.

A fixação da tese ocorreu em um momento em que sérias divergências e conflitos de entendimento acerca do tema permeavam os Tribunais Pátrios. Não obstante, a partir da análise da jurisprudência originada após a fixação do precedente pelo STF é possível observar uma generalização indevida em sua aplicação.

No julgamento do Recurso Extraordinário 636.331-RJ, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, e do Agravo em Recurso Extraordinário 766.618-SP, relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso, ambos com repercussão geral reconhecida, fixou-se a referida tese de tema 210. Tal tese foi fixada a partir de dois casos concretos em que se discutia exatamente a solução de antinomias entre o Código de Defesa do Consumidor e convenções internacionais que regem o transporte aéreo internacional, *in verbis*:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: 'Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor'. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento" (RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017).

Primeiramente, a tese aprovada diz que "por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".

Importante ressaltar o que o artigo mencionado acima dispõe:

> Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto

> à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)
>
> Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

O fato é que esse dispositivo constitucional viabilizou a celebração de tratados internacionais pelo Brasil e a assunção de compromissos que limitam a obrigação dos transportadores internacionais em relação à reparação de danos materiais, o que se dá de maneira bastante distinta da proteção hoje conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, que, como se viu, é integral.

O Ministro Gilmar Mendes refutou a argumentação de que o princípio constitucional impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V) impossibilitaria a derrogação do CDC por norma mais restritiva ao consumidor, afirmando que a proteção ao consumidor não seria a única diretriz a orientar a ordem econômica. Também deu interpretação mais ampla ao artigo 178, assentando que este determina a ordenação do transporte aéreo internacional mediante a observância dos tratados internacionais.

Quanto ao ARE 766.618/SP, o Ministro Luís Roberto Barroso assinalou que, por força do artigo 178 do texto constitucional, as normas que regem o transporte aéreo internacional se sobreporiam àquelas previstas pelo CDC, adotando os critérios tradicionais de solução de antinomias.

A controvérsia voltou à tona em 2018, na decisão monocrática do ministro Luís Roberto Barroso onde concedeu parcial provimento a embargos de divergência, para conhecer e prover o Recurso Extraordinário 351.750-RJ e, com isso, "determinar às instâncias de origem que apreciem novamente o feito, levando em consideração que a norma internacional que rege a matéria deve prevalecer sobre Códi-

go de Defesa de Consumidor para eventual condenação de empresa aérea internacional por danos morais e materiais".

No referido caso, discutia-se pedido de indenização de danos morais por falha de prestação de serviço em transporte internacional aéreo de passageiros.

Ocorre que esse não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal na tese mencionada anteriormente, uma vez que a Suprema Corte não fixou tese sobre dano moral, mas apenas sobre a prevalência da Convenção de Varsóvia (e, portanto, também da Convenção de Montreal) em relação ao Código de Defesa do Consumidor para condenação em dano material, cujo valor indenizatório fica, então, sujeito aos limites da convenção internacional.

Não deve-se estender essa limitação do dano matéria, com exceção dos casos de morte ou lesão corporal ao passageiro ao dano moral. Em um caso de atraso de voo, a 37ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria do desembargador Sergio Gomes, estabeleceu a indenização por moral em favor do passageiro em R$ 12.000,00, negando a limitação da Convenção de Montreal (Apelação Cível 1008299-13.2018.8.26.0003, j. 20/2/2019).

A Convenção de Montreal também foi afastada, para fins de limitação do *quantum* do dano moral, pela 24ª Câmara de Direito Privado, inclusive com referência à tese do Supremo (Apelação Cível 1071881-21.2017.8.26.0100, rel. Des. Walter Barone, j. 28/1/2019).

Ademais, as regras das convenções de Montreal e de Varsóvia não podem ser aplicadas para reparar danos materiais decorrentes de violação e furto do conteúdo de bagagens em voos internacionais. Uma vez que se tratando de crime doloso, o furto não está elencado nas limitações de responsabilidade destes pactos. Logo, a reparação dos bens subtraídos tem de ser integral, como prevê o CDC.

Espera-se, portanto, que os tribunais façam uma leitura harmoniosa e dialogada entre as diversificadas fontes do direito. Ao ser ratificada pelo Brasil, a convenção de Montreal passa a fazer parte do ordenamento jurídico como um todo e, por este motivo, deve estar com ele harmonizado.

Contudo, não é o que se vê, eis que a aludida norma está em completa desarmonia e incompatibilidade com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual, deve ser

rechaçada do ordenamento jurídico brasileiro, respondendo o transportador aéreo ilimitada e objetivamente pelos eventuais danos causados ao passageiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a Convenção de Varsóvia não vigora mais para o Brasil. Atualmente vige a Convenção de Montreal. Essa vigência implica na derrogação de dispositivos legais que versam sobre o transporte aéreo internacional de pessoas, bagagem e cargas. Insta salientar, portanto, que o choque existente entre as normas internacionais e as normas internas traz reflexos significantes para as relações entre os Estados.

A recente tese fixada pelo STF ganhou força ao ter como fundamento a Constituição Federal, base do ordenamento jurídico. No RE 636331 e no ARE 766618, ficou clara a aceitação, com base nos acordos internacionais vigentes, da limitação ou tarifação no que concerne aos danos materiais e à prescrição. A primeira modificação diz respeito ao limite das indenizações por extravio de bagagens, pois a Convenção de Montreal impõe um teto limitador de 1.000 Direitos Especiais de Saque para as indenizações que, convertido, totaliza aproximadamente R$ 3.400,00, (três mil e quatrocentos reais), salvo nos casos em que o passageiro tenha realizado uma declaração especial de valor da bagagem.

A segunda importante alteração diz respeito ao prazo para ajuizar as ações judiciais que discutem as falhas na prestação dos serviços, que será o disposto na Convenção, de 2 anos. Demonstrou-se que o ordenamento jurídico brasileiro fornece proteções mais vantajosas aos consumidores que as disposições normativas apresentadas pela Convenção de Montreal, especialmente com relação aos limites indenizatórios de responsabilidade objetiva nos casos de dano ao passageiro, bagagem e carga transportada e ao prazo prescricional para postular pretensões indenizatórias frente ao Judiciário.

No entanto, não há decisões pacificadas acerca do dano moral, que, equivocadamente e não raro, tem sido limitado com fundamento na aplicação da Convenção de Montreal. As empresas em geral tentaram escapar da incidência do Código de Defesa do Consumidor, por ter um viés protetivo em relação ao consumidor.

O que é de suma importância, portanto, é que os tribunais pátrios, sobretudo os tribunais superiores, excluam, de uma vez por todas, a limitação da indenização por dano moral com base na Convenção de Montreal, ou em outro tratado ou convenção internacional. Além disso, espera-se que os tribunais façam uma interpretação harmoniosa e dialogada entre as diversificadas fontes do direito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 277

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. DF, 1º jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

_____. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DF, 5 outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp: 641840 RS 2014/0338413-2, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 18/06/2015, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça – REsp 575.023/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27/04/2004, DJ 21/06/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 766618. Recorrente: AIR CANADA. Recorrida: CINTIA CRISTINA GIARDULLI. Relator: Relator: ROBERTO BARROSO. Brasília, DF, 25 de maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313246262&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331. Recorrente: SOCIÉTÉ AIR FRANCE. Recorrida: SYLVIA REGINA DE MORAES ROSOLEM. Relator: Relator: Ministro Gilmar Menedes. Brasília, DF, 25 de maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313246068&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral:** indenização no Código Civil.1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

2. A CORRIDA BRASILEIRA PARA ADAPTAÇÃO À OCDE E O *CROSS-BORDER TAX ARBITRAGE* COMO POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO ENTRAVE ECONÔMICO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO: A HARMONIZAÇÃO DAS SOBERANIAS E DA LIBERDADE DE PLANEJAMENTO

Jorio Serra Maia Junior[1]
Isabela Campelo de Souza[2]

1 INTRODUÇÃO

É consenso, a partir da análise das medidas que o Brasil vem tomando em relação à estruturação do seu sistema fiscal, que uma simplificação é uma consequência lógica e querida em um sistema tributário que tenha por escopo principal a alcance de dois vetores que carecem de condensação, tais como: 1) arrecadar o necessário para o obtenção dos objetivos imperativos da Constituição Federal; e 2) definir um sistema fiscal que seja cada vez mais harmônico e instigante da nova ordem econômica mundial, cativando assim investimentos, à proporção que promove uma política fiscal estimulante e justa sob a égide capitalista nos termos do atual século.

1 Graduando, UNDB. E-mail: joriomserra@gmail.com

2 Graduanda, UNDB. E-mail: isabelacampelodesouza@gmail.com

Quando tal finalidade se projeta para além dos âmbitos territoriais, as soberanias dos Estados - manifesta em seu poder de tributar - se tocam, coincidindo espaços, como duas elipses se encontrando. Logo, estar-se diante do conflito de fúrias arrecadatórias, que dentro de cada Estado, é disciplinada por garantias constitucionais frente ao Poder de Tributar. Entretanto, nesse encontro de soberanias, a questão recai sobre o conflito que daí surge: quais meios podem ser mais adequados e válidos no que se refere a luta contra a dupla tributação? No que se refere a conflitiva dos princípios da territorialidade e universalidade, quando disso resulta um gravame mais oneroso ao contribuinte?

A controvérsia remonta a discussões acerca *tax shelters* e a possiblidade da adoção de meios que visam a contenção ou, ao menos, a mitigação, de mais um problema gerado pela globalização. Assim, analisa-se, na presente pesquisa, a possibilidade de aplicação do instituto do *cross-border tax arbitrage* (arbitragem tributária internacional), ante os debates de seu consequencialismo em um planejamento imoderado e as possibilidades que surgem a partir disso em relação a um Brasil que procura renovação e aceitação econômica internacional junto ao "clube" da OCDE.

Por fim, a pesquisa utiliza o método dedutivo e bibliográfico embasado na leitura de artigos, livros doutrinários e legislações para averiguação e compreensão da problemática, convergindo para a análise pautada em teorias jurídicas, econômicas e fiscais.

2 CAUSAS NORMATIVAS E POLÍTICO-INTERNACIONAIS GERADORAS DA DUPLA TRIBUTAÇÃO

A partir de doutrina e estudos específicos, tendo em mente que o tema, devido a sua atualidade, não em relação à sua origem, porém, em relação às medidas e contornos do problema que surge por origem na complexidade da organização dos Estados e das demandas de certos organismos internacionais, se partirá da conceituação do que seja bitributação e dupla tributação na obra do douto Alberto Xavier, que se intitula *Direito Internacional Tributário do Brasil: tributação das operações internacionais*. Nesta obra o autor traz conceitos preciosos quantos aos princípios da universalidade e territorialidade,

que serão imprescindíveis para a conceituação do fenômeno da dupla-tributação e de suas implicações internacionais e internas. Sendo que a disposição e o trato de tais princípios em sua flexibilização ou mesmo rigidez técnica e prática, levarão às possibilidades de solução do problema.

Igor Mauler, em seu trabalho *A harmonização das legislações tributárias no mercosul* apresenta conceitos caros em relação ao conflito de leis que geram a bitributação e a subsunção de um mesmo fato enquanto fato gerador de tributos em Estados soberanos distintos. O doutrinador afirma que

> Dupla tributação internacional decorre da aplicação, pelos diversos países, de critérios distintos de submissão ao imposto de renda que instituem. Segundo o princípio da fonte, a competência para tributar os rendimentos pertence ao país em cujo território se situa a fonte de que promanam. Pelo princípio da renda mundial, cabe ao Estado de residência de uma pessoa o poder de tributar todas as rendas por ela recebidas, independentemente da localização geográfica de suas fontes (SANTIAGO, 1997).

Para melhor especificar o fenômeno, é possível se falar em dois princípios aplicáveis ao direito tributário, que emanam da Soberania Estatal, que quando se confluem com a soberania de outros países traz a gênese do fenômeno. O primeiro é o Princípio da Territorialidade, de cunho objetivo, ou seja, se tributa qualquer fato gerador ocorrido dentro do território nacional (aqui fala-se especificamente de Imposto, pois este é a espécie de Tributo o qual a sua ocorrência independe de qualquer atuação Estatal), não importando quem o pratique, seja este residente ou não residente. O segundo é o Princípio da Universalidade, de caráter eminentemente subjetivo, acompanhando aqueles que possuem vínculo com o Estado Soberano, não importando aonde estes se encontrem.

Tendo em vista a existência dos dois princípios, que se tornam critérios para a tributação, imagine-se por um momento que deter-

minado Empresário Individual desenvolve atividade em um país estrangeiro que aplique o Princípio da Territorialidade, não importando o fato deste não ser residente. É fato que há de se tributar a renda. Entretanto, concomitantemente, o país de origem do Empresário também tributará a renda, tendo em vista que a legislação tributária do seu país prevê que os residentes recolhem o imposto de renda independentemente de onde estejam. É notório o duplo gravame que o empresário irá sofrer e claro o desestímulo iminente à sua atividade empresária. Nas palavras do professor Heleno Torres, "a problemática [...] da bitributação internacional está localizada na relação entre dois ou mais sistemas tributantes de estados soberanos, [...] inevitáveis concursos de pretensões impositivas sobre um mesmo ato de produção de rendimentos, em base transnacional". (2001, p. 372).

3 AS CONSEQUÊNCIAS DE POLÍTICAS E NORMATIVAS DA APLICAÇÃO DE ACORDOS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO E A ELISÃO FISCAL

A partir da análise da problemática apontada, algumas consequências são possíveis de serem observadas quanto à possibilidade de liberdade de escolha do contribuinte pelo benefício de *cross border tax arbitrage*, podendo assim este decidir por adotar determinada legislação mais benéfica em detrimento de uma mais onerosa para o pagamento de tributo devido. A primeira consequência que merece ressalva é a possibilidade de ocorrência do fenômeno oposto a dupla tributação, a não tributação em ambos os Estados em que o tributo seria devido, posto que não se observa o mesmo interesse no pagamento de tributos por parte dos contribuintes como ocorre com o Estado, ou seja, o Estado-nacional, por meio de sua regulação, despreocupado com uma justiça fiscal à nível internacional, e com os parâmetros mínimos de livre concorrência e de não abusividade fiscal, cria o que se intitula de *tax sheltes* (abrigos fiscais) ou os chamados regimes preferenciais.

Um segundo posicionamento surge da regulação dos Estados por veio de Tratados como, por exemplo, as Convenções Brasil-Suíça e Brasil-Argentina, aonde, por meio de normas internacionais de compartilhamento de informações anteriores à Convenção, e regras

relativas ao tratamento preventivo das nações em relação à bitributação e a elisão fiscal, busca-se dirimir conflitos de competência, que por pano de fundo apresentam um conflito de soberanias entre Estados. A solução não abre mão da arrecadação devida, mas, por meio de uma cooperação internacional, busca regular a situação com finalidade de mitigação do entrave econômico. As maiores questões surgem quando, um país, como o caso do Brasil, que deseja integrar uma organização como a OCDE, aproximando-se como observador até a culminação na solicitação de entrada no grupo em 2018, toma medidas consideradas ainda acanhadas de adaptação econômica e tributária em uma realidade de que, frente ao seu desejo de participar, existe o óbice de que em onze anos o país apenas assinou 39 dos 238 Acordos de boas práticas da organização. Tais avanços e limitações expostos na assinatura de Acordos de boas práticas e Convenções Internacionais serão analisados no decorrer da investigação.

Por fim, no que se refere a possibilidade da ocorrência de concorrência fiscal desleal na complexo tratamento tributário internacional pautado no engenho do *cross-border tax arbitrage*, prevalecendo assim o planejamento tributário, a Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao observar tais deturpações nas ordens tributárias dos países posto à utilização do mecanismo por parte do contribuinte, buscou se posicionar de modo a tolher tais práticas. Segundo Oliveira (2009), Recomendações, no sentido de adoção de providências unilaterais por parte dos Estados, foram emitidas pelo Conselho da OCDE em 1987, no intuito destes fortalecerem suas legislações tributárias internas, buscando evitar que práticas elisivas pudessem ocorrer. Além disso, a OCDE também recomendou que os países adotassem práticas de cooperação internacional entre si, buscando assim a troca de informações para que tais condutas por parte do contribuinte fossem inibidas.

A questão necessita de adaptações na medida em que, para alguns posicionamentos que buscam solucionar a problemática da dupla-tributação, a liberdade do indivíduo não poderia se sobrepor de maneira desregulada em um cenário internacional, sendo preciso o controle da abusividade de paraísos fiscais e *tax shelters* criando uma concorrência leal, mas ao mesmo tempo possibilitando o incentivo de países considerados “infernos fiscais” para que evolu-

am em um sentido de adaptação à nova ordem mundial no âmbito econômico, fazendo assim com que o Brasil possibilite a migração de investimentos estrangeiros para o país, adotando comportamentos e normas legisladas no âmbito interno buscando equilíbrio entre uma tributação justa na esfera interna e medidas internacionais incentivadoras, não criando formas de isentar o capital estrangeiro ao passo que descarrega a fúria arrecadatória nos nacionais. É uma equação difícil de se fechar, mas não impossível, aonde entram não só elementos objetivos, mas subjetivos de políticas fiscais e econômicas. Portanto, segundo os adeptos desta corrente, só diante de um equilíbrio regulatório pode-se alcançar a solução para conflitos fiscais a nível internacional.

4 A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES EQUILIBRADAS DE QUESTÕES EMERGENTES NA ORDEM TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL, TENDO EM VISTA A AMBIÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO À OCDE

O interesse brasileiro, por diversas vezes nos últimos anos aponta para um aceno especial com relação a OCDE, no sentido de que o governo em conformidade com o Congresso Nacional direciona diversas medidas para uma adequação necessária para que passe de simples observador para efetivo membro da Organização. Entretanto, o cenário atual é este:

> é preciso implementar uma série de medidas econômicas liberais, como o controle inflacionário e fiscal. Em troca, o país ganha um "selo" de investimento que pode atrair investidores ao redor do globo. Dos 238 instrumentos normativos da OCDE ao qual um país deve aderir para se tornar membro, o Brasil havia assinado 39 e pedido para aderir a outros cerca de 70 até meados do ano passado. (G1, 2019).

Tal matéria, não servindo de referencial teórico, mas informativo, mostra a preocupação de alguns especialistas no sentido de analisar as pretensões brasileiras, avaliando o cuidado que deve ser dado, principalmente pelo Governo Federal, para não dar um "passo maior

do que as pernas", no sentido de trabalhar em uma adequação necessária à Organização.

O novo governo federal, em uma tendência liberal nunca vista antes em governos pretéritos (nem mesmo no pretenso governo "liberal" de Fernando Henrique Cardoso), busca uma conformação cada vez maior do país às exigências do grupo. Tendo em vista, tudo o que foi exposto, um campo imprescindível de adequação para busca de relações bilaterais cada vez mais vantajosas para o capital estrangeiro e sua vontade de aqui se fixar estabelecendo relações, é o campo de incidência tributária sobre essas relações, principalmente no que se refere à renda.

O Brasil segue uma tendência que data desde o entre Guerras Mundiais a nível global (apesar de haver registros dessa modalidade de acordo desde o século XIX), qual seja a adoção de Acordos para evitar a duplatributação e combater a elisão fiscal. Entretanto, entre as problemáticas de tais acordos estão que, em primeiro lugar, o Brasil assina diversos acordos. Aparentemente, pode parecer um ponto positivo, observado com os olhos externos. Porém, por uma perspectiva interna, a logística até a promulgação de tratados leva em média 4 anos e meio, sendo que há tratados referentes à dupla tributação, que já estão há mais de 13 anos neste processo. O Conselho Nacional da Indústria, em matéria concedida ao ConJur, quando da análise da mora institucional, afirmou que "o prazo é muito longo para que o setor produtivo se beneficie dos acordos, que costumam tratar de livre comércio, tributação e livre investimento". (2017).

A segunda implicação é o frequente desrespeito por parte do Brasil a seus acordos no âmbito tributário. Segundo Renato Ghelfi, citando Mello

> uma das barreiras para o avanço dos compromissos internacionais é o desrespeito de algumas regras no Brasil. "Muitas vezes, os prestadores de serviços que já pagaram impostos no país de origem voltam a ser tributados aqui". A cobrança da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) dos estrangeiros é uma das formas de violar esses acordos, de acordo com o especialista. (2017).

Ainda, que os Estados, quando da assinatura de tais acordos, visem dar força aos investimentos e às trocas comerciais entre os signatários, um árduo caminho deve ser trilhado no sentido da eficácia dos mesmos, e a sua utilização como instrumento de adequação aos parâmetros exigidos pela OCDE de seus membros na esfera tributária.

Sobre os Tratados bilaterais relativos ao tratamento preventivo das nações em relação à bitributação e a elisão fiscal, é necessário deter-se sobre objeto "elisão fiscal" ou *tax avoidance.* Segundo SABBAG (2013, p. 2020) esta tem o objetivo de impedir a ocorrência de um determinado fato gerador sendo por exclusão do contribuinte ou somente pela redução do montante tributário a ser pago, referindo-se as condutas lícitas do planejamento do imposto ou economia deste.

Preliminarmente é necessário trabalhar o conceito do instituto ora analisado, para que em um segundo momento as suas implicações possam ser, de fato, compreendidas, afinal, por que os Estados buscam proibir práticas elisivas? E, principalmente, no que consistem tais práticas? De acordo com os ilustres ensinamentos de Fabretti (2006, p.32), planejamento tributário – elisão fiscal - consiste no "estudo feito preventivamente, ou seja, antes da realização do fato administrativo, pesquisando-se seus efeitos jurídicos e econômicos e as alternativas legais menos onerosas, [...] que exige antes de tudo, bom senso do planejador". Assim, a doutrina entende como uma "saída legal", uma rota de "fuga" da carga tributária dos países, o que implica de forma direta na formação de receita tributária destes. É um planejamento antes da ocorrência do fato gerador, buscando que não ocorra ou que ocorra de forma menos onerosa. Tal prática é considerada imprescindível no cotidiano prático brasileiro, quando os sujeitos passivos da obrigação tributária se veem frente a uma legislação árdua aos bolsos, devido aos custos que decorrem de seus mandamentos.

A chamada elisão fiscal ou economia legal – planejamento tributário – é evidentemente distinta da evasão fiscal - sonegação fiscal -, sendo muito confundida no plano prático na utilização erronia de termos e conceitos do ramo tributário. A primeira, segundo os ensinamentos de Fábio Barbosa da Silva, consiste em "conjunto de sistemas legais que visam diminuir o pagamento de tributos [...], é jurídica e lícita [...] é escolher, entre duas ou mais opções lícitas, aquela que possa dar melhores resultados" (SILVA, p. 04). A segunda, ainda

conforme SILVA (p. 04), consiste em "utilizar-se de meios ilegais para deixar de recolher um tributo que é devido, [...] omissão dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador da obrigação fiscal, da autoridade fazendária".

É necessário, ainda, se fazer ressalva quanto as duas espécies de elisão fiscal apontadas pelos estudiosos do âmbito, tais como: 1. Resultante da própria lei; 2. Decorrente de brechas e lacunas contidas na própria legislação. No que se refere ao planejamento tributário decorrente da legislação, a própria abstração da norma jurídica do dispositivo legal induz ou consente ao contribuinte que este utilize tal prorrogativa, sendo nítido a manifestação de vontade do legislador no que diz respeito a tal possibilidade – a exemplo disso, tem-se os incentivos fiscais concedidos pela lei. Em se tratando da perspectiva de elisão resultante de lacunas da lei, o sujeito passivo da obrigação tributária se organiza de forma a não cometer o fato gerador, lidando com um menor ônus tributário, utilizando de meios que a lei não veda (SILVA, p. 04).

Importante ressalva deve ser feita quanto a segunda espécie de planejamento tributário supracitado – decorrente de lacunas da legislação vigente -, posto que esta se depara com aguda oposição por parte dos países, buscando estes ao máximo obstar tais condutas. A ilustre economista Jaquelina Mitre (2016) afirma o Estado nacional ao se depararem com a utilização da elisão fiscal por parte dos contribuintes, este "altera ou aperfeiçoa a legislação pertinente", buscando sanar a lacuna legislativa que permitiu tal façanha. O entendimento pela perspectiva negativa do planejamento tributário se dá por conta da fúria arrecadatória dos Estados nacionais, onde estes "deixarão de arrecadar" uma quantidade maior de tributo necessário para subsidiar seus gastos correntes.

5 O *CROSS-BORDER TAX ARBITRAGE* COMO MITIGAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO E PROMOTOR DA LIBERDADE DE PLANEJAMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E TEÓRICAS

O *cross-border tax arbitrage* segundo Borges (2004) é uma das modalidades de planejamento fiscal em que há uma estruturação de operações por parte do contribuinte a fim de reduzir ou eliminar a carga tributária tendo como motivo as "diferenças" nas leis de dois

ou mais países. O contribuinte, visualizando os regimes tributários, poderia optar por aquele que melhor se adequasse à sua pretensão econômica em determinado país, na medida em que, levariam os Estados a se posicionarem de modo mais concorrente em relação à estipulação da incidência dos tributos e as alíquotas específicas dos impostos para operações que envolvam capital estrangeiro.

Conforme preconiza Diane M. Ring (*apud* Luciana Gualda e Oliveira), a dupla tributação e a não tributação acarretam críticas deturpações, tanto para o cenário internacional, como nacional, no que se refere ao comércio e a concorrência desleal internacional entre os países. Observa-se como escopo da criação de tais abrigos o fato de serem uma forma mais eficaz de atrair o capital e o investimento estrangeiro para o país. Os principais problema e benefício de tal prática são: I) ela gera *unfair tax competition* – concorrência fiscal prejudicial; II) um benefício seria, a partir de apontamentos retirados do pensamento de Gilbert Tixier, o fomento de uma administração tributária mais responsável, evitando-se gastos governamentais desnecessários e possibilitando a fuga de "infernos fiscais" (MASON), ou seja, segundo Charles Adams (2007) paraísos fiscais são "uma espécie de santuário econômico, uma cidade moderna de refúgio para aqueles oprimidos com as leis fiscais de seus países".

A desigualdade como pressuposto não conduz o sistema a uma estabilização consequencial, mas a possibilidade de agir do sujeito, ou seja, o primado de sua liberdade de escolha gerará a esperada desigualdade consequencial. Em posse deste cenário, uma certeza deverá ser consolidada: o Estado nunca deixará de fechar a conta (tema será tratado de forma detalhada posteriormente). Portanto, utilizando-se o *cross-border tax arbitrage*, apresentar-se-á cenário demonstrativo do entendimento que ora deseja-se firmar.

A questão inicial, partindo-se para a explicação da afirmação feita anteriormente de que "o primado da liberdade de escolha gerará a esperada desigualdade consequencial", é se há uma real negatividade na suposta *unfair tax competition*. Não poderia ser intitulada de *unequal tax competition*? A desigualdade em si não possui um prejuízo por consequência ou uma deslealdade pressuposta, mas imagine-se por um momento o seguinte cenário: o *cross-border tax arbitrage* é permitido, pois foi postulado que a liberdade de escolha

do contribuinte em um conflito de competência estatal para saber a quem será devido o recolhimento do Imposto de Renda, *p. e*, sempre prevalecerá. Este contribuinte decide por recolher o tributo no Estado que lhe é mais benéfico.

Consequencialmente, diversos Estados buscarão a implementação de isenções e demais benefícios dos mais variados, com fulcro de atrair capital estrangeiro, ou seja, investimento para o setor privado de seus respectivos cidadãos. Logo, haverá um recolhimento por parte deste Estado que tributa menos, muito mais do que em relação a qualquer outro Estado.

Entretanto, por mais que determinado Estado que recolhe menos do que o esperado ou comum em um cenário de Tributação a nível internacional, o Governo desta respectiva pessoa jurídica de direito público externo, possui diversas contas a serem adimplidas, que no caso brasileiro é um caos, que será devidamente demonstrado. Logo, haverá um redirecionamento da Fúria Arrecadatória Estatal daquele que aufere renda nos termos comentados até o presente momento para o âmbito interno, seja em imposto de renda dos demais, ou outros impostos, como por exemplo, IPI e IOF. Portanto, haverá um gravame maior suportado pelos contribuintes internamente, tudo isto justificado pela pretensão de gerar um cenário atrativo ao capital estrangeiro.

De maneira incoerente, é possível se interromper o ciclo de pensamento no presente ponto. Entretanto, indo além, é notório que a problemática não está nos Impostos cobrados de um ou de outro, a problemática que gera a dupla-tributação, para além da convergência normativa de Territorialidade e Universalidade, é o aparato dos Estados Nacionais, que é injustificável.

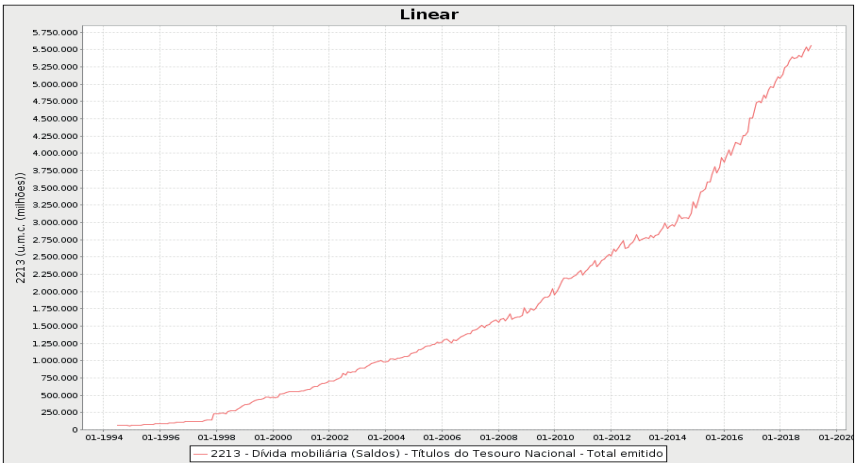
Em matéria publicada no site Mises Brasil, Ubiratan Jorge Iorio e Leandro Roque, comentam gráficos demonstrativos de dados atualizados até o ano de 2019. A matéria possui por título "A explosiva situação fiscal do governo brasileiro – em dois gráficos (atualizados)". Os autores fazem razoável exposição à respeito da capacidade do governo brasileiro nas últimas décadas expandir sua capacidade de gastar e gerando, reflexamente, desestímulo à economia, tomando empréstimos que poderiam ser destinados ao setor privado, e utilizando a receita derivada, que é a arrecadação tributária, como forma de suportar os gastos cada vez maiores. Os autores estabelecem a seguinte crítica

> Dizer que gastos do governo geram crescimento econômico é uma grande contradição. O governo, por definição, não produz nada. Ele não tem recursos próprios para gastar. O governo só pode gastar aquilo que antes ele confiscou via tributação ou tomou emprestado via emissão de títulos do Tesouro. Só que tanto tributação quanto endividamento geram consequências negativas sobre a economia. Ao tributar, o governo toma aquele dinheiro que poderia ser usado para investimentos das empresas ou para o consumo das famílias, e desperdiça esse dinheiro na manutenção da sua burocracia. A tributação nada mais é do que uma destruição direta de riquezas. Parte daquilo que o setor privado produz é confiscado pelo governo e desperdiçado em burocracias improdutivas (ministérios, agências reguladoras, secretarias e estatais), maracutaias, salários de políticos, agrados a lobistas, subsídios para grandes empresários amigos do regime, propagandas e em péssimos serviços públicos. Esse dinheiro confiscado não é alocado em termos de mercado, o que significa que está havendo uma destruição da riqueza gerada. Pior: ao tributar, o governo faz com que a capacidade futura de investimento das empresas seja seriamente afetada, o que significa menor produção, menor oferta de bens e serviços no futuro, e menos contratação de mão-de-obra. Já ao tomar empréstimos — ou seja, emitir títulos —, o governo se apropria de dinheiro que poderia ser emprestado para empresas investirem ou para as famílias consumirem. (2019).

Portanto, o seguinte gráfico demonstra a evolução da dívida bruta do governo federal desde julho de 1994, expondo os déficits acumulados. A quantidade de dinheiro exposto no gráfico mostra o quanto absorve o governo brasileiro, sendo que tal volume de capital

poderia ser direcionado de maneira mais produtiva, ou mesmo nem ter sido recolhido em determinadas situações, quando estar-se a falar de receitas derivadas. Senão, vejamos.

Figura 1 - Gráfico: evolução da dívida total do governo federal



Fonte: Instituto Mises Brasil e Banco Central (2019)

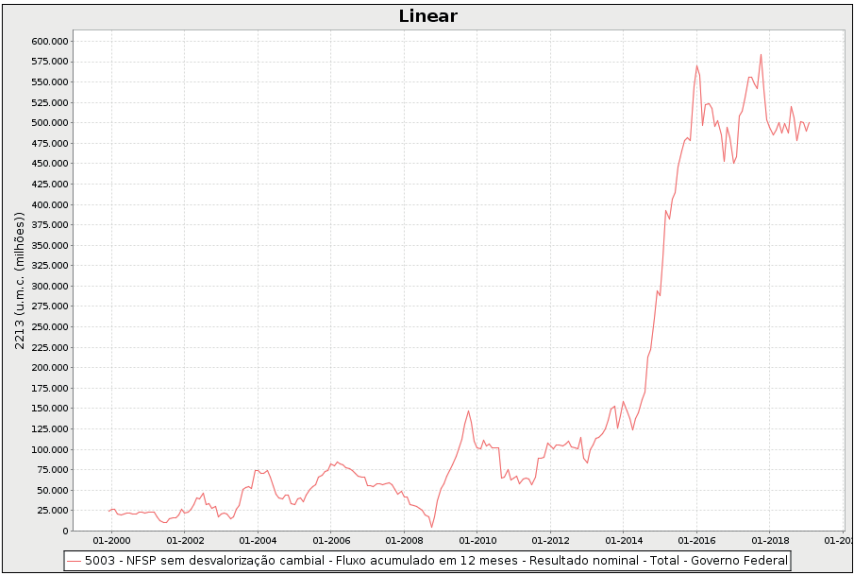
Assim, os autores chegam à conclusão, que é cara aos objetivos da presente pesquisa, de que

> [..] nada menos que R$ 5,5 *tri*lhões já foram absorvidos pelo governo federal para sustentar sua máquina e sua burocracia. São R$ 5,5 trilhões que deixaram de financiar empreendimentos produtivos. Impossível mensurar os custos econômicos das empresas que deixaram de ser abertas, dos empregos que deixaram de ser gerados e das tecnologias que deixaram de ser criadas simplesmente porque os investimentos não foram possíveis por causa da absorção de recursos pelo governo federal.

O demonstrativo de informações referentes à evolução da dívida total do governo federal é reforçado por demonstrativos de dados

em gráfico referente à evolução do déficit nominal do governo, sendo que demonstra tudo o que gastou além do que arrecada, revelando que o governo se endivida, em um período de 12 meses, no valor 500 bilhões (quinhentos bilhões de reais), pois este é o valor que representa o seu gastos a mais do que arrecada em impostos. Vejamos,

Figura 2 - Gráfico: evolução do déficit nominal do governo federal



Fonte: Instituto Mises Brasil e Banco Central (2019)

Nesta toada, é possível se extrair a seguinte conclusão, o cenário de desestímulo econômico frente à concorrência desigual e o descarregar da fúria arrecadatória em outros setores leva a um clamor, que, em um Estado Democrático de Direito, no momento correto, nas urnas e demais formas de participação política, levará a escolhas que desemparelham o Estado, chegando-se, do suposto malefício apontado, ao benefício apresentado por Gilbert Tixier, qual seja, o fomento de uma administração tributária mais responsável, evitando-se gastos governamentais desnecessários e possibilitando, não mais a fuga, mas o desmantelamento de "infernos fiscais".

É necessário compreender que o setor tributário se movimenta

a oferta e demanda, tal como qualquer outro setor da economia, sendo que dar a liberdade, que gerará desigualdade, futuramente será passível de se gerar desenvolvimento e estabilidade inesperados.

Tendo posse da presente conclusão, é compreensível a utilização da liberdade de escolha do contribuinte como ferramenta de controle das soberanias, no que tange à fiscalidade estatal, pelo seguinte

> Uma importante questão que se coloca é se existe uma distinção entre a concorrência tributária justa e a injusta, e qual seria o ponto de inflexão. Na verdade, a distinção entre concorrência ou competição fiscal internacional justa e injusta não está clara. No entanto, há uma espécie de consenso de que alguns tipos de incentivos fiscais para atrair investimentos podem provocar uma espécie de ruptura nos sistemas fiscais que pode gerar efeitos mais negativos do que positivos. Competição fiscal desleal é diferente da concorrência desleal no mercado interno. Este exemplo não é bom porque em nível internacional não há nenhuma autoridade fiscal internacional para corrigir a distorção do mercado, e o efeito é a perda de receitas para os países. Isto porque, a soberania tributária não pode ser restringida por outros países, a menos que haja um tratado internacional. (VALADÃO, p. 7)

E, intrinsecamente, não há real necessidade e nem possibilidade do estabelecimento de uma autoridade fiscal internacional. Seria, de fato, para a "segurança" dos que temem a liberdade, na verdade, uma muleta, que converter-se-ia facilmente num dirigismo político-ideológico que poderia surgir de uma heteronormatividade desta espécie, pondo em risco a própria ordem internacional, sendo que por muito menos o mundo precipitou-se em soldados e armas.

7 CONCLUSÃO

O ponto chave, que muito mais que uma solução gerará provocações no sentido de uma busca de possibilidades, é o entendimento

de que, por uma saudável teoria político-jurídica de soluções de conflitos de normas, o vetor interpretativo máximo na resolução de tais conflitos é a liberdade, seja a liberdade de cada Estado em relação à sua autonomia soberana, ou do indivíduo em seu direito de não ser proibido de fazer o bem a si próprio. A única regulação possível é a autonomia que parte da coexistência das soberanias estatais com a liberdade individual, possibilitando que cada um faça o melhor a si mesmo.

Logo questões acerca da Bitributação e a busca de soluções viáveis num cenário internacional, não acarretam meios simples ou plenamente igualitários na medida em que se desenvolvem, mas necessitam de uma observação de múltiplos fatores, sejam estes princípios, legislações internas, finalidades sociais e constitucionais de cada país. O que se propôs na presente pesquisa é um caminho axiológico pautado em dados e fatores econômicos e políticos. Afinal, todos os pressupostos de modificação da norma são sempre políticos, principalmente num cenário internacional e de conflito de poderes soberanos.

REFERÊNCIAS

ADAM, Charles. **Tax havens provide refuge for the oppressed**. Disponível em: <www.libertarian.to/newsDt>. Acesso em: 10 mai. de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Brasil demora, em média, 4 anos e meio para promulgar tratados internacionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-24/brasil-demora-anos-promulgar-acordos-internacionais> Acesso em: 10 mai. de 2019.w

FABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade Tributaria**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2006.

GEBARA. Gabriel Ulhôa Canto. **Arbitragem E Transação No Âmbito Do Direito Tributário**. São Paulo: INSPER, 2016.

G1. **Entenda o que está em jogo na relação entre o Brasil e a OCDE**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/19/entenda-o-que-esta-em-jogo-na-relacao-entre-o-brasil-e-a-ocde.ghtml>. Acesso em: 10 mai. de 2019.

GHELFI, Renato. **Faltam acordos contra a bitributação com 7 dos principais importadores.** Disponível em: https://www.dci.com.br/economia/faltam-acordos-contra-a-bitributac-o-com-7-dos-principais-importadores-1.619915/3.277259 Acesso em: 07 de Maio de 2019.

IORIO, Ubiratan Jorge; ROQUE, Leandro. **A explosiva situação fiscal do governo brasileiro - em dois gráficos (atualizados)**. Artigo disponível na internet. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2828>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.

MASON. Frederick Mario. **Concorrência fiscal internacional e paraísos fiscais**. Brasília: Revista do Mestrado em Direito.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Assinatura da Convenção entre Brasil e Suíça Para Evitar Dupla Tributação e a Evasão E Elisão Fiscais** – 3 De Maio De 2018. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.

br/pt-BR/notas-a-imprensa/18787-assinatura-da-convencao-entre-brasil-e-suica-para-evitar-a-dupla-tributacao-e-a-evasao-e-elisao-fiscais-3-de--maio-de-2018>. Acesso em: 10 mai. de 2019.

OLIVEIRA. Luciana Gualda. **O Controle das Práticas de Arbitragem Tributária Internacional: medida imperativa de justiça fiscal ou paliativa diante da crescente globalização?**. Disponível em: <http://www.lucianagualda.com/411146248>. Acesso em: 10 mai. de 2019.

OLIVEIRA. Luciana Gualda. **A ineficácia dos controles às práticas elisivas diante de casos de cross border tax arbitrage (arbitragem tributária internacional)**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20530/a-ineficacia-dos-controles-as-praticas-elisivas-diante-de-casos-de-cross-border--tax-arbitrage-arbitragem-tributaria-internacional>. Acesso em: 10 mai. de 2019.

OLIVEIRA. Luciana Gualda. **Considerações Sobre Elisão Fiscal Decorrente Da Arbitragem Tributária Internacional**. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4482>. Acesso em: 01 mai. de 2019.

SANTIAGO, Igor Mauler. **A harmonização das legislações tributárias no MERCOSUL**. In: Revista do CAAP, ano II, n. 2, Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena, UFMG.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil:** tributação das operações internacionais. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

3. A ESTRATÉGIA AMAZÔNIA AZUL PARA AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A IMPORTÂNCIA DESTE PROJETO PARA A REGULAÇÃO DAS NORMAS NO ESPAÇO MARÍTIMO BRASILEIRO[1]

Gabriely Saldanha Pereira dos Santos Brito[2]
Giovanna Maria Fernandes Costa[3]
Heloísa Medeiros[4]

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vem desenvolvendo seu discurso estratégico em relação ao espaço marítimo costeiro. Com este desenvolvimento, a marinha denominou como Amazônia Azul o projeto que visa garantir o uso sustentável das riquezas em sua superfície de 4,5 milhões de quilômetros quadrados – equivalente à Floresta Amazônica – na costa brasileira. Um dos motivos para a produção foi pensada com o intuito de conscientizar a sociedade, conjuntamente com os órgãos estatais, sobre a necessidade de proteger o vasto patrimônio presente nesse espaço.

---

1 Paper apresentado à disciplina de Direito Internacional Público, do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

2 Aluna do 5º período AN, do curso de Direito, do Centro Universitário UNDB

3 Aluna do 5º período AN, do curso de Direito, do Centro Universitário UNDB

4 Professora doutora, orientadora

Ao longo do tempo houve diversas mudanças na forma de pensar em relação ao mar, em uma nova concepção do paradigma sobre a relação humana para com o mar. A tendência do crescente pensamento de proteção do meio ambiente e, por consequência, evolução do pensamento também referente ao âmbito marítimo, de forma que foi criado o Tribunal Internacional de Direito do Mar que levou a conhecida Convenção de Montego Bay, que possibilitou a delimitação do que veio a se chamar de Amazônia Azul, objeto do presente trabalho. Tal evolução de paradigma trouxe convenções e garantias mais concreta ao direito marítimo tanto no que se refere ao direito internacional público, no tocante à relação internacional e soberania, quanto no que tange ao direito internacional privado sobre conflito de lei e uma melhor definição de qual norma deve ser aplicada em certas situações.

O tema em questão sobre a Amazônia Azul e sua importância vem sendo discutido com mais ênfase há pouco tempo, mas possui uma importância fundamental, não só para o Brasil, mas também para o mundo, afinal, trata-se de um assunto sobre a influência do mar sob um Estado e até mesmo sob o próprio sistema internacional. De acordo com Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), o Alto-Mar não possui exercício de soberania, porém, na área costeira dos países que têm contato com o oceano há o exercício da soberania do país mais próximo, dentro da demarcação delimitada.

Na busca pela proteção e preservação dessas áreas, mostra-se essencial a discussão de temas como este. Desse modo, o presente trabalho visa entender o funcionamento desse projeto e a sua importância para as relações internacionais do Brasil. Ainda, busca-se analisar a aplicação das leis no espaço como instrumento para evitar conflitos no âmbito marítimo envolvendo questões internacionais.

Destarte, tal problemática produzida para o presente trabalho demonstra ser um assunto muito importante para o meio acadêmico, em busca de aprofundamento do referencial bibliográfico quanto a afinidade do direito internacional público e o direito internacional privado, no âmbito do direito marítimo e ambiental. Ainda, o presente trabalho mostra-se muito importante para a busca de conscientização popular, pois é um assunto que envolve o assunto que não é tão socialmente discutido, não é um assunto rotineiro, sendo importante

discutir sobre as consequências da falta de preservação e proteção do território marítimo, que pode acarretar danos para toda a população. Além disso, é importante trazer o assunto para a pauta em prol da conscientização da sociedade, quanto ao fato de que no mar há um imenso patrimônio e que é importante se estabelecer um respaldo jurídico que garanta nosso espaço marítimo.

Quanto ao interesse pessoal, envolve tanto o interesse científico, de ajudar e contribuir para o assunto de forma a fomentar discussões sobre a problemática, quanto interesse social, já que se considera um assunto extremamente pertinente para a sociedade. Por fim, acredita-se que é necessário discutir sobre o direito do mar e o respaldo jurídico que se aplica ao mar.

Diante disso, questiona-se até que ponto projetos como o da Amazônia Azul, que estabeleçam regras de conflitos de lei no espaço oceânico brasileiro, podem ajudar a regular as relações internacionais entre o Estado brasileiro e outros países, de forma a evitar conflitos no contexto internacional no âmbito marítimo. Para tal análise, emprega-se o método da abordagem dedutivo, que se traduz em um processo que, partindo de dados particulares observados, depreende-se uma verdade geral ou universal, conforme entendimento dos doutrinadores Marconi e Lakatos (2017).

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O projeto Amazônia Azul e sua importância estratégica para as relações internacionais

O Projeto Amazônia Azul foi delineado a partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), originado na sua 3ª Conferência, que foi encerrada em 10 de dezembro de 1982, em Montego Bay, na Jamaica. Nela foi discutido e definido sobre delimitação dos espaços marítimos, ou seja, sobre o Mar Territorial, a Zona Contígua, a Zona Econômica Exclusiva e a Plataforma Continental, além de, também, ter sido debatido sobre seus limites. (MATTOS, 2014).

O Brasil, possui o poder de explorar uma área do mar costeira de 4,5 km^2. Nessa zona, temos as reservas do pré-sal, onde se retiram cerca de 85% do petróleo, 75% do gás natural e 45% do pescado produzido no País (AMAZÔNIA..., 2017). Deve-se compreender do que se

trata o projeto Amazônia Azul, para que após se entenda a grande importância da mesma para a economia brasileira e, por consequência, para as relações internacionais. Este projeto em análise, foi criado a partir da constatação da necessidade de se promover na sociedade a consciência sobre a extensão do espaço marítimo no território brasileiro, bem como, deseja-se ressaltar sua importância diante da vasta biodiversidade e riquezas, as quais podem ser comparadas à da Amazônia "verde", mais conhecida como floresta Amazônica, de tal forma que compreende o mesmo vasto espaço (PROJETO..., 2014). Dessa forma, no presente trabalho entende-se como Amazônia Azul a extensa área de exploração das mais diversas formas, na qual o Brasil possui poder de jurisdição.

Antes de adentrar à discussão propriamente quanto ao respaldo jurídico nacional e internacional, utilizado de forma a evitar conflitos reais, como será discorrido no tópico posterior, e, ainda, para evitar conflitos de normas, no que tange a norma mais adequada a ser utilizada, mostra-se necessário conceituar o que trazemos no presente trabalho como jurisdição, em vários pontos de forma indireta. A jurisdição é referente a abrangência de soberania de um Estado, sendo considerado pelo doutrinador Paulo Portela (2017), como uma das formas de assegurar a aplicação das normas internacionais. Geralmente a área de jurisdição é definida por um Tratado, servindo como Hard Law, o que demonstra sua efetividade enquanto mecanismo para evitar conflitos de norma.

A Marinha brasileira tem como objetivo, atribuir a essa zona marítima valor militar estratégico, com o intuito de se evitar conflitos internos e externos, além da criminalidade, que são ameaças ao território marítimo brasileiro. Existem autores que defendem que a economia do futuro será conhecida como "Economia Azul", assunto tratado no Simpósio Amazônia Azul, o qual fala sobre investimento privado em áreas naturais e o controle de políticas de requisitos nesse ambiente. Porém, ainda se considera que as relações entre os homens e os mares não tem sido uma das melhores, pois muitos ainda tem agido com negligência, já que o contato com o mar se mostra muito conflituoso com as dificuldades de explorá-lo (FAGUNDES, 2018), realidade esta que vem mudando ao longo do tempo e adquirindo conscientização.

Devido à grande quantidade de riquezas que podem, inclusive, atrair outros países interessados em explorar as riquezas do mar costeiro do Brasil, podendo criar conflitos, é imprescindível que se tenha respaldo jurídico. A convenção teve, acima de tudo, o grande mérito de estabelecer os novos limites do território marítimo, diante aos aspectos políticos, econômicos, ambientais e sociais (FAGUNDES, 2018). Nesse ponto, ressalta-se a importância da participação do Brasil nessa Convenção para as relações internacionais, tanto para influencia quanto para a maximização da defesa da soberania brasileira (GONÇALVES; CORBELLINI, 2014).

2.2 A aplicação da lei no mar como forma de evitar conflitos no âmbito internacional

Em 1970, o Brasil decidiu aumentar sua área de mar territorial para 200 milhas, tendo em vista que não havia norma de Direito Internacional que impedisse ou limitasse essa extensão, nem convencional nem costumeira. Acontece que essa falta de consenso sobre a extensão das águas acabou por gerar vários conflitos entre países que mantinham boas relações (CARVALHO, 1999). É possível enxergar de forma positiva esses conflitos internacionais no âmbito marítimo apenas no tocante ao fato de que teve como uma de suas consequências conscientizar os países sobre a importância de resguardar juridicamente esta área que guarda grandes riquezas, como a zona de pré-sal, reconhecidamente essencial para a economia brasileira.

Historicamente há várias questões envolvendo questões de conflito entre países justamente por essa falta de legislação e sobre qual lei deveria ser aplicada. Um exemplo desses conflitos é a conhecida como "Guerra do Salmão", no ano de 1956, que decorreu de uma atitude do governo dos Estados Unidos. Mais especificamente o que ocorreu foi que o governo norte-americano apreendeu barcos de pescadores peruanos, sob a justificativa de que estes estavam dizimando cardumes na costa do Oceano Pacífico (CARVALHO, 1999). Dessa forma, é possível compreender que a falta de legislação neste espaço não só pode acarretar como acarretou problemas ao longo do tempo, incidentes no âmbito marítimo com risco internacional, pois envolve problemas nas relações internacionais.

Ao longo do tempo houve uma mudança de pensamento em que o homem passou de considerar o mar como uma fonte inesgotável e passou a buscar protegê-lo, como é possível observar a partir da atuação do Tribunal de Direito do Mar (ARAÚJO JR; OLIVEIRA, 2017). Nesse ponto, é necessário ressaltar que houve uma evolução de pensamento tanto no que tange a sustentabilidade quanto a importância tratada no tópico anterior no que tange as relações internacionais e a busca pelos direitos do Estado brasileiro sob o território marítimo da área costeira do país. Além disso, tal tomada de consciência foi essencial para a diminuição de conflitos de lei no espaço.

Nos dias de hoje, há uma Lei que regula o espaço compreendido como mar territorial brasileiro, sendo reconhecido como "a faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil", conforme disposto em seu primeiro artigo (BRASIL, 1993). Esta Lei, de n° 8.617, que dispõe sobre o espaço compreendido como mar territorial, sendo zona exclusiva econômica entre doze e duzentas milhas, de acordo com o art. 6°, assim como sua zona contígua, ou seja, que permite que o Brasil fiscalize a extensão e tome as medidas necessárias para isto, com base no art. 4° e 5° da mesma lei. Desse modo, a distância máxima que o Brasil exerce soberania sob é a de trezentos e cinquenta milhas a partir da largura do mar territorial (AMAZÔNIA..., 2017).

Quanto ao Alto-Mar entende-se como sendo de todos os Estados, a partir de vários acordos internacionais, desde que utilizados para fins pacíficos. A convenção da ONU sobre direito do mar, versa sobre quais são as liberdades, que são as de pescar, de navegar, de sobrevoo, de investigação cientifica, cabos submarinos e até mesmo de construção de ilhas artificiais. A convenção dispõe ainda sobre a necessidade de conservação e gestão de recursos vivos do Alto-Mar, estabelecendo princípios para evitar conflitos, como por exemplo regulamentando legalmente sobre a pesca (MATTOS, 2014). Nessa área não há exercício de nenhuma soberania, por isso, cada Estado deve estabelecer requisitos necessários, tanto para demonstração da nacionalidade do navio e seu registro, por exemplo, devendo se responsabilizar também em reprimir pirataria e tráfico de drogas nesse (AMAZÔNIA..., 2017).

Desde o surgimento da Convenção da ONU sobre direito do mar, mais especificamente em 1982, conhecida como Montego Bay, como tratado no tópico anterior, passou-se a ter uma noção de regulamentação, de forma que a conclusão da III Convenção das Nações Unidas de direito do mar se mostrou uma estratégia de consolidação de interesse. Ou melhor, com esta convenção foi possível regular sobre a dimensão do interesse, principalmente o nacional em relação a esse assunto. Isso porque a partir desta convenção foi reconhecido a possibilidade do país exercer soberania e jurisdição sob determinada faixa do mar, como já citado sobre a regulação do parâmetro brasileiro (CARVALHO, 1999).

2.3 A importância do projeto Amazônia Azul como instrumento para evitar conflitos nas relações internacionais dentro do âmbito marítimo brasileiro

A Amazônia Azul como explicado anteriormente é um projeto de suma importância para toda a população brasileira, haja vista que, visa proteger uma área oceânica de aproximadamente 4,5 km^2, onde se encontra presente as reservas do pré-sal, o qual possui grande importância para a economia brasileira, além de que, nessa faixa marítima é que se escoam mais da metade de todo o comércio que o Brasil faz com o exterior. Ademais, deve-se conscientizar toda a população, da grande importância que os litorais possuem diante de seus imensos recursos naturais e sua rica biodiversidade, os quais podem ser comparados ao da floresta Amazônia ou Amazônia "verde", no qual a Marinha brasileira tem como desafio, proteger este vasto patrimônio (AMAZÔNIA..., 2017).

Historicamente, como tratado no tópico anterior, a falta de embasamento jurídico no espaço marítimo mostrou ser um problema que deve ser resolvido, em prol de evitar conflitos entre países. Depois da Convenção da ONU sobre direito do mar, houve a regulação tanto sobre as liberdades em Alto-Mar quanto sobre a soberania e jurisdição dos países sobre a faixa de mar costeira do país (MATTOS, 2014).

É importante ressaltar neste ponto que o conflito de lei existente sobre qual norma deve ser aplicada em determinado espaço é um

problema característico do direito internacional privado (PORTELA, 2017). Neste ponto, enquanto não havia norma no contexto internacional, conforme explicitado no tópico anterior, havia uma lacuna que poderia vir a causar outros tipos de conflitos, estes seriam característicos de relações internacionais, regulado pelo direito internacional público. Não só poderiam, como houve diversos conflitos, como a "Guerra do Salmão", também citado anteriormente.

Acontece que hoje o Brasil possui a Lei n° 8.617, que ajuda a evitar conflitos de lei, respaldando juridicamente a área costeira brasileira, devendo ser aplicada a norma nacional, exercendo soberania, de acordo com o art. 2° da Lei citada (BRASIL, 1993). Entretanto, o homem ainda age de forma a prejudicar o meio ambiente por ter um pensamento muito voltado para a economia, em que acaba por explorar demais o meio ambiente em busca de uma riqueza econômica negligenciando a vasta riqueza natural que há no mar, tanto costeiro quanto em Alto-Mar, mas esta é uma realidade que vem mudando há um tempo, com o homem se voltando para a proteção ao meio ambiente (ARAÚJO JR; OLIVEIRA, 2017).

3 DISCUSSÃO DO TEMA

4 CONCLUSÃO

A partir desta Convenção foi delimitado o que hoje é chamado de Amazônia Azul, área que o Brasil exerce seu poder de soberania no âmbito marítimo. Sabe-se que esta área delimitada para o país é imensa e requer respaldo jurídico sob esse espaço, não só para a organização e melhor aplicação das leis no espaço, mas também para evitar possíveis conflitos.

Além disso, foi discorrido ao longo do presente trabalho buscou-se entender o funcionamento do projeto Amazônia Azul como instrumento para evitar conflitos no âmbito marítimo. Para tanto, usou-se como norte os conceitos operacionais de direito do mar e direito marítimo, tendo como base o direito internacional público e suas normas.

Ao longo de todo o presente trabalho, buscou-se desenvolver o tema entorno da estratégia Amazônia Azul para as relações inter-

nacionais, de forma a demonstrar a importância deste projeto para a regulação das normas no espaço marítimo brasileiro. Dessa forma, buscou-se analisar a importância do projeto Amazônia Azul no contexto brasileiro e na aplicação das leis no espaço como instrumento para evitar conflitos no âmbito marítimo envolvendo questões internacionais. Para tal, levou-se em conta que nas águas de domínio brasileiro há um imenso patrimônio, inclusive as reservas de pré-sal, é imprescindível proteger e preservar de forma a garantir a posse desse patrimônio e evitar conflitos nesta área, chamada pela marinha de Amazônia Azul. Isto é, projetos como este são muito importantes para ajudar a regular as leis no espaço marítimo brasileiro, além da importância estratégica para as relações internacionais brasileiras, garantindo um respaldo jurídico dessa área.

Com base na análise das legislações e convenções atuais, pode-se constatar a hoje delimitada como Amazônia Azul, área que o Brasil exerce seu poder de soberania no âmbito marítimo, que foi nomeado pela marinha brasileira, para melhor definir o objeto. Sabe-se que esta área delimitada para o país é imensa e requer respaldo jurídico sob esse espaço, não só para a organização e melhor aplicação das leis no espaço, mas também para evitar possíveis conflitos. Concluiu-se que para evitar futuros problemas relacionados a esta extensa área, o respaldo jurídico é de fundamental importância, conforme foi possível analisar ao longo do trabalho, em que se desenvolveu sobre as legislações atuais e o decorrer histórico para chegar na situação atual.

REFERÊNCIAS

AMAZÔNIA azul. Ministério da Defesa: Marinha do Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/amazonia-azul>. Acesso em: 27 de mar de 2019.

ARAÚJO JÚNIOR, Luíz Ricardo Santana de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A atuação do tribunal internacional do direito do mar na proteção ao meio ambiente:** um estudo do caso da usina mox". Revista de estudo e pesquisas avançadas do terceiro setor, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8094>. Acesso em: 27 de mar de 2019.

BRASIL. **Lei N° 8.617, de 4 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8617.htm>. Acesso em: 29 de abr de 2019.

CARVALHO, Gustavo de Lemos Campos. O mar territorial brasileiro de 200 milhas: estratégia e soberania, 1970-1982. Scielo, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291999000100005. Acesso em: 29 de abr de 2019.

GONÇALVES, T*uríbio; CORBELLINI, Mariana.* A **estratégia marítima brasileira contemporânea para o atlântico sul.** UNISC, 2014. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/cepe/article/view/5113>. Acesso em: 27 de mar de 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 8ªed. São Paulo: Atlas, 2017.

MATTOS, Adherbal Meira. **O novo direito do mar, Amazônia azul e pré-sal.** 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/download/4977/3949>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado:** incluindo noções de direito humanos e de direito comunitário. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PROJETO que institui Dia da Amazônia Azul segue para a Câmara. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/15/projeto-que-institui-dia-da-amazonia-azul-segue-para--a-camara>. Acesso em: 20 de abr de 2019.

4. ACESSO À SAÚDE PELO ESTRANGEIRO NO BRASIL: O PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE E O PROJETO DE LEI 5.542/13 COMO MEIO DE FOTALECIMENTO DA SOBERANIA ATRAVÉS DA OBRIGATORIEDADE DE AQUISIÇÃO DO SEGURO-SAÚDE

Rebeca Laís de Jesus Costa[1]

Jucielly Oliveira Alves[2]

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Público tem como um de seus princípios mais antigos o da reciprocidade nas relações internacionais que, por sua vez, tem como objetivo a manutenção da ordem jurídica internacional com base na paz e resolução de conflitos entre Estados, enquanto fortalece as soberanias estatais. Outrossim, tem-se a questão dos costumes internacionais, fonte do Direito Internacional, e como estes são incorporados aos ordenamentos jurídicos nacionais dos componentes da sociedade internacional, a partir da prática reiterada de certos atos, oriunda da questão subjetiva da noção de obrigatoriedade que os cerca.

Após a apresentação de tais conceitos, sob a luz destes, apresenta-se aqui a análise do Projeto de Lei nº 5.542/13, de autoria do deputado federal Mandetta (DEM-MS), que tem como proposta tornar obrigatória a aquisição do seguro-saúde por estrangeiros vindos

1 Graduanda do 5º período do curso de Direito da UNDB.

2 Graduanda do 5º período do curso de Direito da UNDB.

de países que exigem isto de brasileiros. É mister que destaquemos o periodo em que fora discutido inicialmente, quando o país realizava os últimos ajustes para a recepção de um grande fluxo de estrangeiros em seu território devido à realização da Copa do Mundo de 2014, sediada no Brasil. Logo, a proposta legislativa foi feita com base na omissão brasileira de exigir a aquisição de seguro-saúde de estrangeiros que vêm de países que o exigem de brasileiros, pois não desempenha sua autonomia ao não dispor de mecanismos disponíveis para o exercício do princípio da reciprocidade nas relações internacionais.

Além disso, quando se analisa a questão do direito à saúde do estrangeiro no Brasil e como ele se dá, o que temos é a falta de informação e, por certo período de tempo, a lacuna legislativa de como se dará o acesso deste. Por isso, buscamos suscitar a discussão acerca dos elementos basilares do Direito Internacional Público e como estes precisam ser levados em conta na elaboração de leis, posto que essas entram nos debates acadêmicos – e na situação em questão, chegam a atingir as relações que o Brasil tem com os demais componentes da sociedade internacional.

Ademais, o debate levantado acerca da iniciativa legislativa supracitada também se relaciona com o encontro de duas areas usualmente colocadas como antagônicas: o âmbito privado e o ãmbito público. Posto que o direito aqui discutido é um direito fundamental, consagrado pela Constituição Federal da República do Brasil, a saúde de estrangeiros demanda esforços da população brasileira num geral, posto que, como discutido adiante, trata-se de uma responsabilidade da sociedade, não se limitando ao Estado. É com base nesses fatos que buscamos apresentar o papel da iniciativa privada como, simultaneamente, fortalecedora da soberania estatal – por meio do exercicio do princípio da reciprocidade nas relações internacionais – e garantidora de direitos fundamentais universais através de seus serviços hospitalares privados.

Portanto, o presente trabalho tem como finalidade enriquecer, não somente a discussão acerca de pautas clássicas do Direito Internacional Público mas, também, das questões do não nacional e como o seu tratamento em território nacional está intimamente ligado à perspectiva que o legislativo brasileiro tem deste.

Outrossim, o artigo se propõe a destacar os pontos de encontro da iniciativa privada e seu papel na garantia de direitos fundamentais que usualmente são de atribuição estatal, posto que os direitos fundamentais são essencias na construção do que é a dignidade humana – preceito fundamental da Carta Magna. Ademais, a pesquisa tenta demonstrar a maneira que a proposta legislativa aqui estudada, simultaneamente, fora elaborada com o objetivo de fortalecer a soberania através do exercício da reciprocidade de tratamento enre nações e a manutenção da economia brasileria com a entrada de estrangeiros com seus respectivos seguros-saúde adquiridos.

1 O PROJETO DE LEI 5.542/2013 E A FORMAÇÃO DE UM COSTUME INTERNACIONAL

O Projeto de Lei nº 5.542 de 2013 é apresentado pelo deputado federal Mandetta (DEM/MS), cuja proposta era a de regular como se daria o acesso à saúde do estrangeiro não residente no Brasil. A proposta fora feita pois a lei vigente, Lei de Migração (BRASIL, 1980), apenas falava sobre o residente, o congressista ressalta no texto elaborado, inclusive, os eventos que atrairiam grandes fluxos de turistas para o país. Entretanto, a questão do não nacional no Brasil muda de perspectiva, e consequentemente de tratamento, após o Estatuto do Estrangeiro. Após esse marco legislativo o Estado deixa de lidar com o assunto como questão de segurança pública, adotando o sentido de garantia de direitos fundamentais do estrangeiro (AVANZI, 2017), alinhando-se à Constituição Federal de 1988.

Logo, passa-se a se preocupar com a normatização dos direitos dos não nacionais enquanto estes estiverem sob jurisdição brasileira (PORTELA, 2019), prezando sempre pela busca da preservação da dignidade humana, preceito fundamental do Estado de direito brasileiro inaugurado com a Carta Polític vigente. Tal posição muda após a promulgação da Lei 13.445 de 2017, a chamada Lei de Migração, que passa a se preocupar com a garantia da dignidade humana e os demais direitos humanos titulados pelo estrangeiro.

Ademais, o autor do projeto tinha como base princípios e diretrizes basilares do direito internacional, como a reciprocidade no tratamento entre nações e a garantia de direitos humanos, considera-

dos essenciais para a manutenção da vida. Logo, quando as questões supracitadas são adicionadas ao fato de que diversos países, como os que compõem a União Europeia, já exigem a aquisição de seguro-saúde para brasileiros que desejam passar certos períodos em seus territórios, o parlamentar encontra, através do Projeto de Lei 5.542/13, uma forma de, conjuntamente, resolver a questão do acesso à serviços ligados à saúde pelo esttrangeiro e a omissão brasileria em tratar reciprocamente estrangeiros vindos de países que já exigem seguro-saúde de brasileiros.

Por isso a justificativa da proposição parlamentar repousa na questão de que certos países já exigem o seguro-saúde de brasileiros, se tratando, então, de uma omissão por parte do Estado de adotar uma posição recíproca quando se trata de estrangeiros oriundos dos países que já praticam tal ato.

Entretanto, é importante analisar como a postura brasileira pode impactar a sociedade internacional, uma vez que a generalização de uma prática não deve ser confundida com unanimidade, bastando que um grupo amplo o reconheça (MATTOS, 2010). O que pode ser identificado na matéria que trata o projeto aqui estudado, posto que diversos países já adotam tal prática, sendo através de tratados – Tratado de Schengen (BRASIL, 2014) – ou por meio da sua jurisdição interna, em nações como Cuba e Venezuela, reflexo da obrigatoriedade que permeia normas costumeiras. O Brasil, como nação de grande influência no continente que compõe, é fundamental para a solidificação da prática de buscar codificar o acesso à saúde de não nacionais em seu território, o que acaba sendo benéfico tanto para o Estado quanto para o estrangeiro e seu bem-estar físico e psiquico.

Ademais, nota-se que é crescente a tendência da codificação dos costumes internacionais na sociedade internacional – prática que é notável quando se estuda o projeto aqui discutido. Mas para isso, é necessário que a questão jurisdicional seja uma prática reiterada entre os Estados e que detenha *opinio juris*, ou seja, é preciso que o costume esteja formado. Tendo isso em vista, analisa-se a matéria trazida pelo Projeto de Lei nº 5.542/2013 e como ele trata de mesmas questões já incorporados a outros ordenamentos jurídicos, como o cubano ou de muitos países europeus, podendo-se afirmar que se trata de uma tentativa de codificar a questão do costume que

aqui discutimos – o de exigir a aquisição de seguro-saúde para estrangeiros. Entretanto, é importante que seja ressaltado a questão de que no Brasil, a exigência seria apenas para estrangeiros originários de países que o exigem de brasileiros, uma vez que o PL 5.542/13 se pauta inteiramente no princípio da reciprocidade.

Quando se estuda a proposta do projeto aqui discutido percebe-se que diversos países, ou até mesmo um continente (União Europeia), já adotam essa postura, o que leva a uma possível formação de um costume que, por ora, concentra-se regionalmente. Entretanto, para isso é necessário que se entenda os desafios que o costume produz, posto que é "[...] uma prática geral aceita como sendo o direito" (CIJ, 1945). Posto isso, ao analisar meticulosamente o que tem acontecido no âmbito internacional, quando se trata da questão em tela, estamos perto de uma prática geral, que pode ou não acabar sendo codificado.

Por se tratar de uma norma consuetudinária, só poderemos afirmar que se trata de um costume em formação após a verificação do exaurimento dos dois elementos cumulativos do costume internacional: a prática reiterada dos Estados e a *opinio juris* (BRANT, 2017). Logo, se trata da uniformização de uma prática, aqui configurada na proposta do Projeto de Lei 5.542/2013, e a formação do senso de obrigatoriedade desta. O que não se pode ser confundido com a ação estatal habitual pelo simples entendimento de que consideram a questão imperativamente moral, como aduz Shaw (2008):

> Se os Estados agem de forma repetida exclusivamente porque consideram a conduta em questão moralmente imperativa ou por simples cortesia, oportunidade ou adição, esse ato não será considerado uma norma costumeira, mas simples uso.

Além do mais, o costume é uma das principais fontes do Direito Internacional Público, sendo caracterizado, não pelo vínculo de obrigatoriedade escrito e formal que os tratados carregam, mas da prática voluntária carregada da noção de obrigatoriedade subjetiva do ato. O costume pode ser externalizado em um Estado através tanto da ação de orgãos exteriores quanto internos, sendo

este último configurado como Parlamento, Governo ou Tribunais (MORE, 1998).

Entretanto, o que se percebe no caso em tela, é que se caminha para a formação da *opinio juris* da sociedade internacional, posto que diversos países têm agido de maneira semelhante quando se trata da questão da obrigatoriedade da aquisição do seguro-saúde por estrangeiros. Ademais, nota-se que se tem, inclusive, a tentativa de normatização deste costume entre Estados, não sendo necessário que o Brasil seja signatário de algum tratado nesse sentido para que este busque a normatização de leis como estas, uma vez que são fundamentais para o fortalecimento da soberania brasileira e, consequentemente, a reputação do país na sociedade internacional.

2 O PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E SUA EFETIVAÇÃO POR MEIO DO PL 5.542/2013

As relações huamanas, de uma maneira geral, são marcadas por atos trocados com base na reciprocidade, de forma que esta é a base de praticamente todos os tipos de vínculo (do trabalhista ao amoroso) que o ser humano possa vir a ter durante sua vida. Logo, no Direito – ciência cujo objeto de estudo é oriunda de criação humana – não seria diferente, posto que o princípio da reciprocidade entre nações fora uma das primeiras diretrizes desenvolvidas no campo do Direito Internacional Público para reger as relações e formas de tratamento entre componentes da sociedade internacional.

Esse princípio, por sua vez, se trata de uma ramificação do princípio da igualdade soberana, podendo ser conceituado como o: "[...] respeito entre os países, seja qual for seu porte, cultura, números de habitantes ou regime de governo" (VARELLA, 2012). Não obstante, é uma das variadas formas que o Estado possui para fortalecer um dos seus elementos constitutivos: a soberania. Esta, portanto, é tradicionalmente considerada, segundo Oliveira (2006), o poder que algum ente estatal ou poder exerce para que seja atingida a harmonização da autonomia e independência do Estado em relação aos demais.

A partir das definições apresentadas anterioremente é possível começar a analisar as intenções do autor do Projeto de Lei 5.542/2013. Posto que, ao positivar a obrigatoriedade da aquisição

do seguro-saúde, não só movimentaria a economia nacional, mas trataria em pé de igualdade os países que exigem o mesmo para brasileiros que pretendem adentrar seu território. Entretanto, é importante salientar que os objetivos citados anteriormente seriam conquistas no campo das relações exeternas brasileiras obtidas através da iniciativa parlamentar, algo raro na realidade brasileira, como aduna Alcântara (2001).

Outrossim, as mudanças aspiradas pelo congressista supracitado só são possíveis através de iniciativas legislativas, como aduna Milesi e Marinucci (2005), pois a mudança na perspectiva da sociedade internacional sobre os migrantes deve ser feita através da alteraçao da legislação interna dos países, que no caso em tela se trata especificamente do Brasil. E é justamente por estes fatos que o Projeto de Lei 5.542/13 seria, caso aprovado pelo Poder Legislativo, uma forma da aplicação do princípio da reciprocidade nas relações internacionais, além de uma conquista no que tange garantia ao resguardo da dignidade da pessoa humana nos direitos de estrangeiros.

Ademais, o projeto de lei aqui estudado tem em sua redação a questão de tornar obrigatória a aquisição do seguro-saúde para estrangeiros oriundos de países que já o exigem para brasileiros, tendo como exemplo qualquer país da União Europeia – graças ao Tratado de Schengen (BRASIL, 2014). Logo, se trata da instauração de uma sociedade internacional equilibrada, e indo além: trata-se da defesa de interesses nacionais, visto que envolve tanto o tratamento que o cidadão brasileiro recebe quanto a economia brasileira. Com base no tratamento reciproco entre nações, o pesquisador Lafer (1979) discorre sobre o papel da reciprocidade entre nações:

> "Através de conceitos como os de equilíbrio, pesos e contrapesos, que, ao assegurarem numa sociedade a distribuição do poder, coíbem a tirania e a violência, instaurando a harmonia que permite a sabedoria e a virtude."

Aliás, ressalta-se que o projeto em tela teve sua elaboração realizada no ano de 2013, quando ainda estava em vigência a Lei 6.815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, que era silente

quanto a questão do acesso à saúde pelo estrangeiro não residente. No que diz respeito à Lei nº 13.445 de 2017, nota-se que, além de sair da inércia quanto a normatizar direitos de estrangeiros, os parlamentares estão buscando adequar o posicionamento brasileiro de acordo com o tratamento que o Brasil recebe na sociedade internacional.

Portanto, somente após um intervalo de 37 anos entre uma lei e outra que se altera a visão do estrangeiro no Brasil, sendo palpável a necessidade de alterações legislativas mais incisivas e especificas quanto ao aassunto. No que tange a soberania brasileira, a prática de um ato comum entre diversos países não se configura na concessão desta – como observado na discussão que ocorre quando se trata da ratificação de tratados.

Porém, é importante entender que não se trata da defesa de uma soberania absoluta e ilitmida dos Estados, como na concepção tradicional, mas sim da importância da preservação da alteração da legislação interna em prol de conservar a autonomia estatal em seu território sem diminuir o comprometimento para com a cooperação internacional. Como o conceituado estudioso Mazzuoli (2002): "A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns."

Tendo tudo isso em vista, pode-se constatar que por se tratar de um princípio que é a medida da igualdade e age como um meio de atingir o equilíbrio nas relações políticas no âmbito internacional (PORTO, 2009), o Projeto de Lei 5.542/2013 se mostra como um meio de mudança legislativa que possa atingir o equilíbrio que a doutrina discute, como citado anteriormente. Outrossim, operaria como fortalecedor do conceito atual de soberania, se tornando também um exemplo de como os países devem cooperar entre si para a harmonização da sociedade internacional e, também, pela garantia de direitos fundamentais ao ser humano, sem distinção de origem.

3 A INICIATIVA PRIVADA E SEU PAPEL NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO ESTRANGEIRO ATRAVES DA OBRIGATORIEDADE DA AQUISIÇÃO DO SEGURO-SAÚDE

O direito à saúde é tratado na Carta Política de 1988 como direito fundamental social – direitos de todos e dever do Estado, nos

parâmetros do seu artigo 196. Mas é levantada uma questão de interpretação por parte de doutrinadores do Direito e de servidores públicos da saúde sobre quem configura o "todos" a quem a Constituição Federal se refere em seu texto, como salienta Branco (2009). Posto que o Brasil é um país com considerável fluxo de turismo, é importante que

Uma vez que a garantia de direitos fundamentais é cercada da noção de que é necessária para a preservação do homem em sociedade, é adicionado um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais (SARLET, 2001) com base neles. E, a partir do entendimento de que se deve respeitar, independente de cidadania, a questão adota um caráter de urgência em sua normatização.

O direito à saúde, entretanto, é envolto de uma certa dependência com outros direitos fundamentais (o direito à integridade física, por exemplo) para que sua garantia seja plena, devendo se suceder de forma equilibrada. E, caso assim não o seja, sofre esvaziamento substancial de outros direitos, como adunam os estudiosos Sarlet e Figueiredo (2008). Logo, compreennde-se que não basta que o Estado garanta ao estrangeiro o direito de ir e vir em seu território (caso conceda permissão para isso), mas, também, que garanta que este tenha condições para fazê-lo.

Por isso é imprescindível discutir aqui a noção de dever fundamental, visto que grande parte da doutrina se concentra em debater os direitos fundamentais – não se atentando ao vínculo que estes possuem com a noção de deveres fundamentais de pessoas físicas ou jurídicas. Posto isso, ao tratarmos do papel da empresa prestadora do seguro-saúde, podemos colocá-la na posição de garantidora de direitos fundamentais, se tratando, portanto, de seu dever fundamental.

Por conseguinte, ao prestar um serviço fundamental à manutenção da vida, a emprese adquire, portanto, o dever fundamental de garantidora do direito à saúde, como o artigo 199 da Constituição Federal estipula. Logo, não seria válido o argumento de que o serviço não pode ser delegado a entidades privadas, uma vez que este diretio carrega consigo grandes responsabilidades – como o artigo 199 da Constituição Federal pontua.

Nessa mesma linha, temos o fato de que a permissão de transitar em território que não é o seu de origem não é um direito ineren-

te ao ser humano, sendo chamado, inclusive, de mera expectativa de direito por estudiosos como Seintenfus (2006). Logo, a responsabilidade só recai sobre o Estado brasilerio caso este se disponibilize a assumir tal risco.

Outrossim, a iniciativa privada, apesar de se enquadrar no âmbito do Direito Privado terá aqui uma relação de mutualidade com o Direito Público. Ao buscar, no caso do Projeto de Lei nº 5.542/13, a garantia de um direito fundamental, como Sombra (2011) aduz: "a separação entre público e privado transformou-se em uma relação de interdependência e intercambiaridade no Estado Social de Direito."

Além disso, por se tratar de um direito fundamental, a responsabilidade de sua efetividade não se limita somente ao Estado, se estendendo, inclusive, à população, por se tratar de uma responsabilidade da sociedade num geral, como aduna o ordenamento jurídico, especificamente na Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990), conhecida como Lei do SUS (Sistema Único de Saúde):

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> [...]
> § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Ademais, se trata de uma diretriz constitucional, como aduz Tavares (2008): "A Constituição expressamente apresenta, em seu pórtico, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) como um dos fundamentos do Estado democrático de direito brasileiro." Uma vez que a dignidade da pessoa humana é uma das inovações trazidas pelo Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 2017), que até então tratava a questão estrangeira como um assunto de segurança pública, é mister que se inclua todas as ramificações que precisam ser trilhadas para que seja alcançada – se tratando aqui da saúde do estrangeiro.

Posto que o acesso à saúde já é dificultoso dentro da realidade de brasileiros, a questão fica ainda mais complicada quando se trata de estrangeiros, uma vez que entra em pauta a falta de conhecimento sobre como deve proceder, desconhecimento dos seus direitos e

deveres assim como custa de serviços e a inexistência de tais (BACKSTROM, 2009). Além disso, por ser de conhecimento geral que o acesso à serviços relacionados à saúde estão cada vez mais dificeis na realidade brasileira, o constituinte estipula na Carta Magna no, *caput* de seu artigo 199, que "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada" (BRASIL, 1988).

Tendo isso em vista, é possível desenvolver ainda mais a dimensão do papel prestador de serviço da saúde da empresa oferecedora do seguro-saúde, como Gomes (2013) bem elucida:

> [...] foi permitida, ainda que de forma excepcional, a presença de entidades privadas no âmbito do SUS para complementar a prestação de serviços de saúde quando o Estado não conseguir suprir com sua própria estrutura as demandas dos usuários. Desse modo, através de convênios ou contratos de gestão, o Estado foi autorizado a celebrar parcerias com entidades privadas, preferencialmente filantrópicas, para expansão do acesso à saúde.

Por isso é totalmente justificável o que a proposta do projeto de lei aqui estudado elenca, pois traz a iniciativa privada como meio de efetivação de um direito fundamental, além de corroborar para o fortalecimento da soberania nacional, que é nada menos que a principal relação do Estado com seu povo (KENICKE, 2016).

4 CONCLUSÃO

Diante do que aqui foi exposto, é possível chegar a uma coletânea de conclusões acerca do acesso à saúde do estrangeiro, o Projeto de Lei nº 5.542/13 e a relação do princípio da reciprocidade e a soberania estatal. Como já citado aqui, trata-se da tentativa legislativa de mudar o posicionamento brasileiro quanto à algumas questões sobre estrangeiros não residentes no território nacional. Após o levantamento de diversos pontos, o presente trabalho reflete sobre como o Projeto de Lei nº 5.542/13 provoca a criação de um o papel da iniciativa privada na garantia de um direito fundamental

considerado como essencial à manutenção da vida e os impactos dessa conclusão.

Uma vez que o conceito de princípios é, de uma forma geral, ser a diretriz de algo, o princípio da reciprocidade é apresentado aqui como a principal diretriz das relações internacionais e da proposta legislativa analisa. Além disso, tem-se o debate sobre como este seria útil para a dinamização da econimia brasileira através da reafirmação de um direito fundamental para a dignidade humana. Logo, inccorporar um costume internacional ao ordenamento jurídico brasileiro é uma questão de defesa do interesse do cidadão brasileiro, detenteor da soberania nacional.

Além disso, foi construído que além de fortalecer a soberania e instaurar um tratamento pautado na reciprocidade entre nações, tal ideia movimentaria a economia brasileira. Posto que apoiaria a iniciativa privada de seguros de saúde, chegando a abranger, inclusive, o dinheiro investido no SUS (Sistema Único de Saúde) – aréa pública ineficiente dada a falta de recursos.

Ademais, por se tratar de um direito fundamental, o acesso à saúde, pelos brasileiros ou estrangeiros, torna-se um assunto urgente que necessita ser tratado como tal. Pois, o debate se passa, inclusive, nas relações privadas ao suscitar a importância da iniciativa privada na garantia dos direitos fundamentais, posto que estes não são de responsabilidade exclusiva do Estado.

Por isso, concluímos, após o debate aqui levantado, que o legislativo brasileiro precisa continuar a tentar incorporar costumes internacionais no ordenamento jurídico que fortaleçam a soberania estatal, posto que esta é o vínculo mais direto de uma nação com seu povo.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Lúcio. Os parlamentos e as relações internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 44, n.1, 2001.

AVANZI, Carla Campos. Principais inovações e perspectivas da nova Lei de Migrações. **Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**. Disponível em:< http://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/629/339>. Acesso em 01 maio 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei N. 5.542, de 2013** (da Câmara de Deputados) PL N. 05/13. Torna obrigatória a aquisição de seguro-saúde pelos estrangeiros que ingressarem no País, nas condições que especifica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576277>, acesso em 25 fev. 2019

CIJ – Corte Internacional de Justiça. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, 26 de junho de 1945, Decreto no. 19.841, de 22 de outubro de 1945.

MRE – Ministério das Relações Exteriores. **Seguro-saúde a brasileiros que viajam ao exterior.** Disponível em: < http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/cartilhas/segurosaude- a-brasileiros-que-viajam-ao-exterior>. Brasília, 2014?. Acesso em 25 fev. 2019.

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 01 maio 2019.

Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124>. Acesso em 30 abril 2019.

BACKSTROM, Bárbara. O acesso à saúde e os factores de vulnerabilidade na população imigrante. **"Alicerces, Revista de Investigação, Ciência e Tecnologia e Artes"**. A. 3, Nº 3 (2010), p. 79-90.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A formação do costume internacional na atualidade. **Revista Themis.** (2017). Disponível em: <revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/549/530>. Acesso em 01 maio 2019.

BRANCO, Marisa Lucena. **O SUS na Fronteira e o Direito: em que medida o estrangeiro tem direito ao SUS.** Brasília, 2009. 100 f. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) - Programa de Pós-graduação em Direito Sanitário, Fiocfruz, Brasília, 2009.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, 2013.

GOMES, Gustavo França. O direito à saúde na Constituição de 1988 e a Contra-reforma do Sistema Único de Saúde (SUS). **IV Jornada Internacional de Políticas Públicas**. – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2013.

KENICKE, P. H. G. **O estatuto do estrangeiro e a lei de migrações:** entre a doutrina da segurança nacional e o desenvolvimento humano. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

LAFER, Celso. **O convênio do café de 1976** – Da reciprocidade no direito internacional econômico. São Paulo: Perspectiva, 1979.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informanção Legislativa**, n. 156, 2002.

MILESI, Rosita; MARINUCCI, Roberto. Migrações internacionais contemporâneas. **Instituto Migrações e Direitos Humanos**. (2005). Disponível em: <http://www.migrante.org.br/as_migracoes_internacionais_contemporaneas_1605b.html>. Acesso em 01 de maio 2019.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Fontes do Direito Internacional**. Teresina: Jus Navigandi, 1998.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. **Revista CEJ**, n. 32, p. 80-88, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado:** Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 11ª ed. atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 125-172. 2008.

_____, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.1, 2001.

SEINTENFUS, Ricardo. O Brasil e suas relações internacionais. **Carta Internacional**, v. 2, n. 1, 2006.

5. OS CONTRATOS TRABALHISTAS EM NAVIO DE CRUZEIRO: ESTUDO SOBRE O CASO MSC CROCIERE S.A E DA MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA X JULIANA DE SOUZA BORDALO[1]

Hyllary Laryssa Maciel e Maciel[2]
Rayanne Reis Rego Cutrim[3]
Heloísa Gomes Medeiros[4]

1 INTRODUÇÃO

Com o tema que intitula o presente artigo buscou-se desenvolver uma análise acerca do caso MSC Crociere S.A e da MSC Cruzeiros do Brasil Ltda x Juliana de Souza Bordalo, envolvendo contratos trabalhistas em navio de cruzeiro. Dentre os objetivos elencados, destaca-se a compreensão do caso a luz da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho da 4ª Turma; identificação das consequências pela não ratificação do Brasil na Convenção Internacional do Trabalho Marítimo de 2006; e, por fim, estudar a aplicação do Código de Bustamante de 1928 como fonte de Direito Internacional Privado nos contratos trabalhistas em navio de cruzeiro.

---

1 Paper apresentado à disciplina de Direito Internacional Público da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.
2 Aluna do 5° período vespertino do curso de Direito da UNDB.
3 Aluna do 5° período vespertino do curso de Direito da UNDB.
4 Professora, orientadora.

Assim, através de posições doutrinárias e interpretações jurisprudenciais, buscou-se analisar em cada capítulo a melhor forma possível de entendimento visando a uma maior dinamicidade dos conteúdos, portanto, dividiu-se o presente artigo em três capítulos, que, espera-se, possam atingir os objetivos propostos sem torná-lo prolixo demais.

O primeiro capítulo refere-se ao caso MSC Crociere S.A e da MSC Cruzeiros do Brasil Ltda versus Juliana de Souza Bordalo a luz da decisão proferida pelo TST da 4ª Turma, relatando como se deu origem ao caso, as decisões por diversos juízes, há também a análise dos conceitos do Princípio da igualdade e não discriminação, que além da violação aos arts. 5º, caput, da CF, 1º e 2º da Convenção nº 111 da OIT, 198 do Código de Bustamante, 281 do Decreto nº 18.871/1929, há o desrespeito à Resolução nº 71 do Conselho Nacional de Imigração.

O segundo capítulo trata-se da identificação das consequências pela não ratificação do Brasil na Convenção Internacional do Trabalho Marítimo de 2006, elenca conceitos do Direito Internacional do Trabalho, Organização Internacional do Trabalho, trabalhadores marítimos e seus direitos. Tendo em vista que apesar da importância global da Convenção sobre Trabalho Marítimo (2006) da OIT ratificada por inúmeros países, o Brasil, infelizmente, ainda não a ratificou, com isso, a aplicação do Código de Bustamante é essencial para resolução do conflito de legislação presente no caso.

Por fim, o terceiro capítulo visa uma melhor compreensão acerca de uma das fontes do Direito Internacional Privado, que é o Código de Bustamante de 1928, aprovado no Brasil pelo Decreto nº 5.647/1929 e promulgado pelo Decreto nº 18.871/2009, em virtude do disposto no art. 178 da Constituição Federal. Com isso, esse Código irá regulamentar como elemento de conexão a lei do pavilhão ou da bandeira do navio, essa regra está prevista nos artigos 274, 279 e 281, estabelece ainda a observância da normatização existente no país em que se encontra matriculada a embarcação, que nesse caso, é a bandeira do Panamá que os alhures navios são matriculados.

Em razão da análise a respeito ao campo de atuação das normas e princípios que envolvem o tema, não se tem a pretensão de exaurir o assunto, mas tão somente, pretende-se tecer algumas consi-

derações baseadas na doutrina e na jurisprudência, as quais poderão, espera-se, fornecer subsídios a outros estudos e questionamentos.

2. CASO: MSC CROCIERE S.A E DA MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA X JULIANA DE SOUZA BORDALO

A reclamação trabalhista envolve a assistente Juliana Bordalo que havia sido contratada por meio de um processo seletivo intermediado pela agência Rosa dos Ventos, de Fortaleza (CE) responsável pelo recrutamento desses trabalhadores, a assistente recebeu o contrato de trabalho por e-mail. Após, preenchida todas as formalidades para o embarque, a Juliana iniciou o serviço a bordo do navio MSC Magnífica em janeiro de 2015 no Rio de Janeiro, como assistente de garçom (assistant waiter), com salário mensal em dólares. Mesmo Bordalo sendo contrata para trabalhar em cruzeiros internacionais, ela assegurou que prestou serviços em território brasileiro durante a temporada nacional de cruzeiros, entre novembro e abril. Conforme afirmou, a embarcação ancorou em novembro de 2014 em Recife (PE) e deixou o país em março de 2015. Demitida em agosto daquele ano, com isso ela pedia a condenação das empresas ao pagamento de verbas rescisórias e dos depósitos do FGTS. (BRASIL, 2018)

O juízo da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa (PB), concluiu que deveria ser aplicada ao caso a legislação trabalhista brasileira e, dessa forma condenou as empresas ao pagamento das parcelas pedidas. Ao manter a sentença, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB) entendeu que a empregada havia sido pré-contratada no Brasil, pois havia feito exames admissionais e curso preparatório em Fortaleza (CE) e recebido o contrato de trabalho antes de embarcar, além de ter recebido das empresas passagem até o local de embarque. (BRASIL, 2018)

Sendo assim, a reclamante suscitou que deve ressalta-se os efeitos do período pré-contratual, quando há a ocorrência de entendimentos preliminares para a celebração do contrato, de acordo com o artigo 435 do Código Civil, “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. A partir dessa hipótese, ficaria evidenciado que a Juliana foi convocada para exercer trabalho em território nacional, especificamente em Fortaleza, tendo realizado aqui os

exames admissionais e o curso preparatório. Além disso, a representante alegou que recebeu o contrato de trabalho antes de embarcar, demonstrando assim a tese do recrutamento e a pré-contratação em território brasileiro, não importando se realizado de forma direta pelos contratantes ou por empresa interposta. Salientando, que a prestação de serviços ocorreu significativamente em águas territoriais nacionais, logo é aplicável a legislação brasileira, já que a embarcação tinha natureza civil. (BRASIL, 2018)

Levando em consideração que a Juliana foi recrutada, treinada e contratada no Brasil, deveria ser aplicado ao caso a Lei 7.064 de 1982, que dispõe sobre a situação dos empregados contratados no Brasil para prestar serviços no exterior, isto é, o caso em questão em que a reclamante foi contratada no Brasil para prestar serviços, tanto no exterior, como em águas territoriais nacionais. A lei prevê no art. 3º, que deve direcionar esse conflito de direito internacional privado, o princípio da norma mais favorável. (BRASIL, 2018)

Todavia, conforme as empresas da MSC Magnífica, a Juliana foi contratada e trabalhou grande parte do contrato na temporada internacional. Além disso, as empresas asseguraram que o contrato de trabalho foi celebrado dentro do navio e que a empresa MSC Crociere, real empregadora da recorrida, não possui domicílio no Brasil. Tutelam, assim, a inaplicabilidade da legislação brasileira. Sendo assim, a aplicação da legislação brasileira aos trabalhadores brasileiros a bordo de navios estrangeiros, violariam os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Desta forma, não é possível tutelar uma atitude que discriminem os empregados brasileiros, ou ainda os trabalhadores das mais distintas nacionalidades. Logo, a aplicação da legislação trabalhista brasileira ao caso violaria diretamente o princípio da igualdade e não discriminação. (BRASIL, 2018)

Além da violação aos arts. 5º, caput, da CF, 1º e 2º da Convenção nº 111 da OIT, 198 do Código de Bustamante, 281 do Decreto nº 18.871/1929, e desrespeito à Resolução nº 71 do Conselho Nacional de Imigração. Ademais, Juliana Bordalo foi recrutada em território nacional para exercer serviços em navio de cruzeiro de bandeira estrangeira, navegando tanto em águas nacionais, como internacionais. (BRASIL, 2018)

3. CONSEQUÊNCIAS PELA NÃO RATIFICAÇÃO DO BRASIL NA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE TRABALHO MARÍTIMO DE 2006

Nobrega Filho (2011) relata que o Direito Internacional do Trabalho, é um braço do Direito Internacional Público, tendo como um dos seus principais objetivos tornar universais os princípios e normas trabalhistas, com o intuito de expandir as perspectivas de justiça social, além de garantir sua efetivação, em razão de motivos meramente econômicos. Para tal, utilizam-se instrumentos internacionais normativos, como: tratados, as declarações, as recomendações e as resoluções. A OIT efetua uma ampla atividade normativa, baseadas em Convenções e Recomendações. As Convenções da Organização Internacional de Trabalho, são tratados multilaterais abertos, quando ratificados pelos Estados-Membros, obtêm eficácia e aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos internos.

Com a ratificação de um tratado, o Estado se subjuga tanto as obrigações negativas, ou seja, a abstenção de praticar determinadas condutas que confrontam as finalidades sociais da organização, além disso, são submetidas às obrigações positivas, que garante a proteção dos direitos expressamente elencados. Daillier, Pellet e Quoc Dinh (2003) relatam que os direitos dos tratados têm um princípio fundamental, a execução de boa-fé e o respeito à regra pacta sunt servanda. O artigo 26° da Convenção de Viena (BRASIL, 2009a) aduz que "todo tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas respeitado". Expressados seu consentimento para tal, os Estados-membros da OIT estão sujeitos a obedecer tão somente aos instrumentos vinculantes.

Os trabalhadores marítimos são assistidos tanto pelas legislações de Direitos Humanos, sejam elas internacionais, regionais ou domésticas. Assim, também são titulares de direitos trabalhistas, elencados nos ordenamentos internos e internacionais. Destaca-se que o trabalho exercido no mar acarreta perigo, isolamento e restrições, fato que colaborou para que durante séculos os trabalhadores marítimos estiveram fora do alcance de qualquer proteção jurídica efetiva que protegesse e garantisse seus direitos como trabalhadores e seres humanos. A história observa de forma gradativa a fiscalização e regulamentação dos direitos trabalhistas dos marítimos. Principal-

mente a partir do século XIX, em razão do crescimento do comércio internacional, os Estados se interessaram em regular a atividade marítima e seus incidências sobre a economia (FITZPATRICK; ANDERSON, 2005).

Os trabalhadores marítimos ou "gente do mar" (OIT, CTM, 2006), "significa qualquer pessoa empregada ou contratada ou que trabalha a bordo de um navio ao qual esta Convenção se aplica". A Convenção sobre Trabalho Marítimo reuniu e remodelou, em um só texto outras 68 convenções e recomendações sobre o trabalho da gente do mar, agrupou em si um todas as normas que existiu anteriormente sobre o tema, buscando uma melhor aceitação, implementação e controle, comprometidos com os princípios que norteiam um trabalho decente. De acordo com a Convenção, "considerando que, dada a natureza global da indústria de navegação, a gente do mar precisa de proteção especial" (OIT, 2006). Em seu artigo IV estão elencados os Direitos no Emprego e Direitos Sociais da Gente do Mar, sendo eles:

> 1.Toda gente do mar tem direito a um local de trabalho seguro e protegido no qual se cumpram as normas de segurança. 2. Toda gente do mar tem direito a condições justas de emprego. 3. Toda gente do mar tem direito a condições decentes de trabalho e de vida a bordo. 4. Toda gente do mar tem direito a proteção da saúde, assistência médica, medidas de bem-estar e outras formas de proteção social. 5. Todo Membro assegurará, nos limites de sua jurisdição, que os direitos de emprego e direitos sociais da gente do mar, a que se referem os parágrafos precedentes deste Artigo serão plenamente implementados conforme requer esta Convenção. Salvo disposição em contrário nesta Convenção, essa implementação poderá ser assegurada por meio de leis ou regulamentos nacionais, acordos e convenções coletivas, pela prática ou outras medidas aplicáveis. (OIT, 2006)

Apesar da importância global da Convenção sobre Trabalho Marítimo (2006) da OIT ratificada por inúmeros países, o Brasil, infelizmente, ainda não a ratificou. Aos trabalhadores marítimos "se podem aplicar as disposições de outros instrumentos da OIT e de que eles devem usufruir das liberdades e direitos fundamentais reconhecidos a todas as pessoas" e, por outro, que "as atividades do setor marítimo se desenvolvem em todo o mundo e que os marítimos devem por isso beneficiar de uma proteção especial". A referida norma disciplinou diversos direitos e garantias aos trabalhadores marítimos, com o intuito de garantir respeito à dignidade e melhores condições de trabalho, levando em consideração as especificidades da atividade marítima e um tratamento igual e especial, em razão da impossibilidade do tripulante "levar consigo" a legislação de sua nacionalidade, o que acarretaria ao contratante a exigência de se observar diferentes sistemas jurídicos, que submeteria os tripulantes a condições de trabalhos diferentes umas das outras, que não algo imprevisto em uma organização empresarial. (BRASIL, 2018)

A mencionada Convenção Internacional entrou em vigor em 20 de agosto de 2013, todavia o Brasil ainda não a ratificou. A ausência da incorporação da Convenção Internacional de Trabalho Marítimo ao ordenamento jurídico brasileiro, obrigou a aplicação do Código de Bustamante, aprovado no Brasil pelo Decreto nº 5.647/1929 e promulgado pelo Decreto nº 18.871/2009, em virtude do disposto no art. 178 da Constituição Federal, ao caso da Juliana Bordalo x MSC Magnifica. (BRASIL, 2018)

4. CÓDIGO DE BUSTAMANTE DE 1928: APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NOS CONTRATOS TRABALHISTAS EM NAVIO DE CRUZEIRO

O Direito Internacional Privado interfere a partir da aplicação do Código de Bustamante (1928), que regulamentará como elemento de conexão a lei do pavilhão ou da bandeira do navio, essa regra está prevista nos artigos 274, 279 e 281, estabelece ainda a observância da normatização existente no país em que se encontra matriculada a embarcação, que nesse caso, é o Panamá. Tem-se uma preocupação quanto à identificação do pavilhão no navio, pois as embarcações

precisam de proteção em alto mar, já que este nenhum Estado irá exercer soberania, dessa forma, se observa um vaco jurídico e para que isso seja evitado, é preciso que as embarcações tenham bandeiras para identificação.

Consoante o elucidado acima, é através da lei do Estado da nacionalidade do navio a lei que deve ser aplicada às relações que nele se desenvolvam. Ocorre que, em relação ao contrato internacional de trabalho firmado no âmbito de uma embarcação, a lei do pavilhão não é o único elemento de conexão que pode (e deve) ser utilizado, especialmente nos casos em que o armador ou o afretador do navio operem navios registrados sob bandeiras reconhecidamente de conveniência, como a liberiana e a panamenha, o que poderia pôr em risco a proteção assegurada internacionalmente aos trabalhadores (CUNHA, 2016). Nesse sentido, ressalva-se ainda que a lei do pavilhão do navio ao contrato internacional se fundamenta não apenas pela evidente complexidade de fatores envolvidos, como também a garantia que os trabalhadores precisam ter em relação aos seus direitos, inclusive que seja aplicada a lei mais benéfica ao trabalhador.

Vele destacar que, como relata ainda a autora Marjorie Cunha (2016) o contrato de trabalho firmado entre a gente do mar e as armadoras de cruzeiros marítimos contém elementos que permitem classificá-lo como contrato internacional, a exemplo da miríade de nacionalidades envolvidas em uma única relação jurídica (navio, empregado e empregadores comumente tem nacionalidades diversas), o local do labor se desloca pelas águas territoriais de diversos Estados, navegando inclusive sob jurisdição internacional, o processo de recrutamento e contratação se dá normalmente no país da nacionalidade dos empregados, dentre outros.

A autora cita ainda o seguinte exemplo:

> Os contratos de trabalho celebrados, por exemplo, entre a MSC Cruzeiros, armadora líder do mercado de cruzeiros no Brasil (CLIA ABREMAR FGV), e os tripulantes brasileiros possui inúmeros elementos de estraneidade: a MSC Cruzeiros é uma marca de cruzeiros operada no Brasil por um grupo econômico composto pela MSC Crociere S.A., empresa

> multinacional de origem italiana, pela MSC Cruzeiros do Brasil LTDA e a MSC Mediterranean Shipping do Brasil LTDA, todas regularmente cadastradas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), os seus navios contam com tripulação composta por dezenas de nacionalidades, sendo registrados no Panamá.

Conforme aludido, o navio é o cenário principal da relação trabalhista marítima, logo, o armador comanda e supervisiona os seus subordinados, e estes prestam o serviço a bordo. O autor Rezek aduz:

> Pode-se definir o navio como todo engenho flutuante dotado de alguma forma de autopropulsão, organizado e guarnecido segundo sua finalidade. O navio tem sempre um nome, um porto de matrícula, uma determinada tonelagem, e tem sobretudo — em função da matrícula — uma nacionalidade, que lhe confere o direito de arvorar uma bandeira nacional. (*apud* TONIAL; BARBOSA, 2016, p. 372).

Nesse sentido, quando o navio está em alto-mar, o reconhecimento da jurisdição de um Estado sobre um navio é através da sua bandeira, a chamada Lei de Pavilhão, a qual será aplicada a lei do Estado onde o navio foi registrado, representado pela bandeira nacional. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 651-652). Por isso a importância de se compreender a identificação de cada navio através da sua bandeira de nacionalidade, pois como se encontram em mar internacional, a melhor forma de saber qual lei se aplica é pela bandeira.

É justamente devido a Lei do Pavilhão que se encontra a problemática sobre qual legislação aplicar, então o Direito Internacional Privado tem a preocupação de analisar a legislação que rege o contrato de trabalho marítimo, pois o armador pode muito bem tentar fraudar a legislação trabalhista brasileira e registrar o navio em um país cuja legislação seja menos protecionista, fazendo com que viole as finalidades da Lei do Pavilhão. (TONIAL; BARBOSA, 2017)

De fato, o contrato de trabalho da gente do mar é que as atividades têm como palco os navios ou embarcações que trafegam por vias marítimas. Celebrado o contrato de trabalho marítimo, o empregado se obriga a prestar o serviço e o armador em pagar-lhe o seu salário. (MARTINS, 2013, p. 472-473). Atrelado a isso, a assistente firmou contrato de trabalho marítimo, a qual se comprometeu a prestar serviços com o navio, este por sua vez se encontra matriculado pela bandeira do Panamá, aplicando assim as normas da bandeira matriculada.

Como bem explana a autora Maristela Basso (2016) "o objetivo central do Direito Internacional Privado é solucionar a problemática com conexão internacional na escolha da lei estrangeira mais adequada para determinada demanda jurídica. A grande dificuldade e encontrar, entre dois ou mais sistemas jurídicos estrangeiros a lei mais benéfica para as partes, sendo que existem ordenamentos mais protecionistas que outras". Assim, havendo o conflito de leis no espaço, o DIPri tem a finalidade de escolher a lei aplicável para aquele determinado litígio, observando os elementos e interesses envolvidos.

Há casos em que na dúvida de qual lei aplicar no âmbito internacional, optar pela aplicação daquela que considera o ato válido e eficaz, a chamada lei mais favorável. Com isso, a doutrina entende que também se aplica aos empregados que trabalham abordo de navios, onde quer que se encontrem, afastando a Lei da Bandeira, ou do Pavilhão, em respeito ao princípio protetor do direito do trabalho brasileiro. Como relata a autora Eliane Martins (2013):

> No Direito brasileiro, o art. 3º, II, da Lei n. 7.064/82 (dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior) contempla expressamente à primazia da regra mais benéfica vista em seu conjunto normativo por matéria.

Nesse contexto, são inegáveis que devem ser garantidos os direitos fundamentais e sociais aos empregados transferidos para o exterior independentemente da lei do local da prestação dos serviços. Sempre que for mais favorável que o ordenamento do território

a legislação brasileira vai proteger o empregado em âmbito internacional garantindo seus direitos sociais como a Previdência Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e o Programa de Integração Social - PIS/PASEP. (PORTELA, 2011, p. 434-435)

Agora, havendo uma relação jurídica com conexão internacional, a possível aplicação do DIPri se mostra mais eficaz, mas segundo o a autora é uma visão relativa, por mais que o contrato internacional de trabalho seja complexo por exigir inúmeros documentos, o vínculo de emprego da gente do mar é tratado por normas específicas. Que nesse caso, buscaria a primazia da Lei da Bandeira ou não, por isso não é algo pacífico perante a doutrina. (MARTINS, 2013)

Consequentemente, o Código de Bustamante de 1928 adotou o princípio da Primazia da Lei de Bandeira, ou Lei do Pavilhão, por causa da prestação de serviços a bordo, visto que ocorre de modo simultâneo em diversos territórios nacionais, dessa forma, há um afastamento do princípio da territorialidade: *lex loci executionis* ou *lex loci laboris*, determinado na Convenção de Direito Internacional Privado de Havana. (SEXTA, 1928). Explica, por fim, o autor Süssekind (2010, p. 197) que "todas as convenções da OIT, adotadas desde 1926, indicam a aplicação da lei do país onde o navio está matriculado [...] quanto aos direitos sociais e trabalhistas dos integrantes dessa categoria profissional".

5. CONCLUSÃO

A escolha do tema se deve ao fato de demonstrar a situação jurídica ao qual se encontram os trabalhadores brasileiros que são contratados por empresas estrangeiras para trabalhar em navios de cruzeiro. A falta de uma norma interna específica, assim como a coexistência de decisões judiciais diferentes, que tem o entendimento pela aplicação de regras diversas para situações idênticas geram insegurança jurídica, para os trabalhadores e especialmente, para as empresas que atuam no setor.

Desse modo, a análise é feita a partir do caso MSC Crocierge e MSC Magnífica versus Juliana de Souza Bordalo em que a contratação da mesma, brasileira, por navio estrangeiro não deve seguir a lei brasileira. Juliana havia sido contratada por meio da agência de recruta-

mento Rosa dos Ventos, de Fortaleza (CE). Apesar do contrato ter sido celebrado para prestação de serviços em cruzeiros internacionais, a Juliana aduziu que prestou seus serviços em território brasileiro durante a temporada nacional de cruzeiros. No entanto, as empresas sustentaram que o contrato havia sido estabelecido dentro do navio e que a MSC Crociere, real empregadora, não tinha domicílio no Brasil. Segundo a argumentação, a aplicação da legislação brasileira aos empregados brasileiros a bordo violaria os tratados internacionais ratificados pelo país. Assim, um dos primeiros pontos que este artigo tem como objetivo é entender o caso supracitado e a ocorrência de um conflito de lei. Portanto, num mesmo navio de cruzeiro marítimo, todos os tripulantes devem ter o mesmo tratamento contratual, seja no padrão salarial, seja no conjunto de direitos.

Em vista disso, a aprovação da mencionada Convenção irá facilitar as relações do Brasil com outros países da comunidade marítima e com outros membros da OIT, além disso, agilizará e facilitará a movimentação de embarcações que ostentarem a bandeira brasileira em portos estrangeiros e demonstrando um novo compromisso do Governo brasileiro com a promoção do trabalho decente para todas as categorias de trabalhadores, sejam eles nacionais ou estrangeiros. Ademais, a ratificação serve de estímulo aos outros Estados-membros da OIT, fazendo com que aumente o prestígio do País junto à Organização. A aprovação da norma, não deverá apresentar grandes dificuldades de aplicação pelo Governo brasileiro, visto que a legislação brasileira já prevê patamares muito similares de condições de trabalho para os marítimos, previstos também na Convenção.

Destarte, a legislação brasileira não deve ser aplicada, dado que o trabalhador brasileiro contratado para trabalhar em navio de cruzeiro, tratar-se de trabalho marítimo para a prestação de serviços em navio de Cruzeiro com registro em outro país, e não de empregado contratado no Brasil e transferido para trabalhar no exterior. Ademais, o fato de a seleção e atos preparatórios terem ocorrido no Brasil não significa, por si só, que o local da contração ocorreu em solo brasileiro; o princípio da norma mais favorável tem aplicação quando há antinomia normativa, isto é, quando há o concurso de mais de uma norma jurídica aplicável a mesma situação fática, o que

não se enquadra no caso concreto, visto que não há a convergência entre regras a serem aplicadas, mas de conflito de sistemas.

Visto isso, no caso em questão deve ser aplicado o art. 281 da Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929), ou seja, a gente do mar, as obrigações atribuídas dos oficiais e a ordem interna do navio, estão subordinadas à lei do pavilhão. Portanto, é correto o entendimento da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao entender, por unanimidade, que a lei de regência é a da bandeira do navio ou lei do pavilhão.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Publico.** 22º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado.** 5º. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista interposto por parte das reclamadas. Acórdão regional publicado na vigência das leis nº 13.015/2014 e 13.105/2015**. Acórdão Nº TST--RR-1829-57.2016.5.13.0005. Juliana Bordalo e MSC Crociere S.A e da MSC Cruzeiros do Brasil LTDA. Relator: Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 18 dez. 2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1829&digitoTst=57&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0005&submit=Consultar>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Congresso Nacional. **Decreto n° 7.030 de 14 de dezembro de 2009a**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/ decreto/d7030.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CUNHA, Marjorie Bárbara de Sousa. **Análise Das Violações Aos Direitos Humanos Trabalhistas dos trabalhadores brasileiros de Cruzeiros Marítimos**. 126f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2016.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain; QUOC DINH, Nguyen. **Direito Internacional Público**. Tradução Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FITZPATRICK, Deirdre; ANDERSON, Michael. **Seafarers' Rights.** New York: Oxford University Press Inc., 2005.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Maritimo:** Volume I, teoria geral. 4º. ed. Barueri: Manoel, 2013.

NOBREGA FILHO, Carlos Antonio. **Um novo diálogo entre o Direito Internacional e o Direito do Trabalho brasileiro:** o *status* jurídico de supralegalidades das convenções da OIT. Revista Trabalhista: Direito e Processo, Brasília, ano 10, no 38, abr. 2011, p. 162-183.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção sobre Trabalho Marítimo.** (CTM, 2006). Disponível em: . Acesso em: 19 abr. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3º. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Publico: curso elementar.** 16º. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEXTA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. Convenção de Direito Internacional Privado. **Código de Bustamante.** 1928. Disponível em: <http://www.faccamp.br/apoio/LuciaSirleneCrivelaroFidelis/direitoInternacional/ cOdigo_de_bustamente.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TONIAL, Maria Angélica D. C; BARBOSA, Euclécius. **Contrato Internacional de Trabalho Marítimo:** a eficácia da Lei mais benéfica no conflito de leis trabalhistas no espaço. V Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia. Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: . Acesso em: 22 abr. 2019.

6. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE BENS CULTURAIS

Luís Canjongo Januário[1]

1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, uma vez fixada à jurisdição de determinado Estado, é possível que o processo em instaurado necessite de diligências a serem realizadas fora dos limites territoriais do país em que tramita o processo ou que exijam que a decisão proferida em uma jurisdição produza efeitos em outra. Portanto, essa interação será possível diante de uma diversidade de jurisdições, por meio de mecanismos que viabilizam a cooperação jurídica internacional. Importa salientar, que o tema da cooperação jurídica internacional não é novo, visto que a partir da Constituição norte-americana de 1787, seus idealizadores já avistavam o reconhecimento automático das decisões dos Estados-membros[2] como essencial para o anseio de uma "per-

1 Mestrando em Direito Internacional e graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

2 LOWENFELD, Andreas. *Intrenational Litigation and the Quest for Reasonableness*, 1996, p. 109. Constituição norte-americana, art. IV, §1° "Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State".

feita união". Segundo Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2018), No mesmo sentido, o tratado que constituiu a origem da União Européia previu o reconhecimento recíproco das decisões judiciais[3], posteriormente pela Convenção de Bruxelas de 1968, a Convenção de Lugano de 1988, o Regulamento 44/2001 da União Européia e o Regulamento 1215/2012 (ainda em vigência).

Por outro lado, entre os ramos do Direito Internacional Privao[4], o Processo Civil Internacional[5] é o ramo responsável pela cooperação

---

3 Artigo 293° - Tratado original que instituiu a União Européia, assinado em Roma, em 25 de março de 1957. "Os Estados-membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais: a proteção das pessoas, bem como o gozo e a proteção dos direitos, nas mesmas condições que as concedidas por cada Estado aos seus próprios nacionais; a eliminação da dupla tributação na Comunidade; o reconhecimento mútuo das sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48°, a manutenção da personalidade de fusão de sociedades sujeitas a legislações nacionais diferentes ; a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais".

4 RECHESTEINER, Bear Walter. Direito Internacional Privado: teoria e prática. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 05. Aduz o autor, "o direito internacional privado resolve, essencialmente, conflitos de leis no espaço referente ao direito privado, ou seja, determina o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional. Não soluciona a questão jurídica propriamente dita, indicando, tão somente, qual direito, dentre aqueles que tenham conexão com a lide *sub judice*, deverá ser aplicado pelo juiz ao caso concreto (direito internacional privado *strictu sensu)*. Como a aplicação desse tipo de norma jurídica depende de normas processuais especificas, isto é, de normas do processo civil internacional, considera-se que o direito internacional abrange também normas processuais correspectivas na sua disciplina (direito internacional privado *lato sensu*)".

5 Segundo ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado:* teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193. "O chamado Processo Civil Internacional tem por objetivo as situações processuais civis com contatos internacionais. Trata desde a regulação dos conflitos internacionais de jurisdição – aí incluídas as questões de competencia internacional e imunidade de execução – à determinação das condições para o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, bem como a realização, em uma jurisdição, de atos processuais do interesse de outra jurisdição. Estas duas últimas ações integram o que se chama de cooperação judiciária internacional, às quais se adiciona, dentro dessa modalidade, a informação do direito estrangeiro"

jurídica. Para dar conta de prestação jurisdicional na pós-modernidade, a cooperação jurisdicional, como ramo que é, precisa estar atenta às características do Direito Internacional Privado pós-moderno apresentado por Erik Jayme[6], que são: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos.

Hoje, o Direito Internacional Privado preocupa-se também com uma conseqüência importante do reconhecimento do outro, a implementação de pedidos e decisões de um ordenamento jurídico em outro. Fortalece-se, diariamente, um segmento importante e de amplo espectro (abrangendo causas cíveis criminais) do novo Direito Internacional Privado que é a cooperação jurídica internacional.

Especialistas aludem que tradicionalmente o Brasil não se preocupava muito com o instituto da cooperação e, durante muito tempo, poucos são os avanços feitos neste campo. Apesar desta visão, hoje o Estado, cada vez mais, atinge uma importância maior dentro do cenário internacional, seja pelo crescimento econômico, seja pela efetividade de sua atuação no bloco comercial do MERCOSUL, trouxe ao debate a implantação de institutos de cooperação que permitam a facilitem que o país receba mais investimentos produtivos, assim como ações em torno de restituição ou repatriamento, proteção e conservação de bens culturais.

2 COOPERAÇÃO JURISDICIONAL

O conceito cooperação descreve a idéia de trabalhar junto, colaborar[7]. No inicio dos anos 1960, a cooperação já integrava os dicionários especializados de direito internacional, explicada de maneira geral como "ação de trabalhar conjuntamente com os outros". De modo específico o termo cooperação internacional já fazia parte do

6 JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de L´Académie de Droit International de La Haye*, tome 251, 1995. p. 251.

7 Em Português, cooperação é o "ato ou efeito de cooperar", verbo este que significa °atuar, juntamente com os outros, para um mesmo fim, contribuir com trabalho, esforços, auxílio, colaborar" – HOUAISS, Antônio ET AL. *Dicionário Eletrônico Houaiss de língua portuguesa:* versão 1.0. Dezembro de 2001. CD-ROM.

vocabulário técnico internacionalista, significando "a ação coordenada de dois ou mais Estados tendo em vista atingir resultados por eles considerados desejáveis" [8].

A cooperação jurídica internacional, segundo Denise Neves Abade[9], consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça.

Esse raciocínio remete-nos a entender que a cooperação jurídica internacional é motivada pela existência de Estados soberanos cujo poder restringe-se, em geral, aos limites de seu território, o que os impulsiona a solicitar cooperação dos demais para aplicar o direito em casos que envolvam condutas fora do seu território[10].

Ainda neste contexto introdutório, é de suma importância apresentar o raciocínio de Pasquale Stanislao Mancini, em que a cooperação jurisdicional para se efetiva, deve ser vista como um dever dos Estados. Nesse sentido ensina Adriana Dreyzin De Klor:

> "Tradicionalmente a cooperação internacional se justificou, por razões de conveniência, na teoria da *comitas gentium* ou no princípio da reciprocidade. Atualmente, ao contrario, a base da assistência jurisdicional está radicada na credibilidade comum das nações, já que por ser a justiça uma função essencial do Estado, os limites territoriais das nações não podem lançar-se como barreiras para sua realização"[11].

O principio da cooperação é fundamento do direito interna-

---

8 MENEZES, W. – *Direito Internacional em Expansão*, Vol. 1, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012. Anais do 10° Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Pág. 7.

9 ABADE, Denise *Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva 2013.

10 RAMOS, A. C. e MENEZES, W, op. cit.; p. 3 e 4.

11 "*Tradicionalmente La cooperación internacional se fundamentó en razones de conveniencia, en la teoría de la comitas gentium, o en el principio de reciprocidad. Actualmente, en cambio, la base de la asistencia jurisdiccional radica en la credibilidad co-*

cional universal das Nações Unidas. A carta da ONU, que reordena o direito e as relações internacionais após 1945, expressamente ocupou-se da cooperação como algo imprescindível para a realização de paz, pois quem coopera está, a princípio, em situação de amigo, não de oponente, o que seguramente previne a guerra e mantém a paz.

Neste sentindo, vislumbra-se que dentre os propósitos da ONU, inclui-se "conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião"[12].

É importante realçar que além dos tratados constitutivos de diversas organizações internacionais, assim como, os principais documentos internacionais sobre direitos humanos referem à cooperação como um instrumento jurídico, sem dúvida fundamental, para a concreção desses direitos.

Por fim, apesar de a cooperação jurídica internacional apresentar-se aparentemente com espécies bem distintas, é possível identificar uma estrutura mínima a todas as espécies cooperacionais, apresentando elementos como sujeitos, vias de comunicação, pedido e veículo de transmissão do pedido[13]. Diante disto, enxerga-se que a cooperação jurisdicional internacional é uma forma de facilitação de se obter a justiça, assim como a prevenção de crimes no âmbito internacional.

2.1 Breve histórico do tráfico ilícito de bens culturais

---

mún de las naciones respecto a que, al ser la justicia una función esencial del Estado, los límites territoriales de las naciones no pueden alzarse como vallas para su realización". DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Algunas reflexiones sobre la cooperación jurisdiccional internacional em torno de la calidad del derecho de la integración*. In: LABRANO, Roberto Ruiz Díaz (Org.).
Mercosur – Unión Europea: cooperación jurídica internacional, sentencias y laudos extranjeros, exhortos – medidas cautelares, derecho comunitario, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeas. Asunción: Intercontinental, 2001, p. 18.

12 Artigo 1°, §3º, da Carta de São Francisco.

13 RAMOS, A. C. e MENEZES, W. op. cit.; p. 6.

Desde a antiguidade que o tráfico de bens culturais é praticado com registros de saques e é identificado e tratado atualmente pelo Direito Internacional. Ressalta-se que a maior parte da construção da prática delitiva é constatada em tempos de conflitos armados, com o direito internacional público. Com a Convenção de Unidroite, em 1995, surgiu uma nova abordagem, a do comercio ilegal, tratado pelo direito internacional privado[14].

É importante ressaltar que, os Estados em tempos de guerra ou em tempos de paz, elaboram medidas protetivas, assim como os Estados papais mesmo extintos, as suas leis papais, continuaram a ser aplicadas, contribuíram para a criação de políticas contemporâneas de combate ao tráfico ilícito de bens culturais.

Há registros que na Roma Antiga, o saque de bens culturais era uma prática considerada lícita durante as guerras. Como era de costume, o vencedor, destruía propriedades de seus inimigos e saqueava e pilhava seus bens culturais, tal como ocorreu com o Partenon, em Atenas (480 a.C.), atacado pelos persas.

No período entre os séculos X a XIII, os saques de bens culturais eram comuns, diante da benevolência da Igreja católica perante as cruzadas e com a promessa de isenções de indulgencias e de penalidades no purgatório. O saque era ainda mais acentuado pelos vencedores dos conflitos de guerra.

Entre o século XVI e XVIII, principalmente como o Renascimento e, posteriormente, com o Iluminismo, surgiram às primeiras questões sobre a proteção contra os saques dos bens dos bens culturais durante as guerras, devido à valorização do caráter histórico e artístico, principalmente com Alberico Gentili (1921), primeiro autor a mencionar *obras de arte* e a legitimar o *butim* dos bens inimigos por meio do *direito de postliminio*, entende que:

> "Não somente a causa de guerra deve ser justa e adequada, mas a Guerra deve também começar e

14 SOARES, Anauene Dias. *Direito Internacional do Patrimônio Cultural:* o Tráfico Ilícito de Bens Culturais. IBDCult, 2018, p. 62.

> ser conduzida com justiça, e que templos e objetos sagrados devem ser protegidos em territórios conquistados”[15].

Emer de Vattel (2008) foi o primeiro autor a reconhecer os bens culturais como pertencentes à humanidade, em função de sua beleza, e a superioridade dos interesses em detrimento dos Estados beligerantes. Assim, segundo ele, qualquer um que praticasse de b*utim,* seria inimigo declarado da ‘raça humana’, privando os homens dos monumentos de arte e de arquitetura. Ainda, em seu entendimento sobre a proteção do patrimônio cultural, numa guerra justa, quem a mantém tem o direito de exigir do inimigo uma contribuição para as despesas dessa e para o apoio do exército[16].

Com o fim da segunda guerra mundial (1939 – 1945), elabora-se a codificação acerca da normativa internacional em relação ao tráfico ilícito de bens culturais, outorgando-se a UNESCO a responsabilidade pela “preservação proteção do patrimônio universal dos livros, obras de arte e monumentos de interesse histórico ou cientifico”.

Algumas convenções, recomendações e muitas resoluções internacionais sobre o patrimônio cultural foram aprovadas, visando à conservação, à restituição, ao retorno e ao repatriamento de bens culturais, seja em tempo de guerras, seja em tempo de paz. Por exemplo, cita-se a elaboração pela UNESCO da Convenção relativa às medidas a serem adotadas para impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas dos bens culturais, aprovada em 1970 e, de forma complementar a ela, a Convenção do Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, aprovada pelo Unidroit em 1995.

Assim, a história mostra a preocupação em relação o tráfico ilícito de bens culturais, neste sentido, desde antiguidade que se tem registro de práticas ilícitas contra os bens culturais e há necessidade de cada vez mais criar e aprimorar os mecanismos jurídicos internacionais com vista a se proteger os bens culturais.

---

15 SOARES, op. cit.; p. 64.

16 SOARES, loc. cit.

3 CONVENÇÕES SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS

Percebe-se que não é de agora que o tema do tráfico ilícito de bens culturais mereceu atenção da comunidade internacional, sendo assim, existem varias convenções que tratam do assunto.

A primeira vez que o termo propriedade cultural foi usado e interpretado como patrimônio cultural foi na Convenção de Haia para a Proteção da Propriedade Cultural em Conflitos Armados de 1954, definindo os bens culturais como:

Artigo 1 - Definição de bens culturais: Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:

> a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;
>
> b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;
>
> c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados “centros monumentais”.

Foram atribuídas três definições a propriedade cultural, nomeadamente: os bens móveis e imóveis, os edifícios e os centros. Embora

ainda haja alguns problemas quanto ao conceito empregado em relação ao patrimônio cultural, a presente convenção congrega esforços normativos da esfera cultural de caráter humanitário, ao mitigar os excessos de conflitos armados. Portanto, atualmente, são discutidas e aplicadas nos casos de pilhagem. Tudo para prevenir a transferência ilegal de bens culturais durante conflitos armados, situações presentes constantemente em diferentes territórios em tempos atuais[17].

Conforme menciona Frulli [18], essa concepção acerca da proteção de bens de inestimável valor, presente na abertura da Convenção da Haia de 1954, reflete a intenção das partes contratantes, que se verificou ao longo dos trabalhos preparatórios, de adotar disposições específicas à proteção desses bens, em virtude do seu valor intrínseco e de sua importância para a humanidade, e não mais voltadas exclusivamente à utilidade civil ordinária desses bens.

É de realçar a relevância da Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em tempos de guerra, mas como aludi Fruli, no momento, a ferramenta mais importante e apropriada para se responsabilizar pessoas que pratiquem crimes contra os bens culturais é o Protocolo II da Convenção da Haia de 1954 que foi publicado em 1999. Sendo assim, é crucial a promoção a ratificação por um grande número de Estados e encorajar estes sujeitos de direito internacional a adotarem legislação de implementação que permita aos juízes internos julgar os crimes mais graves contra o patrimônio cultural, dentre os quais, se enquadra o tráfico ilícito de bens culturais, com base nos critérios jurisdicionais previstos no Protocolo II da Convenção de Haia de 1954.

É inegável que os conflitos armados têm crescido muito desde 1980, com registros na Ásia Central, precisamente no Afeganistão, posteriormente na Síria e Iraque, por fim no continente africano (Mali), isso resultou ao aumento da destruição de sítios históricos por grupos terroristas e a uma explosão do tráfico ilícito de bens culturais. Com estes acontecimentos, somando as destruições causadas por grupos extremistas como o "estado islâmico", a comunidade internacional res-

17 SOARES, op. cit.; p. 47.

18 FRULLI, Micaella. *The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency*. EJIL (2011), Vol. 22, n. 1. p. 203-217.

pondeu com um conjunto de instrumentos que possibilita aumentar a proteção de tais bens culturais. Em 2017, foi aprovada a Resolução 2347 pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, este importante é visto como uma demonstração de que a Comunidade Internacional esta unida em sua determinação para proteger o patrimônio cultural.

A Organização das nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (doravante UNESCO) aprovou em 1970, a Convenção sobre as Medidas que Devem ser Adotadas para Impedir e Proibir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedades Ilícitas de Bens Culturais, que estabelece uma definição bem ampla para o patrimônio cultural em seu artigo 1°[19]. O arti-

---

19 ARTIGO 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão "bens culturais" significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sid o expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência e que pertençam às seguintes categorias:
a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objetos de interesse paleontológico;
b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e da tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional;
c) o produto de escavações arqueológicas (tanto as autoridades quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas;
d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares interesse arqueológicos;
e) antiguidades de mais de cem anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados;
f) objetos de interesse etnológico;
g) os bens de interesse artísticos, tais como:
(i) quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente a mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados a mão);
(ii) produções originais de arte estatuária e de cultura em qualquer material;
(iii) gravuras, estampas e litografias originais;
(iv) conjuntos e montagens artísticas em qualquer material;
h) manuscritos raros e incunábulos, livros, documentos e publicações antigos de interesse
especial (histórico, artístico, científico, literário etc.), isolados ou em coleções;
i) selos postais, fiscais ou análogos, isolados ou em coleções;
j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos;
k) peças de mobília de mais de cem anos e instrumentos musicais antigos.
Convenção sobre as Medidas que Devem ser Adotadas para Impedir e Proibir a Importa-

go 4° da Convenção[20] prevê situações em que mesmo que esses bens não sejam produzidos por determinados Estados, poderão ser considerados como parte de seu patrimônio. Em outras palavras, este artigo amplia assim, a definição presente no artigo 1° da Convenção.

Segundo Anauene Soares[21], outros instrumentos internacionais adotam outra denominação para o patrimônio cultural, como a Convenção de Unidroit sobre Objetos Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados de 1995, que o designa como objetos culturais' (bens culturais), de acordo com o artigo 2 e Anexo.

Por fim, importa citar a Declaração da UNESCO de 2003 sobre a Destruição Intencional do Patrimônio Cultural que aludi que o dano ao patrimônio cultural pertencente a qualquer povo significa dano ao patrimônio cultural de toda a humanidade, uma vez que cada povo contribui para a cultura do mundo. Relembrando que o patrimônio cultural é um bem de toda humanidade, neste sentido, é dever de todos a proteção do mesmo.

Fica evidente que os Estados sempre se mostraram preocupados com a proteção do patrimônio cultural, visualiza-se a partir das convenções estabelecidas. Mas é obvio que ainda não se chegou ao desejo esperado, assim como é necessário um aprimoramento des-

---

ção, a Exportação e a Transferência de Propriedades Ilícitas de Bens Culturais de 1970.

20 ARTIGO 4º - Os Estados-Partes na presente Convenção reconhecem que, para os efeitos desta, fazem parte do patrimônio cultural de cada Estado os bens pertencentes a cada uma das seguintes categorias:
a) os bens culturais criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão, e bens culturais de importância para o referido Estado criados, em seu território, por nacionais de outros Estados ou por apátridas residentes em seu território;
b) bens culturais achados no território nacional;
c) bens culturais adquiridos por missão arqueológica, etnológica ou de ciências naturais com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens;
d) bens culturais que hajam sido objeto de um intercâmbio livremente acordado;
e) bens culturais recebidos a título gratuito ou comprados legalmente com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens.

21 SOARES, op. cit.; p. 57.

tes instrumentos internacionais para a proteção dos bens culturais. Neste contexto, a cooperação jurídica internacional é um importante instituto para que os Estados e atores não estatais poderem cooperar com vista a aprimorarem estes mecanismos de proteção e conservação dos bens culturais.

3. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO UM MECANISMO IMPORTANTE PARA O COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS E PARA REPATRIAMENTO AOS BENS CULTURAIS

Neste capítulo, entra-se propriamente no ponto central do presente estudo. Mas antes, é importante destacar que a proteção do patrimônio cultural é vista em normativas internacionais como uma forma de preservar a identidade nacional ou mundial e de assegurar o progresso social em longo prazo[22].

Existem várias causas geradoras do tráfico ilícito do patrimônio cultural, originarias de fatores jurídicos e com variação em função da natureza do bem e das peculiaridades sociais, econômicas, culturais e jurídicas dos Estados. Sendo que, algumas variações vinculam a valorização econômica do mercado de bens culturais e a segurança financeira atribuída a esses bens em períodos de inflação, evitando prejuízos patrimoniais[23].

Para Patrick O'keefe, parece haver uma demanda crescente por antiguidades; não apenas por aquelas de qualidades destinadas a museus, mas em sentido mais amplo, por aquelas próprias para decoração. Sob as atuais condições, isso só pode levar ao roubo das coleções e, de maneira mais significante, ao agravamento de uma já ampla destruição de sítios e monumentos importantes para a história da humanidade[24].

---

22 SOARES, loc. cit..

23 SILVA, Fernando Fernandes da. A prevenção e a repressão do tráfico ilícito dos bens culturais na Convenção da UNESCO (1970). 2003. 297 p. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

24 SOARES, Op. Cit., p. 57.

Nessa esteira, Anauene Soares[25], aduz que existem outros motivos que facilitariam a essa prática, dentre eles os jurídicos, como a diversidade legislativa, causando conflito entre leis de proteção, em que a transferência de uma obra de um determinado país sem controle de importação facilitaria aquisição e venda dessa, tal como o julgamento por tribunal estrangeiro de ação de reivindicação de bem cultural traficado ilicitamente sem considerar normas do país de origem, favorecendo o ato ilícito.

Outro fator, não menos importante, é a falta de fiscalização, inclusive de turistas, uma facilitação aos traficantes para a aquisição de bens culturais de outros países, com o propósito de venda a museus e instituições culturais que promovem o acesso das obras à demanda interessada. Assim como, a deficiência que se registra das medidas protetivas de países em desenvolvimento, alvo de importações; descobertas científicas derivadas do patrimônio cultural que possibilitam estudos e difusão de modos de vida; e incentivos fiscais para colecionadores[26].

A proteção do bem cultural é de suma importância a partir do princípio que o reconhecimento de uma identidade por um Estado do referido bem tem conexão direta com essa identificação, assim como a idéia de pertencimento a identidade cultural, não é somente o valor econômico que é importante, mas também valores culturais como já falamos que estes bens agregam que é merecedor de toda proteção.

Analisado as causas do tráfico ilícito de bens culturais, assim como a necessidade de proteção ou criar medidas que desencorajam tais práticas, é relevante o instituto da cooperação jurídica internacional no combate ao tráfico ilícito de bens culturais. A idéia de cooperação é trabalhar juntos, os Estados tem se valido das cooperações bilatérias ou multilaterais para combater práticas ilícitas em relação ao bem cultural, assim como salvaguardar o mesmo. Nesta esteira, é verdade que existem organizações internacionais com a finalidade não só em relembrar a comunidade internacional da relevância dos bens culturais, mas também cooperando com Estados para o combate ao tráfico ilícito de bens culturais.

25 SOARES, loc. cit..

26 SILVA, Op. Cit., p. 297.

A comunidade internacional percebendo a crescente prática do tráfico ilícito de bens culturais criou instrumentos internacionais como já foi analisado acima para a proteção do patrimônio cultural e dos bens culturais por conta do seu valor cultural para a humanidade. Neste nível, as convenções sobre o patrimônio cultural têm uma preocupação com a cooperação entre os Estados contratantes no sentido de melhorar a proteção dos bens culturais e combater o tráfico ilícito de bens culturais. De forma expressa, o Segundo Protocolo da Convenção de Haia de 1954, prevê no seu artigo 31°[27] a cooperação internacional. Sendo que em caso de serias violações do protocolo, as Partes comprometem cooperar com outros estados e com as organizações internacionais.

A Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional da UNESCO de 1966[28], que orienta que os governos, as autoridades, as organizações, as associações e as instituições se possam constantemente orientar por estes princípios; e com o objetivo de, conforme consagrado na Constituição da Organização, promover, através das relações dos povos do mundo nos domínios da educação, da ciência e da cultura, os objetivos da paz e do bem-estar definidos na Carta das Nações Unidas. O documento prevê no seu artigo 3° o instituto de cooperação cultural internacional, sendo que a mesma abrangera todos os aspectos das atividades intelectuais e criativas a educação, ciência e cultura. O artigo 4° do referido documento, reforça a cooperação sob a forma bilateral, multilateral regional ou universal. E o artigo 5° estabelece que é um direito e um dever de todos os povos e de todas as nações, que devem partilhar entre si os seus conhecimentos e competências.

A Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilí-

---

27 Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional – Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-coopcultural.pdf. Acesso: 03 de março de 2019.

28 Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional – Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-coopcultural.pdf Acesso: 03 de março de 2019.

citas dos Bens Culturais, Paris, 12-14 de novembro de 1970[29], prevê nos seus artigos 2° e 13° alinha b a cooperação internacional - (...) combater essas práticas com os meios de que disponham, sobretudo suprimindo suas causas, fazendo cessar seu curso, e ajudando a efetuar as devidas reparações. Aqui, nota-se o instituto da cooperação internacional no sentido de se combater práticas ilícitas contra o patrimônio cultural. Neste sentido, a Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural de 1972, prevê no seu artigo 7°[30] prevê a cooperação internacional no sentido de auxiliar os Estados Contratantes nos esforços que dispendem para preservar e identificar o patrimônio cultural. No mesmo entendimento, a Declaração da UNESCO de 2003, artigo 19° que compreende a cooperação internacional como um intercâmbio de informações e de experiência (...) no sentido de salvaguarda o patrimônio cultural imaterial.

O Continente africano que muito sofreu e sofre com a destruição do patrimônio cultural e o tráfico ilícito de bens culturais, desde a época colonial até os dias atuais devido as inadequadas políticas de proteção aos bens culturais estabelecidas pelos Estados. Apesar deste quadro, é importante a referência da Carta da Renascença Cultural de África de 2006[31], inspirada pela carta cultural da áfrica, adotada pelos chefes de estado e de governo da organização da unidade africana reunidos na sua décima - terceira sessão ordinária em PORT LOUIS, MAURÍCIAS, de 2 a 5 de julho de 1976, prevê no seu artigo 30° a cooperação cultural intra e inter-africana.

> "artigo 30 os Estados africanos reconhecem que é vital estabelecer a cooperação cultural africana como

29 A Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais, Paris, 12-14 de novembro de 1970. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160638 Acesso: 7 de jan. de 2019.

30 A Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural de 1972 – Disponível em: https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf Acesso: 7 de jan. de 2019.

31 Carta Da Renascença Cultural De África de 2006 – Disponível em: https://au.int/sites/default/files/pages/32901-file-01_charter-african_cultural_renaissance_po.pdf Acesso: 8 de fev. de 2019.

> uma contribuição à compreensão mútua das culturas de outros Estados a fim de enriquecer as culturas africanas e, em segundo lugar, entre a áfrica e o resto do mundo, em particular com a diáspora."

Importa ainda destacar, que a referida Carta é de suma importância porque ela é o resultado dos esforços dos Estados africanos na luta contra o tráfico ilícito dos bens culturais africanos. Sendo que muito deles se encontram em países europeus. Hoje, os Estados africanos por meio da cooperação jurídica internacional, têm estabelecido medidas com vista repatriar bens retirados do país de forma ilícita, fora como dentro do próprio continente.

Na União Européia, observa-se a Diretiva 2014/60/UE do parlamento europeu e do conselho de 15 de maio de 2014[32], relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-Membro e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 (Reformulação), prevê no seu artigo 5° §4 o dever de cooperação entre os Estados-membros. "As autoridades centrais dos Estados-Membros devem cooperar e promover a consulta entre as autoridades nacionais competentes. A estas são cometidas, nomeadamente, as seguintes funções: Em cooperação com o Estado-Membro em causa, tomar as medidas necessárias à conservação material do bem cultural;"

A fim de procederem à cooperação e consulta recíprocas, as autoridades centrais dos Estados-Membros devem utilizar um módulo do Sistema de Informação do Mercado Interno («IMI»), criado pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2012, especificamente concebido para bens culturais. Podem ainda utilizar o IMI para divulgar todas as informações relativas aos bens culturais que tenham sido furtados ou saído ilicitamente do seu território. Cabe aos Estados-Membros decidir da utilização do IMI por outras autoridades competentes para os efeitos da presente diretiva.

Ainda no âmbito da União Européia, é importante fazer menção a Diretiva 93/7/CEE estabeleceu uma cooperação administrativa

32 Diretiva 2014/60/UE do parlamento europeu e do conselho de 15 de maio de 2014. Pesquisado no dia 8 de fevereiro de 2019. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0060

entre os Estados-Membros em matéria de património nacional, em estreita articulação com a sua cooperação com a Interpol e outras autoridades competentes no domínio das obras de arte furtadas, incluindo em matéria de registro de objetos culturais perdidos, furtados ou que tenham ilicitamente saído do território, pertencentes aos respectivos patrimônios nacionais e coleções públicas.

Ressalta-se que quer no âmbito da União Européia (artigo 3° da Diretiva 2014/60/EU)[33] como na União Africana (artigos 26 e 27 da Carta da Renascença Cultural de África de 2006)[34], apresentam em suas cartas artigos de restituição de bens retirados de forma ilícita do território de um Estado-Membro.

No cenário brasileiro, sem esquecer que a proteção do patrimônio cultural é entendida como um elemento estrutural da identidade dos povos, como instrumento de coesão social, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê em seu artigo 215° o seguinte: "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais"35, é notável o dever do Estado numa perspectiva interna em criar e executar medidas necessárias para que, efetivamente, seja vivido o direito a memória pela sociedade36.

Ao lado da cooperação jurídica internacional sendo que a finalidade é associar-se com outros para dividir mutuamente o ônus e os benefícios, Anauene Soares[37], fala do direito internacional de solidariedade, que constitui por interesses, objetivos e padrões das

---

33 Artigo 3° da Diretiva 2014/60/EU - Os bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-Membro devem ser restituídos segundo os trâmites e nas condições previstas na presente diretiva.

34 Artigos 26 e 27 da Carta da Renascença Cultural de África de 2006 – "Artigo 26 Os Estados africanos devem tomar medidas para pôr fim à pilhagem e tráfico ilícito da propriedade cultural africana e garantir que a mesma seja repatriada para os seus países de origem." "Artigo 27 Os Estados africanos devem tomar medidas necessárias para garantir que os arquivos e outros documentos históricos que foram ilicitamente retirados da África sejam restituídos aos seus países para lhes permitir que tenham arquivos completos concernentes à história."

35 Constituição Federal do Brasil de 1988.

36 DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico.* 3a ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

37 SOARES, op. cit.; p. 59.

comunidades e transpõe os interesses do individuo, visando a uma responsabilidade compartilhada dos Estados e, mais que isso, sendo um compromisso entre as gerações.

Não é novidade que no plano nacional dos Estados, ainda existe algumas deficiências em relação às medidas de proteção adotadas, isso veio estabelecer alguns mecanismos de proteção ao patrimônio cultural, e sem dúvidas a imposição do dever de cooperação entre os signatários das convenções sobre esta temática, tem sido visto como um meio importante quanto à preservação, proteção, assim como, no combate ao tráfico ilícito de bens culturais.

Em relação a America latina, precisamente no âmbito do MERCOSUL e da UNASUL, o Conselho Sul-Americano de Cultura aprovou a criação do Comitê Técnico de Prevenção e Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais, cujo objetivo é a cooperação de trabalho entre o Comitê Técnico de Prevenção e Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais (MERCOSUL) e o Grupo de Trabalho contra o Tráfico Ilícito de Bens Culturais Patrimoniais (UNASUL)[38].

Um dos casos em que a cooperação foi fundamental foi o "Caso Argentina x Peru", em 28 de janeiro de 2016, cerca de 4.150 bens culturais arqueológicos chegaram no Peru da Argentina por tráfico ilícito. Peças valiosas em que o retorno ocorreu após cincos processos judiciais, fruto dos esforços do poder judiciário argentino decidindo em favor da restituição dos bens culturais ao seu país de origem. Ressalta-se que até o momento, é o maior retorno de peças, onde a cooperação entre os dois Estados foi fundamental contra o tráfico ilícito do patrimônio cultural[39].

Atualmente, os Estados têm feito esforços na criação de eventos para discussão e criação de aprimoramento das medidas para combate ao tráfico ilícito de bens culturais. Em 18 de dezembro de 2018, em Brasília, a União Européia e o Brasil reuniram em seminário com a finalidade de discutir o combate ao tráfico ilícito de bens culturais, deste mesmo evento, resultou no lançamento do projeto que visa aprimorar os sistemas de dados de bens culturais furtados e pro-

38 SOARES, op. cit.; p. 128.

39 SOARES, op. cit.; p. 141.

mover uma maior interação entre as partes, é evidente que esta união é resultante da importância do mecanismo de cooperação.

Em 2018, a União Européia, proclamou como o "Ano Europeu do Patrimônio Cultural", com o objetivo de realçar o papel do patrimônio cultural da Europa na promoção de um sentimento comum de historia e identidade, sendo assim, o ano europeu teve uma dotação financeira, assim como recursos humanos para o combate e a prevenção da pilhagem e do tráfico de bens culturais.

No que concerne a restituição, em novembro de 2018[40], o Governo Francês anunciou que irá devolver à África obras de arte saqueadas durante período colonial. Assim como, Portugal mostra-se disponível para debater a devolução de bens culturais a sua ex-colônia a República de Angola[41]. Mais uma vez, estas posturas só foram possíveis graças o mecanismo da cooperação internacional, por isso, na prevenção e o combate ao tráfico ilícito dos bens culturais é tão importante.

Não resta dúvida que os Estados, Organizações Internacionais, assim como organismos de combate como a INTERPOL, reconhecem que a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas dos bens culturais constituem uma das principais causas do empobrecimento do patrimônio cultural dos países de origem de tais bens, e que a cooperação jurídica internacional constitui um dos meios mais eficientes para proteger os bens culturais de cada país contra os perigos resultantes daquelas práticas.

Por fim, no Brasil verificou-se a destruição do Museu Nacional do Rio de Janeiro[42], importante acervo foi destruído e talvez para reconstruirmos esse importante museu, necessitaria de se valer da cooperação jurídica internacional para reaverem-se bens brasileiros que se encontram no exterior e, conseqüentemente, poder repatriar.

---

40 Notícia – Disponível em: https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2018/11/21/franca-ira-devolver-a-africa-obras-de-arte-saqueadas-durante-periodo-colonial.ghtml Acesso: 8 de fev. de 2019.

41 Notícia – Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/portugal-dispon%C3%ADvel-para-debater-devolu%C3%A7%C3%A3o-de-bens-a-angola/a-47012949 Acesso: 8 de fev. de 2019.

42 Incêndio do Museu Nacional do Rio de Janeiro datado em 2 de setembro de 2018.

Observa-se que a cooperação jurídica internacional é bastante importante no campo dos bens culturais, pode-se notar a partir dos estabelecidos nos instrumentos internacionais, assim como nas ações de Estados e atores não estatais nos últimos anos. Neste sentido, apesar de já se ter uma efetiva comprovação dos benefícios da cooperação, ainda assim. Em muitos Estados, principalmente em via de desenvolvimento, e, em particular, no Brasil, ainda são necessárias maiores comprometimentos e desenvolvimento dos instrumentos de cooperação jurídica internacional, principalmente em matéria de bens culturais.

Por fim, a sociedade internacional tem criado cada vez mais, organizações multilaterais com poderes jurisdicionais e de solução de controvérsias, bem como consolida a previsão da efetivação dessas decisões no campo local. E é inegável que a maior evolução da cooperação jurídica internacional é a criação e efetivação das "Autoridades Centrais", organismos criados por meio de tratados internacionais para tratar de temas de grande relevância, assim como a temática do presente trabalho. Assim como, é importante e parece ser tendência a jurisdicionalização internacional que consiste na possibilidade dos Estados desenvolverem obrigações para aplicação da justiça e do direito.

CONCLUSÃO

Como visto, a cooperação jurídica internacional é motivada pela existência de Estados soberanos, sendo que há necessidade de se colocar mais em prática para a proteção, restituição e combate ao tráfico ilícito de bens culturais.

Os Estados estão comprometidos em proteger o patrimônio cultural e combater o tráfico ilícito de bens culturais, como podemos constatar nas Convenções de Haia de 1954, a de 1970, 1972 da UNESCO, Declaração da mesma organização de 2003, Unidroit de 1995, assim como os instrumentos regionais que prevêm a restituição independentemente das circunstâncias; ao comprador que conseguir provar que agiu diligentemente é facultada apenas a compensação pecuniária. Essas convenções, portanto, servem de arcabouço jurídico para a solução de casos de restituição de bens culturais em nível internacional e de diretriz para as legislações nacionais sobre o tema.

Não devemos negar a importância da Convenção de 1970, que é o principal instrumento normativo internacional sobre o tráfico ilícito de bens culturais, e fica claro que a prevenção a está prática só é possível se há cooperação apesar do mecanismo apresentar limitações. É fundamental para o cumprimento das restituições dos bens, assim como, estabelecerem parceria com organismo de combate.

Hoje, tem-se chamado muito a atenção para a ligação dos casos mais recentes de saque, neste contexto, o Conselho de Segurança da ONU, por exemplo, adotou uma série de resoluções nos últimos anos em que enfatiza tal ligação e insta os países a cooperarem entre si e adotarem medidas domésticas para combater o problema.

Os bens culturais são um dos elementos fundamentais da civilização e da cultura dos povos e que eles apenas adquirem seu verdadeiro valor quando sua origem, história e meio ambiente são conhecidos e preservados. Por outro lado, expressa a obrigação dos Estados Parte de proteger o patrimônio constituído pelos bens culturais existentes no seu território contra os perigos de roubo, escavação clandestina e exportação ilegal. Para evitar esses perigos, é essencial que cada Estado esteja cada vez mais ciente das obrigações morais inerentes ao respeito e à proteção de seu patrimônio cultural e de todas as nações. A cooperação quer a nível bilateral, regional ou multilateral nesse sentido, é essencial.

Portanto, não é novidade que no plano nacional dos Estados, ainda existe algumas deficiências em relação às medidas de proteção adotadas, isso veio estabelecer alguns mecanismos de proteção ao patrimônio cultural, e sem dúvida a imposição do dever de cooperação entre os signatários das convenções sobre esta temática, é visto como um meio importante quanto à preservação, proteção, assim como, no combate ao tráfico ilícito de bens culturais. Sendo assim, esta prática exige cooperação jurídica internacional.

Por isso, podemos concluir que neste mundo em que vivemos com a crescente prática de tráfico ilícito de bens culturais, assim como, a necessidade de Estados nacionais mostrarem vontade de mapearem seus bens culturais, e conseqüentemente poderem repatriar os mesmos, a cooperação jurídica internacionais ainda é a medida mais eficiente a ser seguida.

BIIBLIOGRAFIA

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 ed. São Paulo, Editora Atlas. 2011.

ANNES, Cyro. **O tráfico ilícito de bens culturais e a resposta do Direito** – Disponível em: http://institutodea.com/artigo/o-trafico-ilicito-de-bens--culturais-e-resposta-do-direito/ Acesso: 24 de jan. de 2019.

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado:** teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193.

Carta da Renascença Cultural de África de 2006 – Disponível em: https://au.int/sites/default/files/pages/32901file01_charterafrican_cultural_renaissance_po.pdf Acesso: 8 de fev. de 2019.

Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais, Paris, 12-14 de novembro de 1970. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160638 Acesso: 7 de jan. de 2019.

Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural de 1972. Disponível em: https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf Acesso: 7 de jan. de 2019.

DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico.** 3a ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DECLARAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE COOPERAÇÃO CULTURAL INTERNACIONAL – Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-coopcultural.pdf Acesso: 03 de março de 2019.

Diretiva 2014/60/UE do parlamento europeu e do conselho de 15 de maio de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0060 Acesso: 8 de fev. de 2019.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado.** 14 ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

FRULLI, Micaella. **The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict:** The Quest for Consistency. EJIL (2011), Vol. 22, n. 1. p. 203-217.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de L´Académie de Droit International de La Haye**, tome 251, 1995. P. 251

HOUAISS, Antônio ET AL. **Dicionário Eletrônico Houaiss de língua portuguesa:** versão 1.0. Dezembro de 2001.

MENEZES, W. – Direito Internacional em Expansão, Vol. 1, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012. **Anais do 10° Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Pág. 7.

_____ **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional.** Belo Horizonte, Arraes editores, 2015. p. 1

Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954 para a Proteção da Propriedade Cultural em Caso de Conflito Armado (1999). Disponível em: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/hagueprotocol2brazil.pdf Acesso: 7 de jan. de 2019.

_____ **A Cooperação Jurídica em Matéria Internacional e a Atuação Brasileira**. Belo Horizonte, Arraes editores. 2012. p. 97.

RECHESTEINER, Bear Walter. **Direito Internacional Privado:** teoria e prática. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 05.

SILVA, Fernando Fernandes da. **A prevenção e a repressão do tráfico ilícito dos bens culturais na Convenção da UNESCO (1970)**. 2003. 297 p. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

SOARES, Anauene Dias. **Direito Internacional do Patrimônio Cultural:** o Tráfico Ilícito de Bens Culturais. IBDCult, 2018, pág. 82.

7. FLUTUANDO NA INSEGURAÇA DE ROSSANA: O CASO DOS AFRICANOS RESGATADOS NO LITORAL DO MARANHÃO E ANÁLISE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO REFÚGIO

Jaciara Neves Brito[1]
Elioenai Rálison da Silva Vale[2]
Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo[3]

1 INTRODUÇÃO

O relatório Tendências Globais de 2019, emitido pela Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), revela um número de 70,8 milhões de deslocados forçados no mundo inteiro, deste número 25,9 milhões são refugiados, 3,5 milhões solicitantes de refúgio e 41,3 milhões deslocados internos, ou seja, pessoas que saíram de suas casas, mas permanecem no país de origem. No caso especificamente do Brasil os dados divulgados pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), revela um crescimento significativo de solicitações de refúgio, mesmo diante a crise econômica até então existente. Algumas regiões do país acabam por gerar maior atratividade de pessoas refugiadas dada às oportunidades de inser-

1 Aluna do Curso de Direito da UEMA

2 *Aluno do Curso de Direito da UEMA*

3 Orientador. Professor da Universidade Federal do Maranhão.

ção no mercado de trabalho, a exemplo da região sudeste, sobretudo São Paulo. Em contrapartida, existem Estados do Brasil em que se percebe uma incidência muito pequena de refugiados e solicitantes de refúgio, como é o caso do Maranhão. Apesar desse fato, esse Estado vivenciou em 2018 um caso emblemático divulgado nacionalmente, no qual ocorreu o resgate no litoral maranhense de 25 africanos a bordo de uma embarcação tipo Catamarã com o nome "Rossana", muito se assemelhando com a forma de acesso de migrantes nos países desenvolvidos, sobretudo os do continente Europeu.

Trata-se de uma pesquisa de caráter exploratório, desenvolvida a partir de levantamento bibliográfico e realizada através de estudo de caso, coleta de dados junto aos órgãos de controle de permanência, quais sejam, a Delegacia de Migração-Polícia Federal de São Luís (DELEMIG), solicitações de refúgio e decisões pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), disponíveis no site do Ministério da Justiça, e entrevista com um dos estrangeiros, nacional de Serra Leoa, pertencente a esse grupo de africanos.

Neste sentido, com o ímpeto de tratar essa temática, o objetivo deste trabalho é compreender o procedimento de concessão do refúgio no Brasil com base na Convenção de 1951, o Protocolo de 1967 da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração de Cartagena de 1984, internalizados e implementados pela Lei n. 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados), levando em consideração o caso dos 25 africanos à deriva, resgatados no litoral do Maranhão em 2018. Nesse contexto, até pela quantidade de casos apresentados pela mídia como uma situação de crise humanitária sem precedentes, questiona-se qual a perspectiva de proteção de categorias emergentes de refugiados não inseridos no conceito clássico e sua viabilidade pela definição ampliada de reconhecimento ao refúgio?

No tópico primeiro foi destacado o contexto para o reconhecimento no âmbito internacional dos refugiados, bem como as premissas necessárias para a positivação do refúgio enquanto instituto jurídico, além de destacar as divergências doutrinárias entre asilo e refúgio.

Já o segundo tópico trata da legislação brasileira sobre a matéria e a internalização do conceito clássico de refugiado, destacando os pontos em que a definição ampliada do refúgio seria necessária.

Faz uma discussão sobre as inconsistências do visto humanitário e destaca o procedimento através do Estatuto do Refugiado.

O título quarto descreve o estudo de caso dos africanos resgatados no Maranhão e a questão do direito ao refúgio, bem como demonstra os dados de solicitações e decisões através do CONARE.

Os resultados da pesquisa demonstraram que o número de refugiados e solicitantes de refúgio no Estado do Maranhão tem um número inexpressivo de estrangeiros nessa condição, mas que este quantitativo não corresponde ao contexto fático, sobretudo por conta da alternativa que esses estrangeiros possuem de se deslocarem de outras regiões em que há agendamento para atendimento na Polícia Federal (que é onde o estrangeiro formaliza o pedido de refúgio) para atendimento nas delegacias que não possuem, sendo este o caso do Maranhão, gerando com isso, dados muito frágeis.

Outrossim, há casos ainda em que o pedido é feito em outro Estado e o estrangeiro comparece na Polícia Federal já quando há uma decisão por parte do CONARE ou para renovar o Protocolo Provisório.

2 PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO DIREITO INTERNACIONAL

Ao se tratar da temática dos refugiados tem-se um critério estabelecido por uma nomenclatura clássica em que indivíduos buscam proteção por motivo de fundado temor de perseguição, por motivo de raça, nacionalidade, opinião política, religião, pertencimento a um grupo social, e, mais recentemente, a ampliação desse critério de reconhecimento pautado na grave e generalizada violação de direitos humanos.

A questão do refúgio não é uma realidade inerente apenas aos tempos atuais, pois episódios de deslocamentos forçados remontam à Antiguidade, sendo essa abordagem retratada por diversos estudiosos. Entretanto, o aparecimento de grupos de refugiados de maneira sistematizada surge a partir do séc. XV com a expulsão dos judeus da atual Espanha em decorrência da unificação do reino de Castela e Aragão em 1492, e em contrapartida, Portugal, país no qual eles buscaram refúgio (JUBILUT, 2007, p. 23).

Com o decurso do tempo o quantitativo de casos, cada vez maior, evidenciou que a proteção ao indivíduo perseguido merecia

melhor atenção e com isso, corroborando para a criação positivada do instituto do asilo e posteriormente do refúgio. Com efeito, esses institutos apesar de se assemelharem, pois objetivam a acolhida de pessoas que estão sendo perseguidas por um Estado diverso daquele que o acolheu, apresentam alguns aspectos que merecem considerações, sobretudo as divergências teóricas. Neste sentido, ressalta Jubilut (2007, p. 36),

> Apesar de essa acolhida a estrangeiros perseguidos ser amplamente difundida e praticada, notou-se a necessidade de positivá-la, a fim de torná-la um instituto ainda mais eficaz e efetivo na proteção das pessoas em âmbito internacional. No momento desta positivação, que ocorreu modernamente, estabeleceu-se o "direito de asilo" lato sensu, sob o qual estão abrangidos o "asilo diplomático e territorial" e o "refúgio".

Consoante a isso, é possível verificar que em grande parte dos países de cultura anglo-saxã o asilo também é utilizado para os casos de refúgio, ou seja, não há uma distinção entre os dois institutos. O que não ocorre em países da América Latina, uma vez que estes termos não significam a mesma coisa, sobretudo porque os países nesse continente viveram períodos de instabilidade política e o instituto do asilo acabou servindo para proteção específica de indivíduos perseguidos por opiniões políticas e sua concessão a partir do poder discricionário do Estado, não tendo, portanto, a proteção amparada por acordos internacionais como ocorre com o refúgio.

Certo é que o asilo existe desde a época da Antiguidade clássica, tendo sua etimologia originada do grego "ásilon" e do latim "asylum". Apesar de esses termos terem sua referência ligada a um local inviolável e de proteção, remete a concepções distintas em cada época. Na Grécia antiga, o asilo tinha cunho religioso, já no Império Romano ganha um viés de caráter jurídico, não sendo mais exclusivamente religioso (JUBILUT, 2007, p. 37).

Na Idade Média europeia, por conta do poder que exercia a Igreja Católica, há uma nítida intensificação da relação religiosa já

existente desde a antiguidade. Nesse sentido, acerca do asilo da época medieval, destaca Ramos (2011, p. 16), era concedido em templos, mosteiros e igrejas, associado à piedade divina e ao arrependimento. Essa característica passa a sofrer transformações no âmbito da Idade Moderna, no contexto da Reforma Protestante, uma vez que o poder da igreja católica passou a se enfraquecer. Concernente a essa mudança de concepção, o asilo passa a ser novamente defendido como modo de proteção da liberdade individual dos seres humanos (JUBILUT, 2007, p.37).

Partindo de uma percepção panorâmica do asilo é possível destacar que os destinatários da proteção deste instituto possuem duas características bem distintas. Por um lado o amparo a criminosos comuns – indo da Idade Antiga até a Medieval, e, do outro, já no contexto das revoluções liberais, perde esse caráter e passa a ser consentido a perseguidos políticos objetivando a garantia da liberdade de expressão e participação política (RAMOS, 2011, p. 16).

O principal fator para proteção de um refugiado visa o acolhimento de pessoas vítimas de fundado temor de perseguição, baseado em princípios de cooperação e solidariedade. Essa proteção no âmbito internacional dos refugiados é considerada um marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que as pessoas saem de seus territórios em virtude da violação desses direitos. Nesse tocante, Pita (2016, p. 51), esclarece,

> É na violação dos direitos humanos que se radica a causa fundamental pela qual as pessoas se veem coagidas a abandonar seu país de origem e solicitar asilo. O respeito e vigência dos direitos humanos nos países de origem é a melhor maneira de prevenir os deslocamentos forçados de pessoas. No mesmo sentido, o respeito aos direitos humanos é crucial para garantir a admissão e a proteção eficaz dos refugiados nos países de asilo.

Com o exposto podemos perceber que há uma intrínseca relação entre asilo e refúgio, inclusive a Convenção de 1951 – primeiro documento positivado que trata do refúgio como ins-

tituto jurídico – em sua base preambular reflete que o asilo é interpretado como um fundamento para o refúgio ao mesmo tempo em que estimula a prática da cooperação internacional. Do mesmo modo, ressalta Jubilut (2009, p.37), os refugiados são os que solicitam a proteção de outro Estado em função de um bem fundado temor de perseguição. A proteção concedida a todos seria a do asilo.

2.1 Elementos para reconhecimento do status de refugiado: a Convenção de 1951, seu Protocolo de 1967 e a Declaração de Cartagena de 1984.

O tratamento das demandas relativas a refugiados figurou o limiar da estruturação para a criação da Liga das Nações, inserindo-se no período posterior à Primeira Guerra Mundial, que gerou significativos fluxos migratórios, sobretudo em países da Europa. Nessa perspectiva, destaca Lígia Prado (2014, p. 38),

> Os tratados foram firmados por intermédio da Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de dar uma solução para a questão dos refugiados. Remontando às "origens históricas do Direto Internacional dos Refugiados", é a predecessora das Nações Unidas, atualmente.

O processo de consolidação do refúgio como um instituto jurídico surge especificamente na década de 20 do século XX, num contexto de perseguição a russos que se opunham ao comunismo no tocante à Revolução Bolchevique e a consequente criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, sendo, por conseguinte, um ambiente de perseguição política por oposição a um regime. Porquanto, ressalta Jubilut (2007, p. 73-74), que pela impossibilidade da Cruz Vermelha prestar assistência aos russos perseguidos, uma vez que havia um constante aumento desses indivíduos sob sua custódia, essa organização solicitou ajuda da Liga das Nações para enfrentar a questão.

Outrossim, nos estudos de Ramos (2011, p. 25),

> Somente após o estabelecimento da Sociedade das Nações, em 1919, é que houve uma intensa discussão sobre o papel da comunidade internacional no adequado tratamento a ser dado aos refugiados, em especial depois da Revolução Comunista na Rússia e das crises no antigo Império Otomano.

Não obstante, ainda a despeito da Liga das Nações e a questão relativa à perseguição propalada na Revolução Russa, Liliana Jubilut (2007, p. 74), acrescenta,

> Essa organização, apesar de dar destaque à questão das minorias, não trazia em seu estatuto a problemática dos refugiados, mas, diante da situação concreta que lhe foi apresentada, estabeleceu, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos. Teve início aí a proteção internacional aos refugiados.

A criação desse órgão era específica ao atendimento de refugiados russos, impedindo com isso, o atendimento à outras nacionalidades na mesma situação, o que ocasionou mais um problema a ser superado. Exemplo disso foi a questão dos armênios que apesar de lutarem ao lado dos turcos na Primeira Guerra Mundial, acabaram sofrendo reprimenda destes culminando com grande massacre. Acerca desse episódio, tem-se como estimativa que o número mais habitual é de 1,5 milhão, figurando-se como a primeira tentativa moderna de eliminar toda uma população (HOBSBAWN, 1995, p. 57).

Com efeito, em decorrência da existência desses outros casos, os quais mereciam atenção do Alto Comissariado de Refugiados Russos, o responsável por esse órgão, que era o Dr. Fridtjof Nansen, acabou promovendo uma ampliação de competência no ano de 1924 para atendimento de outros povos, sobretudo os armênios (JUBIILUT, 2007, p. 75).

Aos anos que sucederam, diversas mudanças foram empreendidas na busca por melhor atender as demandas que iam surgindo

com relação à necessidade de proteção de refugiados de outras nacionalidades, e isso dizia respeito, sobretudo, à superação da limitação de atendimento dos órgãos criados para tal fim. Se por um lado a questão da competência necessitava de sucessivas alterações, posto que nacionalidades diversas de refugiados passaram a surgir, por outro, alterações institucionais era uma questão a ser efetivada.

Nesse contexto, pela previsibilidade de extinção do Alto Comissariado para Refugiados Russos, agora vinculado à Liga das Nações, reclamava-se por um período de transição entre aquele e outro que viesse a surgir, o que acarretou na criação do Escritório Nansen para Refugiados em 1930, ensejando na elaboração da Convenção de 1933. Com efeito, destaca Jubilut (2007, p. 76),

> O Escritório Nansen teve como maior mérito a elaboração de um instrumento jurídico internacional sobre os refugiados, a Convenção de 1933. Apesar de ter um conteúdo limitado, essa Convenção possibilitou o início da positivação do Direito Internacional dos Refugiados, trazendo, inclusive, um dispositivo acerca do princípio do non-refoulement (que consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio e/ou do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo), de vital importância para os refugiados.

Mesmo com a criação desse novo órgão, ainda não havia uma atuação decisiva para proteção de refugiados que incorporasse no âmbito internacional todos os povos, a exemplo disso surge a questão dos judeus alemães, amplamente discriminados por conta do envolvimento com o nacional-socialismo, e isso refletiu na criação de um órgão específico para atendê-los. Sendo assim, surgiu em 1936 o Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha, e que posteriormente também atendeu os refugiados da Áustria. (JUBILUT, 2007, p. 77).

Não obstante, um importante passo foi tomado em 1938, a extinção do Escritório Nansen para Refugiados e do Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha. Nesse sentido, sobre o encerramento das atividades desses órgãos e criação do Alto

Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, destaca-se os estudos de Jubilut (2007, p. 77),

> A criação desse órgão de proteção aos refugiados inaugurou uma nova fase do Direito Internacional dos Refugiados, isto porque, até então, a qualificação de uma pessoa como refugiada era feita a partir de critérios coletivos, ou seja, em função de sua origem, sua nacionalidade ou sua etnia (...). – com sua criação, a qualificação passou também a ser fundamentada em aspectos individuais, ou seja, na história e características de cada indivíduo e na perseguição sofrida por ele e não apenas em reconhecimentos coletivos.

Esses dois critérios são utilizados ainda nos dias atuais, posto que para ser reconhecido como refugiado a legislação considera o bem fundado temor de perseguição, e neste sentido pode se ter como exemplo tanto a definição ampliada do refúgio, caracterizado na grave e generalizada violação de direitos humanos, teor normativo da Declaração de Cartagena de 1984, ratificada pelo Brasil e internalizada em seu Estatuto do Refugiado, art. 1ª, III, quanto nos casos individualizados de reconhecimento, no qual não se exija mais o fato de se estar inserido numa coletividade.

Em decorrência do significativo contingente de refugiados produzidos pela Segunda Guerra Mundial, ocorreu a extinção da Liga das Nações, em 1946, e acarretou uma crise de legitimidade desse órgão e consequentemente, o exercício de seu poder. Nessa perspectiva destaca Jubilut (2007, p. 78),

> Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e o consequente aprofundamento da crise de legitimidade e poder da Liga das Nações, o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados passou a ser ineficaz, não conseguindo executar suas tarefas. Muito porque, enquanto a Primeira Guerra Mundial gerou 4 milhões de refugiados, a Segunda Guerra Mundial fez surgir mais de 40 milhões de refugiados.

Com efeito, a criação da Organização das Nações Unidas, culminou com a criação em 1950 do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), órgão subsidiário permanente e que funciona até hoje.

Logo após a criação do ACNUR é estabelecido a definição de refugiado na Convenção de Genebra de 1951, e a partir de então ganha destaque um tratado internacional que estabelecia critérios para a condição genérica de indivíduos refugiados. Nesse tocante, não se tinha mais a restrição a grupos específicos para o planejamento de ações que envolvem sua proteção, tais como ocorreu no caso dos refugiados russos, armênios e alemães (RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA, 2011, p. 25).

A Convenção de 51 é a normativa basilar de proteção internacional dos refugiados, nela há o conceito de refugiado, obrigações por parte dos Estados que acolher um refugiado, bem como cláusulas de inclusão, exceção e cessação dessa condição. Além disso, estabeleceu o princípio non-refoulement (não devolução), ou seja, o estrangeiro que buscar proteção de um Estado e externar pedido de refúgio não pode ser devolvido ao país em que sua segurança esteja em risco. Nesse sentido, a Convenção de 51 pautou-se no que estabelecia a Declaração Universal dos Direitos Humanos que preceitua em seu art. 14, §1º que toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países (MAZÃO, 2017, p. 165-166).

Entretanto, devido a uma limitação temporal imposta pelo art. 1º dessa Convenção, pois só reconhecia uma pessoa como refugiada se o motivo do temor de perseguição fosse oriundo de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. Houve a necessidade então, de uma alteração para que eventos posteriores a essa Convenção e que acarretaram também o surgimento de novos refugiados, pudessem ser protegidos. Por oportuno, destaca Mazão (2017, p. 167),

> Desejando que estes novos fluxos de refugiados também fossem protegidos, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 2198 (XXI) de16 dezembro 1966, resolveu adotar o Protocolo de 1967. Desde então a principal definição do termo refugia-

> do é aquela contida no artigo 1º da Convenção de 51, desconsiderando-se os dizeres "em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951".

Outro importante documento a se tratar sobre a proteção dos refugiados diz respeito à Declaração de Cartagena de 1984, na qual amplia a definição de refugiado. Considerando que na Convenção de 51 se estabelecia apenas cinco critérios, a Declaração de Cartagena traz o motivo da grave e generalizada violação de direitos humanos, conceito esse que permite suprir alguma limitação imposta por esses cinco critérios tradicionais de reconhecimento como refugiado.

Do exposto, Liliana Jubilut (2007, p. 135), destaca sobre esse conceito trazido pela Declaração de Cartagena,

> A partir dessa ampliação a violação de quaisquer direitos humanos, e não somente dos direitos consagrados como civis e políticos, retomando a indivisibilidade dos direitos humanos, pode ensejar a proteção de alguém na condição de refugiado, assegurando-se, de tal modo, o efetivo gozo dos direitos humanos pelos indivíduos.

Ademais, a utilização dessa definição ampliada para concessão de refúgio sofre algumas limitações, uma vez que poucos países a adotaram. No caso do Brasil esse conceito foi internalizado pelo Estatuto dos Refugiados, entretanto, por tratar-se de um critério subjetivo, fica a mercê da discricionariedade por parte do Estado em reconhecê-lo, dado uma condição objetiva vivida no país de origem.

3 A SALVAGUARDA PARA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS A PARTIR DA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL - LEI 9.474/97

As migrações acompanham o homem desde a existência da humanidade, basta ter em mente que os seres humanos eram nômades, necessitavam se deslocar a procura de alimentos como meio de

sobrevivência. É a partir da agricultura que este passa a fixar-se em determinado local, cultivar alimentos e criar animais que serviriam para a sua subsistência.

Falar sobre refugiados também é falar sobre migrações, embora forçadas, ou seja, indivíduos que se veem obrigados a sair do seu local de residência e atravessar a fronteira para buscar proteção em outro Estado soberano ou no caso de ser dentro do próprio Estado de nacionalidade, deslocado interno. Entretanto, é possível partir de um raciocínio que as migrações voluntárias por motivo econômico e ambientais também possam gerar migrações forçadas.

Para Ana Luisa de Moraes (2016, p. 34-35), a classificação tradicional em relação às migrações se baseia na autonomia e vulnerabilidade, e se dispõem da seguinte forma:

> (a) migrantes voluntários, ou seja, que vieram ao país por razões econômicas e sociais, como a busca de melhores condições de emprego e vida; e (b) migrantes involuntários (migração forçada) – normalmente relacionada a questões de sobrevivência – e, nessa classificação, podem ser inseridos os refugiados (...). Porém, pode haver migração forçada por desastres ambientais, e inclusive, pela falta de efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, motivo pelo qual, em casos específicos, a migração econômica também pode ser forçada.

Apesar de não haver esse critério de concessão do direito ao refúgio para o migrante ambiental e migrante econômico é possível perceber um substancial engajamento de especialistas na matéria, tanto que há uma ampla discussão sobre o assunto em publicações das mais diversas.

No Brasil a Lei 9.474/97 internaliza o critério clássico estabelecido pelos Tratados Internacionais para reconhecimento da condição de refugiado, e vai além, adota também o critério ampliado da grave e generalizada violação de direitos humanos estabelecidos pela Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos de 1969 e Declaração de Cartagena de 1984. Nesse sentido, a legisla-

ção brasileira tem tratado a temática das migrações em observância ao princípio de dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição brasileira.

Após a entrada em vigor da Lei da migração, para os casos em que solicitantes de refúgio não se inserem na nomenclatura tradicional para concessão do status de refugiado, o governo optou por conceder visto humanitário. No caso específico dos haitianos, considerados migrantes econômicos e ambiental, também foi concedido visto humanitário através de uma portaria, e isso por conta de que havia um grande número de solicitações e a situação deles não foi considerado caso de refúgio.

Outrossim, é importante destacar que a Lei 13. 445/2017 (Lei da Migração) reflete uma visão muito mais democrática e humanitária que a legislação anterior, pois ela possuía um tratamento dado ao estrangeiro na época da Ditadura Civil-Militar, na qual o imigrante era visto como uma ameaça à segurança nacional. O visto humanitário é um importante instrumento para a regularização da permanência de estrangeiros que ingressam o território brasileiro e que estejam nas condições dispostas pelo art. 14, I, "c", § 3º, da lei da Migração, em que estabelece que

> § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Seguramente essa espécie de visto permite algumas observações pertinentes. A primeira delas é que o Decreto 9.199/2017, que regulamenta a Lei da Migração, não traz uma definição clara para a concessão do visto humanitário e os seus destinatários, deixando com isso, diversas lacunas. Tanto é que no caso dos haitianos o Brasil concedeu o visto humanitário através da Resolução Normativa 97/2012, emitida pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), em que

àquela época seria uma solução para a situação de vulnerabilidade em que essa população vivencia no país, de forma irregular ou a espera da decisão de mérito pelo CONARE em relação a pedido de refúgio.

Entretanto, essa alternativa não diminuiu a demanda de novas solicitações de refúgio pelos haitianos, embora tenha regularizado no território nacional grande parte da demanda no CONARE relativo a essa nacionalidade.

Um Fundamento a se considerar para entender a continuidade das solicitações de refúgio pelos haitianos e que provavelmente é o mesmo motivo atrelado às solicitações por outras nacionalidades, sobretudo por países pobres como os da África, é trazido por Fernandes; Faria (2017, p. 151), em que para a obtenção da permanência temporária há um custo, que pode ser elevado dependendo da situação de vulnerabilidade dos imigrantes, enquanto na solicitação de refúgio não há cobrança de taxas.

Outro aspecto é que o visto por acolhida humanitária insere-se na categoria de visto temporário, estabelecendo, portanto, residência por tempo determinado. O que não ocorre com o instituto do refúgio, pois não há neste uma previsibilidade de cessação dessa condição, muito embora existam no Estatuto do Refugiado elenque algumas hipóteses. Nessa perspectiva a normativa relacionada ao refúgio e ao visto por acolhida humanitária possuem lacunas que carecem ser preenchidas para eficaz aplicabilidade na garantia dos direitos humanos de refugiados e solicitantes de refúgio, além daqueles que não se encaixam nessa condição, podendo fazer uso do visto humanitário de forma gratuita.

Notadamente é preciso considerar a questão da migração não apenas de forma isolada, atentando tão somente para fundamentos que possam vir a afetar a economia, mas, sobretudo, que a proteção ao refugiado se dá em níveis político, social e sociológico (ALVES, 2018, p. 20).

Atualmente também podemos perceber que o continente africano mesmo com a independência de seus países, embora tardiamente, vivem em situação de extrema pobreza e muitos países ainda sofrem com conflitos internos e sem nenhuma proteção de seus direitos. Nesse sentido, não é difícil imaginar que o contingente de nacionais buscando refúgio na busca por condições dignas de sobrevivência façam

parte de um objetivo de vida que se consolida com o plano de ingressar, mesmo que irregular, em algum país no qual possam trabalhar e suprir suas necessidades mais básicas. Nesse tocante, é possível afirmar que há nesse continente, violação de direitos humanos.

Quando se fala no critério ampliado para o reconhecimento como refugiado, Liliana Jubilut (2007, p. 135) traz uma importante fundamentação acerca da grave e generalizada violação de direitos humanos como concessão de refúgio, sendo que tal análise parte da questão da flexibilidade para possibilitar a correção de limitações dos documentos internacionais que não abarcam outras hipóteses de concessão de refúgio. Acerca dessa argumentação a autora destaca,

> A grave e generalizada violação de direitos humanos é extremamente relevante nos contextos africano e latino-americano, uma vez que os Estados que os compõem apresentam sistemáticas violações à dignidade da pessoa humana em formas diversas das dos cinco motivos consagrados internacionalmente. Exemplo disso é Serra Leoa, Estado africano que apresenta o 174.º índice de desenvolvimento humano do mundo, sendo o último ranqueado.

Em dados atualizados, o último Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de Serra Leoa corresponde a 0,419 e encontra-se na 184º no ranking mundial em 2018[4]. Isso significa que esse indicador apresentou uma piora por cair de posições em relação aos anos anteriores, sobretudo no estudo apresentado pela autora ora citada.

3.1 Procedimentos utilizados pelo Comitê Nacional para Refugiados – CONARE para avaliação das solicitações de refúgio

Quando se fala em análise de reconhecimento da condição de refugiado, tem-se no Comitê Nacional para Refugiados – CONARE o

4 Human Development Indices and Indicators. **PNUD**. Disponível em:<http://www.br.undp.org/contente /brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20 18.html>. Acesso em: 23 ago. 2019.

órgão competente por analisar os pedidos feitos em qualquer uma das Delegacias de Policia Federal do país, onde é externado pelo estrangeiro o pedido de refúgio e instrumentalizado por um "Termo de Declaração" que é lavrado pela Polícia Federal e que permite a formalização do pedido junto ao CONARE, bem como emissão do "Protocolo Provisório" – documento de identidade do solicitante de refúgio até uma decisão quanto ao seu reconhecimento ou não como refugiado.

O CONARE foi instituído pelo Estatuto dos Refugiados e é um órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça (art. 11, da Lei do Refúgio). Assim, é importante frisar os envolvidos nesse processo: o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a Cáritas Arquidiocesana, Departamento de Polícia Federal e o CONARE.

No inciso VII do art.14 do Estatuto dos Refugiados há a presença de um representante de organização não-governamental que compõe a estrutura de funcionamento para a realização de avaliação dos processos. Destaca-se nesse sentido, a importância da Cáritas Arquidiocesana que possui advogados que elaboram parecer recomendando ou não a aceitação da solicitação de refúgio, sendo este encaminhado para o plenário do CONARE. No caso do ACNUR apesar de participar das reuniões e poder se manifestar, não tem direito a votar, uma vez que é apenas um membro convidado para as reuniões (art. 14, §1º, Lei 9.474/97).

É importante destacar que o procedimento para o reconhecimento como refugiado é de caráter administrativo, exige sigilo das informações e análise de urgência quanto aos processos. Entretanto, devido a demanda cada vez maior do número de solicitações junto ao CONARE e o um número pequeno de funcionários para a avaliação dos pedidos[5], esse procedimento que seria em média de 2 (dois) anos para emissão de decisão de mérito, tem se prolongado a um período de cerca de 4 (quatro) anos, o que acarreta na questão da judicialização do refúgio e prejudicialidade dos direitos fundamentais do estrangeiro, uma vez

5 Brasil tem 86 mil estrangeiros aguardando resposta sobre refúgio e 14 funcionários para avaliar pedidos. **G1.GLOBO**. Disponível em:< https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-tem-86-mil-estrangeiros-aguardando-resposta-sobre-refugio-e--14-funcionarios-para-avaliar-pedidos.ghtml>. Acesso em: 23. Ago. 2019.

que sem o Registro Permanente de Estrangeiro (quando o reconhecido como refugiado), não tem acesso a determinados benefícios, como por exemplo créditos e financiamentos.

Após a decisão de mérito em relação ao pedido de refúgio, o CONARE informa a Polícia Federal, e caso seja favorável o estrangeiro em situação de refúgio terá arquivado qualquer processo administrativo ou criminal que tenha contra ele por conta de entrada ilegal no país, além de poder dar entrada no Registro Nacional de Estrangeiro. Caso a decisão não seja favorável, o estrangeiro pode recorrer, mas este será encaminhado para o Ministro da Justiça, se o recurso for improvido o estrangeiro será notificado e deverá regularizar sua situação de acordo com a Lei da Migração.

4 CASO DOS AFRICANOS RESGATADOS NO LITORAL DO MARANHÃO

Os estrangeiros descritos nesse estudo de caso envolve o episódio de resgate no litoral maranhense de 25 (vinte e cinco) imigrantes oriundos de diversos países da África, quais sejam Senegal, Guiné, Nigéria e Serra Leoa (Gráfico 1).

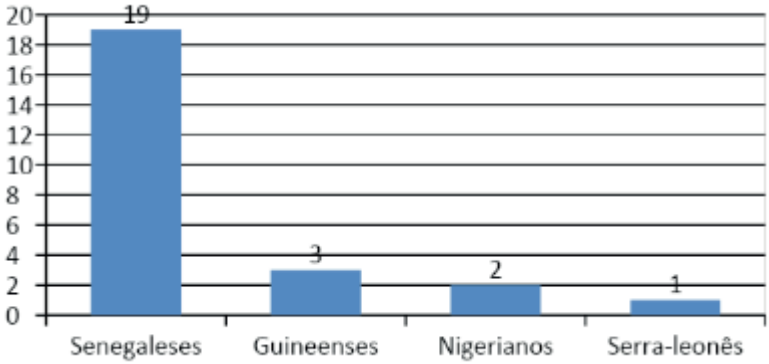


Gráfico 1: Nacionalidade dos 25 africanos.

Para compreensão da temática abordada nesse estudo foi necessário ampla pesquisa nos sites com reportagens divulgadas à época do

episódio e vídeos que foram importantes para as primeiras coletas de informações. Durante os meses de abril e maio de 2018 foi realizado entrevistas e detalhamento das informações, bem como confrontamento dos dados que foram coletados junto à Delegacia de Imigração da Superintendência da Polícia Federal (DELEMIG) e os disponibilizados no site do Ministério da Justiça (Dados.MJ) para que pudéssemos expor informações mais consistentes do objeto de estudo.

Foi realizada entrevista com o defensor público federal, titular da Defensoria Regional de Direitos Humanos, responsável pelo caso dos 9 imigrantes africanos que permaneceram em São Luís – Maranhão e que atualmente acompanha a situação de regularização destes, inclusive com propositura de ação de autorização de residência por acolhida humanitária, mesmo com a tramitação do processo administrativo junto ao CONARE, e entrevista com um dos estrangeiros desse grupo, nacional de Serra Leoa.

Os 25 (vinte e cinco) africanos saíram no dia 17 de abril de 2018, do Porto de São Vicente de Mindelo, em Cabo Verde, numa embarcação tipo catamarã, imprópria para a travessia transatlântica em direção ao Brasil. Na ocasião pagaram dois brasileiros para a realização do transporte, inclusos o valor da alimentação durante a viagem, o que não ocorreu, uma vez que esta foi insuficiente para suprir as necessidades dos estrangeiros a bordo da embarcação durante o trajeto. Totalizando, havia 27 pessoas no barco: os 25 africanos mais 2 brasileiros.

Em denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF), foram relatados trechos do episódio ocorrido no caso. Nele, 05 (cinco) das 25 vítimas foram ouvidas em depoimento à Polícia Federal, em que há a afirmação da privação de alimentação durante a viagem. Nesse tocante, um dos estrangeiros relatou que após os três primeiros dias alimentavam-se de três colheres de arroz a cada 24 horas. Além disso, no relato registrou-se que as vítimas passaram privação total de alimentação de 11 a 15 de maio, voltando a se alimentar quatro dias depois, ocasião em que pegaram alguns peixes.

Certo é que o intuito dos migrantes africanos tinha como destino o Estado do Rio Grande do Norte e de lá alguns seguiriam para região Sul e outros para o Sudeste do país. Opção esta feita por conta da promessa de emprego que alguns já tinham e pela dinâmica econômica desses Estados, propiciando maiores chances de empregabilidade.

Entretanto, em decorrência de uma tempestade no mar e devido ao tipo de embarcação utilizada no percurso, muito precária, acabaram por perderem o motor e a vela, ficando à deriva no oceano Atlântico, tendo a rota desviada para o litoral maranhense. Após 33 dias em alto mar, no dia 19 de maio de 2018, a 82 milhas náuticas da costa maranhense, por volta das 20h, a embarcação clandestina tipo Catamarã com inscrição de nome "Rossana" foi encontrada por um pescador maranhense e na ocasião, rebocada por seu barco de pesca de nome "Tampinha Primeiro" até o cais da cidade de São José de Ribamar, Maranhão.

Esse episódio até mesmo pelas informações jornalísticas evidenciou que esses estrangeiros vieram para o Brasil pela oportunidade de acesso facilitado ao país e pela promessa de emprego, uma vez que os que recebiam pelos trabalhos exercidos na África não serem suficientes para subsidiar as despesas básicas.

Em linhas gerais, fazendo uma demonstração bem sucinta da realidade desses países, trataremos o registro do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que eles apresentam. Sabemos que IDH é a medida utilizada para comparação de dados baseados na expectativa de vida, educação e renda per capta dos países, e assim é possível traçar políticas públicas que atendam às insuficiências daquela população. Deste modo, em uma pesquisa bem simplificada, o IDH dos quatro países em que esses 25 africanos são nacionais, correspondem às seguintes informações no ranking mundial, divulgados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), referente ao ano de 2018: Senegal - 0.505 (165º), Guiné - 0.459 (177°), Nigéria - IDH 0.532 (156º), Serra Leoa - 0.419 (184º).

Para termos uma base de comparação, o Brasil que é considerado um país em desenvolvimento possui nesse mesmo estudo um IDH de 0.759, classificado na 79º dos países ranqueados. Isso posto é possível compreender que em determinados países onde o acesso a direitos mais básicos é uma realidade muito distante da que seu povo possa viver como no caso desses países da África, se tem um cenário de pessoas que se veem obrigadas a deixar seu país em busca de uma vida melhor, uma vida com direitos. Nesse processo, dada a falta de condições financeiras suficientes para custear uma viagem segura, acabam por ser alvo de criminosos que oferecem acesso facilitado e ilegal em diversos países.

4.1 A realidade das solicitações de refúgio no Estado do Maranhão

Fizemos um levantamento das solicitações realizadas junto à Superintendência da Polícia Federal do Maranhão, cujos dados foram confrontados com a planilha do CONARE disponibilizada no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, o que possibilitou identificar solicitações em outras unidades da Polícia Federal de outras cidades do Estado, a exemplo da cidade de imperatriz.

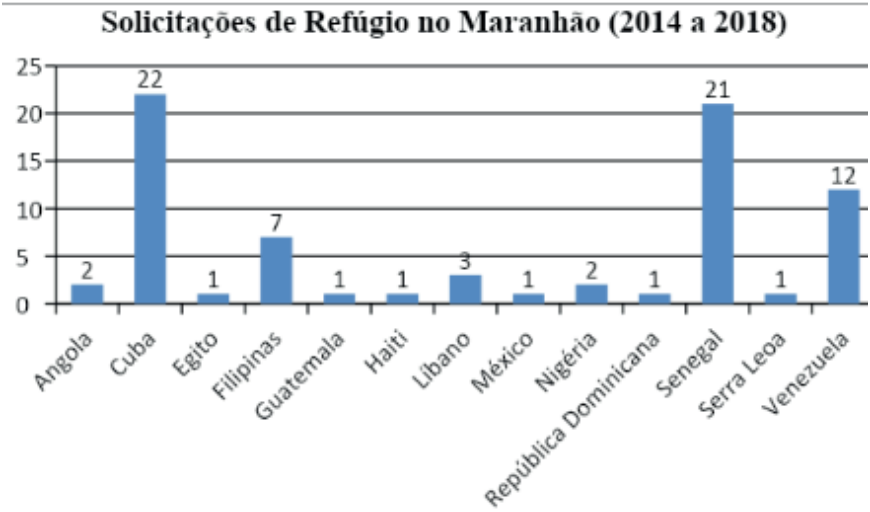


Gráfico 2: Solicitações de refúgio no Maranhão

É possível demonstrar pelo gráfico ilustrado acima que no Maranhão, em um período de quatro anos tem-se um número inexpressivo de solicitações de refúgio se comparado com outros Estados do Brasil, a exemplo de São Paulo, que só no ano de 2018 recebeu 5.381 solicitações[6]. Os dados foram aferidos na planilha do CONARE

6 Brasil registra número recorde de solicitações de refúgio em 2018. G1.GLOBO, 2018. Disponível em:<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/22/brasil-registra-numero-recorde-de-solicitacoes-de-refugio-em-2018.ghtml>. Acesso em: 23 ago. 2019

disponibilizada na plataforma em meio eletrônico[7]. Já no caso especificamente de São Luís foi verificado as solicitações desses estrangeiros junto à Polícia Federal, bem como outras informações para se perceber o perfil de solicitação de refúgio no Estado - planilha do CONARE. Constatou-se no período de 2014 a 2018 um quantitativo de 78 solicitações (Gráfico 2), sendo 77 (setenta e sete) feitas na DELEMIG de São Luís, e 01 (um) solicitação na DELEMIG de Imperatriz.

Outrossim, essas solicitações não mensuram a realidade fática, uma vez que há casos em que o estrangeiro vem de outro Estado em que há agendamento, muitos a longo prazo, solicitar refúgio no Maranhão e regressam ao lugar onde estabeleceram moradia. Episódios dessa natureza ocorrem porque para exercer trabalho regularizado no país precisam do "Protocolo Provisório" que só é emitido após a solicitação de refúgio. Somente o agendamento não garante a emissão da Carteira de Trabalho e CPF. Há casos ainda em que o estrangeiro solicita refúgio em outro Estado e vai até à Polícia Federal para a emissão do Registro Nacional de Estrangeiro, que só é possível após uma decisão favorável pelo CONARE.

4.2 Análises das decisões proferidas pelo CONARE referentes ao Maranhão

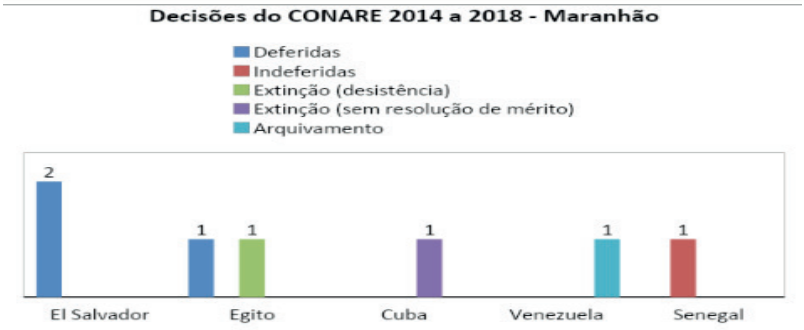


Gráfico 3: As decisões da solicitações proferidas pelo CONARE (2014 a 2018)

7 Comitê Nacional para os Refugiados. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em:< http://dados.mj.gov.br/dataset/comite-nacional-para-os-refugiados>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Os dados coletados no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública demonstram que entre os anos de 2014 a 2018 foram proferidas 07 (sete) decisões pelo CONARE referentes a solicitações de refúgio com origem no Maranhão (Gráfico 3).

Dessas decisões se verifica que houve 2 (dois) deferimentos quanto ao reconhecimento da condição de refugiado; 1(um) indeferimento, tendo em vista a regularização do estrangeiro por meio do CNIg; 2 (duas) extinções, sendo uma sem resolução de mérito, e 1 (um) arquivamento.

As duas decisões que deferiram as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado se fundamentam na adequação da situação do solicitante àquela prevista na Convenção de Genebra de 1951 e nos incisos do Art. 1º da Lei nº 9.474/1997. Ambos solicitantes eram naturais de El Salvador.

Quanto ao pedido indeferido, deve-se a regularização da situação do solicitante via CNIG – Conselho Nacional de Imigração. Este solicitante possuía nacionalidade senegalesa. Em relação as duas extinções do processo de concessão de refúgio, uma se deu "sem formulário próprio" e outra sem resolução de mérito com base no Art. 6º-B da Resolução Normativa nº 18 do CONARE, acrescido pela Resolução Normativa nº 26. Este dispositivo prevê a extinção sem resolução de mérito do procedimento do reconhecimento da condição de refúgio se o solicitante obtiver autorização de residência no país. Os solicitantes que tiveram seus processos extintos são de nacionalidade cubana e egípcia.

Quanto ao processo arquivado, o Art. 6º, *caput* e incisos, da Resolução Normativa nº 18 elenca as hipóteses em que o CONARE poderá realizar o arquivamento da solicitação. A prática de atos pelo solicitante que dificultem o processamento e a instrução do pedido de solicitação são hipóteses de arquivamento, como, por exemplo, o não comparecimento injustificado, por duas vezes consecutivas, à entrevista par a qual foi notificado ou deixar de atualizar informações, como endereço e contato telefônico, quando solicitado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a experiência em relação à presença de refugiados e solicitantes de refúgio ainda é uma realidade pouco presente no

Maranhão, embora já se perceba um crescimento, mesmo que tímido, de estrangeiros nessa condição. Questões atuais que permeiam os entraves na busca do reconhecimento de outras categorias de refugiado merecem melhor tratamento por parte dos Estados. A questão do visto por razões humanitárias ainda é uma forma de regularização desconhecida, sem contar que o disposto na legislação que ampara esse tipo de visto temporário não traz especificidades necessárias para que na prática se possa assegurar os direitos dos estrangeiros nessa situação. Para o estrangeiro, devido as condições em que chegam ao Brasil, o refúgio é uma segurança após ter se sujeitado a trajetos que põem em risco a própria vida, ficando sujeitos às vulnerabilidades que sua condição lhe impõe. Na pesquisa, verificou-se um número muito pequeno de solicitações e decisões se comparado com outros Estados do Brasil. Tal aspecto favorece o sentimento de hospitalidade e solidariedade, sendo este último um dos princípios do direito internacional dos refugiados, fato revelado no discurso do africano entrevistado, ao afirmar que a permanência de nove dos vinte e cinco estrangeiros decorreu da forma hospitaleira como foram recebidos.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, 22 de jul. de 1997.

_____. Decreto nº 9.199 de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, 24 de maio de 2017.

Comitê Nacional para os Refugiados. **Ministério da Justiça**. Disponível em:< http://dados.mj.gov.br/dataset/comite-nacional-para-os-refugiados>. Acesso em: 23 ago. 2019.

FERNANDES, Duval; FARIA, Andressa Virgínia de. **O visto humanitário como resposta**

ao pedido de refúgio dos haitianos. R. bras. Est. Pop., Belo Horizonte, v.34, n.1, p.145-161, jan./abr. 2017.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BENEDETTI, Andréa Regina de Morais. **A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados:** notas sobre os acontecimentos recentes. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (Orgs.). Refúgio e hospitalidade.. Curitiba : Kairós Edições, 2016.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MAZÃO, Isabela. **A Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados.** In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODO Y, Gabriel Gualano de (Orgs.). Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017. p.157-172.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Crimigração:** a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR. **Nações Unidas.Org.** Disponível em <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

OLIVEIRA, Camila Gomes de; DURÃES, Marilene Gomes. **A condição jurídica dos haitianos no Brasil: análise da resolução normativa 97/2012 do CNIg.**

PITA, Agni Castro. **Direitos humanos e direito internacional dos refugiados**. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (Orgs.). Refúgio e hospitalidade. Curitiba: Kairós Edições, 2016. p. 5 – 16.

PRADO, Ligia Tosetto do. **Hospitalidade e proteção internacional ao refugiado:** do discurso à prática entre os países latinos da América do Sul e a União Europeia. CURITIBA 2014. Monografia.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. **60 anos de ACNUR:** perspectivas de futuro. In: RAMOS, André de Carvalho, RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

8. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE O CASO DOS VELEJADORES BRASILEIROS CONDENADOS POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS EM CABO VERDE

Luciana Gomes da Silva[1]

1 INTRODUÇÃO

Ao considerar os conflitos existentes no âmbito internacional, sabe-se que o Direito Público Internacional vem desempenhando papel primordial ao estabelecer tratados e outras normas que regularizem a relação de interdependência entre os Estados. Neste sentido, é válido ressaltar que em casos de tráfico internacional de drogas, existem legislações internacionais que devem ser observadas, mas também cada País possui sua legislação própria. Dessa maneira, percebe-se a importância de observar como os Estados se organizam para definir sua jurisdição e competência, respeitando as previsões legais internacionais.

Em nome da autonomia e soberania estatal, nem sempre é fácil solucionar conflitos envolvendo estrangeiros. No Brasil, por exemplo, em se tratando de tráfico internacional de drogas, há entendimento consolidado de que os agentes devem ser processados e julgados no local da apreensão da droga. Portanto, considerando o caso dos

1 Graduanda em Direito na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

velejadores brasileiros que transportavam drogas e foram descobertos em Cabo Verde, estes deveriam se submeter à jurisdição daquele País. Assim, o Juiz do caso, Antero Tavares, condenou os velejadores brasileiros a 10 anos de prisão, no julgamento realizado em março de 2018.

No início do corrente ano, houve a notícia da anulação do julgamento, haja vista que os advogados dos brasileiros alegaram a ausência de oitiva das testemunhas e que o Juiz não considerou o inquérito policial desenvolvido pela Polícia Federal brasileira. Deste modo, o presente estudo visa discutir a relação entre o Direito Internacional Público e Privado de modo a analisar as dificuldades de se estabelecer parâmetros para a definição da jurisdição e competências em casos de crimes atribuídos a estrangeiros, dado que pode haver intervenções de determinado país, buscando a defesa de seus nacionais.

O fato é que embora cada País tenha um ordenamento jurídico próprio, este deve também obedecer a normas e tratados internacionais, tal como ocorre no caso em estudo. Assim, o presente trabalho está divido em três partes distintas: inicialmente, discute-se a relação entre o Direito Internacional Público e Privado, buscando-se parâmetros jurisdicionais, principalmente aqueles referentes à matéria penal. Em segundo momento, apresenta-se as legislações penais do Brasil e do Cabo Verde e suas disposições sobre o crime de tráfico internacional de drogas, buscando também destacar os pontos comuns entre ambas as legislações. Por fim, analisa-se especificamente o caso dos velejadores brasileiros condenados por tráfico de drogas, a partir da documentação que compõe o referido processo criminal e as implicações das relações jurídicas estabelecidas entre Brasil e Cabo Verde no andamento do processo.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Relação entre o Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado em busca de parâmetros jurisdicionais adequados à matéria penal

Ao buscar compreender como se dá a relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, deve-se des-

tacar que existem pontos em comum entre esses dois âmbitos do Direito, porém se diferenciam por cuidarem de objetos específicos. De acordo com Huzek (2017), a relação entre o Direito Internacional Público e Privado se dá no momento em que o Estado soberanamente decide assinar e ratificar tratados internacionais. Assim, apesar de terem campos de atuação distintos, às vezes é difícil perceber quando um começa e outro termina.

Sem dúvidas, o fato do Direito Internacional Público ser responsável por reger as relações internacionais que depois serão adaptadas por cada Estado, de acordo com suas respectivas organizações político-administrativas, faz desse ramo do Direito bastante complexo. Por isso, para Portela (2017), o DIP deve ser considerado como o "ramo da Ciência Jurídica que visa a regular as relações internacionais com vistas a permitir a convivência entre os membros da sociedade internacional e a realizar certos interesses e valores aos quais se confere importância em determinado momento histórico" (PORTELA, 2017, p. 33).

Dessa forma, é importante também destacar qual seria a peculiaridade do Direito Internacional Privado, para que se possa observar as relações decorrentes do Direito Internacional Público. Segundo Del'Olmo (2016) a delimitação do ojeto do Direito Internacional Privado se refere aos conflitos de leis interespacial, nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, direitos adquiridos, conflito de jurisdições, competência internacional e homologação de sentenças estrangeiras. Neste compasso, vale destacar ainda:

> [...] o DIPr não busca resolver a questão jurídica principal posta em discussão no Poder Judiciário, se não apenas indicar a norma substancial (nacional ou estrangeira) em que a solução para o problema concreto se encontra. Daí as normas do DIPr serem indicativas ou indiretas, eis que apenas "localizam" espacialmente qual das normas, se a nacional ou a estrangeira, há de ser aplicada no caso concreto para resolver a questão jurídica posta perante o juiz (MAZZUOLI, 2015, p. 42).

Este mesmo autor ainda conclui que o objeto do Direito Internacional Privado:

> Trata-se, portanto, do método ou técnica que visa encontrar a ordem jurídica adequada à apreciação de fatos internacionalmente interconectados, ou seja, em conexão com duas ou mais ordens jurídicas, quer relativos ao foro ou ocorridos no estrangeiro. Sua razão de ser está em encontrar soluções justas entre a diversidade de leis existentes quando presente um elemento de estraneidade (MAZZIOLI, 2015, p. 37)

Dessa forma, percebe-se que para além de buscar adotar um ordenamento jurídico próprio, é importante que cada País se preocupe em estabelecer normas de convivência internacional e que tais normas estejam bem definidas, para que em determinadas circunstâncias de conflitos que envolvam estrangeiros, embora ocorra em determinado espaço acobertado por uma legislação específica, também se considere aspectos que envolvam direitos internacionais, dada a forte interconexão entre os Estados.

Deste modo, pode-se afirmar que as legislações de cada País acaba recebendo uma certa influência do Direito Internacional. No caso específico de matéria penal, o processo é semelhante: "há um Direito Penal Internacional que abrange dois ramos bem distintos que são, entretanto, relacionados. Ou seja, há um direito penal de ordem internacional e uma aplicação internacional do direito penal interno. Mas ambos sob a denominação genérica de Direito Penal Internacional" (SILVA, 2013, p. 57).

Portanto, pode-se assumir que no ramo do Direito Penal também há a dupla perspectiva de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, haja vista a adoção das normas de Direito Internacional Penal no ordenamento interno, além da necessidade de normas decorrentes das relações internacionais que exige dos Estados soberanos parâmetros adequados para se relacionar com outros Estados, sobretudo quando se tratar de aspectos jurisdicionais. Neste sentido, vale considerar que "os limites territoriais internacionais

são delimitados, prioritariamente, através das normas internas e dos tratados internacionais dos quais os países sejam signatários" (GARCIA, 2007, p. 64-65). Assim, é imprescindível compreender como as legislações penais dos países são dispostas de modo a respeitar também as normas internacionais.

No Código de Processo Penal brasileiro, por exemplo, tem-se que:

> Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. § 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. § 2° Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado. (BRASIL, 1941)

Em relação à Cabo Verde, pode-se verificar que se trata de uma legislação processual penal muito semelhante à brasileira:

> Artigo 35º: 1. É competente para conhecer de um crime consumado o tribunal em cuja área se tiver verificado a consumação. 2. Se o crime se consumar por actos sucessivos ou reiterados, ou por um só acto susceptível de se prolongar no tempo, será competente o tribunal em cuja área se tiver praticado o último acto ou tiver cessado a consumação. (CABO VERDE, 2005)

Dessa maneira, percebe-se que quanto à competência territorial, a jurisdição será determinada conforme previsão legal. Neste sentido, cabe ainda ressaltar que, no caso específico de embarcações, o Código Processual de Cabo Verde prevê, em seu artigo 36º, que "é

competente para conhecer de crime cometido a bordo de navio, o tribunal da área do porto cabo-verdiano para onde o agente se dirigir ou onde ele desembarcar". Portanto, quanto ao crime de tráfico de drogas, descoberto em embarcação no território de Cabo Verde, caberia àquele país julgar os agentes, ainda que se trate de estrangeiros.

2.2 Legislações penais do Brasil e do Cabo Verde e suas disposições sobre o crime de tráfico internacional de drogas

Como a legislação penal de determinado Estado soberano também pode ser influenciada por tratados e convenções internacionais, o Brasil ao aderir à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, através do Decreto n° 154 de 26 de junho de 1991, obrigou-se a respeitar normas de Direito Internacional no tocante ao crime de tráfico internacional de drogas. Vários outros países também são signatários desta convenção, inclusive o Cabo Verde. Isto porque, dada a natureza do delito, é possível perceber um apelo à cooperação entre os Estados para resolução desse tipo de crime. Contudo, fica a cargo de cada Estado determinar algumas especificidades quanto à jurisdição e competência nessa matéria.

Para maior aprofundamento, é importante ressaltar ainda o conceito de jurisdição. Dentro de uma perspectiva de ordenamento interno, pode-se considerar que "é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível" (DIDIER JR., 2009, p. 67). Entretanto, ao se pensar no âmbito internacional e em seus possíveis conflitos, os Estados em sua autonomia, devem estabelecer algumas determinações que contemplem também os estrangeiros. Neste sentido, também corrobora o art. 9° da Convenção de Montevidéu sobre os Direitos e Deveres dos Estados:

> A jurisdição dos Estados, dentro dos limites do território nacional, aplica-se a todos os habitan-

> tes. Os nacionais e estrangeiros encontram-se sob a mesma proteção da legislação e das autoridades nacionais e os estrangeiros não poderão pretender direitos diferentes, nem mais extensos que os dos nacionais. (MONTEVIDEU, 1933)

Deste modo, percebe-se todas as nuances e implicações que podem advir da determinação da jurisdição estatal. Assim, considere-se que "o Direito interno soberanamente se submete ao Direito Internacional quando assina e ratifica tratados, e em tais momentos faz a ligação necessária com este Direito, que não pode ser deixada de lado sem consequências" (HUSEK, 2017, p. 60). Portanto, um Estado deve comportar-se de modo adequado diante de outro Estado soberano, ainda quando se trate, por exemplo, de seus nacionais serem julgados por outro país, enquanto aquele Estado que exerce sua jurisdição sobre estrangeiros, também deve agir de modo semelhante, como se fossem seus nacionais.

Ao vislumbrar uma probabilidade de maior cooperação em conflitos entre diferentes países, tal como ocorreu no caso dos brasileiros velejadores apreendidos em Cabo Verde, transportando uma tonelada de cocaína, embora seja claro para as Nações envolvidas que a jurisdição competente para julgar o referido caso é aquela do Cabo Verde, local onde a droga foi descoberta e apreendida, pode-se considerar aspectos envolvendo ambos os países. Daí a importância de destacar alguns pontos da legislação processual penal daquele país, para perceber sua aplicabilidade em relações internacionais. De acordo com o Artigo 28º do CPP de Cabo Verde, tem-se que: "A lei processual penal é aplicável em todo o território de Cabo Verde e fora dele nos limites definidos pelas convenções internacionais aplicáveis em Cabo Verde e pelos acordos firmados no domínio da cooperação judiciária". Portanto, aquele país busca coumprir os acordos internacionais estabelecidos.

De outra banda, tem-se também a legislação brasileira que reforça o entendimento de que Cabo Verde seria responsável para julgar o caso. Segundo a súmula n° 528 do STJ, "compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional". De acordo com

essa súmula, é possível prever que também os demais meios de tráfico internacional de drogas devem ser de competência do juiz federal do local de apreensão. Além disso, ressalta-se que o Código Penal Brasileiro, segundo Nucci (2016), observa apenas regras do denominado direito penal internacional, no que se refere à aplicação da lei penal no espaço, quando um crime tiver início no Brasil e terminar no exterior ou vice-versa, excluindo a possibilidade de jurisdição estrangeira no território nacional, caso o crime se dê apenas no território brasileiro.

Dessa forma, considera-se ainda que tanto o Brasil, como Cabo Verde, prevêem em legislação específica, diferentes formas de punições para a realização de tráfico de drogas, sobretudo quando esta é oriunda de outros países. Por exemplo, na Lei n° 11.343/2006, em que pese se tratar de uma legislação interna, explicita causa de aumento da pena, caso o delito cometido seja transnacional: "Art. 40 - As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito" (BRASIL, 2006). Ou seja, as leis internas acabam absorvendo algumas especificidades do contexto internacional.

Assim, é possível perceber a relação entre o Direito Internacional Público e Privado, ainda quando se trate do âmbito do Direito Penal, considerando que para melhor forma de executar aquilo que fora estabelecido nos tratados e convenções internacionais, os Estados, não raro, optam por trazer dentro do seu próprio ordenamento jurídico aspectos específicos dos crimes internacionais. Contudo, é necessário considerar que quando se trata de jurisdição competente para o julgamento de determinado crime, cabe o respeito à soberania do Estado onde este foi consumado.

2.3 Caso dos velejadores brasileiros condenados por tráfico de drogas e as implicações das relações jurídicas estabelecidas entre Brasil e Cabo Verde no andamento do processo penal

Inicialmente, é importante destacar em que consiste o crime de tráfico internacional de drogas, segundo a legislação brasileira, art.

33 da Lei n° 11.343/2006, há previsão das condutas de importar e exportar drogas, bem como de transportá-la. Portanto, a possibilidade de obter ou enviar a droga para outros países dá ao crime de tráfico de drogas o caráter internacional e/ou transnacional. Este crime, portanto, "constitui um poderoso desafio à soberania do Estado, a globalização do crime organizado, compreendendo ações criminosas acima das fronteiras nacionais através do tráfico de drogas, do contrabando de armas e de todo o tipo de mercadorias, além da lavagem de dinheiro, o que representa uma das ameaças mais difíceis de ser superada pelo Estado pós-moderno" (PEREIRA, 2004, p. 635). Por isso, torna-se tão importante que sejam bem articuladas as relações jurídicas entre os países envolvidos, sempre que há tráfico internacional de drogas.

No caso em questão, o fato ocorreu em agosto de 2017, quando os três brasileiros Daniel Felipe da Silva Guerra, Daniel Ribeiro Dantas e Rodrigo Lima Dantas, contratados por George Saul vulgo Fox, como velejadores para fazer a travessia pelo Oceano Atlântico, juntamente com o capitão francês Olivier Thomas, fizeram uma parada não programada na cidade de Mindelo. Eles saíram do Brasil com destino à Madeira, em Portugal, mas tiveram a viagem interrompida na cidade de Mindelo por autoridades cabo-verdianas que encontraram mais de uma tonelada de cocaína escondida no barco. Os brasileiros e o capitão alegaram ter sido incriminados injustamente, vez que não sabiam da existência da droga. De acordo com a decisão condenatória proferida pelo Juiz Antero Tavares, no Tribunal Judicial da 1ª Comarca de S. Vicente (1° Juízo Criminal), sob a justificativa que o crime de tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades, é crime abstrato e presumido, não exigindo a consumação, decide por:

> Julgar a acusação parcialmente procedente por provada e em consequência: Condenar os arguidos: Olivier Michael Marie Thomas, 49 anos de idade [...], Daniel Ribeiro Dantas, 43 anos de idade, Daniel Felipe da Silva Guerra, 36 anos, Rodrigo Lima Dantas, 25 anos [...] pela prática em co-autoria material de um crime de tráfico de drogas p. e p. pelos artigos 3°, n° 1 e 8° al. C) da Lei 78/IV/93, na pena

> de 10 anos de prisão cada. (PROCESSO-CRIME N° 248/17-18, 2018, p. 103)

De acordo com a imprensa brasileira, a defesa dos brasileiros alegou que o Juíz Antero Lúcio Lopes Tavares não procedeu com a oitiva de testemunhas arroladas por um dos acusados, sendo estas consideradas provas, de acordo com a legislação de Cabo Verde. Além disso, alegou que o processo não tramitou da forma devida e que fora ignorada em sua fundamentação da decisão a investigação feita pela polícia federal no Brasil, sobre a origem da droga. O fato é que tal investigação foi apenas referenciada nos autos do processo-crime n° 248/17-18 como Doc. 51, constante da fls. 41, sob a designação de Despacho fundamentado do Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional na Bahia. Vale ressaltar, contudo, que, o relatório destaca informações relevantes para o caso:

> De acordo com informes recebidos da NCA (National Crime Agency) uma agência de inteligência Britânica, chegou-se ao conhecimento de que existiria uma organização criminosa, já investiga da pela NCA, que teria como objeto precípuo o tráfico de drogas através de veleiros, os quais seriam carregados no Brasil e teriam como destino o continente europeu. A informação inicial dava conta de que haveria uma operação envolvendo duzentos quilos de cocaína e cem litros de cocaína na forma de óleo. Conforme a informação de fls. 10/24 havia suspeitas de que um veleiro de 72 pés, bandeira do reino Unido, denominado RICH HARVEST, de propriedade de Mathew Aiton, teria se dirigido ao Brasil guiado pelos tripulantes ROBERT JAMES DELBOS, conhecido como BOB, MATHEW STEPHEN BOLTON, conhecido como MIKE e GEORGE EDWARD SAUL, conhecido pela alcunha de FOX. Insta salientar que na referida informação consta que George Saul seria irmão de Richard Saul, que foi preso com 1990 kilos de maconha sendo que foi posteriormente citado

> pela Policia Judiciária de S. Vicente que Richard foi preso justamente em um outro veleiro, denominado MAISHY STAR (fl. 03 do apenso III, volume I) [...]. (PROCESSO-CRIME N° 248/17-18, 2018, p. 43)

O relatório da Polícia Federal brasileira segue sustentando que não havia qualquer indício de relação entre George Saul (FOX) e os tripulantes que tinham sido efetivamente contratados apenas para realizar a entrega (delivery) do barco, tal como comprovaram por meio de documentos. Assim, conclui que:

> A droga foi dissimulada no interior da embarcação pessoalmente por George Saul, que foi o responsável inclusive em realizar a laminação de fibra no interior do porão, não havendo nenhuma circunstância que lhe obrigasse a compartilhar com a tripulação acerca dessa informação, qual seja, a existência de cocaína dentro do barco. [...]Desta forma, com base no teor do §6 do art.º 1.º da Lei 12.830/30, sirvo-me dos fundamentos ora articulados para promover o respetivo indiciamentos de ROBERT JAMES DELBOS, MATTHEW STEPHEN BOLTON E GOERGE EDWARD SAUL, como incurso nas iras dos arts. 35 e 40. I da Lei 11.343/2006, já que responsáveis por operacionalizar a cocaína que foi remetida a partir do Brasil para o exterior, deixando de fazê-lo com relação a PIERRE PRINGENT, PHILIPPE JEAN PAUL POUVREAU, OLIVEIR MICHEL MARIE THOMAS, DANIEL FELIPE DA SILVA GUERRA, DANIEL RIBEIRO DANTAS e RODRIGO LIMA DANTAS pelo facto de não haver provas de que tinham conhecimento do crime arquitetado por George Saul. (PROCESSO-CRIME n° 248/17-18, 2018, p. 49-50)

Em que pese o Juíz Antero Tavares trazer à baila tais elementos da investigação promovida pela Polícia Federal no Brasil, leva em consideração apenas o fato que não se tratou de crime de efetuado

por organização criminosa, absolvendo os acusados no processo apenas daquele crime, do qual também eram acusados os velejadores e seguiu condenando-os pelo crime de tráfico de drogas. Da condenação, a defesa dos réus recorreu ao Tribunal da Relação de Barlavento, que proferiu o Acórdão n° 82/2018/2019, trazendo como questões principais: o pedido para confirmar oficialidade do inquérito policial promovido pela Polícia Federal brasileira e a manifestação quanto à não audição de testemunhas arroladas para audiência de discussão e julgamento (em recurso intercalar). Quanto a isso, o referido Tribunal Superior se manifesta:

> Apesar de concordarmos que com a posição defendida pelo Ministério Público na instância de que não há base legal de sustentação para a inserção do mesmo relatório tendo em conta que Cabo Verde e Brasil são dois Estados soberanos e cada um tem a sua ordem jurídica interna, pela qual se regem, no respeito mútuo pelo princípio da Soberania, pois entre estes dois Estados não existe qualquer Acordo Bilateral, e nem Cabo Verde ratificou a Convenção da CPLP, nesta matéria, não assistindo, pois razão aos recorrentes reclamar a junção do resultado do aludido Inquérito, a todo custo, e o próprio M. Juiz *a quo* também refere defender essa posição e de considerar a cópia apresentada como uma mera copia mecanicamente feita e sem valor probatório, a realidade é que, no fundo, esse magistrado judicial se debruçou, por completo, detalhadamente, na análise desse documento. (ACÓRDÃO n° 78/2018/2019, p. 34)

Dessa forma, percebe-se que o Tribunal da Relação de Barlavento, mesmo reconhecendo a soberania estatal de Cabo Verde, reconheceu a importância de se considerar as informações repassadas pela Polícia Federal brasileira, considerando que estas trazem elementos substanciais impossíveis de serem ignorados na decisão judicial proferida pela Juízo *a quo*. Além disso, quanto à necessidade de ouvir as

testemunhas arroladas pela defesa dos réus, manifestou-se favorável, contrariando a posição do Juiz *a quo*. Portanto, o Tribunal da Relação de Barlavento, no dia 15 de janeiro de 2019, declarou a nulidade dos trâmites processuais, ordenando "a devolução do processo ao Tribunal a quo, para prosseguimento da audiência de julgamento nos seus termos legais e serem ouvidas as testemunhas arroladas pelo recorrente, após o que será proferida nova decisão em primeira instância" (ACÓRDÃO n° 78/2018/2019, p. 48).

Há que se considerar ainda que após essa decisão proferida por instância superior em Cabo Verde, o Juízo *a quo* foi obrigado a reconsiderar sua decisão com base no acórdão proferido pelo Tribunal Consitucional de Cabo Verde, baseando-se no artigo da presunção de inocência que condena a ilegítima antecipação da pena. Dessa forma, houve despacho proferindo os mandados de soltura dos brasileiros e do capitão, anteriormente condenados a 10 anos de prisão, no dia 07 de fevereiro de 2019, em Mindelo.

Assim, é possível perceber como aspectos do Direito Internacional Público podem ser fundamentais para dirimir questões também no âmbito penal, considerando a necessidade de haver maior cooperação entre os Estados, para solucionar crimes como estes que envolvem atores estrangeiros num espaço diverso. Embora Cabo Verde tivesse total autonomia para proceder com o julgamento dos condenados, haja vista que estariam os agentes brasileiros sujeitos à jurisdição cabo-verdiana, não há dúvidas de que estes casos demandam maior atenção, considerando a existência de direitos conflitantes no âmbito global:

> Importará outrossim ter em devida conta que o Direito Internacional - seja o geral ou comum, seja o convencional, este quando devidamente adoptado - é parte integrante do ordenamento jurídico nacional e que o Direito Pátrio ainda acolhe no seu seio os preceitos constantes dos instrumentos internacionais a que Cabo Verde se encontra vinculado, relativos ao direito processual penal e aos direitos humanos, sendo que a Comunidade Internacional aponta novos caminhos na realização da justiça pe-

> nal, comparticular realce na intransigente defesa do principio da presunção da inocência. (CABO VERDE, 2005, p.11)

Portanto, percebe-se desde o preâmbulo do Código de Processo Penal de Cabo Verde a noção de respeito às normas internacionais impostas e ainda ressalta-se a relevância que estas adquirem a serem adotadas pelo ordenamento jurídico interno, devendo ser observadas e cumpridas. Contudo, em que pese tal disposição, na prática jurídica é possível que se chegue a situações conflituosas que podem chegar a ferir a própria ideia de cooperação internacional, causando tumultos quanto a definição de jurisdição competente para julgar determinado caso.

O fato é que seria muito melhor para os velejadores brasileiros se pudessem ser investigados e julgados pelo crime de tráfico de drogas pelo seu país de origem, local onde supostamente a droga fora escondida na embarcação. Sendo, mais fácil apurar os fatos com clareza e segurança. Porém, como se sabe, o crime de tráfico de drogas ganhou uma amplitude internacional transformando em matéria que vai além do Direito Penal Brasileiro, se estende a outra jurisdição. É nesse contexto que vale ressaltar ainda alguns detalhes da relação entre Direito Internacional Público e Privado:

> De fato, sendo o DIPr regido, *a priori*, pelo Direito interno do Estado, iguala-se a qualquer outra norma interna, que se subordina ao Direito Internacional Público em vigor no país, nos termos do art. 27, primeira parte, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969: "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Daí a constatação de que cada Estado "pode ditar a extensão espacial das normas do Direito interno de outros Estados, salvo existindo tratados ou convenções internacionais". (MAZZUOLI, 2017, p. 100)

Além disso, há que se considerar mais uma vez que apesar dessa grande aproximação entre as duas disciplinas, elas possuem objetos de estudo específicos. Quanto ao conteúdo referente à maté-

ria penal, o Direito Internacional Público faz maior referência à importância dos tratados e convenções que versam sobre Direito Penal Internacional e tratando de normas do Tribunal Penal Internacional, por exemplo, destacando inclusive aspectos jurisdicionais em conflitos que envolvam Estados diversos. Quanto ao Direito Internacional Privado, a matéria fica restrita à forma de aplicação (de acordo com o ordenamento interno) de alguns temas referentes às relações internacionais. Assim, vale destacar:

> [...] cada jurisdição estrangeira organiza como lhe aprouver o seu próprio sistema de DIPr, para auxiliar o juiz nacional a resolver os conflitos de leis no espaço com conexão internacional. Dessa maneira, os Estados estrangeiros, da mesma forma que estabelecem suas regras destinadas a reger os fatos exclusivamente internos, também soberanamente estabelecem aquelas responsáveis por deslindar as questões internacionalmente interconectadas que se apresentam perante a sua jurisdição. (MAZZUOLI, 2017, p. 72)

O fato é que, no tocante especificamente ao Direito Penal, não há muitas questões detalhadas pelo Direito Internacional Privado. Este, se ocupa mais, de acordo com Mazzuoli (2018) da aplicação do direito estrangeiro pelo Juiz Nacional, ou mesmo de como o ordenamento jurídico nacional vai encontrar elementos de conexão para resolver conflitos internacionais, tratando especificamente de questões referentes à bens, direito de família, direito das sucessões, obrigações e contratos e estututos de pessoas jurídicas. Assim, percebe-se que a preocupação referente à matéria penal não é detalhada no Direito Internacional Privado e que o Direito Internacional Público acaba fazendo mais referência à matéria, embora esta se faz presente também no ordenamento jurídico de cada país, como se pode ver ao longo deste estudo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com intuito de perceber a relação entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, refletido também no Direito

Penal, buscou-se discutir aspectos da jurisdição para casos de crimes internacionais, tal como o crime de tráfico de drogas. Neste sentido, ao longo da pesquisa, foi possível observar que no âmbito do Direito Internacional Público, existe grande apelo à observação de tratados e convenções que versam sobre o chamado Direito Penal Internacional. Assim, há que se considerar que os Estados se obrigam a cumprir determinadas normas de Direito Internacional e o fazem inclusive adotando em seu ordenamento interno aspectos referentes a tais tratados e convenções.

No caso específico do tráfico internacional de drogas, que se tornou uma preocupação global, a tentativa é propiciar uma maior colaboração entre os Estados para deter este tipo de conduta delituosa. No entanto, sabe-se que o crime de tráfico internacional de drogas continua sendo muito praticado internacionalmente. O que evidencia a complexidade deste tipo de crime que envolve Estados diversos, com legislações próprias e específicas. Dessa forma, parece mais difícil inclusive chegar a punir esse tipo de conduta. Por isso, é importante a definição de jurisdição responsável para julgar os agentes acusados de crime de tráfico de drogas como o local onde a droga foi apreendida ou descoberta, tal como ocorreu no caso em estudo.

A questão é que de alguma forma, embora tenha ficado claro que a jurisdição competente para julgar os velejadores brasileiros era Cabo Verde, conclui-se que houve uma influência da defesa brasileira, ocasionando a anulação do julgamento. Dessa maneira, ao longo dos estudos, percebeu-se que é muito difícil estabelecer limites para este tipo de influência nas jurisdições competentes quando se trata de crimes cometidos por estrangeiros. Não há previsão expressa, por exemplo, de Direito Internacional Privado que defina como deve ocorrer o procedimento condenatório dos acusados por crime de tráfico internacional de drogas ou por qualquer outro crime internacional, porque isto, em regra, é regulado pelo ordenamento interno de cada País. Assim, percebeu-se ao final deste trabalho que, além de não haver parâmetros jurisdicionais, é difícil inclusive fazer referência à relação entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado em matéria penal.

REFERÊNCIAS

BBC NEWS BRASIL. **Velejadores brasileiros presos com R$ 800 milhões em cocaína em Cabo Verde dizem ter sido enganados**. Matéria de 29 dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42513726>. Acesso em: 15 mar de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 24.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto n° 154 de 26 de junho de 1991**.Convenção contra o tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 10 mar 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça do Brasil – STJ, Súmula N° 528**.** Jurisdição competente em caso de crime internacional do tráfico de drogas. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/sumula-528-stj-a-competencia-do-trafico-transnacional-de-drogas-pelo-correio>. Acesso em: 15 mar 2019.

CABO VERDE. Ministério da Justiça. **Decreto – Legislativo nº 2/2005 de 07 de Fevereiro**. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_DireitoPenal_CaboVerde.pdf>. Acesso em: 11 mar 2019.

_____. Tribunal da Relação de Barlavento. **Acórdão n° 82/2018/2019**. Mindelo, 15 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal Judicial da Comarca de 1ª Classe de S. Vicente. **Processo--Crime Comum Ordinário n° 248/17-18**. Msc. Antero Lúcio Lopes Tavares. Midelo, 21 de março de 2018.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional privado,** 10ªedição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Limites espaciais da jurisdição penal brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

HUZEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Privado**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2017.

_____. Direito Internacional Público e Privado. 1 ed. São Paulo: Forense, 2015.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Soberania e Pós-Modernidade. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Alexandre Pereira da. Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): Breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. In: **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 53 - 83, jan./jun. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/2662454/Downloads/265-489-1-SM.pdf>. Acesso em: 20 abr 2019.

URUGUAI. **Convenção sobre direitos e deveres do estado**. Assinada em Montevidéu, Uruguai, em 26-12-1933. No Brasil, foi aprovada pelo Dec. Legislativo nº 18, de 28-8-1936, e promulgada pelo Dec. nº 1.570, de 13-4-1937. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao_sobre_direitos_e_devedev_dos_estados-12.pdf>. Acesso em: 15 mai 2019.

9. O CASO CLÁUDIA CRISTINA SOBRAL: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRADIÇÃO AUTORIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dandara Ferraz Barros Wanghon Maia[1]
Rodrigo Otávio Bastos da Silva Raposo[2]

1 INTRODUÇÃO

O tema nacionalidade é sempre pungente no Direito Constitucional e Internacional, por interferir em matérias sensíveis de Estado, em especial sua própria soberania. A nacionalidade é o vínculo que o indivíduo possui com determinado ente soberano, que o reconhece enquanto seu, e lhe oferece diversos tipos de proteção, em troca de alguns tipos de obrigações. A nacionalidade também é pressuposto, de forma geral, para o exercício dos direitos políticos, meio pelo qual os cidadãos participam das decisões importantes de seu país, e podem fiscalizar seus gestores.

O Brasil, como o país imigratório que é, sempre se mostrou bastante flexível com suas normas referentes à nacionalidade, em claras hipóteses de jus solis, além de oferecer boas oportunidades de naturalização a membros de nações amigas. No entanto, nenhum direito é absoluto, e até mesmo a própria condição de brasileiro não é perpétua.

1 Aluna do Curso de Direito, UEMA

2 Professor do Curso de Direito, UEMA

No caso que será analisado neste trabalho, houve a decretação de perda da nacionalidade brasileira de uma pessoa nascida no Rio de Janeiro, chamada Cláudia Cristina Sobral. Isto porque ela optou por alterar seu status de nacional mediante processo de naturalização nos Estados Unidos da América, país em que residia nos dez anos anteriores.

O fato chegou ao conhecimento do governo brasileiro por ocasião de crime cometido por aquela em território americano, quando ela supostamente atirara e matara seu marido, o cidadão americano Karl Hoerig, voltando a residir em território brasileiro após sua fuga da justiça americana.

O governo americano requereu, a seguir, a extradição de Cláudia Cristina Sobral, agora Cláudia Cristina Hoerig, requerimento este que fora inicialmente denegado pelo Ministério da Justiça sob o fundamento de que a Constituição Federal veda a extradição de nacionais natos (art. 5º, LI)

Entretanto, após ser informado do processo de naturalização, o órgão expediu portaria reconhecendo a perda da nacionalidade brasileira da acusada, que passou a ser considerada uma estrangeira.

Tal ato administrativo ensejou a longa jornada judicial de Cláudia Cristina, que culminou em sua entrega aos Estados Unidos no início do ano de 2018.

O caso teve grande repercussão social no Brasil e nos Estados Unidos, e foi apelidado pelos canais de comunicação brasileiros como a "primeira extradição de brasileira nata" da história do país.

A hipótese a ser explorada no presente artigo é se o processo de extradição de Cláudia Cristina Hoerig obedeceu ou não aos preceitos constitucionais e legais pertinentes ao tema. A opção foi pelo método hipotético-dedutivo, em que irá analisar esta premissa e apresentar uma conclusão a seu respeito.

Os objetivos se relacionam à verificação da Constituição Federal, do Tratado de Extradição existente entre Brasil e Estados Unidos e da Lei 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro, vigente à época de julgamento da questão.

A metodologia utilizada foi a pesquisa documental normas jurídicas, acórdãos e pareceres ministeriais, além da leitura de algumas notícias para montar a cronologia do caso.

2 ANÁLISE DO CASO

Neste ponto, será realizado um breve retrospecto da vida de Cláudia Cristina Sobral e um resumo processual do caso. Posteriormente, uma análise do conceito de nacionalidade, juntamente com uma análise da perda do status de brasileira de Cláudia Cristina Sobral, para verificação de sua constitucionalidade.

Por fim, haverá retida análise das normas jurídicas pertinentes ao caso, e dos argumentos de defesa que não foram aceitos pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 Síntese fática

Cláudia Cristina Sobral nasceu em 23 de setembro de 1964, no Rio de Janeiro.

No ano de 1989, mudou-se para Nova York nos Estados Unidos, portadora de visto para estudar e trabalhar. Conheceu, no país, o médico Thomas Bolte, com quem se casou em 1990, momento no qual adquiriu o *green card.*

Em 1999, resolveu passar pelo procedimento de naturalização nos Estados Unidos, com vistas a tornar-se cidadã americana. Na ocasião, proferiu o juramento: "Declaro que renuncio inteiramente à fidelidade a qualquer país estrangeiro do qual fui cidadão até agora".

O processo teve início em 04 de maio de 1998, quando realizou o requerimento no Serviço de Imigração e Naturalização dos Estados Unidos. Em 27 de agosto de 1999 sua solicitação foi aprovada. Em 28 de setembro de 1999 realizou o juramento em cerimônia pública e tornou-se oficialmente cidadã americana.

Em 2000, divorciou-se de Thomas Bolte. Posteriormente, em depoimento à Polícia de Ohio, o médico relatou que o casamento se dissolveu porque Cláudia o abusava física e mentalmente, além de ser desonesta com as finanças do casal, e transferia fundos para uma conta sua no Brasil.

No ano de 2005, ela conheceu Karl Hoerig pela internet. Hoerig era Major na reserva da Força Aérea dos Estados Unidos, e havia sido parte nos conflitos do Afeganistão e Iraque. Pouco tempo depois, em 30 de junho de 2005, os dois se casaram em Las Vegas.

O casal fixou residência na cidade natal de Karl, Newton Falls, no estado de Ohio.

Já no ano de 2007, investigações da Polícia apontaram que Cláudia adquirira um revólver Smith & Wesson, calibre 357, com visor laser incorporado e que teria feito curso de tiro em um local próximo à residência conjugal. Investigações afirmaram que ela teria feito questionamentos sobre diversos tipos de munição; no mesmo dia, provas indicaram que ela adquiriu a mesma munição discutida anteriormente. Neste dia, 10 de março de 2007, também foi descoberto que ela acessara cofre pessoal em seu banco.

No dia 12 de março de 2007, um vizinho declarou ter a visto sair de casa no carro do casal e deixou em casa a maioria de seus pertences. Nesta data, 10.000 dólares foram depositados em uma conta no nome de Cláudia, no mesmo banco em que mantinha seu cofre pessoal anteriormente movimentado. Logo após, grande parte da quantia foi objeto de nova transferência, para o pai de Cláudia, no Brasil.

Ocorre que o marido tinha um compromisso como reservista da Força Aérea e não compareceu. Após falharem em entrar em contato, seus amigos contataram a Polícia do Estado de Ohio, a qual encontrou, no dia 15 de março de 2007, o corpo de Karl Hoerig na base da escada de sua residência, com dois tiros nas costas e um na cabeça. Com base em perícia realizada na munição e em fragmentos de bala encontrados próximos ao corpo, a polícia concluiu que os projéteis haviam sido disparados do revólver recém comprado pela esposa da vítima, no dia 10 de março de 2007. Expediu, então, mandado de prisão em desfavor de Cláudia Cristina Hoerig, pelo homicídio de seu marido. A suspeita também foi incluída em lista da Interpol.

No entanto, Cláudia, ainda no dia do crime, havia dirigido até Pittsburg, no estado da Pensilvânia, onde embarcou em avião que o levaria para Nova York, e posteriormente, São Paulo.

Ao chegar ao Brasil, questionada pela família sobre o marido, ela contou à irmã, Simone Batista Sobral da Silva, que ele estava morto.

Após residir por curto período de tempo no interior do Estado do Rio de Janeiro, Cláudia mudou-se para Brasília, onde abriu escritório de contabilidade para exercer sua profissão, ainda no ano de 2007, o qual foi instalado em um bairro nobre da capital do país e obteve grande sucesso, por seis anos. Casou-se novamente, com o brasileiro Daniel Alves Barbosa.

Enquanto isso, nos Estados Unidos, o caso gerou grande repercussão social, visto que a vítima era considerada um herói de guerra. Um de seus colegas das Forças Armadas criou uma página no Facebook intitulada Justice for Karl Hoerig, e os familiares concederam diversas entrevistas em redes de televisão americanas, e houve inclusive documentário realizado pela TV Americana CBS.

Em entrevista ao Fantástico já no ano de 2018, quando houve a extradição de Cláudia, Rogério Galloro, secretário nacional do Ministério da Justiça relatou: "Em 2009, nós recebemos um pedido do governo americano de extradição da Cláudia, por ter, supostamente, cometido um crime em 2007 nos Estados Unidos. Nós imediatamente respondemos que nós não extraditamos brasileiros. Nós não tínhamos conhecimento que ela tinha solicitado e obtido a nacionalidade americana. Em 2013, o Ministro da Justiça, por uma portaria, decidiu declarar que ela havia de fato perdido a nacionalidade brasileira." (GALLORO, Rogério. Acusada de matar brasileiro nos Estados Unidos, brasileira passa por extradição inédita. Brasília, Fantástico, 28 jan. 2018. Entrevista concedida ao jornalista do Fantástico Ernesto Paglia.).

Foi a Portaria Ministerial 2.465, de 03 de julho de 2013, referente ao Processo Administrativo nº 08018.011847/2011-01 e publicada no Diário Oficial da União de 04/07/2013.

Tal ato administrativo foi objeto de Mandado de Segurança impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, o MS 33.864. O Tribunal concedeu liminar para suspender a Portaria e consequentemente causou o indeferimento do pedido de prisão preventiva de Cláudia para fins de extradição, já no Supremo Tribunal Federal, para onde foi encaminhado o *writ.* O Procurador-geral da República, em razão de entendimento firmado no HC nº 83113/DF, segundo o qual é do STF julgar MS que possa gerar extradição do impetrante, requereu a declinação de competência para o Supremo. O STJ inicialmente denegou a remessa, entretanto, o PGR interpôs a Reclamação 21.329 para garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal. A União interpôs Agravo Regimental em face da decisão liminar do STJ, que entendeu que o ato fora delegação do Presidente da República, e remeteu os autos para o STF, causando a perda do objeto da Reclamação anteriormente manejada pelo PGR.

O Mandado de Segurança 33.864 foi denegado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu, por maioria dos votos da Primeira

Turma, que Cláudia Cristina Sobral havia deixado de ser brasileira e se tornado cidadã norte-americana, declarando a constitucionalidade da Portaria do Ministro da Justiça.

Após o julgamento do Mandado de Segurança, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal apreciou a Nota Verbal 436/2016 que deu origem ao processo de Extradição nº 1462.

Houve tentativa inicial do processo extradicional por meio da Nota Verbal 617/2013, no entanto foi indeferido pelo Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, por ainda se estar discutindo a perda ou não da nacionalidade brasileira da extraditanda.

O pedido de extradição foi realizado pelo Governo dos Estados Unidos e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal pelo Ministro da Justiça, de acordo com o art. IX do Tratado celebrado entre Brasil e Estados Unidos em 1961 (e incorporado por meio do Decreto 55.750/65).

Com o recebimento da Nota, o Ministro Relator decretou a prisão para fins de extradição da Sra. Cláudia Cristina Hoerig, cujo mandato foi cumprido em 20 de abril de 2016.

A extraditanda foi interrogada em 28 de junho de 2016, e a defesa requereu a suspensão do processo até o trânsito em julgado do MS 33.864, pedido que teve sua análise postergada para após a apresentação de defesa escrita.

Os advogados ofereceram a peça defensiva, e realizaram novo pedido de suspensão do processo o qual foi indeferido.

A extraditanda foi autorizada a realizar algumas entrevistas em programas televisivos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido de extradição.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal analisou os pontos levantados pela defesa e autorizou a extradição da cidadã americana Cláudia Cristina Hoerig para os Estados Unidos da América em 28 de março de 2017.

Foram opostos dois embargos de declaração, e os últimos foram julgados em 6 de novembro de 2017.

Cláudia Cristina Sobral foi levada de volta para os Estados Unidos em voo fretado pelo governo americano, acompanhada de agentes da Interpol. Chegou ao país em 17 de janeiro de 2018.

Na manhã do dia 19 de janeiro de 2018 compareceu à sua primeira audiência no Tribunal Distrital de Causas Comuns de Trumbull, onde sua fiança foi fixada em US$ 10.000.000,00, pelo juiz Andrew Logan, a pedido da Promotoria. A detenta não realizou o pagamento e retornou ao presídio feminino de Ohio.

A ré optou por não celebrar acordo com a acusação e ir a julgamento. Decidiu sustentar sua condição de "não culpada" no Tribunal do Júri do Condado de Trumbull. As condições do acordo proposto pela Promotoria não foram divulgadas, pois o juiz do caso, Andrew Logan, decretou ordem de silêncio.

O julgamento da acusada havia sido marcado para o dia 16 de abril de 2018, no entanto fora adiado para o dia 17 de setembro do mesmo ano. Em decorrência da aposentadoria do promotor chefe responsável pelo caso, foi novamente adiado para o dia 14 de janeiro de 2019. Em razão disto, Cláudia teve que renunciar, por duas vezes, via documento escrito, ao seu direito constitucional a julgamento célere, a ocorrer noventa dias após a sua prisão.

Em janeiro de 2019, após apenas 8 dias de sessões, o Tribunal do júri do Condado de Trumbull condenou Cláudia Cristina Hoerig pelo homicídio qualificado de seu ex-marido, Karl Hoerig. A qualificadora do caso foi a da premeditação do crime, em detrimento da circunstância privilegiadora sustentada pela defesa, em razão de violenta emoção que fora acometida a ré no momento do crime, o que lhe possibilitaria um futuro benefício de liberdade condicional.

No dia 08 de fevereiro de 2019, o juiz Andrew Logan publicou a sentença que condenou a ex-brasileira à pena de prisão perpétua, com direito à liberdade condicional após 28 anos, de acordo com as imposições realizadas pelo Brasil na entrega da condenada, que serão abordadas posteriormente. O total da pena resultou de 25 anos por homicídio qualificado e 3 por cometimento de crime com uso de arma de fogo.

Cláudia Cristina Hoerig cumpre sua penalidade no Reformatório para Mulheres de Ohio, na cidade de Marysville.

2.2 A perda da nacionalidade

Nacionalidade é vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, de acordo com seu conceito clássico na doutrina. (DOLINGER, TIBÚRCIO, 2016, p. 115).

A natureza política demonstra-se pelo sentimento de pertencimento a uma determinada comunidade, e o poder de participar das decisões fundamentais relativas a determinado país. Por outro lado, a faceta jurídica está relacionada aos direitos e garantias reservados aos membros da nação; o nacional, por diversas vezes, como é natural, recebe maior amparo por parte de seu próprio Estado em detrimento dos estrangeiros que transitarem por seu território. Em contrapartida, o indivíduo possui obrigações para com seu país, em troca da proteção, inclusive diplomática, que recebe.

Outro conceito importante a ser identificado é o de cidadania, o qual não deve ser confundido com o anteriormente abordado. O cidadão pode ser entendido com um nacional com alguns direitos adicionais.

Geralmente, a prerrogativa de participar ativamente da vida política de um país é reservada aos seus cidadãos. A nacionalidade costuma ser um pressuposto da cidadania, mas não é o único.

Como exemplo, no Brasil, cidadão é o maior de 16 anos no pleno gozo de seus direitos políticos. Portanto, crianças, ou indivíduos com seus direitos políticos suspensos não poderão ser considerados cidadãos, ainda que sejam nacionais brasileiros.

É importante destacar que exercer cidadania transcende o direito de votar e ser eleito; referendos e plebiscitos também fazem parte deste exercício. Ademais, a ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal e na Lei 4717/65 é garantia reservada ao cidadão.

A única exceção, no Brasil, de cidadão não-nacional é a do português equiparado, que pode adquirir direitos políticos, porém manter sua nacionalidade portuguesa, sem naturalizar-se.

Pois bem, os brasileiros natos (aqueles que detém esta condição desde o nascimento, sem precisar passar por um processo de naturalização) foram expostos no art. 12, I, da Constituição de 1988:

> Art. 12. São brasileiros:
>
> I - natos:
>
> a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

> b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
> c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007)
> (...)

A hipótese importante para o presente trabalho é a alínea "a", de acordo com a qual são brasileiros natos os nascidos em território nacional, em clara opção pelo critério *jus solis.*

No entanto, a nacionalidade não pode ser vista como algo imutável, ou irrenunciável, pois a regra é que os seres humanos detenham vínculo com um Estado apenas. Neste sentido, a própria Constituição dispõe acerca das situações em que um brasileiro pode perder seu *status* de nacional:

> § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
> I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
> ~~II - adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.~~
> II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)
> a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)
> b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território

ou para o exercício de direitos civis; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

O inciso I do dispositivo não levanta maiores discussões: está bastante evidente que se aplica somente a brasileiros naturalizados. A controvérsia inicia-se no inciso II.

Como mencionado alhures, a regra geral é a que os indivíduos detenham uma só nacionalidade. Portanto, caso resolvam adquirir uma nova, por meio de um processo de naturalização, de modo a integrar-se a comunidade de Estado diverso, a Norma Fundamental brasileira prevê que esta é uma hipótese de perda da nacionalidade brasileira.

A polipatridia é exceção, e encontra-se na alínea "a"; caso um brasileiro seja considerado nacional por outro país, que se utilize do critério *jus sanguinis*, por exemplo, poderá manter ambas as nacionalidades. Já a alínea "b" reforça o elemento da voluntariedade da naturalização pela qual passa o brasileiro. Em matéria de nacionalidade, o elemento volitivo é essencial: o indivíduo deve escolher livremente se deseja integrar-se a uma nova comunidade. Se houver qualquer tipo de imposição por parte da nação soberana para que ele exerça direitos civis (não políticos, pois, como visto, são reservados aos nacionais), o Brasil não suprimirá sua condição de nacional.

No caso Cláudia Cristina Hoerig, como visto, ela, ainda que portadora do green card, uma espécie de visto permanente, optou por se naturalizar como uma cidadã americana, após 10 anos residindo no país.

O Ministério da Justiça brasileiro entendeu, portanto, que esta resolvera renunciar à sua condição de brasileira e viver plenamente como uma cidadã americana; assim, expediu portaria, após processo administrativo, e declarou a perda da nacionalidade dela.

O desentendimento que se deu no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi se realmente Cláudia deixara de ser uma brasileira nata e poderia ser considerada uma estrangeira aos olhos do Estado brasileiro.

Uma das teses levantadas por ela fora que não havia renunciado expressamente à sua cidadania de nascença. Ademais, ao manter seus vínculos com o país, como por exemplo renovando seu passaporte, estaria demonstrando que não deixara o Brasil para traz, ainda que naturalizada americana.

No entanto, tal argumentação não foi aceita pela maioria dos Ministros da Primeira Turma no julgamento da Extradição 1.462. O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, entendeu que a mudança de nacionalidade é inerente à autonomia da vontade do ser humano; ninguém estaria fadado a ser brasileiro pelo resto da vida. E que a Constituição estabelece claramente a consequência de adquirir outra nacionalidade: perder a brasileira.

De maneira diversa, o Ministro Marco Aurélio opôs que não compreende desta forma. Na opinião dele, o inciso II do art. 12 aplica-se somente aos naturalizados; a condição de brasileiro, quando nato, não estaria sujeita à livre disposição do detentor.

O Ministro Alexandre de Morais, na mesma linha do Relator, relembrou que os Estados Unidos não impõem a naturalização para o exercício dos direitos decorrentes do casamento, como por exemplo o pátrio poder. Cláudia Cristina casara com Thomas Bolte, e seu matrimônio fora perfeitamente válido, ainda que ela fosse estrangeira. Porém, ainda no decorrer da relação, ela passou pela naturalização, mesmo que tivesse recebido o green card.

Outra tese de mérito da extraditanda foi a que sua naturalização teria sido motivada pelo exercício de sua profissão, de modo a comprovar a subsunção de seu caso ao art. 12, § 4º, II, "b" da Constituição Federal.

Segundo a defesa, a contadora estrangeira não poderia ocupar melhores cargos reservados aos norte-americanos, cuja remuneração chegava a ser 5 vezes a sua. Portanto, para pleno exercício do direito ao trabalho e à subsistência, teria havido uma espécie de imposição da naturalização. A opção por integrar-se à comunidade dos Estados Unidos não fora, por isso, voluntária.

O STF interpretou, entretanto, que não havia inviabilidade no exercício da profissão, e que o mero aumento remuneratório não poderia ser considerado suficiente para excluir a voluntariedade da naturalização.

O Procurador Geral da República, em seu parecer, foi além. Asseverou que o argumento da acusada não poderia prosperar, pois não correspondia à realidade a informação dada que estrangeiros não podem ser contadores nos Estados Unidos.

O representante do Ministério Público Federal instruiu que o principal requisito para ser contador nos Estados Unidos é a

aprovação no Exame Uniforme de Contador Público Certificado dos EUA (Certified Public Accountant – CPA), e que não há qualquer óbice para prestação do exame por estrangeiros. Há, sim, um procedimento específico para sua inscrição, mas esta é perfeitamente possível.

O Exame, segundo informações retiradas do site do Conselho Federal de Contabilidade do Brasil, serve para avaliar se o profissional detém os conhecimentos básicos necessários para defender o interesse público. Ele é oferecido em instituições autorizadas em todos os estados da federação americana, e em alguns locais fora do país, como o próprio Brasil. Os candidatos estrangeiros estão sujeitos a taxas adicionais de requerimento internacional e devem concordar com os termos do consentimento informado. No entanto, como destacado, não há vedação para a realização da prova.

Os únicos estados americanos que exigem a cidadania para contadores públicos são o Havaí e Carolina do Norte, conforme informou Rodrigo Janot na sua manifestação. Cláudia Cristina não residiu em nenhum destes dois estados.

Portanto, quando Cláudia Cristina Sobral se naturalizou cidadã norte-americana, ainda no ano de 1999, ela renunciou aos seus laços com o Brasil para viver plenamente como uma nacional dos Estados Unidos. Percebe-se que, apesar de alegar ter renovado seu passaporte brasileiro em 2003 e retornado para o território nacional em 2007, a ex-brasileira estava em claro abuso de direito, ao tentar se esquivar da justiça americana mantendo sua condição de nascença.

1.3 Aspectos legais da extradição

O cerne da discussão do caso Cláudia Cristina Sobral é o art. 5º, LI da Constituição Federal:

> LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

Isto é, o ordenamento constitucional brasileiro veda, sob qualquer hipótese, a extradição de brasileiros natos.

No entanto, no momento em que o STF entendeu que a extraditanda era somente uma cidadã norte-americana, a vedação constitucional não mais se apresentou como um problema.

Passou-se, então, a analisar os requisitos presentes no Tratado de Extradição entre Brasil e Estados Unidos, e na Lei 6815/80, o Estatuto do Estrangeiro, vigente à época.

O Tratado foi celebrado no ano de 1961 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 55.750/65. O art. II enumera quais são os crimes passíveis de extradição entre os dois países; no caso em tela, o crime cometido foi o homicídio doloso, o número 1 do dispositivo:

> 1. Homicídio doloso inclusive os crimes designados como parricídio, envenenamento e infanticídio, quando previstos como figuras delituosas autônomas;

O art. III estabelece que não estará sujeito à entrega o indivíduo que cometer crime cuja pena cominada não ultrapasse 1 ano, na lei do Estado requerente. A Lei do Estado de Ohio, onde foi cometido o delito, prevê a prisão perpétua para estes casos.

O art. IV trata acerca do local de cometimento do crime, na hipótese de não ter sido dentro da jurisdição do Estado Requerente. Porém como relatado, ele ocorreu nos Estados Unidos.

O art. V veda que o indivíduo seja entregue se ele estiver sujeito à jurisdição do Estado requerido, ou já estiver sendo processado. Neste ponto, a defesa de Cláudia Cristina argumentou a aplicação da extraterritorialidade da lei penal brasileira, encontrada no art. 7º do Código Penal, mais especificamente o inciso II, alínea b, de acordo com o qual ficam sujeitos à lei brasileira os crimes praticados por brasileiro no estrangeiro, obedecidas as condições do § 2º do mesmo dispositivo.

A extraditanda desejava se ver processada por seu crime diante da Justiça brasileira. Entretanto, como demonstrado, ela não era mais brasileira. O Brasil não poderia julgar crime cometido por estrangeiro fora do território nacional pelo simples fato do infrator ter se refugiado no país.

O art. IX ensejou diversas discussões no julgamento pelo STF. Este dispositivo estabelece os requisitos formais do pedido de extradição, inclusive com quais documentos devem acompanhá-lo. Nos casos de extradição instrutória, como o presente, em que ainda não tenha havido o julgamento, o requerimento deve se fazer acompanhado de mandado de prisão expedido por autoridade competente, e pelos depoimentos que ensejarem tal medida, além de outras provas que o Estado requerente julgar cabíveis.

Destaque-se que, neste ponto, houve argumentação no sentido da impossibilidade de deferimento da extradição por ausência de sentença condenatória ou decisão penal proferida por agente do Estado requerente, não satisfazendo o relatório do promotor de justiça os requisitos do art. 80 do Estatuto do Estrangeiro. Entretanto, o Tratado e o próprio dispositivo legal preveem expressamente a possibilidade de pedido instrutório, portanto tal tese não foi aceita. Assim se manifestou o Ministro Relator:

> O pedido de extradição atende aos requisitos do art. 9º do Tratado de extradição Brasil-Estados Unidos e veio acompanhado de: mandado de detenção internacional, descrição dos fatos imputados, identificação da extraditanda e cópia dos textos legais de imputação da conduta criminosa praticada e a prescrição. Também foi enviado o Processo-criminal com mandado de prisão e acusação formal realizada no Tribunal de Causas Comuns do Tribunal Distrital do Condado de Trumbull, Ohio.

Entretanto, não foi esta previsão do art. IX do Tratado que causou mais problemas. O dispositivo estabelece que os documentos que acompanham o pedido devem ser acompanhados de "tradução devidamente certificada na língua do Estado estrangeiro". O § 3º do art. 80, anteriormente mencionado, exige tradução oficial para o português. A defesa de Cláudia Cristina ventilou em sua peça (e em diversas ocasiões) que a documentação não deveria ser aceita por não ter passado por tradutor juramentado. O Ministro Luís Roberto Barroso não julgou correta esta exigência, já que a tradução foi certificada pelo Departa-

mento de Estado dos Estados Unidos e os documentos foram enviados por via diplomática, passando pelo Ministério da Justiça. Tais fatores seriam, portanto, suficientes para atestar sua autenticidade.

Em relação ao rito legal da extradição, neste caso foi regido pela Lei 6.815/80, pois aconteceu antes da promulgação da Lei de Migrações. É importante analisar seu art. 77:

> Art. 77. Não se concederá a extradição quando: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)
> I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
> II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
> III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
> IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
> V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
> VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
> VII - o fato constituir crime político; e
> VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.
> (...)

A extradição de Cláudia Cristina Hoerig não enfrentou nenhum destes obstáculos de maneira que fosse indeferida.

O inciso II elenca o requisito da dupla tipicidade, isto é, a conduta cometida deve ser considerada crime nos dois países para que a entrega seja possível. No caso em tela, o homicídio doloso praticado encontra fundamentação típica no art. 121, § 2º, IV do Código Penal Brasileiro (mediante "traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que torne difícil ou impossível a defesa da vítima") e também

no Código Revisado de Ohio, Seções 2903.01 (A) e (F) ("nenhuma pessoa poderá intencional e premeditamente causar a morte de outra ou o término ilícito da gravidez de outrem").

O inciso III trata acerca da possibilidade de julgamento do extraditando pelo Judiciário Brasileiro, de acordo com a extraterritorialidade da lei penal ou crime cometido por estrangeiro no país, por exemplo (art. 7º do Código Penal). Mas, como visto anteriormente, essa hipótese foi rechaçada em razão da acusada não ser mais considerada brasileira, e o crime ter ocorrido no Estado requerente.

O inciso IV repete a previsão do art. III do Tratado de Extradição e também não gera óbices, como também já analisado.

O inciso VI expõe o requisito da dupla punibilidade: o delito não pode estar prescrito de acordo com nenhuma das duas ordens jurídicas. O homicídio doloso, no Brasil, segundo o art. 109, I do Código Penal, prescreve em 20 anos; o fato ocorrera em 12 de março de 2007, pouco mais de 10 anos antes do julgamento da Extradição 1.462. No estado de Ohio, por força da Seção 2901.13 (A) (2) de seu Código Revisado, o crime é imprescritível.

A proibição de extradição por crime político (VII) é norma constitucional clara do art. 5º, LII. Houve construção na peça de defesa acerca de existência de pressão política por alguns agentes dos Estados Unidos, como deputados, contra o governo Obama e Dilma para concessão do pedido norte-americano, e até mesmo mudanças na lei brasileira para permitir a extradição de nacional. Todavia, conforme relatado pelo Ministro Alexandre de Morais em seu voto vogal, não houve comprovação suficiente nos autos, e ainda que houvesse, o Supremo Tribunal Federal não se submeteria a tais pressões, julgando os aspectos legais e constitucionais da questão.

Por fim, o inciso VIII veda a entrega de indivíduos, pelo Brasil, para que submetam a juízo ou tribunal de exceção, que após foi reforçado por expressa vedação constitucional que rechaça tais órgãos (art. 5º, XXXVII). Não obstante, Cláudia Cristina seria ré diante do Tribunal de Causas Comuns do Distrito de Trumbull, órgão jurisdicional competente para julgá-la, e já existente antes do crime.

Um último ponto a ser discutido é a alegação da defesa de impossibilidade de deferimento do pedido de extradição diante da ausência de compromisso do Estado requerente de não cominar à

extraditanda pena de morte ou perpétua, ambas admitidas pela legislação de Ohio e proibidas pela Constituição Federal.

O argumento encontra fundamento no art. VI do Tratado de extradição e no art. 91 da Lei 6.815/80:

> Artigo VI
> Quando ao crime ou delito, em que se baseia o pedido de extradição, fôr aplicável a pena de morte, segundo as leis do Estado requerente, e as leis do Estado requerido não admitirem esta pena, o Estado requerido não será obrigado a conceder a extradição, salvo se o Estado requerente der garantias, que satisfaçam ao Estado requerido, de que a pena de morte não será imposta a tal pessoa.
> Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assuma o compromisso: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)
> I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido;
> II - de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;
> III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;
> IV - de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e
> V - de não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena.

Os ministros entenderam, contudo, que tal compromisso poderia ser prestado no ato da entrega, e não necessariamente de forma imediata, logo no pedido. Por isso, o Brasil impôs as seguintes condições ao deferir o processo de extradição: não aplicação de penas proibidas pelo Direito brasileiro, principalmente capital ou perpétua (art. 5º, XLVII, *a* e *b*, da CF); observância do o tempo máximo de cum-

primento de pena previsto no ordenamento jurídico brasileiro, 30 (trinta) anos (art. 75, do CP) e detração (desconto) do tempo em que a acusada permaneceu presa para fins de extradição no Brasil.

Como visto, os Estados Unidos honraram o compromisso, pois, apesar de aplicação da pena perpétua, a condenada poderá receber liberdade condicional depois de 30 anos, momento no qual sairá do cárcere.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, cumpre concluir que o processo de extradição de Cláudia Cristina Sobral obedeceu a todos os preceitos constitucionais e legais relativos à matéria.

Inicialmente, os dispositivos constitucionais de proibição da entrega de nacionais ou até mesmo de estrangeiros se for crime político, de penas de morte ou perpétua, de tribunal de exceção (art. 5º, LI, LII, XXXVII, XLVII, respectivamente) foram todos enfrentados e preservados.

As previsões do Tratado de Extradição entre Brasil e Estados Unidos também foram seguidas à risca, assim como o Estatuto do Estrangeiro, lei 6.815/80, ainda vigente à época.

O caso demonstrou uma nova posição mais severa por parte do Supremo Tribunal Federal, que poderá ainda gerar diversas repercussões na vida de milhões de brasileiros que residem no exterior e passam por inúmeros processos de naturalização. Contribuiu, entretanto, para uma atenção maior e informação de tais indivíduos, devido à grande repercussão social do acontecido. Louvável, portanto, que tudo isso tenha sido consequência de decisão judicial seguidora da lei e protetora de princípios caros ao ordenamento jurídico brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

BBC BRASIL. Carioca extraditada para os EUA é indiciada por homicídio qualificado e tem primeira audiência marcada na sexta. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42726193>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de maio de 2019.

BRASIL. Lei 6815 de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm. Acesso em: 30 de maio de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Manifestação do Procurador Geral da República Rodrigo Janot na Extradição nº 1.462. Brasília: 21 de set. 2016. Disponível em: http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/92000000000011291120?modulo=0&sistema=portal. Acesso em: 30 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de extradição. Extradição nº 1.462/DF. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditanda: Cláudia Cristina Hoerig. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 28 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reconhecimento de perda de nacionalidade. Mandado de Segurança nº 33.864/DF. Impetrante: Cláudia Cristina Hoerig. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 19 de abril de 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional. 12 ed. Forense: 2016.

FANTÁSTICO. Acusada de matar marido nos Estados Unidos, brasileira passa por extradição inédita. Exibida em: 28 jan. 2018. Disponível em: < https://globoplay.globo.com/v/6456356/>. Acesso em: 31 maio de 2019.

GALLORO, Rogério. Acusada de matar brasileiro nos Estados Unidos, brasileira passa por extradição inédita. Brasília, Fantástico, 28 jan. 2018. Entrevista concedida ao jornalista do Fantástico Ernesto Paglia. Disponível em: < https://globoplay.globo.com/v/6456356/>. Acesso em: 31 maio de 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, João Ozorio de. "Ex-brasileira", Cláudia Sobral, tem fiança fixada em US$ 10 milhões nos EUA. Revista Consultor Jurídico. 19 jan. 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-jan-19/ex-brasileira-claudia-sobral-fianca-fixada-us-10-milhoes>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

MELO, João Ozorio de. Ex-brasileira é condenada à prisão perpétua, mas sai da cadeia em 20 anos. **Revista Consultor jurídico**. 10 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-10/ex-brasileira-condenada-prisao-perpetua-pena-comutada >. Acesso em: 31 de maio de 2019.

MELO, João Ozorio de. Ex-brasileira é condenada por matar ex-marido; pena pode ser prisão perpétua. Revista Consultor Jurídico. 24 de jan. 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/ex-brasileira-condenada-eua-matar-marido>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

MELO, João Ozorio de. Ex-brasileira, Cláudia Sobral, recusa acordo com Promotoria e vai a julgamento. **Revista Consultor Jurídico.** 09 de set. 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-set-09/ex-brasileira-recusa-acordo-promotoria-julgamento>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

SANCHES, Mariana; ALVIM, Mariana. Carioca acusada de assassinar marido americano é extraditada em decisão histórica no Brasil. **BBC Brasil**. São Paulo: 18 jan. 2018. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42727904>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

TRATADO de Extradição entre Estados Unidos do Brasil e Estados Unidos da América = TREATY of Extradition between the United States of America and the United States of Brasil. Tratado assinado no Rio de Janeiro: 13 de janeiro de 1961. Protocolo assinado em: 18 de junho de 1962. Versão em português

disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/pt/traites/pt-traites-ext-bra-usa-55750.pdf. English version: https://www.oas.org/juridico/mla/en/traites/en_traites-ext-usa-bra.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2019.

VEJA. **Caso inédito: brasileira tem cidadania anulada e é extraditada**. 19 de jan. 2018. Disponível em: < https://veja.abril.com.br/mundo/caso-inedito-brasileira-tem-cidadania-anulada-e-e-extraditada/>. Acesso em: 31 maio 2019.

10. SOBERANIA ESTATAL: A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE VALIDAÇÃO DE CASAMENTO POLIGÂMICO, COM BASE EM PRECEITOS RELIGIOSOS, CONTRAÍDO NO EXTERIOR

Cássia Cristina Santos Penha[1]
Daniella Danna Soares da Silva[2]

1 INTRODUÇÃO

Diante do conflito de leis entre ordenamentos jurídicos distintos o Direito Internacional Privado propõe soluções no intuito de (re) estabelecer a harmonia entre os Estados. Assim, a partir da extraterritorialidade das leis permite-se a aplicação da lei estrangeira, ressalvadas situações excepcionais.

As exceções ocorrem nos casos em que a norma em conflito demonstra-se atentatória às bases da ordem jurídica do foro, contrariando os preceitos morais, políticos, culturais e sociais daquela localidade. Diante disso, o princípio da ordem pública emerge no Direito Internacional Privado com o fito de obstar a aplicação de lei ou sentenças estrangeiras no território em que fora suscitado, vislumbrando a manutenção da soberania estatal.

Sendo o casamento poligâmico uma hipótese de conflito entre os estados estrangeiros buscou-se desenvolver um estudo em face dessa temática observando-se o caráter da expressão da liberdade

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA).

2 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Dom Bosco (UNDB).

religiosa dos sujeitos da relação poliafetiva, além do conceito de família e outros institutos.

Por efeito das mudanças ocorridas ao longo do tempo, o conceito de família passou por diversas transformações com o objetivo de ajustar-se aos anseios sociais da época e abranger novos modelos pautados nos princípios da felicidade e liberdade das partes. A jurisprudência brasileira, *exempli gratia*, expandiu a noção de família para uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e retirou-a do âmbito exclusivamente matrimonial.

Muitos são os arranjos familiares admitidos nos dias de hoje, nesse sentido, Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho menciona a ocorrência de uma crise no sistema monogâmico, frente a qual autores como Renata Miranda Goecks e Vitor Hugo Oltramari pregam o reconhecimento das uniões alicerçadas no princípio da boa-fé, e sustentam que descabe ao Estado negar à concomitância de relações a condição de família por considera-la distante do Direito de Família. (MADALENO, 2018).

O trabalho em questão busca analisar a possibilidade de reconhecer tais uniões, visto que no Brasil o ordenamento jurídico tem como regra a monogamia, apesar de existirem precedentes jurisprudenciais para reconhecimento de uniões poliafetivas, poligâmicas, tendo em vista as mutações dos grupos familiares ao longo dos anos, para que todos os tipos de relações consigam enquadrar-se.

Além disso, o texto acadêmico procura traçar críticas dos modelos poligâmicos, tendo em vista a posição da mulher em tais relações. Para que não se fale apenas de possibilidade ou não de reconhecimento de uniões plúrimas, mas também de como tais uniões afetam positiva ou negativamente a vida das mulheres.

Por fim, com base em seus objetivos, tal artigo foi elaborado como pesquisa exploratória, objetivando aproximação com a problemática, centrada no aprimoramento de ideias. Quanto ao procedimento, a metodologia aplicada foi o levantamento bibliográfico extraído de livros, artigos científicos e matérias de jornal.

2 ORDEM PÚBLICA COMO ELEMENTO DA SOBERANIA ESTATAL

Desde a antiguidade o estrangeiro é encarado com repulsa pelos Estados Nacionais, de forma tal que seus direitos também eram

repelidos e alguns Estados sequer os reconheciam como cidadãos. Por acreditar a normal nacional como superior à alienígena, constantemente os Estados buscavam e buscam formas para legitimar a inobservância do ordenamento jurídico que protege o sujeito forâneo em prol da sua soberania estatal.

A história da Grécia Antiga, todavia, demonstra que tal comportamento ocorria até mesmo em relação às cidades, posto que, marcadas por culturas, costumes, crenças diferentes, as polis gregas possuíam, outrossim, um ordenamento diverso, assim sendo, as cidades gregas não reconheciam os direitos dos forasteiros, embora gregos. Nesse viés, Schaedler informa que "gregos de outras cidades não podiam contrair núpcias, não podiam ter patrimônio, nem acesso à justiça, nem testar seus bens." (SCHAEDLER, 2012, p. 13).

No império Romano, a condição jurídica do forasteiro sofreu alterações conforme a época. A priori era considerado como um inimigo, por isso achava-se desprovido de qualquer direito, no entanto, a posteriori, com o Edito de Caracala, adquiriu a condição de cidadão, porém, ainda com certos limites. (SCHAEDLER, 2012).

No cenário brasileiro, a LINDB, em seu art. 17, ao tratar sobre o tema aduz que "as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes." (BRASIL, 1942). Porém, convém saber o que seria ordem pública.

Nesse contexto de legitimar a não observância da lei pessoal do forâneo, a ordem pública surge como instrumento de preservação da soberania dos Estados, limitando o emprego do direito alienígena, bem como a execução de sentenças proferidas no estrangeiro.

A ordem pública engloba valores sociais, morais e econômicos de uma sociedade, dessa forma, varia de uma cultura e de um Estado para o outro, por isso não há uma conceituação uniforme a respeito desse instituto.

À luz da Escola Estatutária Holandesa, a qual foi o epicentro do territorialismo, observar o direito estrangeiro era atentar contra a soberania do Estado, pois as leis seriam a "manifestação da vontade do soberano, e, portanto, só nesse território poderiam ter vigência." (SCHAEDLER, 2012, p. 18). A territorialidade seria, portanto, o fundamento para aplicação de uma lei ou não em um

determinado Estado, já que dispensadas, naquele contexto, a pessoalidade do estrangeiro.

O jurista alemão Friedrich Carl von Savigny, a partir da noção da existência de uma comunidade de direito internacional, considerava que haveria uma comunidade de nações civilizadas e que estas deveriam comportar-se de modo a construir uma cooperação jurisdicional, ou seja, "tais nações deveriam reconhecer mutuamente o seu direito devido a dois princípios essenciais: de um lado, o princípio da paridade de tratamento das leis e de outro, o princípio da harmonia das relações internacionais" (GIL, 2008, p. 3). Desse modo, não aplicar o direito forâneo resultaria em uma exceção.

Por isso, ainda que Savigny não tenha falado expressamente sobre ordem pública, faz-se alusão a esse instituto. Alicerçado no paradigma da comunidade de nações, o jurista alemão aduz que existiriam duas classes de limitações, estas são: leis de natureza estritamente positivista, como a poligamia – centro do nosso estudo – ou a aquisição de imóveis por judeus; e instituições estrangeiras sem reconhecimento de foro, como a morte civil.

No tocante à primeira classe de limitações, entretanto, em seus estudos HUMPHREYS infere:

> [...] percebe-se que a ordem pública é um conceito cuja materialidade depende do contexto histórico. Atualmente, esta norma nunca seria utilizada neste exemplo, visto que é justamente o preconceito religioso que é fundamentalmente contrario à ordem pública, em especial nos ordenamentos dos países ocidentais; e não o contrário, como pretende SAVIGNY, que declara que seria contra a ordem pública reconhecer a igualdade entre cristãos e judeus. Exemplos de normas de normas de ordem pública ligadas à economia política são fartas em ordenamentos que pretendem mitigar os efeitos do chamado "neoIiberaIismo", de forma a dificultar o ingresso de bens e capitais estrangeiros, sem que se apele ao racismo. (HUMPHREYS, 2005, p. 5-6).

A partir da conceituação de Savigny originaram-se, também, duas correntes acerca da ordem pública. A primeira encarando-a como exceção, concordando com a posição do jurista, a segunda o contrariando, por sua vez, encarando-a como regra. Mancini, pertence **à** segunda corrente, compreendia a ordem pública como princípio básico e não exceção, pois assim prevaleceria o direito nacional e a soberania estatal. Posto isso, a aplicação do direito estrangeiro deveria submeter-se ao "princípio da soberania do Estado, às regras, por este fixadas, de direito público e de ordem pública, constitucionais, necessárias a prosperidade da vida social, integrantes da ordem moral e econômica, que se impõe a todos que habitam o território."[3]

Por outro lado, Pillet ensina que as normas de ordem pública interessam a toda a comunidade, ou seja, a todos que dela fazem parte, objetivando atender aos interesses de todos e não somente o de alguns, seriam, portanto, normas de "garantia social". Diante disso, a ordem pública não se contrapõe à lei estrangeira, haja vista ambas serem do interesse de todos (SCHAEDLER, 2012, p. 22).

Quanto à contribuição para a formulação do entendimento sobre ordem pública no Brasil, encontram-se os doutrinadores Machado Vilela, Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Gama e Silva, Haroldo Valladão dentre outros.

Para Machado Vilela, professor português, a ordem pública marca-se pela nacionalidade, dessa forma, não há critério único. Então, em razão da diversidade dos ordenamentos, cada país estabelecerá seus critérios. (SCHAEDLER, 2012, p. 26).

Influenciado por Savigny, Teixeira de Freitas, jurista responsável por elaborar o Projeto do Código Civil Brasileiro no período do Império, merece destaque, pois embora não tenha explicitamente versado sobre ordem pública, realizou estudos pioneiros a cerca do conflito de leis. Para o jurista, admitia-se o emprego do direito estrangeiro, ressalvadas às seguintes situações expostas no art. 5º do "Esboço" do Código Civil:

> [...] quando sua aplicação se opuser ao direito público e criminal do Império, á religião do Estado, á

3 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I - Introdução e Parte Geral. 4a ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p. 474 apud HUMPHREYS, ANO, p. 6).

> tolerância dos cultos, e á moral e bons costumes; nos casos em que sua aplicação for expressamente proibida neste Codigo, ou for incompatível como espirito da legislação deste Código; se forem de mero privilégio; quando as leis deste Código, em colisão com as estrangeiras, forem mais favoráveis á validade dos atos.

Clóvis Beviláqua, no entanto, traz á tona a ideia de nulidades. Conforme sua concepção, alguns atos seriam considerados nulos em razão da ordem pública de outros países devido àquela noção de comunidade de direito internacional suscitada por Savigny, na qual os Estados andariam conjuntamente, construindo um ambiente de cooperação. A saber, isto se daria ainda que os atos não se chocassem com a ordem pública do Estado em que as nulidades são suscitadas. (SCHAEDLER, 2012, p. 26).

O jurista Gama e Silva considera o direito alienígena perigoso, por esse motivo vê a ordem pública como proteção à "infiltração perigosa da lei estrangeira"[4]. Todavia, não descarta a ideia de comunidade de direito internacional, buscando, assim estabelecer uma sociedade harmônica.

Haroldo Valladão, por conseguinte, analisa o instituto com base na razoabilidade e na ponderação a fim de que sejam mais bem avaliados os interesses em causa. (SCHAEDLER, 2012, p. 29).

Ante o exposto, nota-se que não há definição exata, tampouco una, a respeito da ordem pública, pois relativo; contemporâneo, refere-se ao momento da decisão e não do momento em que o ato ocorreu; mutável; aberto; excepcional; indeterminado, não indeterminável; exógeno, pois, consoante ensina Jacob Dolinger, está para além das leis.

Diante disso, cada Estado Nacional tem sua própria concepção de ordem pública em razão da cultura, da geografia, da variação temporal e outros elementos, cabendo aos juízes decidir o que é mais benéfico e adequado ao caso concreto.

---

4 GAMA E SILVA, Luís Antonio da. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. São Paulo: sem editora, 1994, p. 220-221 apud SCHAEDLER, 2012, p. 26.

As questões relativas à poligamia são clássicas na incidência de discussões sobre a ordem pública, a soberania estatal. Visto que, hodiernamente, o Direito Internacional Privado, ao aplicar o princípio da ordem pública, tem levado em conta os direitos humanos, o multiculturalismo, bem como o universalismo de alguns valores fundamentais, buscou-se realizar este estudo no intuito de compreender em que medida se dá a aplicação do direito estrangeiro em relação à soberania estatal levando-se em consideração questões de direito fundamental como a liberdade religiosa.

3 LIBERDADE RELIGIOSA, POLIGAMIA E DIREITO DE FAMÍLIA NO CONTEXTO HODIERNO

Consoante infere André Ramos, "a liberdade de crença e religião é faceta da liberdade de consciência, consistindo no direito de adotar qualquer crença religiosa ou abandoná-la livremente, bem como praticar seus ritos, cultos e manifestar sua fé, sem interferências abusivas." (RAMOS, 2014, p. 508).

Acrescenta Soriano o que se segue:

> La libertad religiosa no es lo que fue ni lo que es hoy; la libertad religiosa es un concepto histórico, como todas las libertades, que en nuestro tiempo adopta una determinada forma, que no es la única ni la definitiva. También la libertad religiosa ha passado por varias etapas que han ido poco a poco enriqueciéndola. Una primera etapa en la que se reducía exclusivamente a la tolerancia religiosa ante el predominio de un monopolio religioso confesional: la religión dominante toleraba otros credos religiosos distintos y 'falsos', debido, primero a los imperativos de orden político, y, después, al reconocimiento de la libertad de conciencia; una etapa que sustituye a otra del más crudo confesionalismo estatal, intransigente y militante, representado en Europa por la diarquía del Pontificado y el Imperio, guardiana de la tradición católica imperante en el continente hasta las luchas

> religiosas del Renacimiento. Una segunda etapa de predominio del pluralismo confesional con el reconocimiento de las distintas confesiones religiosas: libertad religiosa para las confesiones dentro de un panorama de relativa desigualdad en el ejercício de las religiones. La libertad religiosa no está ahora presidida por el signo de la tolerancia en el ámbito de una única, verdadera y oficial religión del Estado, sino por la aceptación de la pluralidad de credos dentro del territorio del Estado; con ello el fenómeno religioso se engrandece y abarca una diversidade de opciones fideístas y la libertad religiosa se enriquece con la aportación de nuevos horizontes teológico-doctrinales; pero se trata todavia de un pluralismo moderado, el pluralismo de las opciones fideístas y del colectivo de los creyentes exclusivamente. Hay una tercera etapa en la que aún no estamos y cuyos primeros brotes doctrinales comienzan a aparecer en los momentos actuales, la etapa del pluralismo religioso íntegro, como la he llamado en otra ocasión, que representa la inserción de las opciones religiosas no fideístas dentro del concepto y de la protección de la libertad religiosa. (SORIANO, Ramón, ob. cit., p. 75-76, apud Scherkerkewitz, ??).

Assim, o casamento poligâmico constitui expressão da liberdade de crença, pois, uma vez pertencente a uma doutrina religiosa, o sujeito que por ela se orienta e, a partir dela, contrai casamento nesta modalidade manifesta sua liberdade religiosa.

No momento em que se parte para a noção de família, a história nos mostra o conceito dado a esse instituto sofreu grande transformação ao longo do tempo em razão da cultura e comportamento social de cada época. Não havendo certeza de sua origem, existem teorias que dizem que a família tem fundamentos no sistema poligâmico, no qual se relacionam três ou mais pessoas, e outras que se baseiam na ideia de que ela só foi constituída sob base monogâmica, a que é tida como regra no sistema jurídico brasileiro (CHATER, 2015).

Conforme explica o professor Arnaldo Rizzardo, a família é entendida como um núcleo social primário. Acredita que nos primórdios os relacionamentos surgiam por meio de um instinto que comandava, tornando próximos o homem e a mulher para que ocorresse o acasalamento, como acontece com espécies irracionais. Já em uma época mais avançada, os relacionamentos aconteciam com o rapto da mulher pelo homem, que por um ato de força a mantinha sobre seu domínio (RIZZARDO, 2011).

Ao passar do tempo, o modo de conviver em família mudou bastante, graças a dinâmica e a renovação dos valores e tendências da sociedade. De modo que, em um certo período no tempo era normal ter muitos filhos, visando o aumento da produtividade, para que a prole ajudasse nos trabalhos que a família desenvolvia, e em outro, a escolha/vontade de ter filhos diminuía assim como as oportunidades para as mulheres aumentavam.

Assim, a função econômica da família perdeu o sentido. O motivo para tal perda se deu pela maior independência econômica, social e jurídica da mulher, pela significativa redução no número médio de filhos por entidade familiar e pela prioridade à vida profissional fora do lar, como comentado acima (CHATER, 2015).

Pois, de acordo com Madaleno:

> Haveria evidente equívoco imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao citado trio de entidades familiares (casamento, união estável e relação monoparental), olvidando-se de sua função maior, de dar abrigo ao sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreado na consecução do afeto, pois, como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de Direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1°, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada e pro-

> va disto foi a consagração do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como entidade familiar, regulamentando o CNJ o casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio da Resolução n. 175/2013. (MADALENO, 2018, p. 44).

Conquanto tais evoluções conceituais tenham ocorrido, o Brasil segue sem reconhecer o casamento poligâmico. Por declarar-se Estado laico, diz-se que o casamento plúrimo seria incompatível com o nosso ordenamento, contudo, conferir reconhecimento jurídico à plurigamia não afetaria a laicidade do Brasil. Posto que:

> [...] o que se reconhece pela norma de conflito é o direito nacional das partes que permite a celebração desse casamento, e não o direito religioso, pelo que o reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos não implica necessariamente a aplicação de uma norma religiosa e a violação do princípio da laicidade. (GIL, 2008, p. 7).

Nesse viés, o reconhecimento da união poligâmica, no caso de pessoas de estatuto poligâmico, tem como principal fundamento assegurar proteção à identidade cultural e religiosa dos indivíduos, visando à proteção da própria identidade pessoal, o que não descaracteriza o caráter laico do Estado Brasileiro. (GIL, 2008).

Ao desvincular o conceito de família do caractere estritamente biológico para ceder lugar aos vínculos afetivos, a sociedade acaba por reconhecer que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação importam muito mais. (MADALENO, 2018).

Porém,

> [...] como bem observa Marco Túlio de Carvalho Rocha, embora esses vínculos de coabitação, elos culturais, genéticos e jurídicos e até mesmo afetivos, e a própria dependência econômica sejam elementos importantes na identificação da constituição de

> uma entidade familiar, não são, no entanto, essenciais à caracterização da família, porque existem grupos familiares que deles podem prescindir.
> Por isso não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas da proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo o alicerce social da família brasileira. (MADALENO, 2018, p. 46).

Em face da repersonalização do Direito Civil, com destaque para o Direito de Família, influenciada pela revalorização da pessoa humana e seus direitos fundamentais, objetiva-se, atualmente, garantir um mínimo de direitos fundamentais a fim de assegurar dignidade e igualdade dos sujeitos frente a outros arranjos familiares notadamente reconhecidos, nessa perspectiva, compreende-se necessária a discussão sobre o reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos.

4 POLIGAMIA E A VULNERABILIDADE DA MULHER NAS RELAÇÕES

A poligamia, como demonstrada ao longo do texto, trata-se da união entre várias pessoas que compartilham sentimentos entre si, de modo que, a partir do consenso de todas as partes, convivem juntos e estabelecem relacionamentos afetivo-sexuais. Teoricamente, a ideia da poligamia, relacionamentos livres, abertos, deixa a sensação de relações baseadas no amor sem posse. No entanto, é necessário que sejam feitas algumas críticas sobre a prática concreta de tais relações, uma vez que, vivemos em uma sociedade machista, na qual a posição das mulheres em seus relacionamentos, por vezes, é frágil e, por mais que sejam relações pautadas no amor sem posse, ainda sobram resquícios de uniões assimétricas entre os gêneros.

É importante frisar que, ao se falar de poligamia, em grande parte das relações firmadas existe o consentimento e permissão, para que outros indivíduos possam fazer parte daquele meio. No entanto, é muito mais comum observar relações em que há apenas um homem e mais de uma mulher compondo a poligamia.

Isso se dá pela cultura machista que existe ao redor do mundo, na qual o homem pode, e acaba sendo normalizado mesmo que em relações monogâmicas, se relacionar com várias mulheres, mas o contrário (uma mulher se relacionar com vários homens) não é permitido.

A presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), doutora Regina Beatriz Tavares da Silva, explica que, nos relacionamentos poligâmicos há uma desigualdade entre homens e mulheres devido essa cultura machista que existe desde os primórdios até os dias atuais. Segundo a doutora Regina da Silva:

> Historicamente e ainda hoje, a maioria das culturas que permitem a poligamia permitem a poliginia (um homem com duas ou mais esposas) em vez da poliandria (uma mulher com dois ou mais maridos). A realidade é que uma cultura poligâmica perpetua a desigualdade de gênero e essa desigualdade na balança costuma afetar mais profundamente as mulheres, uma vez que acentua sua subordinação ao marido. (SILVA, 2018, não p.).

A prática da poliginia, de certa forma, acaba por aumentar a competição entre as esposas, uma vez que o homem casado continua "disponível" para manter relacionamento com quantas outras quiser. Dessa forma, como explica a doutora Regina, o homem se sente legitimado e motivado para controlar suas companheiras, o que resulta numa desigualdade entre os gêneros masculino e feminino, além de estimular a violência doméstica (SILVA, 2018).

Além disso, percebe-se que, o casamento poligâmico, apesar de ser pautado na liberdade individual de cada um, coloca em causa o princípio da igualdade dos cônjuges, por tais motivos relatados anteriormente, violando normas contidas na Constituição, Código Civil e também normas internacionais (GIL, 2008).

Segundo Ana Rita Gil, a desigualdade existe em toda relação familiar organizada hierarquicamente, fundada no poder marital e na inferioridade da mulher. Em relatório apresentado no doutorado de Direito em Portugal, ao estudar casos de poligamia no país, Ana Rita

Gil observou que a relação da mulher nas uniões poligâmicas acaba por ser desigual frente o homem, uma vez que se admite para o homem a faculdade de dissolver unilateralmente o casamento mediante o repúdio, sem necessitar de fundamentar a sua decisão nem de recorrer ao juiz (GIL, 2008).

A autora explica que, mesmo que digam que a poligamia é favorável aos interesses da mulher, não há fundamentos que atestem isso, pelo contrário, acabam por demonstrar a profunda desigualdade enraizada no instituto. Explica:

> Por um lado, a poligamia oferece a uma esposa mais velha a possibilidade de não ser repudiada a fim de ser substituída por uma mulher mais jovem, sendo o repúdio social e humanamente mais grave do que viver no quadro de uma união poligâmica. Por outro lado, a poligamia nem sempre implica uma condição de inferioridade para as mulheres, que podem, graças ao reforço das co-esposas, fazer frente ao marido. Como se pode constatar, estes dois argumentos acabam por necessariamente reconhecer que as mulheres estão em posição de inferioridade. Por fim, apesar de haver quem defenda que o instituto surgiu para protecção da mulher, o que é facto é que hoje se admite que o seu espírito se corrompeu. (GIL, 2008, p. 08).

Por fim, não há inferioridade da mulher apenas quando o homem efetivamente contrai casamento com a segunda esposa, pois o simples fato de haver a possibilidade de tal ato já coloca a mulher numa situação de inegável desigualdade, dado que, apesar da ideia da poligamia como um caminho para relações livres, pautadas no amor sem posse, o que é aceito é a poliginia, na qual o homem casa-se com quantas mulheres achar suficiente, para satisfazer sua vida machista.

Dessa forma, se tal casamento ocorrer, será sempre uma humilhação para a mulher, além do sentimento de competição e disputa que existe "naturalmente" na sociedade. Nesta ordem de ideias, segundo Ana Rita Gil, a Espanha recorreu já à noção de "dignidade

constitucional da mulher" para impedir a celebração de um matrimónio entre uma espanhola e um marroquino já casado, visto que a instituição do casamento poligâmico põe em cheque a concepção criada de sociedade democrática firmado no princípio da igualdade das pessoas (GIL, 2008).

5 FACES DA (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DO CASAMENTO POLIGÂMICO

O casamento poligâmico trata-se da união entre mais de dois indivíduos da mesma espécie. A história nos mostra grandes exemplos dessa união, como é o caso, segundo o Velho Testamento bíblico, de Jacó, que teve duas esposas. Atualmente, esse tipo de casamento ainda é praticado no Oriente Médio e em partes da África, Ásia e Estados Unidos. A união, regulamentada pelo Alcorão, é relativamente comum no mundo islâmico, apesar de estar perdendo adesão. Foi proibida na Índia em 1963, e em 1955, na China. Nunca foi permitida no Brasil (JUNIOR, 2015).

No entanto, apesar de não ser permitida no Brasil, há uma grande ocorrência de concubinatos ou mesmo de uniões estáveis concomitantes, o que nos leva a crer que, talvez, seja só questão de tempo até a situação se tornar regular, uma vez que, a sociedade brasileira é pautada nos direitos e liberdades individuais.

No sentido de que há, mesmo que de maneira ilegal, relações concomitantes no Brasil – a exemplo da relação que o funkeiro Mr. Catra mantinha com suas 3 mulheres até o momento de sua morte – Maria Berenice Dias afirma que "infringir o dogma da monogamia assegura privilégios", à medida que só são reconhecidos direitos para a amante que alegar desconhecer da infidelidade do companheiro, caso contrário, ela é punida pelo adultério frente a sociedade, enquanto ao responsável há o perdão das responsabilidades. Assim, "o indivíduo que mantém relações concomitantes é premiado, permanecendo como titular do patrimônio e se desvinculando de qualquer obrigação alimentar com a amante. Situação que é vista como incentivadora da infidelidade e do adultério" (DIAS, 2011, p. 51).

Dessa forma, nada mais justo seria assegurar, a essas relações, direitos e deveres, como ocorre nas relações monogâmicas, visto que,

mesmo ilegal, a sua prática é recorrente e sempre fragiliza apenas um lado.

Com relação ao reconhecimento jurídico de união poligâmica contraída no exterior, têm-se dois princípios que o regulam: o princípio da paridade de tratamento das leis e o princípio da harmonia das relações internacionais (GIL, 2008).

No caso de validação de casamento contraído no exterior, devem-se observar as formalidades da legislação local, conforme dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, o que pode ser chamado do princípio da "*Lex loci celebrationis*" ou "*Lex fori*", que significa dizer que se observará a lei do lugar em que a obrigação foi contraída ou onde fora celebrado o contrato (DOLINGER, 2014).

A união poligâmica, assim como qualquer outro direito inerente ao homem, tem princípios que a fundamentam, como é o caso do respeito pela identidade cultural das pessoas de estatuto poligâmico, visando à proteção da própria identidade pessoal; o princípio da paridade de tratamento das leis, que busca o tratamento digno de todas as leis, colocando os diferentes sistemas jurídicos em pé de igualdade; o respeito pelos direitos adquiridos e a continuidade das relações privadas, uma vez que esse é um dos princípios mais importantes a ter em conta nos casos de validação de casamento contraído no exterior, pois a celebração do casamento religioso está fundada sob o império de uma lei que o considerou válido, e geraram assim, legitimamente, expectativas de que a sua relação seria tratada permanentemente como tal (GIL, 2008).

Assim, o reconhecimento jurídico do casamento poligâmico levaria em consideração a liberdade de cada um em escolher como se relacionar, além do princípio da eudaimonia, que consiste na felicidade e bem estar, cabendo ao Direito permitir que cada pessoa crie seus contratos personalizados de uniões estáveis de acordo com suas opções de vida, além de reconhecê-lo, conforme o caso, como manifestação da liberdade religiosa do indivíduo.

Neste sentido, alguns tribunais têm aceitado a formação de uniões paralelas, como por exemplo, o Tribunal de Justiça de Goiás:

> APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PLÚRIMA. SENTENÇA

> CASSADA DE OFÍCIO. APELOS PREJUDICADOS
> 1. O agravo retido deve ser desprovido quando a testemunha que foi dispensada, não causou prejuízo às partes, tendo em vista as outras provas produzidas nos autos.
> 2. Para o reconhecimento da união estável os companheiros devem ser solteiros, separados de fato ou judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto.
> 2- Restando comprovado nos autos a constituição de duas união estáveis, deve-se dar amparo legal, a estas entidades familiares, pois com as duas convivia maritalmente o de cujus. APELO PREJUDICADO. SENTENÇA CASSADA DE OFÍCIO. (Apelação Cível nº 515032-79.2009.8.09.0152. Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Norival Santome. DJe: 16/01/2013).[5]

O TJ de Goiás, na Apelação Cível Nº 515032- 79.2009.8.09.0152, reconheceu as duas uniões estáveis, por não conseguir dizer ao certo qual seria a legítima, cassando a sentença de ofício, em razão do reconhecimento da união estável plúrima (ROCHA, 2015).

Além desse tribunal, o Tribunal de Justiça do Maranhão também resolveu acolher tais uniões, reconhecendo o direito à união concomitante na decisão da Apelação Cível nº 19048/2013:

> [...] a família tem passado por um período de acentuada evolução, com diversos modos de constituir-se, longe dos paradigmas antigos marcados pelo patriarcalismo e pela exclusividade do casamento como forma de sua constituição.
> [...] O magistrado explica que a doutrina e a jurisprudência favoráveis ao reconhecimento das famí-

5 BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação Cível nº 515032-79.2009.8.09.0152. Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Norival Santome. DJe: 16/01/2013.

> lias paralelas como entidades familiares são ainda tímidas, mas suficientes para mostrar que a força da realidade social não deve ser desconhecida quando se trata de praticar Justiça. Sustenta ainda que garantir a proteção a esses grupos familiares não ofende o princípio da monogamia, pois são situações peculiares, idôneas, que se constituem, muitas vezes, com o conhecimento da esposa legítima. Para o desembargador, embora amenizado nos dias atuais, o preconceito existente dificulta o reconhecimento da família paralela. O triângulo amoroso subreptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral.
> [...] É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto, salienta (BRASIL, 2014).

Por outro lado, sabe-se que atualmente no Brasil a prática de casar-se com mais de uma pessoa é considerada crime de bigamia, tipificado no art. 235 do Código Penal. Devido a isso, as decisões judiciais sobre o tema ainda são bastante tímidas e, na maioria dos casos, os tribunais não reconhecem tal direito.

Por ser, o Brasil, um país em que o ordenamento jurídico não permite a poligamia, o reconhecimento de efeitos de um casamento deste tipo contraído no exterior coloca em conflito diversos valores defendidos pelo direito internacional, como o princípio da harmonia das relações internacionais, que propugna a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas com os imperativos morais de salvaguarda da ordem jurídica do foro (GIL, 2008).

Ademais, o respeito pelo patrimônio privado de cada um, o dever de justiça internacional, como por exemplo, o respeito ao limite da ordem pública internacional, o qual decorre da soberania e independência política do Estado brasileiro, são princípios que resguardam o ordenamento jurídico e as normas vigentes no país, impossibilitando, portanto, o reconhecimento de uniões poligâmicas (GIL, 2008).

De acordo com o professor José Fernando Simão, o ordenamento jurídico não concebe, com base em valores históricos, a faculdade de dupla união como forma de constituição de família. Assim a poligamia tem nulidade absoluta e a bigamia é conduta típica penal, que, nesse caso, não se trata de elemento de existência, mas sim de requisito de validade do negócio jurídico (SIMÃO, 2013).

Havendo causa de proibição legal, seja ela culminada de sanção penal ou civil, a afronta à norma cogente acarreta nulidade absoluta de tal contrato firmado, nos termos do artigo 166, do Código Civil, por motivo evidentemente ilícito (contra o direito) e por fraudar norma imperativa que proíbe uniões formais ou informais poligâmicas (SIMÃO, 2013).

A jurisprudência tem usado algumas razões para justificar a negação de efeitos a casamentos poligâmicos, e destacam-se o princípio da harmonia jurídica do Estado de acolhimento, nos casos de casamento contraído em outros países, a identidade cultural desse Estado e a proteção das mulheres de estatuto monogâmico, defendendo a mulher de um relacionamento polígamo, uma vez que um segundo casamento pode violar a ordem pública (GIL, 2008).

Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça, julgou, em certo caso, a impossibilidade das uniões paralelas, mas citou a relevância de se estudar cada caso que chega ao judiciário, já que há diversas situações dentro do Direito de Família:

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. PARALELISMO DE UNIÕES AFETIVAS. RECURSO ESPECIAL. AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. CASAMENTO VÁLIDO DISSOLVIDO. PECULIARIDADES. [...] - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que

apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na **dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade**, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. A respectiva decisão aponta uma questão real, que é o aparecimento dessas uniões no Direito de Família em várias situações, razão pela qual deve o julgador observar as peculiaridades de cada caso, para então com base em determinados princípios poder julgar a causa. Como princípios essenciais a serem analisados são mencionados o da **dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da afetividade, o da busca da felicidade, o da liberdade e o da igualdade.** Recomenda também a redobrada atenção ao primado da monogamia. (STJ- REsp: 1157273 RN 2009/0189223-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/05/2010, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2010).[6]

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157273 RN 2009/0189223-0- Rio Grande do Norte. Relator: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 07/06/2010.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o princípio da ordem pública é o instituto suscitado como fundamento para impedir o reconhecimento de leis, bem como sentenças estrangeiras, no Estado Nacional. Isto se dá sob a égide de assegurar a superioridade do Estado, em outras palavras, a sua soberania, frente a outros ordenamentos no cenário internacional.

Em contrapartida, tal princípio deve ser observado conforme a análise de cada caso concreto, cabendo aos juízes ponderar e razoar a sua aplicação, sendo, pois uma ideia de Justiça é o que deve guiar-lhes sobre o reconhecimento ou não de determinado feito ou norma. (GIL, 2008).

No que se refere à discussão travada em face da validação do casamento poligâmico contraído no exterior, como exemplo de conflito de leis possível de ser solucionado com o uso desse instituto, entende-se que com base nas mudanças sociais, princípios, direitos e deveres, não se pode afirmar que o Brasil jamais reconheceria uma união poligâmica, apesar de ter como regra geral a monogamia, de maneira que imperasse no país apenas a vontade das leis e normas, sem jamais adentrar ao bem estar e escolha pessoal de cada um, que escolha viver da sua maneira.

As jurisprudências apresentadas demonstram essa tendência evolutiva no Direito Brasileiro, o que conforme SCHAEDLER, não pretere a ordem interna do país ou desconsidera sua soberania, apenas alinha-o tanto à ordem mundial quanto ao mundo globalizado, visto que o que se deve buscar é a construção de um direito mais integrado (SCHAEDLER, 2012).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1157273 RN 2009/0189223-0- Rio Grande do Norte.** Relator: Ministra Nancy Andrighi. 18 maio 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0/inteiro-teor-14339100?ref=juris-tabs>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão - TJMA. **TJMA reconhece união estável paralela ao casamento.** Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/406020>. Acesso em 10 ago. 2019.

CHATER, Luciana.União poliafetiva: a possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade framiliar dentro do contexto atual em que se insere a familia brasileira. Brasilia:IDP/EDB, 2015. 67p. Monografia(Especialização). Instituto Brasiliende de Direito Público. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1675>. Acesso em 10 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIL, Ana Rita. **Do reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos.** Lisboa: FDUNL, 2008. Disponível em: <https://www.academia.edu/2056026/O_Reconhecimento_de_Efeitos_a_Casamentos_Polig%C3%A2micos>. Acesso em 6 ago. 2019.

HUMPREYS, Luís Fernando Lisbôa. **A exceção de ordem pública no direito internacional privado.** Curitiba: UFPR, 2005.

JUNIOR, Vladimir Polizio. **A possibilidade jurídica de união estável ou casamento entre mais de duas pessoas:** interpretação conforme a Constituição. Revista JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://polizio.jusbrasil.com.br/artigos/179659727/a-possibilidade-juridica-de-uniao-estavel-ou-casa-

mento-entre-mais-de-duas-pessoas-interpretacao-conforme-a-constituicao>. Acesso em 11 ago. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8ª ed. Rio de janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Giancarlo Nunes da. **Uniões Estáveis Paralelas:** reconhecimento e efeitos jurídicos. Santa Maria: UFSM, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11517/Monografia%20Giancarlo%20Nunes%20da%20Rocha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 ago. 2019.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do Direito Civil-Constitucional:** a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. Brasília: UNB, 2014.

SCHAEDLER, Nestor Augusto. **O princípio da ordem pública no Direito Internacional Privado:** história, revisão crítica e perspectivas. Porto Alegre: UFRGS, 2012.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **O direito de religião no Brasil.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm>. Acesso em 10 ago. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A poligamia e a desigualdade entre homens e mulheres.** Revista O Estadão, São Paula, maio 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-poligamia-e-a-desigualdade-entre-homens-e-mulheres/>. Acesso em 10 ago. 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária.** Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v.1, 2013.