

Nadia de Araujo*

Marcelo De Nardi**

Gustavo Ribeiro***

Fabrcio Polido****

Inez Lopes*****

I. Atos e fatos internacionais

Crônica 1. Novidades de 2017 sobre circulação facilitada de sentenças estrangeiras

Nadia de Araujo

Marcelo De Nardi

* Nadia de Araujo é Advogada e Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio, e Doutora em Direito Internacional pela USP. E-mail: nadia@nadiadearaujo.com

** Marcelo De Nardi é Juiz Federal e Professor de Direito Internacional do Comércio da UNISINOS, e Doutor em Direito Privado pela UFRGS. Ambos compareceram à primeira reunião da Comissão Especial como membros da delegação brasileira. Nadia de Araujo também representou a Associação Americana de Direito Internacional Privado – ASADIP, na oportunidade. E-mail: de.nardi.marcelo@gmail.com

*** Professor de Direito no UniCEUB. Doutor em Direito (SJD, University of Indiana Bloomington) Advogado. E-mail: Gustavo.Ribeiro@uniceub.br; Gustavo@fribeiro-adv.com

**** Professor Adjunto de Direito Internacional Privado, Direito Processual Internacional e Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Foi Pesquisador-Visitante no Instituto Max-Planck para Direito Internacional Privado e Comparado, Hamburgo. E-mail: fpolido@gmail.com

***** Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq). Graduada em Pedagogia e em Direito pela Universidade Católica de Santos, com mestrados em Labour Policies and Globalization, pela Universitat Kassel, com estágio na OIT, e, em Direito, pela USP, e doutorado em Direito, pela USP. E-mail: inezlopes@unb.br

1. INTRODUÇÃO

Na edição de 2016, esta crônica destacou a importância do Projeto de Sentenças Estrangeiras da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado¹ (Conferência da Haia), cuja Comissão Especial designada para as negociações da futura convenção internacional a respeito teve a primeira reunião em junho de 2016². Agora se atualiza a situação das negociações e seus avanços em relação à primeira reunião, tendo em conta os desdobramentos da segunda reunião, de fevereiro de 2017. Com esses elementos busca-se descrever os passos necessários para a preparação brasileira para a terceira reunião, a se realizar em novembro de 2017.

O tema tem relevância para o incremento do comércio internacional e sua normatização promete trazer maior segurança para as partes com interesses em mais de um país. Quer-se garantir, a partir da adoção de regras uniformes, que uma sentença proferida em um Estado seja facilmente executada em outro, observadas as condições sobre as quais há consenso entre os Estados. Desta forma, dar-se-á à via judicial garantias semelhantes às hoje existentes para os laudos arbitrais estrangeiros, que têm sua circulação e execução facilitada pela Convenção de Nova Iorque³.

Entre muitos casos que serão beneficiados pelo futuro documento destacam-se as decisões judiciais sobre responsabilidade civil, que hoje não contam com um diploma internacional a facilitar sua circulação. A posição

1 Sobre a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, consultar <http://www.hcch.net>.

2 Os trabalhos da Comissão Especial podem ser acompanhados em <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/special-commission1>.

3 Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, internalizada no Brasil pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002.

de um indivíduo ou empresa que participa de negócios transnacionais caracteriza-se hoje por um alto nível de incerteza quanto à produção de efeitos de uma sentença estrangeira, acrescentando riscos, e, portanto, custos, à transação. Outro tema que também está na ordem do dia e será destacado nesta crônica é o da Propriedade Intelectual.

A Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado conduz as negociações com o objetivo de elaborar regras que mitiguem as restrições pelos Estados ao reconhecimento e execução (à homologação) de sentenças estrangeiras, diminuindo a incerteza e, conseqüentemente, o risco associado ao comércio internacional e outras situações conectadas a mais de um ordenamento jurídico, por meio de um sistema facilitado e seguro de circulação internacional de sentenças.

Do ponto de vista do direito brasileiro, a novel convenção será aplicável tanto no que diz respeito às sentenças brasileiras a serem executadas no exterior, quanto para as proferidas no exterior e que devam ser executadas no território nacional. A primeira situação é classificada como uma modalidade de *circulação ativa*, enquanto a segunda é a *circulação passiva*. Isso significa dizer que a convenção cria uma via de mão dupla, com regras internacionalmente uniformes aplicáveis à ida das sentenças nacionais para o exterior, e também à vinda das sentenças estrangeiras para o Brasil.

A futura convenção está lastreada principalmente em um catálogo uniforme de situações que estabelecem contato suficiente do Juiz da causa na origem da sentença estrangeira com o caso que examinará. Tais regras constituem as bases indiretas de jurisdição, ou seja, os elementos mínimos de contato do Juiz da causa na origem com os fatos relevantes, e que serão reconhecidos uniformemente pelos Estados-parte na futura convenção como informando o razoável exercício de sua jurisdição. As hipóteses contendo as bases indiretas de jurisdição estão no artigo 5º do anteprojeto, e as situações relativas à jurisdição exclusiva, no artigo 6º.

As regras brasileiras em vigor para a homologação de sentenças estrangeiras são extremamente abertas no que diz respeito à verificação de como se estabeleceu a jurisdição do tribunal alienígena, sem empecilho ao que for regulado no país da origem da decisão. Em contraposição, as regras de outros países são, em geral, mais restritivas. Para reconhecer e executar uma decisão es-

trangeira, a maior parte dos estados verifica se o juízo de origem exerceu jurisdição levando em conta certos elementos de contato do caso com foro, o que importa em um exame, ainda que indireto, de como foi determinada a jurisdição no Estado de origem. Daí denominar-se essa operação de averiguar a determinação da jurisdição de origem de controle das *bases indiretas de jurisdição, uma vez que ao estado requerido cabe somente aceitar ou não o que já foi estabelecido pelo Estado de origem.*

Do ponto de vista do Brasil, a vantagem em adotar a futura convenção está em obter maior aceitação no exterior das decisões brasileiras, que hoje dependem das regras de cada país de destino para serem lá executadas. O espírito das negociações é de criar um catálogo aceitável dessas normas, para se chegar a um mínimo denominador comum e permitir que a circulação não seja interrompida pela miríade de regras distintas em cada país a esse respeito. A conscientização das condições acima descritas e suas implicações para o Brasil nortearam as conclusões e sugestões deste documento.

A primeira reunião da Comissão Especial, ocorrida de 1º a 9 de junho de 2016, chegou ao fim com um projeto de convenção bastante maduro. No interregno da primeira para a segunda reuniões foram discutidos vários pontos polêmicos, sendo de se destacar a temática da Propriedade Intelectual, que contou com um grupo de trabalho especial dedicado ao tópico. Na segunda reunião foram consolidados vários outros temas que estavam em discussão, conduzindo a um anteprojeto mais completo, com ênfase para a inclusão dos artigos referentes às cláusulas gerais e finais típicas das convenções internacionais. Poucas são as áreas ainda de indefinição, que se espera sejam resolvidas na terceira reunião.

Esta crônica relata as discussões travadas no âmbito da Comissão Especial, o resultado obtido, e suas conseqüências para os interesses brasileiros (i); a questão da propriedade intelectual (ii); e temas que merecem a atenção do Brasil (iii). Novamente, a ideia é promover a reflexão integrada da comunidade acadêmica, em preparação para a terceira reunião da Comissão Especial, marcada para novembro de 2017.

2. RESULTADOS DA SEGUNDA REUNIÃO DA COMISSÃO ESPECIAL – FEVEREIRO 2017

Nas Crônicas de 2016, cuja referência consta da nota de rodapé nº1 deste trabalho, historiou-se o Projeto de Sentenças Estrangeiras da Conferência da Haia, e dis-

4 O texto do anteprojeto após a segunda reunião da Comissão Especial está disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/special-commission1>.

cutiram-se os resultados da primeira reunião. Os desdobramentos da segunda reunião, especialmente no que se refere à consolidação de muitas discussões, são o mote destas Crônicas.

O resultado da segunda reunião da Comissão Especial foi um anteprojeto que contempla todos os dispositivos próprios de um tratado, com uma parte consagrada às questões de fundo, longamente discutidas durante os vinte e cinco anos que já duram as negociações, e outra parte para as cláusulas gerais e finais, próprias de documentos dessa natureza.

De notar que os temas relativos ao *consumidor e trabalhador*, objeto das instruções para a Delegação Brasileira para a Segunda Reunião, e sobre os quais foram elaboradas duas notas técnicas pelos autores, inclusive um *Information Document* que o Brasil apresentou na Conferência da Haia para a Primeira Reunião, já estão consolidados e não parece haver possibilidade de reabertura das discussões a respeito. O texto consagrado, embora algo divergente da posição sugerida pela Delegação, não apresenta maiores consequências para a futura adoção pelo Brasil da convenção.

Outro tópico sobre o qual o Brasil demonstrou grande preocupação tanto na primeira quanto na segunda reunião dizia respeito à *imunidade de jurisdição* do Estado (artigos 2.4 e 2.5). As dúvidas foram esclarecidas ao longo das negociações, e o texto consolidado não apresenta risco para a futura internalização da convenção no Brasil. Ainda na esteira dos resultados da segunda reunião, o tema da *proteção da jurisdição exclusiva*, objeto de instruções específicas para a Delegação Brasileira, ensejou iniciativas conjuntas da Rússia e do Brasil em mais de uma oportunidade no curso das negociações. As propostas foram sucessivamente rejeitadas pelo plenário da Comissão Especial, mas ainda há interesse da Rússia em inserir no anteprojeto um dispositivo que seja aceitável para o seu ordenamento jurídico. Por essa razão, o tema pode ainda voltar à discussão ou ser objeto de uma reserva ou declaração, com alteração das cláusulas gerais dedicadas ao tema. A possibilidade de sucesso dessa iniciativa se apresenta limitada, dada a rejeição pelos demais países (esse tema aparece em alguns incisos dos artigos 6, 7 e 21).

Os pontos ainda entre colchetes no anteprojeto não são muitos, e ocuparão as discussões na terceira reunião em novembro. Tais temas são objeto de estudos pelos envolvidos com a Delegação Brasileira, mas apontam

para uma posição já consolidada com relação ao texto. Um comentário geral é de que não há incompatibilidades marcantes com o sistema brasileiro em vigor, em especial à vista das fórmulas empregadas pelo renovado Código de Processo Civil.

Uma exceção diz respeito à propriedade intelectual. Permanecem entre colchetes as questões relativas à exclusão total do tema na futura convenção (artigo 2, l); às bases de jurisdição aceitáveis do artigo 5, incisos k, l, e m (relacionado ao artigo 6, a); à possibilidade de recusa de reconhecimento ou execução (artigo 7, g); e ordens judiciais que não sejam indenizações (artigo 12).

Por fim, é importante ressaltar que na segunda reunião houve extensa articulação e atuação conjunta do Brasil com os demais países da América Latina e Caribe (GRULAC), cujo resultado foi a apresentação de propostas de modificação conjuntas, bem como apoio em uníssono das diversas delegações em prol de propostas de consenso.

3. PROPRIEDADE INTELECTUAL

O tema da propriedade intelectual está referido em quatro passagens do texto do atual anteprojeto, passagens essas acima referidas e a seguir relatadas.

Logo ao início, no artigo 2.1., no quadro de exclusões do âmbito de aplicação, estão registradas propostas formuladas pela China e pelos Estados Unidos da América. A proposta da China visa a excluir quase completamente o tema da propriedade intelectual do âmbito de aplicação da convenção, removendo praticamente todos os casos do sistema facilitado de circulação internacional de sentenças. A parte que restaria no escopo da convenção diz respeito às disputas contratuais, como por exemplo, as relativas a um contrato que tenha por objeto licença de produção de objeto protegido por um registro de propriedade intelectual. Não estão claras na proposta as adaptações ao restante dos dispositivos antes referidos, mas foram anunciadas oralmente em plenário da segunda reunião da Comissão Especial, sem muita elaboração.

Por seu turno, a proposta americana é no sentido de manter no âmbito de aplicação da futura convenção somente os casos de *copyright and related rights and registered and unregistered trademarks*, espécies jurídicas para as quais

o princípio da territorialidade do direito de propriedade intelectual não é tão marcante. As duas propostas não ganharam apoio intenso durante a segunda reunião, mas estão registradas devido à dificuldade de se alcançar um texto que seja satisfatório para todos e permita ultrapassar os problemas identificados no curso das negociações. Considerando que o Estatuto da Conferência da Haia prescreve decisões por consenso, a completa exclusão do tema do âmbito de aplicação da futura convenção pode ser um compromisso necessário entre as partes.

Na opinião dos autores a exclusão do tema do âmbito de aplicação da futura convenção contraria os interesses brasileiros, pois a valorização dos direitos de propriedade intelectual através da oportunidade de um grande número de sentenças circular internacionalmente corresponde a um anseio de eficácia desses direitos. A proteção patrimonial, respeitada a territorialidade como se verá, configura estímulo ao desenvolvimento científico e cultural, incentivando a produção desses conteúdos através de remuneração decorrente dos privilégios outorgados. A crescente importância do Brasil nessa seara indica a oportunidade de se buscar a circulação internacional das sentenças brasileiras na matéria, e ordenar a recepção no Brasil das que provenham do estrangeiro, efeito já obtido pela grande abertura do atual sistema nacional de homologação de sentenças estrangeiras, da competência do Superior Tribunal de Justiça.

Seguindo a estrutura de apresentação do texto do anteprojeto corrente, aparecem no artigo 5.1, alíneas *k*, *l*, e *m*, certas bases indiretas de jurisdição, ou seja, os elementos de contato do caso com o Estado do Juízo de origem, para que a sentença possa circular internacionalmente. O *caput* do artigo estabelece a permissão para que a sentença seja considerada como passível de ser reconhecida se presente um dos elementos elencados nas hipóteses das alíneas.

Nos dispositivos relativos à propriedade intelectual são tratados os casos de validade e de infração a direitos não sujeitos a registro (alíneas *l* e *m*), como o caso paradigma do *copyright*, e também os casos de infração a direitos sujeitos a registro (alínea *k*), como o paradigma da patente. Nesses casos está estabelecido como base suficiente de jurisdição o fato de o direito ser reconhecido no Estado de origem da sentença que se pretende venha a circular; o princípio da territorialidade informa o conteúdo dessas deliberações.

As três hipóteses antes mencionadas são complementadas pelo artigo 6.a, que estabelece uma restrição severa à circulação de sentenças que tratem da validade de registros de direitos de propriedade intelectual. Novamente convém atentar para a declaração do *caput* para as hipóteses reguladas: “apesar do que consta no artigo 5º...” e para a prescrição restritiva indicando o ponto de contato necessário com o Estado de registro, sem o qual não será reconhecida a decisão estrangeira. Ao revés do que está no artigo 5.1, alíneas *k*, *l*, e *m*, em que o Estado-parte de destino da sentença *pode* recusar o reconhecimento e a execução, nos termos do artigo 6.a o Estado-parte *deve* recusar reconhecimento e execução se não provier a sentença do Estado-parte em que o direito de propriedade intelectual deveria ser outorgado pelo registro, depósito ou licença; aqui também o princípio da territorialidade informa o conteúdo da deliberação.

O Artigo 7 do anteprojeto expressa os fundamentos que um Estado-parte da futura convenção poderá aplicar para *não reconhecer* ou *não executar* uma sentença estrangeira proferida por Juízo de outro Estado-parte. No que interessa desse complexo dispositivo para o tema da propriedade intelectual, a análise da alínea *g* (*the judgment ruled on an infringement of an intellectual property right, applying to that right a law other than the law governing that right*), demonstra a existência de uma confusão entre as técnicas de deliberar sobre conflitos de jurisdição e conflitos de leis no espaço. A proposta corrente resulta em autorizar ao Estado-parte demandado a recusa de reconhecimento ou execução de sentença quando a lei aplicada, não a jurisdição exercida, estiver em desacordo com o princípio da territorialidade.

Em uma tradução possível do dispositivo, lê-se que *a sentença poderá ser recusada se a sentença deliberar sobre a violação de um direito de propriedade intelectual aplicando a esse direito uma lei diversa da que o constitui*.

O princípio da territorialidade ganha, pois, uma proteção suplementar. Não só as bases indiretas de jurisdição se limitam apenas ao fato de serem originadas do Estado-parte de registro ou sob cuja lei se constituíram os direitos de propriedade intelectual, como também a não observância da identidade territorial da lei aplicada está posta como um elemento a permitir legitimamente a recusa no contexto do regime simplificado de circulação de sentenças estrangeiras.

O artigo 12 dispõe sobre uma exclusão objetiva e

direta das sentenças relacionadas com propriedade intelectual, removendo do sistema facilitado de circulação as que não impõem obrigações de pagar quantia certa. As *non monetary judgments*, ou seja, as sentenças que conferem obrigações ao sucumbente diferentes da obrigação de pagar quantia certa revelam grandes dificuldades de harmonização, pois a extensão do poder jurisdicional em cada um dos países é peculiar. Em muitos casos ocorridos em outros estados estrangeiros, as obrigações de fazer ou não fazer, ou mesmo as buscas e apreensões, não são admitidas na extensão em que o são no Brasil, por exemplo. Ademais, uma intervenção tão direta sobre o comportamento das pessoas ou sobre bens tangíveis causa receio de uma invasão maior da jurisdição estrangeira. Embora tais restrições tenham evoluído no texto do anteprojeto para revelar maior confiança mútua, a importância do tema da propriedade intelectual eleva as restrições protetivas ao ponto de somente serem toleradas para plena circulação as sentenças que imponham obrigação de pagar quantia certa.

Todos esses pontos estão ainda em discussão, destacados entre colchetes no texto do anteprojeto, e serão certamente reapresentados em novembro de 2017. A circulação de sentenças sobre propriedade intelectual será o grande tema de conteúdo material a ser discutido durante a terceira reunião da Comissão Especial. Há, inclusive, previsão de reunião de especialistas na matéria ao longo de 2017 somente para discutir esse assunto.

A forma como o tema vem sendo tratado no curso das reuniões da Comissão Especial revela intenções protetivas por parte dos estados, marcadamente relacionadas com a preservação do princípio de territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, muito embora se vislumbre valor na circulação facilitada dessas sentenças. A experiência de litigância internacional na área de propriedade intelectual relatada durante as reuniões parece indicar um pequeno número de casos em que haveria problemas na aplicação das regras de circulação projetadas. Percebe-se que muitos dos presentes se aferiram a essas dificuldades para obstar a consolidação de um texto contendo normas que cobririam boa parte das hipóteses vislumbradas.

Base para compreensão das propostas sobre propriedade intelectual é observar que a futura convenção não tratará da difusão do poder de outorga dos direitos de propriedade intelectual entre países, tampouco introduzirá alguma forma de internacionalização desses

direitos. Toda a modelagem atual da regulamentação está mantida, pois sobre ela não há deliberação. Está claramente preservado o princípio da territorialidade, que, aliás, é aplicado diretamente nos preceitos estabelecidos com o fito única e exclusivamente de autorizar a circulação de sentenças estrangeiras que outorguem indenizações de natureza privada.

Por outro lado, a imunidade de Estado protege os órgãos públicos dos efeitos de sentenças estrangeiras, que somente circularão pelo sistema da futura convenção se provenientes de Estados perante os quais os direitos de propriedade intelectual foram reconhecidos por ato de Estado, e respeitadas as limitações de influência política correspondentes ao alcance da soberania jurisdicional de cada Estado. O anteprojeto não traz qualquer objetivo de transnacionalidade dos direitos de propriedade intelectual, e não afeta o poder dos Estados de deliberar sobre as condições de outorga ou reconhecimento de direitos de propriedade intelectual. Somente as consequências do exercício desses direitos, desde que canceladas pela jurisdição do território sobre o qual o direito foi reconhecido, é que circularão para outros Estados, e contanto que tenham natureza de indenização.

Para entender as estruturas das disposições sobre propriedade intelectual no anteprojeto, deve-se ter como pressuposto que elas estão separadas em dois gêneros, conforme sejam os direitos sujeitos a registro (ou depósito, licença, ou qualquer outro tipo de ato de Estado que represente outorga de direito), ou simplesmente emerjam de determinados fatos que independem de algum reconhecimento expresso pela autoridade competente no local de seu aparecimento. As diferenças entre o direito material dos diversos Estados com relação a esse tema, não se revelam no direito referente às patentes, razoavelmente uniforme na comparação dos diversos ordenamentos jurídicos, mas sim nas outras formas de propriedade intelectual (marcas, desenhos industriais, direitos de autor e *copyright*, obtenções vegetais).

Tomada essa primeira segmentação, uma outra que com ela convive em mesmo nível é a que distingue entre discussões sobre direitos de propriedade intelectual quanto a sua *validade* (propriedade, titularidade, regularidade de registro, depósito, outorga), e outras que buscam proteger tais direitos contra *violações*, como nos casos de pirataria de marcas, violação de privilégio de patente, de plágio, ou de questões contratuais sobre propriedade intelectual. A lógica envolvida nessa segmentação deriva

da percepção de que as discussões sobre validade estão intimamente ligadas ao reconhecimento por ato de Estado, de império vale dizer, expresso em ato individuado ou por previsão abstrata, caracterizando o exercício de poder soberano de Estado. Já as discussões sobre infração ou violação têm uma natureza muito mais privada, interpessoal. Esses são os caracteres que ensejam a diferença entre categorias, e conseqüentemente impactam o acordo dos Estados sobre a futura circulação de decisões judiciais.

Cotejando as duas categorias, que convivem em mesmo nível, obtêm-se quatro situações, a saber:

Caso1. Direito sujeito a registro; discussão sobre validade (artigo 6.a)

Caso2. Direito sujeito a registro; discussão sobre violação (artigo 5.1.k)

Caso3. Direito emergente do fato; discussão sobre validade (artigo 5.1.l)

Caso4. Direito emergente do fato; discussão sobre violação (artigo 5.1.m)

O artigo 6º cuida das bases exclusivas de jurisdição, cujas regras se superpõem às do artigo 5º. Delibera sobre questões que é reservada a competência exclusiva pelos Estados em geral, e são os únicos preceitos que estabelecem a obrigação dos membros da convenção de recusar reconhecimento e execução de qualquer sentença que não atenda à regra de contato estabelecida, que no tema da propriedade intelectual observa diretamente a territorialidade. A leitura mais aprofundada desse dispositivo revela que está a traduzir, de forma negativa, uma harmonização das normas sobre jurisdição, iniciando, pois, a uniformização das normas de jurisdição direta: os Estados que aderirem à futura convenção concordarão que para os assuntos tratados no artigo 6º as únicas bases jurisdicionais aceitáveis são aquelas ali declaradas.

Aplicando às categorias acima descritas as regras dos respectivos dispositivos do anteprojeto, teremos o seguinte:

Caso1. **Registro+validade** (art.6.a) - somente circula a sentença proveniente do Estado de registro;

Caso2. **Registro+infração** (art.5.1.k) - somente circula a sentença proveniente do Estado de registro;

Caso3. **Fato+validade** (art.5.1.l) - somente circula a sentença proveniente do Estado sob cuja lei o direito se constitui (*is governed by the law of the State of origin*);

Caso4. **Fato+infração** (art.5.1.m) - somente circula a sentença proveniente do Estado sob cuja lei o direito se constitui (*is governed by the law of the State of origin*);

Como se pode ver, em todos os casos o princípio da territorialidade está claramente respeitado. Não se constitui um sistema de jurisdição universal sobre direitos de propriedade intelectual ou de transnacionalidade de direitos dessa natureza independentes da tutela do Estado que os reconheceu.

Ao contrário, para que um beneficiário do sistema de proteção intelectual conferido por um Estado possa se valer do sistema facilitado de circulação de sentenças sobre direitos de propriedade intelectual, será necessário que tenha obtido seu provimento de acordo com o princípio da territorialidade. Especificamente quanto ao *Caso1*, acima referido, a valorização do princípio da territorialidade é ainda maior, pois estabelece a obrigação dos Estados-parte da futura convenção de *recusar* as sentenças que não tenham sido proferidas em conformidade com dito princípio.

Ainda dentro das hipóteses em discussão, é importante ressaltar que a controvérsia evidenciada nas negociações só é relevante quando se pretende a circulação de uma sentença oriunda de um país em que um determinado direito de propriedade intelectual não depende de registro para um país em que o registro é necessário. Isso porque a circulação de uma sentença de país no qual o direito em questão não está sujeito a registro para outro de sistema similar, ou mesmo a decisão oriunda de um país em que o dito direito necessita ser registrado para outro onde o registro também é necessário, não causam problema de aplicação da regra da convenção, e respeitam integralmente o princípio da territorialidade.

4. TEMAS QUE MERECEM A ATENÇÃO DO BRASIL

Está claro o interesse do Brasil em engajar-se na futura convenção, pois as sentenças brasileiras historicamente encontram resistência para reconhecimento e execução no exterior, em função das regras de controle indireto de jurisdição presentes na legislação interna de diversos Estados (semelhantes às dos artigos 5º e 6º do anteprojeto). No fluxo reverso, o atual sistema brasileiro de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, consubstanciado nas regras dos artigos 960 a 965 do Código de Processo Civil de 2015, permite a homolo-

gação da sentença estrangeira sem investigar os elementos de contato que vincularam o caso com a jurisdição estrangeira⁵. De ressaltar, como já dito na Crônica de 2016 e no início desta, que o Brasil participou ativamente do Projeto de Sentenças Estrangeiras da Conferência da Haia, desde a etapa dos Grupos de Trabalho e de Especialistas, às duas reuniões da Comissão Especial. Continua, ainda, a se preparar ativamente para a terceira reunião e subsequente Conferência Diplomática.

No que diz respeito a temas específicos, dois mereceram a atenção do país: a proteção do consumidor e a propriedade intelectual.

No que diz respeito ao primeiro, sobre a *proteção ao consumidor*, tema que o Brasil tentou influenciar nas primeira e segunda reuniões, é preciso ressaltar que a discussão já saiu da pauta. A definição adotada no anteprojeto (artigo 5.2: [...]*a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) in matters relating to a consumer contract*[...]) ainda que mais restritiva do que a do direito brasileiro, atende os interesses nacionais e dos demais Estados negociadores, pois no momento nada há a facilitar a circulação internacional de sentenças a favor do consumidor (que circularão segundo as regras gerais do artigo 5.1). Em contrapartida, aquelas decisões contrárias ao consumidor somente circularão se produzidas em seu Estado de residência habitual ou em algum outro Estado a que tenha se submetido de forma expressa.

Com relação ao segundo tema, sobre a composição dos dispositivos relevantes para os *direitos de propriedade intelectual* contemplados no anteprojeto ainda em colchetes, pode-se dizer que os interesses brasileiros parecem adequadamente protegidos. A convenção favorece diretamente a possibilidade de circulação de sentenças brasileiras sobre o tema para outros países para o fim de execução de obrigações de pagar quantia certa, o que valoriza e qualifica a jurisdição brasileira. Isso permitirá que a jurisdição brasileira venha a ser utilizada como uma opção para os interessados em obter um resultado prático, ou seja, uma decisão brasileira terá sua execução

5 Veja-se que de acordo com o inciso I do artigo 963 do CPC 2015, o requisito é de que “a decisão tenha sido proferida por autoridade competente”. A jurisprudência consolidada do STJ entende que esse conceito deve ser definido pela autoridade prolatora. A impossibilidade de homologação se dá somente quando se trata de hipótese de competência exclusiva da autoridade brasileira, nas três situações do artigo 23 do CPC de 2015 (correspondente ao artigo 89 do CPC de 1973).

em outro país facilitada.

A intenção de determinados países presentes na negociação de incluir algum dispositivo preservando genericamente sua jurisdição exclusiva os está conduzindo a considerar a questão fechada a novos desdobramentos, pelo menos no âmbito da Comissão Especial. Embora haja interesse da Rússia em contar com o apoio do Brasil para novas propostas nesse sentido, a perspectiva de sucesso da iniciativa é exígua, tendo em conta a posição já externada pelos demais países e a necessidade de que o texto final seja resultado do consenso dos presentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestes comentários aos resultados da segunda reunião da Comissão Especial, e com vistas à preparação para a terceira reunião de novembro de 2017, é preciso repetir como um mantra os dois objetivos primordiais que devem constar da futura Convenção, elencados pela Conferência da Haia em seu comunicado sobre o trabalho realizado:

- a) melhorar o acesso prático à justiça, através do reconhecimento e execução de sentenças (o que é relevante para o objetivo nº16 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável⁶); e
- b) facilitar o comércio e o investimento e contribuir para o crescimento econômico, através do aumento da segurança jurídica e da redução dos custos e incertezas associados com transações e com a resolução de litígios transfronteiriços.

É certo que a futura convenção servirá para promover a circulação de decisões judiciais, sob determinadas garantias adequadas, reduzindo a necessidade de duplicação de processos em dois ou mais Estados Contratantes. Como consequência, o aumento da previsibilidade de execução de decisões judiciais estrangeiras, hoje inexistente pela ausência de normas uniformes internacionais, diminuirá os custos e prazos para o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, tornando-os mais adequados à padronização das práticas de comércio internacional. Pessoas físicas e jurídicas farão escolhas melhor informadas sobre o local da demanda (o foro), e terão clareza sobre ser possível a futura execução da decisão.

6 *Goal 16 - Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels.* Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg16>, acesso em: 22jul.2016.

A versão produzida na segunda reunião indica que as pontes construídas entre os diversos países para chegar ao projeto em discussão estão cada dia mais sólidas, e o desejo de cooperação começa a dar resultados.

Do ponto de vista da atuação do Brasil durante as negociações, merece destaque a articulação com os países da América Latina e Caribe (através do grupo chamado de GRULAC), que permitiu a formulação de propostas conjuntas. O apoio mútuo desses diversos países presentes na reunião, assegura maior sucesso de mudanças no texto, se comparado às tentativas isoladas. As demais delegações passaram a recorrer à brasileira para buscar apoio a propostas, esclarecer dúvidas e testar novas possibilidades de negociação.

O trabalho prosseguirá nos próximos meses em preparação para a terceira reunião da Comissão Especial, em novembro de 2017, com a elaboração de notas técnicas e reuniões de difusão de conhecimento, sondagem dos interesses de vários grupos no Brasil, e negociações preparatórias à reunião, tudo sob a supervisão do Ministério das Relações Exteriores e outros órgãos governamentais envolvidos. A expectativa é de finalização de um texto completo de convenção, com alto índice de apoio dos membros da Conferência da Haia, a ser levada para a Conferência Diplomática, provavelmente ao final de 2018, que chancelará, afinal, a nova convenção sobre sentenças estrangeiras.

Crônica 2: O Direito Transnacional e os episódios das carnes

Gustavo Ferreira Ribeiro

1. INTRODUÇÃO

Deflagrada em março de 2017, a operação *carne fraca* ocupou amplamente os noticiários. Nas análises empreendidas, três enfoques predominaram. Primeiramente, os aspectos penais da operação, como corrupção, crimes praticados por funcionários públicos e crimes contra o consumidor. Afinal, as acusações envolviam formação de organização criminosa, liberalização de comercialização de carnes sem a devida fiscalização

sanitária, mistura do produto com papelão, entre outras. Em segundo lugar, sendo a carne, bovina e de frango, itens relevantes na pauta de exportação brasileira, as “suspensões comerciais” aplicadas ao caso mereceram análises sob a ótica das relações internacionais. Isso porque autoridades sanitárias estrangeiras anunciavam desde pedidos oficiais de informações (ex. Israel) até a suspensão total das importações (ex. México, Catar e Argélia). Por fim, e ligado ao enfoque anterior, a capacidade de gestão da crise (ou não) por parte do Governo brasileiro foi posta em xeque na esfera política.

Somando ao episódio, mais recentemente, no período em que esta crônica estava sendo finalizada, novas barreiras comerciais foram impostas à carne brasileira. Dessa vez, sobre a carne fresca, *in natura*. Alegava-se a existência de supostos riscos relacionados à vacinação do gado contra a febre aftosa. O procedimento de vacinação gerava, segue o argumento, abscessos nos animais, afetando a qualidade da carne e, por fim, a saúde humana.

Em um e outro caso (carne fraca ou aftosa), assisteu-se ao périplo das delegações brasileiras, associações e empresários junto a governos estrangeiros, importadores e organizações internacionais a fim de se manter o fluxo comercial já estabelecido. A agenda tem como fim demonstrar um sistema robusto de controle e os baixos riscos do produto brasileiro, mantendo os mercados em operação.

Nesse contexto, pouca atenção foi direcionada à metodologia jurídica para a análise das situações descritas. O conceito de *direito transnacional*, propõe-se nessa crônica, pode ser útil para compreendê-las e demonstrar a incompletude de visões puramente publicistas ou privatistas do direito internacional.

O termo *direito transnacional*, cunhado por Phillip Jessup, em 1956, reconhece a dificuldade de se encontrar uma expressão apropriada para a análise de problemas internacionais que irradiam efeitos de forma difusa na comunidade internacional. Serve como crítica à separação clássica do direito internacional entre público e privado (e também entre direito internacional e interno), muito utilizada na compartimentalização da disciplina nas próprias universidades e entre seus praticantes. Para Jessup, o direito transnacional “incluía todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público como privado são incluídos, assim como outras regras que

não totalmente se ajustam a essas categorias padrões”⁷.

Ainda que pesem críticas acerca dessa definição, para efeitos desta crônica, extrairemos elementos que encontram suporte na proposta de Jessup e em elaboração doutrinária superveniente⁸. Isto é, o direito transnacional reflete a pluralidade de atores na produção normativa aplicável a fatos internacionais, evidenciando a ausência de delineamentos exatos entre o direito internacional público e privado.

Portanto, esta crônica retoma o transnacionalismo do direito como aporte metodológico para análise dos *episódios carnes*. Neles, a conexão internacional é óbvia, há multiplicidade de atores e, potencialmente, de *normas* (estatais e não-estatais) aplicáveis, interpolando-se ordens internacionais públicas e privadas.

Para fins expositivos, a análise é dividida, inicialmente, em um modelo mais tradicional. Embora o corte possa parecer paradoxal frente à metodologia proposta, ao a utilizarmos, expõe-se justamente sua fragilidade.

2. TRANSNACIONALISMO E DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Procuraremos ressaltar, nesta seção, os aspectos dos episódios das carnes que guardam maior relação com hipóteses de incidência, ou enunciados descritivos, pertinentes ao direito internacional público.

A possibilidade de governos adotarem suspensões de importação com base em medidas sanitárias visando a proteção de seus nacionais e residentes decorre do próprio exercício da soberania estatal. As regras de comércio internacional refletem naturalmente essa prerrogativa.

Se pensarmos no multilateralismo comercial pós-Guerra, já no *General Agreement on Tariffs and Trade* de

1947 (GATT-1947), a aplicação de medidas comerciais a fim de se garantir à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais estava prevista como *exceção geral* em seu artigo XX(b). A utilização da medida era – e ainda é – condicionada ao requisito de não se constituir a própria medida um meio de discriminação arbitrária ou injustificada.

Não diferentemente, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), o recurso ao artigo XX(b), com a mesma redação dada ao atual GATT-1994, permite acomodar o uso de medidas governamentais com esses fins, havendo farta jurisprudência da OMC sobre o tema. A exceção geral, entretanto, é lida com dispositivos mais específicos aplicados a determinadas áreas do comércio internacional, como o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). O último traz o arcabouço multilateral de regras para orientar a elaboração, adoção e aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias⁹ pelos Membros da OMC, reduzindo ao mínimo seus efeitos negativos sobre o comércio.

O SPS segue a fórmula geral do GATT-1994. Permitem-se exceções ao livre comércio - consubstanciadas em suspensões, embargos ou medidas de restrição comercial - quando houver necessidade de proteger a vida e a saúde das pessoas, dos animais ou preservar vegetais. Tais medidas não devem, entretanto, constituir um meio de discriminação arbitrário ou em uma restrição encoberta ao comércio internacional.

Adicionalmente, face ao tipo de regulação coberta pelo SPS – medidas sanitárias e fitossanitárias - requer-se que estas sejam aplicadas na medida do necessário à proteção almejada e se baseiem em princípios e evidências científicas, não devendo ser mantidas sem que exista um mínimo de evidências¹⁰.

Em se tratando de um caso de urgência visando a proteção à população, mecanismos comumente utilizados para prover transparência e intercâmbio de informação entre os Membros da OMC, como notificações, são, além disso, relativizados; não haveria, por decorrência lógica, a obrigação da publicação da medida co-

7 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 2. Vejam-se as denominadas “Storr lectures” lecionadas por Jessup na Yale Law School.

8 Entre os diversos autores que se dedicaram ao tema, veja-se KOH e seu processualismo transnacional (KOH, Harold. *Transnational legal process*. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 1, p. 181-207, jan. 1996); igualmente, a recente pesquisa de Halliday e Shaffer acerca de ordens transnacionais (HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory. *Transnational legal orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

9 Como uma hipótese potencialmente relacionado à carne, seriam medidas dessa natureza aquelas destinadas a “proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, dos riscos resultantes da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo sobre as Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). ANEXO A, art. 1(b).

10 SPS, art. 2.1 e 2.2.

mercantil com antecedência, muito menos prazos para comentários para outros Membros, o que ocorreria em condições que não envolvam crises.¹¹ Na anormalidade, primeiramente, protege-se. Posteriormente, os demais Membros afetados pelas medidas poderão solicitar esclarecimentos sobre a legalidade e razoabilidade das medidas adotadas. As normas e a jurisprudência da OMC prestam deferência, assim, a situações de urgência, bem como aos critérios para distinguir quando, sob a justificativa de se promover à saúde, encobrem-se medidas puramente protecionistas.

Nessa seara, existem mecanismos próprios de consultas e, eventualmente, solução de controvérsias (painéis e Órgão de Apelação da OMC) que, certamente, se fundam em regras de direito internacional público e cujas decisões possuem efeito “estatocêntricos” diretos.

Por que insistir, então, pelo direito transnacional como uma opção metodológica mais adequada para a análise do caso? Vislumbramos pelo menos dois argumentos.

No que toca os atores envolvidos, os Membros da OMC são *meta* ou *proto dententores* dos direitos discutidos (como reclamante ou reclamado). Assumem a proteção diplomática dos afetados de acordo com sua conveniência, mas também como função direta do interesse comercial envolvido. Afinal, não são os Membros da OMC os exportadores ou importadores de carne, mas empresas que geram impostos, empregam e financiam campanhas. Na mesma linha, do ponto de vista dos procedimentos de consultas ou contenciosos, embora sejam os Membros a possuir *capacidade postulatória* no OSC da OMC, são igualmente conhecidos os arranjos feitos por associações empresariais, indústrias e escritórios de advocacia no auxílio da defesa estatal.

Já em relação à normativa aplicável, poder-se-ia imaginar que as menções¹² do Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC à preservação dos “direitos e obrigações dos Membros” dos “acordos abrangidos” em conformidade com “as normas correntes de interpretação do direito internacional públicos” isolam o OSC da OMC da incidência de produção normativa não-estatal. A percepção se reforça quando se tem em mente o incentivo dados aos Membros de adotarem, no

campo do SPS, padrões internacionais de certas organizações de referência (em especial, o *Codex Alimentarius*, a Organização Mundial da Saúde Animal e a Convenção Internacional de Proteção Vegetal). A referência aos padrões internacionais serve como forma de harmonização de medidas e como presunção de que, uma vez baseados nesses padrões, são essas medidas necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal. São assim consideradas compatíveis com os acordos abrangidos até que se prove o contrário, impondo um ônus de prova elevado à parte reclamante.¹³

Porém, devemos observar a proliferação dos ditos “padrões privados” nas cadeias de produção global de alimentos. Tratam-se de padrões que emergem da dinâmica empresarial, integração de cadeias produtivas e da demanda de consumidores frente a produtores em mercados mais sofisticados. Afetando atacadistas, produtores, importadores, exportadores, para que se ilustre, esses padrões podem vir acompanhados de certificações de natureza privada e impõem requisitos de qualidade e segurança sobre alimentos. A não conformidade a esses padrões geram efeitos na esfera contratual privada, podendo gerar quebra de contrato. Ao mesmo tempo, vem de encontro a uma questão ainda em aberto na OMC: o alcance do SPS sobre os padrões privados.

Embora os episódios das carnes não derivem diretamente de uma medida oriunda de um padrão privado, mas que pode emergir a qualquer momento, seguramente esse é um tema no qual o liame entre direito internacional público e normativa não-estatal vem de encontro.

3. TRANSNACIONALISMO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A adoção de suspensões de importação possui efeitos na relação contratual privada; isto é, os negócios jurídicos – contratos de compra e venda internacional – realizados entre as empresas brasileiras exportadoras de carne e importadores mundo afora sofrerão impactos. Nesta seção, de forma análoga à anterior, evidenciaremos a relação dos episódios carnes com o direito internacional privado. Ato contínuo, exporemos a análoga deficiência da visão eminentemente privatista acerca

11 SPS, Anexo B, para. 2; para 6.

12 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo geral sobre tarifas e comércio: anexo 2: entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias (ESC), arts. 2 e 3.

13 SPS, arts. 3.1 e 3.2.

dos episódios, se já não resta clara.

É comum, na compra e venda internacional de mercadorias, que as partes contratantes incorporam em seus instrumentos os conhecidos Incoterms - elaborados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), em 1936, e cuja última versão é de 2010. A CCI não é, em absoluto, e como se sabe, uma organização internacional. Trata-se de uma entidade privada referida como uma das principais expressões da *nova lex mercatoria* (conjunto de normas e foros para solução de controvérsias, de natureza privada). Tais normas desempenham função de uniformização, uma das técnicas do direito internacional privado, de cláusulas contratuais. Quando utilizadas, visam estabelecer direitos e obrigações que, definidos e especificados nos próprios Incoterms, descolam-se dos ordenamentos domésticos nas quais os atores privados se situam ou se conectam. Os procedimentos de criação e revisão das cláusulas da CCI, legitimando seu uso na comunidade empresarial, envolvem comitês nacionais compostos por empresas, escritórios de advocacia, associações e câmaras de comércio – todos de natureza privada.

Na exportação da carne brasileira, por exemplo, bastante comum é a utilização de contratos contendo os Incoterms *Free on Board* (FOB) e *Cost and Freight* (CFR). No primeiro caso, o vendedor (frigorífico brasileiro) encerra suas obrigações e suas responsabilidades quando a mercadoria é entregue a bordo do navio no porto de embarque. No segundo caso, além dessa obrigação, o vendedor contrata e paga frete e custos necessários para levar a mercadoria até o porto de destino combinado. Em comum, e de importância, nos dois casos, os riscos de perda ou danos à carga são transferidos ao importador. Assim, as responsabilidades e os riscos entre vendedores e compradores são definidos a priori pelos Incoterms de forma independente do ordenamento estatal de origem e de destino do produto; por exemplo, das regras de cada Código Civil, ou de seu análogo, em cada jurisdição.

Estes contratos, em sua imensa maioria, contêm ainda menções a hipóteses de força maior ou fato do príncipe que podem estar relacionadas aos embargos à carne. Caso o contrato tenha seguido a redação proposta pela CCI, que também oferece um modelo de redação de força maior que pode ser utilizado por simples remissão a ela, entende-se que quando uma parte descumpra suas obrigações por um motivo razoavelmente fora de seu controle e imprevisto, ela resta exonerada, li-

berada de suas obrigações. A CCI indica, inclusive, uma listagem exemplificativa de eventos que incluem guerra, terrorismo e os denominados “atos governamentais” (ou “fatos do príncipe”, do direito administrativo), que poderiam acomodar os episódios relativos às medidas sanitárias de suspensão comercial.

Se estamos diante então de questões privadas com ponto de conexão internacional, retomamos a pergunta: por que se insistir pelo direito transnacional como uma opção metodológica mais adequada para a análise do caso? Vislumbramos, outrossim, pelo menos dois argumentos, além da relação estado e atores privados já abordada na seção anterior.

Primeiramente, a percepção de que a produção da *nova lex mercatoria* emana apenas de entes privados merece ressalvas. Essa produção é difusa e toma curso em organizações internacionais, como o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit). A origem da organização (1926) se situa no clássico sistema intergovernamental, então sob os auspícios da Sociedade das Nações, contando, atualmente, com 63 sujeitos tidos como tradicionais no direito internacional público: estados. E similarmente à CCI, a Unidroit oferece instrumentos, sob a forma de princípios gerais, aplicáveis aos contratos comerciais internacionais. Não é incomum que um mesmo contrato faça referência aos Incoterms da CCI e aos princípios do Unidroit¹⁴.

No que concerne o direito aplicável a um determinado contrato nos episódios das carnes, quanto à responsabilização contratual e incidência de força maior, tudo dependerá, inicialmente, da opção das partes em negociar ou litigar. Se se opta pela última, deve-se proceder à apreciação caso-a-caso dos fatos, das inúmeras combinações de cláusulas nos contratos, bem como o subsistema de direito aplicável no foro competente (estatal ou arbitral).

O que se quer chamar atenção aqui é de que a visão estritamente privatista faz jus a ponderações. Mesmo que as normas não-estatais utilizadas tenham emana-

14 Não nos referimos ao modelo da Uncitral por se tratar de um modelo de produção normativa mais próximo a um modelo público, pela elaboração de tratados, por exemplo, da CISG. Veja-se BRASIL. Decreto n. 8.327, 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 01 junho 2017.

do de processos privados, como uma forma de melhor coordenação entre agentes econômicos, poderá ser necessário que sejam transpostas às comunidades formais¹⁵. É o caso por exemplo, das partes terem escolhido um foro estatal para a eventual solução do litígio contratual. Imaginemos, nesse caso, que as partes fizeram amplo uso da autonomia de vontade na redação do contrato e optaram pelo uso de Incoterms e princípios do Unidroit como seus elementos. Efetivamente, o foro concernente só dará deferência¹⁶ à autonomia e a própria *lex mercatoria* casos sejam esses elementos reconhecidos como fontes de direito naquele foro sob alguma categoria (ex. princípios, costumes etc.). E mesmo se pensarmos que o litígio tenha sido levado à arbitragem internacional, mecanismo alternativo que dá ampla deferência à autonomia da vontade, como se supõe, não se pode descartar a eventual objeção da parte vencida ao cumprimento da sentença arbitral. Nessa última hipótese, caso seja necessário, a coercitividade da decisão, ou a força executiva da sentença arbitral, demandará a atuação do tradicional ator - estado - que, de acordo com as particularidades de seu sistema jurídico e convenções ratificadas sobre o tema, poderá reconhecer ou não aquela decisão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O termo transnacionalismo comporta suas próprias dificuldades. Tornando-se amplo demais, qualquer situação se torna apta a ser por ele estudada, caracterizando como um modelo não falseável.

Porém, se entendermos que a utilização do transnacionalismo serve para revelar a insuficiência da divisão metodológica do direito internacional entre público e privado, emerge sua utilidade. Expõe-se a partir daí as incoerências de visões maniqueístas do direito internacional em dois ramos. Visualiza-se a pluralidade normativa aplicável aos problemas internacionais, cujo emanção deixou de ser, a muito, monopólio estatal. Ainda,

15 Processo descrito por Levit em duas fases: o da produção normativa privada (“bottom-up”) e como a transposição à comunidade formal (“to embedded in national law”). Veja-se: LEVIT, Janet Koven. Bottom-up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law. *Yale Journal of International Law*, v. 32, 2007. p. 393-420.

16 O que parece ser uma expectativa legítima, mas não necessariamente o é.

de relevância para esta crônica, apontam-se os pontos comunicantes entre os ramos.

Os episódios das carnes nos pareceram propícios ao exercício proposto. A análise de suspensões comerciais sob a ótica inteiramente pública, de um acordo internacional (SPS da OMC) e o OSC da OMC, mascara a multiplicidade dos atores envolvidos, bem como a complexidade do direito aplicável. Basta considerarmos os padrões privados do comércio (embora os episódios da carne, como se disse, não tenham derivado desta última problemática - mas poderiam) como um desafio presente no sistema.

Igualmente, a visão privatista dissimula a complexa formação da “produção privada” do direito, como nos casos das cláusulas e princípios oferecidos pela CCI e Unidroit. Além disso, não podemos olvidar do papel do estado como detentor do monopólio coercitivo, caso necessite ser acionado, e seus próprios filtros interpretativos e categóricos ao transpor a produção de normas privada às comunidades formais.

Evidenciam-se assim, senão os ganhos do transnacionalismo para a análise do problema, a incompletude de uma divisão rígida entre o direito internacional público e privado.

II. Decisões

Crônica 3: A irresistível força da ordem pública e a homologação de sentenças estrangeiras pelo STJ

Fabício Bertini Pasquot Polido

1. INTRODUÇÃO

Duas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça em ações de homologação de sentenças revelam as distintas percepções sobre a função e alcance dos regimes de reconhecimento e execução de decisões judiciais e arbitrais estrangeiras no Brasil e os limites estabelecidos pela ordem pública. Até aqui nada de novo em um

tema absolutamente clássico do Direito Internacional Privado. Nos casos *Abengoa/Dedini Agro*¹⁷ e *Usinas Itamarati*¹⁸, o STJ foi confrontado com a necessidade de examinar mais profundamente aspectos centrais que envolvem os mecanismos de reconhecimento e execução de sentenças no direito brasileiro.

Se o princípio da ordem pública foi a protagonista dessa vez, é certo que sua força irresistível marcou presença no controle jurisdicional promovido pelo STJ sobre as sentenças levadas à homologação. Ainda que chegando a resultados distintos, mas não menos significativos, o STJ demarcou sua posição como órgão que não pode ser confundido com, ou reduzido à, instância meramente cartorial no regime de reconhecimento e execução de sentenças. Nesse breve ensaio, discuto os desdobramentos dos casos para o direito internacional privado e questões de sua vertente processual em ações de homologação de sentenças estrangeiras.

2. O CASO 'ABENGOA/DEDINI AGRO'

O litígio no caso *Abengoa* concentra-se nas reclamações apresentadas por empresas do grupo controlado pela *Asa Bioenergy Holding A.G.*, constituída e existente segundo as leis da Suíça ("Asa Bioenergy A.G."), contra *Adriano Giannetti Dedini Ometto* e *Adriano Ometto Agrícola Ltda.*, em virtude do alegado inadimplemento de contrato de venda e compra de quotas sociais celebrado entre as partes, pelo qual a parte brasileira deveria transferir o controle do Grupo *Dedini Agro* para a *Abengoa*. Vale destacar que o Grupo *Dedini Agro* representa um dos maiores conglomerados do segmento sucroalcooleiro no Brasil, tendo as partes estabelecido o preço de aquisição do controle em aproximadamente US\$ 297 milhões. Com a conclusão da operação, a adquirente *Abengoa* assumiria uma dívida de US\$ 387 milhões do grupo brasileiro.

Depois de firmado o contrato base, a *Asa Bioenergy A.G.* suscitou inúmeros questionamentos sobre vio-

lação de deveres de informação pela parte brasileira, em particular a alegada manipulação de dados relevantes para precificação e determinação dos riscos do negócio ainda na fase de auditoria ("due diligence") e inadimplemento das garantias contratuais estabelecidas. Segundo o acórdão em comento, o Grupo *Dedini Agro* teria afirmado "possuir capacidade para moer cerca de 7,1 milhões de toneladas de cana por ano-safra, com valor médio de US\$ 100,00 por tonelada. Tais informações, sopesadas na fixação do preço total da operação, não se confirmaram, constatando-se déficit na capacidade de moer de 1 milhão de toneladas, o que levou ao pedido indenizatório".

Como resultado, a requerente na ação homologatória havia instaurado dois procedimentos arbitrais segundo as regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Nova Iorque, EUA, nos termos da cláusula compromissória existente no contrato de venda e compra¹⁹. De acordo com as decisões arbitrais proferidas, a parte brasileira foi condenada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 389.214.361,18. Entre as questões mais relevantes, ainda no curso do contencioso arbitral nos Estados Unidos, destacava-se a impugnação do árbitro presidente do Tribunal, com fundamento em alegada violação à imparcialidade e à independência, considerando ser ele sócio sênior de renomada banca de advocacia em Nova Iorque e ter defendido interesses das requerentes *Abengoa* em outros procedimentos anteriores ou precedentes, incluindo o recebimento de honorários no curso das arbitragens. Sem êxito em seu pedido, a parte brasileira intentou ação anulatória dos laudos arbitrais perante o juízo estatal, especificamente o Tribunal Regional Federal dos Estados Unidos para o Distrito Sul de Nova York, que rejeitou as pretensões formuladas. Naquela ocasião, a justiça dos Estados Unidos considerou inexistirem provas suficientes sobre alegada parcialidade do árbitro, decisão que foi mantida pelo Tribunal de Apela-

17 STJ, *Abengoa e outros vs. Adriano Ometto e Adriano Ometto Agrícola Ltda.*, Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412, Rel. Min. Felix Fischer, acórdão de 19 de abril de 2017, in DJE de 30 de maio de 2017.p.1-89.

18 STJ, *Merrill Lynch Capital Services Inc. vs. Usinas Itamarati S.A.*, Sentença Estrangeira Contestada nº 12.143, Corte Especial, Rel. Min. Raul Araujo, acórdão de 29 de março de 2017, in DJE 19/04/2017, p.1-40.

19 Conforme relatoria do acórdão, de autoria do Min. Felix Fischer, os dois procedimentos arbitrais CCI n. 16.176 e CCI n. 16.513 ocorreram simultaneamente em Nova Iorque - Estados Unidos, conduzidos pelo Tribunal Arbitral constituído pelos seguintes árbitros: Guillermo Aguiar Alvarez (sócio do escritório King & Spalding LLP), indicado pelas requerentes *Abengoa*; José Emílio Nunes Pinto, brasileiro, indicado pelos requeridos; e David Rivkin (sócio do escritório Debevoise & Plimpton LLP), indicado pelos co-árbitros como presidente do tribunal arbitral. Pelos termos de arbitragem, as partes escolheram a lei brasileira como aplicável e adotaram a Língua inglesa como idioma oficial, resultando em duas sentenças que foram objetos da ação homologatória junto ao STJ.

ção do Segundo Circuito.

Em sequência, no Brasil, a Asa Bioenergy A.G ajuizou ação de homologação no STJ, com o objetivo de alcançar o reconhecimento e execução dos laudos arbitrais proferidos nos Estados Unidos. Em sua contestação, a parte requerida alegava que as sentenças estrangeiras não poderiam ser homologadas, visto que os procedimentos arbitrais estariam inquinados de vícios como a quebra da imparcialidade de árbitro, a despeito de essas mesmas alegações já terem sido afastadas pelo Tribunal Arbitral e pela Justiça Federal estadunidense, conformando mérito da decisão sobre a impugnação naquela jurisdição.

Como subsídios para contestação da sentença estrangeira perante o STJ, os requeridos sustentavam a parcialidade do árbitro indicado como presidente do Tribunal Arbitral - David Rivkin, sócio do escritório Debevoise & Plimpton LLP, em virtude de seus vínculos precedentes em defesa de procedimentos envolvendo a Abengoa e que não foram devidamente revelados na instituição da arbitragem, além da desconsideração de provas, materializadas por correspondências eletrônicas, essenciais para a defesa no contencioso levado a cabo em Nova Iorque. A parte requerida também alegava a violação de princípios da reparação legal e da legalidade e o desrespeito à lei brasileira – escolhidas como aplicável ao litígio pelas partes - na fixação do quantum indenizatório a ser pago pelo Grupo à Abengoa.

Com base nesses elementos, o Grupo Dedini Agro sustentava manifesta violação à ordem pública e aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, nos termos dos Arts.38 e 39 da Lei brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307 /1996) e Art.V.II(b) da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto no 4.311/2002).

Em sua réplica, as requerentes do grupo Abengoa, buscando afastar os argumentos defendidos pela requerida, observavam que, em ações de homologação processadas perante o STJ, a análise do Tribunal deveria se restringir aos aspectos meramente formais, sendo proibido o reexame do mérito da causa. Nessa mesma linha manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer indicando ser de “contenciosidade limitada” o procedimento de homologação de sentença estrangeira, “restrito à análise de determinadas formalidades

e da inexistência de incompatibilidade entre a decisão proferida pela autoridade estrangeira e o ordenamento jurídico pátrio”.

Em seu Voto, o Ministro Relator Felix Fischer considerou que o STJ não poderia reapreciar questões de mérito como a do impedimento suscitada no curso do procedimento arbitral nos Estados, e examinada pelo Tribunal de Apelação para o Segundo Distrito, pois seria competência daqueles órgãos processar e julgar impugnações e demandas afetas à violação da parcialidade pelo árbitro presidente do tribunal arbitral²⁰. Após colacionar uma série de ementas de acórdãos em ações homologatórias no STF e STJ, demonstrando o entendimento de que nesses procedimentos a autoridade judiciária brasileira estaria limitada a examinar aspectos formais da sentença estrangeira para fins de seu reconhecimento e execução no Brasil, concluiu inexistir qualquer ofensa à ordem pública e que a demanda original teria como “tema de fundo a responsabilidade das partes em ajuste de compra e venda, cujo regramento foi pactuado de acordo com a vontade de ambos os contratantes”²¹. Retomou ainda entendimento do Ministério Público Federal, segundo qual “a análise da compatibilidade da sentença homologanda com a ‘ordem pública’ - conceito jurídico plurissignificante - deve ser apenas a atos e efeitos jurídicos absolutamente impossíveis com o sistema jurídico brasileiro”.

Na divergência, o Voto de Vista do Ministro João Otávio de Noronha ressaltou que, de fato, o procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão arbitral homologanda, exceto se a questão analisada violar frontalmente a soberania nacional ou a ordem pública²². Com base nesse entendimento, o Ministro Noronha prosseguiu em análise que resultou no confronto entre a matéria relativa à imparcialidade do árbitro, conforme questionada pela parte requerida tanto no contencioso arbitral quanto judicialmente nos Estados Unidos – e seus efeitos relativa à ordem pública do foro. Assim se manifestou:

“A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional. Além disso, só se tem por válida a renúncia à garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal

20 STJ, *Abengoa/Ometto*, Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412, cit. nota 1 supra, p.14.

21 *Idem*, p.20.

22 *Idem*, p. 29.

quando os árbitros gozam de independência e confiança das partes. Assim, a sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto a possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente”

Da mesma forma, o Voto de Vista enfatiza o alcance da regra de impedimento contida no Art.14 da Lei brasileira de Arbitragem, que o estabelece como vedação positiva para funcionar como árbitro “as pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, previstas, respectivamente, nos Arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. O desrespeito acarreta a nulidade da sentença arbitral, a teor do art. 32, II, da referida lei”.

Após análise de fatos e circunstâncias que revelaram as relações profissional e comercial subjacentes entre a Abengoa e o árbitro presidente do Tribunal Arbitral que proferiu as decisões contestadas em sede de homologação, o Ministro Noronha deu-se por convencido pela impossibilidade de homologação das sentenças arbitrais. Considerou estarem evidenciados “elementos objetivos aptos a comprometer a imparcialidade e independência do árbitro presidente, que não foram revelados às partes como determina a lei (brasileira)”, estando, portanto em violação aos Arts. 13, 14, caput e § 1º, 32, II e IV, 38, V, e 39, II, da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem)²³.

Ainda em seu Voto de Vista, opinou pela impossibilidade de homologação de parte de uma das sentenças arbitrais quanto à condenação do Grupo Dedini Agro ao pagamento de indenizações fixadas no montante de US\$ 100 milhões. Segundo Noronha, a decisão homologanda teria resultado em violação do princípio da reparação integral e consequente julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, que determinava aplicação da lei brasileira. O Tribunal Arbitral, ao constatar a capacidade de moagem das empresas do Grupo Dedini Ometto inferior àquela declarada pela parte vendedora, teria reconhecido como caracterizado o dolo acidental e fixado indenização com base em avaliação financeira do negócio. Essa decisão, extrapolando os limites da convenção de arbitragem, seria contrária à lei brasileira, eleita pelas partes como aplicável à arbitragem, e que estabelece expressamente que a indenização se mede pela extensão do dano. Segundo Noronha, nos termos do Art. 944 do Código Civil, o dano deve ser efetivo e res-

tar comprovado nos autos, “inexistindo previsão legal que ampare a obrigação de indenizar danos eventuais ou hipotéticos.” Para o magistrado, a indenização fixada pelo Tribunal Arbitral com base no critério do preço do negócio representaria “distorção do sistema brasileiro de responsabilidade civil”.²⁴

Com o resultado da votação pela Corte Especial do STJ, registrou-se no acórdão a decisão pela denegação da homologação das sentenças, tendo a maioria dos membros acompanhado a divergência, vencido o Relator, Ministro Félix Fischer.

3. CASO ‘USINAS ITAMARATI’

Em *Merill Lynch/Itamarati*²⁵, o STJ deferiu a homologação de sentença judicial estrangeira proferida pela Corte de Justiça do Distrito de Nova Iorque, EUA, considerando inexistir ofensa à ordem pública. A controvérsia subjacente referia-se ao contrato de derivativos (Swap) celebrado entre a Merrill Lynch Capital Services Inc. e a Uisa Finance, sociedade com sede nas Ilhas Cayman, e garantido pela parte brasileira, a Usinas Itamarati S.A. No tribunal de origem da decisão, a requerente Merrill Lynch sustentou o inadimplemento do contrato e indenização por perdas e danos, com base na ausência de pagamento de prestações de garantia para cobertura dos saldos negativos apurados na operação de swap, no modo e tempo estipulados pelas partes.

Em junho de 2012, a Corte de Nova Iorque proferiu a decisão condenando as partes UISA Finance e Usinas Itamarati S.A ao pagamento de US\$ 167.805.494,07 como indenização pelo inadimplemento do contrato. Na contestação da ação de homologação ajuizada no STJ pela Merrill Lynch, a parte brasileira alegou ofensa à ordem pública, sustentando que a decisão homologanda conteria diversos vícios, dentre os quais a fundamentação inexistente, negativa de jurisdição, nulidade da garantia prestada (pela alegada ausência de aprovação do Conselho de Administração da companhia, em violação ao direito brasileiro, eleito como aplicável pelas partes).

No acórdão, os votos do Relator, Min. Raul Araujo, e de Vista, do Min. Napoleão Maia Filho convergiram no sentido de que não seria possível considerar as alega-

23 Idem, p.34.

24 Cf. STJ, *Abengoa/Ometto*, cit., nota 1 supra, p.36.

25 STJ, *Merrill Lynch/Usinas Itamarati S.A.*, cit. nota 2 supra.

ções da requerida como fundamentos para ofensa à ordem pública. Se elas fossem apreciadas em concreto, o STJ estaria a examinar o mérito da sentença estrangeira, com a “abertura de rediscussão de questões já definitivamente julgadas pela justiça americana, procedimento incompatível com o juízo de delibação que é próprio do pedido de homologação de sentença estrangeira, conforme remansosa jurisprudência da Corte”.²⁶

4. ESFORÇOS INTERPRETATIVOS DO STJ SOBRE A ORDEM PÚBLICA

Nos acórdãos examinados, o STJ parece ter abandonado sua posição reiteradamente mais cômoda ou evasiva em casos precedentes – em certa medida herdada da orientação jurisprudencial do STF antes da Emenda 45/2004 – e arriscado seguir mais além, aprofundando certos esforços interpretativos em torno do princípio da ordem pública e da função dos regimes de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Ainda me parece cedo falar em formação de jurisprudência em sentido estrito.

Esse giro talvez represente, entretanto, oportunidade para sedimentar entendimentos sobre o caráter limitante-constritivo da ordem pública em procedimentos de homologação de decisões estrangeiras, nos horizontes da sistemática das regras processuais de direito interno²⁷ e de tratados e convenções de que o Brasil é parte, em particular a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

Não seria menos surpreendente o fato de que a discussão travada nos casos *Abengoa* e *Itamarati* tenha repercutido de modo mais intenso justamente em função das dinâmicas do comércio tão presentes na atualidade do contencioso transnacional privado. Empresas continuamente recorrem a tribunais judiciais ou tribunais arbitrais especializados em escala global para resolução de litígios emergentes de suas relações comerciais,

societárias, de investimentos ou relacionadas às novas tecnologias - nos campos da propriedade intelectual e da Internet. E, gradualmente, aquelas sediadas no Brasil passam a compor ativamente esse perfil do contencioso, cujos resultados ecoam, em amplo espectro, em controvérsias discutindo elevados valores indenizatórios a serem pagos pelas partes, desconformidade de bens, serviços e pagamentos internacionais em mobilidade, e mesmo o alcance da responsabilidade contratual e extracontratual resultante das relações jurídicas privadas transfronteiriças.

Todos esses domínios se entrecrocaram com o terreno fértil dos autênticos conflitos entre a supremacia da autonomia da vontade (e.g. subjacente à validade e eficácia das cláusulas de lei aplicável, de eleição de foro e compromissórias de arbitragem), a efetividade dos mecanismos extrajudiciais de solução de litígios e a força irresistível da ordem pública como limitante dos efeitos do direito estrangeiro no ordenamento jurídico do foro. É um tema absolutamente clássico no Direito Internacional Privado.

Não seria necessário, nestas crônicas, revisitar as vertentes teóricas discutindo truncadas definições e o alcance do princípio da ordem pública (sobre seus níveis, relações sistêmicas e coexistência entre a ordem pública interna e a internacional) no contexto de aplicação do direito estrangeiro pelos tribunais nacionais. A questão permanece acesa, vívida, de um lado pela pretensão legítima, no DIP, de reconhecimento de fatos e situações jurídicas contendo elementos estrangeiros pelo “juiz do foro” (uma personagem invariavelmente caricata nas digressões doutrinárias e judiciais, a quem se atribui a prerrogativa de interpretar conceitos jurídicos abertos e indeterminados no momento da aplicação do direito estrangeiro ou de fixar a jurisdição para solução de litígios pluriconectados); de outro, especificamente, ela retoma os critérios interpretativos que definem os limites a esse reconhecimento de fatos, situações e decisões revestidas pelo elemento de ‘estranheira’, tendo o juiz do foro um papel de protagonismo baseado em ampla discricionariedade.

Existe um jogo de equilíbrio, no direito internacional privado, que confere aos tribunais domésticos o poder de decidir não apenas sobre aspectos de mérito do litígio com conexão internacional, refletido na jurisdição do Estado (i.e. a partir de uma vertente processual), mas também o de atribuir efeitos a leis, fatos, atos e negócios

26 STJ, *Merrill Lynch/Usinas Itamarati S.A.*, cit. nota 2 supra, Voto de Vista do Min. Napoleão Maia, p.38.

27 Cf., por exemplo, Arts. 105, I, “I”, da Constituição da República; Arts. 960 e ss. do Código de Processo Civil de 2015, Arts.216-A e ss do Regimento Interno do STJ, com redação dada pela Emenda Regimental 18/2014, introduzindo especialmente o dispositivo contido no Art. 216-F do Regimento (“*Não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública*”).

jurídicos que apresentem conexão com sistema jurídico distinto daquele do foro por mecanismos de aplicação, reconhecimento e execução. Esse jogo dá-se em função de um objetivo sistêmico ulterior: assegurar a continuidade das relações jurídicas privadas (assim como a proteção de interesses a elas concernentes) em múltiplos espaços normativos e jurisdicionais.

Em regimes de reconhecimento de decisões arbitrais e judiciais estrangeiras, esse objetivo assegura, por exemplo, que as partes façam valer suas pretensões subjetivas para além do Estado de prolação da sentença (e.g. cumprimento de obrigações; satisfação do crédito, recuperação de ativos, pagamento de indenizações); na arbitragem comercial internacional, esse debate também refere-se à efetividade dos laudos arbitrais para além do país em que o procedimento arbitral foi conduzido, ou do país cuja lei foi escolhida pelas partes como a lei da sede da arbitragem, em larga medida sedimentado pela prática da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

A ordem pública, por seu turno, como princípio operativo que é, apresenta-se como espécie de filtro, anteparo, constituído de um conjunto de valores e macroprincípios fundantes do ordenamento jurídico, com força reflexa ou repelente dos efeitos do direito estrangeiro. Nos regimes de reconhecimento, ele opera justamente no momento de ingresso do direito estrangeiro no foro, escrutinado pelo controle judicial de atos e decisões estrangeiras. Dessa forma, ainda que atos, sentenças, negócios jurídicos tenham validamente sido produzidos no estrangeiro, seus efeitos podem ser rechaçados no foro em caso de violação da ordem pública. A tendência contemporânea de política legislativa, como bem estampada no Regulamento Bruxelas I, da União Europeia, reafirma a ideia de “manifesta violação” à ordem pública como pressuposto para denegação do reconhecimento de decisões estrangeiras²⁸

Uma questão de direito internacional privado, portanto, seria a de se determinar, de modo casuístico, em quais situações a ordem pública é considerada como tal – em suas dimensões positiva e negativa - para efeitos denegatórios do reconhecimento de decisões estrangeiras, sejam elas judiciais e arbitrais.

28 Cf. Art.45 do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Em Abengoa, o STJ empreendeu esforço interpretativo em torno do princípio da ordem pública como limitante ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, e ali reconhecendo que o atributo da imparcialidade do juiz ou árbitro, na sistemática processual brasileira, seria fundamental, de suporte ao ordenamento jurídico doméstico. Ali, não se tratava de questão meramente a ser endereçada como concernente ao mérito da disputa submetida à arbitragem nos Estados Unidos, segundo as regras de procedimento da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, e escrutinada segundo a Lei Federal de Arbitragem daquele país. Se por um lado, poder-se-ia afirmar que a decisão do Tribunal Arbitral e a decisões conexas da Corte Federal de Apelação para o Segundo Circuito convergiram por desconsiderar a alegação de parcialidade do árbitro presidente pelos requeridos (Grupo Dedini Agro), por outro, o juízo de delibação exercido pelo STJ não a tomou como questão que pudesse ser simplesmente segmentada no binômio procedimento-mérito ou reduzida a mérito intocável na decisão homologanda, de modo a afastar o escrutínio do Tribunal sobre a potencial violação da ordem pública do foro no momento de reconhecimento e execução.

Da forma como restaram articuladas opiniões dos magistrados na formação da divergência e as interpretações oferecidas para a decisão no caso Abengoa, a garantia de imparcialidade do juiz, acompanhada do dever conexo de revelação do árbitro de quaisquer vínculos de impedimento em relação às partes litigantes, foi erigida à valor indissociável aos fundamentos constitucionais e à própria higidez do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive para fins da conformação de um elemento de ‘ordem pública internacional’. Trata-se de uma mensagem transmitida ao funcionamento do contencioso internacional privado – arbitral e judicial – sobre qual a perspectiva ou ótica de análise o filtro da ordem pública é erigido nos casos de reconhecimento e execução.

Entre os excertos mais significativos do voto do Ministro Noronha no caso, destacaria o seguinte:

“Neste juízo de valor acerca do respeito à soberania e à ordem pública nacional, o STJ possui ampla liberdade para realizar o efetivo controle da decisão estrangeira antes de reconhecer sua eficácia no território nacional. No dizer de Carlos Alberto Carmona “a jurisdição – seja qual for o órgão dela encarregado (arbitral ou judicial) – só pode ser exercida por julgador independente e imparcial” (Em torno do árbitro. In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 28, jan./mar. 2011, p. 55). Com efeito, a prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado

do devido processo legal, aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional. Além disso, só se tem por válida a renúncia à garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal quando os árbitros gozam de independência e confiança das partes. Assim, a sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto a possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente. O art. 14 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) prevê o impedimento para funcionar como árbitro das pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, previstas, respectivamente, nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. O desrespeito acarreta a nulidade da sentença arbitral, a teor do art. 32, II, da referida lei”.

Segundo a interpretação dada, e seguida pela maioria da Corte Especial do STJ na divergência suscitada, a ordem pública brasileira, segundo a perspectiva dos “juízes do foro”, teria sido manifestamente violada pelas decisões arbitrais estrangeiras levadas à homologação pela requerente. Em dupla medida, o STJ referendou posicionamento que articula interpretativamente dispositivos da Lei de Arbitragem de 1996, especificamente o âmbito de aplicação do Art. 14 (sobre o impedimento para funcionar como árbitro pessoas que tenham com as partes em disputa quaisquer relações que caracterizem casos de impedimento ou suspeição dos juízes nos termos dos Arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil) e Art. 32, inciso II (relativo às nulidades da sentença arbitral), como nucleares para a constatação ou aferição de valores fundantes da ordem pública brasileira. Aqui ela é erigida para fins de rechaçar ou denegar reconhecimento de sentença arbitral, em linha com as regras abertas (mas não menos carentes de aplicação parcimoniosa pelo STJ) previstas no Art.V.II(b) da Convenção de Nova Iorque de 1958 e no Art.38 da Lei de Arbitragem. Segundo o voto de vista da Ministra Nancy Andrighi, a imparcialidade de qualquer julgador decorre de princípios e garantias constitucionais consideradas como “matéria de ordem pública não sujeita à preclusão”, cognoscível a qualquer tempo e que pode também ser examinada no curso do procedimento de homologação de decisões estrangeiras em que a questão da parcialidade de membro do tribunal arbitral é suscitada como fundamento para contestação com base em potencial violação da ordem pública²⁹.

29 Cf. STJ, *Abengoa/Ometto*, Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412, cit. nota 1 supra, pp.46-49.

No caso Usinas Itamarati, o STJ parece ter sido mais contido, recorrendo à uma técnica, à primeira vista, mais parcimoniosa da aplicação do princípio da ordem pública. A questão a causar potenciais irritações ao ordenamento jurídico brasileiro teria sido a alegada fundamentação inexistente na decisão homologada, e que qualquer exame pelo Tribunal, nesse sentido, representaria a reabertura de questões já apreciadas pela justiça estadunidense. Ou seja, uma ideia mais extramada do juízo de delibação. A força da ordem pública não operou da mesma forma irresistível que em *Abengoa*, ainda que se levasse ao absurdo a interpretação de que a fundamentação das decisões dos tribunais judiciais também sejam um pressuposto processual inafastável no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo preceitos constitucionais, e, por conseguinte, integrantes da ordem pública do foro. No cotejo dos cenários, o STJ rendeu-se mesmo à sensível temática da conformação da jurisdição arbitral e os riscos recorrentes de quebra das garantias da independência e imparcialidade do árbitro no mundo hermético da arbitragem comercial internacional. Fundamentar ou não fundamentar uma decisão, por sua vez, permanecerá como habilidade do juiz estrangeiro.

III. Legislação Doméstica ou Comparada

Crônica 4 - Dignidade da pessoa humana e mudança de paradigma da Lei de Migração no Brasil

Inez Lopes

1. INTRODUÇÃO

A liberdade e a igualdade são direitos fundamentais inerentes a toda pessoa, consagrados nas ordens constitucionais dos Estados democráticos. No âmbito internacional, a migração constitui um direito basilar de locomoção de todo indivíduo, previsto em diversos tra-

tados internacionais, globais e regionais, que reconhecem a liberdade de entrar e sair de um país, incluindo o de seu próprio território. Atualmente, 244 milhões de pessoas vivem fora de seus países de nascimento, o que representa 3,3 por cento da população mundial.³⁰ O principal motivo da migração é a busca por melhores oportunidades econômicas e sociais. Na sociedade globalizada, migrar é um direito.

A globalização é o fenômeno responsável pela promoção das quatro liberdades (livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas) no desenvolvimento econômico e social, consequentemente diluindo as fronteiras entre os países e intensificando o comércio internacional. A mobilidade de pessoas no mundo alavanca a indústria de transportes em suas diversas modalidades. Só no setor aéreo, por exemplo, foram transportados 20,9 milhões de passageiros em voos internacionais com origem ou destino no Brasil em 2016.³¹ Nesta seara, a migração é fator de desenvolvimento econômico e social.

Por outro lado, desastres ambientais, mudanças climáticas, epidemias, crises políticas e conflitos armados engendram o deslocamento forçado de pessoas e a busca por refúgio e asilo em outro país. A solidariedade entre os países é um dos pilares para o acolhimento dessas pessoas em seu território, como direito fundamental, e uma obrigação imposta aos Estados pelos tratados internacionais. As crises migratórias são problemas globais e geram problemas como o aumento da xenofobia e políticas nacionais populistas que criminalizam o migrante como “ameaça” às oportunidades de emprego. Uma das faces da sustentabilidade do desenvolvimento humano está no acolhimento e integração do migrante e de seus familiares.

Entretanto, no que tange aos direitos e deveres dos migrantes, este é um tema global e está na agenda de diversos países, que definem suas políticas migratórias nacionais. As legislações nacionais são bastante variadas, com maior ou menor grau de proteção da pessoa migrante. É neste cenário que o Brasil assume um papel de vanguarda em relação às políticas migratórias no mundo com a aprovação da Lei n. 13.445, de 24 de

maio de 2017, que instituiu a Lei de Migração, alterou o Decreto-lei n.º 2.848, de 1940, e revogou as Leis n.º 818, de 1949 e 6.815, de 1980.

O vanguardismo se fundamenta na mudança de paradigma no tratamento atribuído ao migrante como pessoa de iguais direitos, deveres e oportunidades na sociedade brasileira, estendendo-se, também, a seus familiares. A vicissitude ocorre igualmente no escopo da lei, que tem por objeto a pessoa, seja ela migrante no Brasil ou brasileiro no exterior. Neste contexto, a dignidade da pessoa migrante é um dos pilares na nova lei, pois afasta o fundamento anterior que regulava apenas a condição jurídica do estrangeiro no Brasil, ainda sob uma perspectiva da segurança nacional.

O objetivo do presente artigo é apresentar o arquétipo da nova lei que dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante e regula a sua entrada e estada no país. Diametralmente oposta à legislação anterior, a lei estabelece um sistema de proteção não apenas ao estrangeiro, mas, igualmente, ao emigrante brasileiro, por meio de princípios e de diretrizes para proteger e assistir brasileiros estabelecidos no exterior, temporária ou definitivamente. O artigo avalia a adoção da nova lei, que estabeleceu uma mudança de paradigma ao reconhecer a dignidade da pessoa migrante, e critica vetos presidenciais aplicados à norma, que não afetariam a segurança e interesses nacionais.

2. POR QUE UMA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO?

A Lei de Migração teve início com o Projeto de Lei do Senado n. 288, de 2013 (PLS n.º 288, de 2013), de autoria do senador Aloysio Nunes Ferreira, com o escopo de substituir o Estatuto do Estrangeiro, a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, e de instituir uma nova política migratória nacional e de regular a entrada e estada de estrangeiros no Brasil. O Estatuto do Estrangeiro apresentava diversos dispositivos incompatíveis com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado democrático de direito brasileiro.

O projeto de lei inicial apresentou uma mudança de paradigma no escopo das políticas migratórias no Brasil, adotando um viés humanista na circulação de imigrantes em território brasileiro. Objetivou, igualmente, afastar o âmbito de aplicação da lei precipuamente dirigida à segurança nacional, à organização institucional,

30 UNFPA (Fundo de População das Nações Unidas). Migration: Overview. Disponível em <http://www.unfpa.org/migration>, Acessado em 26/05/2017.

31 ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil). Anuário do Transporte Aéreo 2016, volume único, 1ª edição, Agência Nacional de Aviação Civil, Brasília, 2017.

aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem como à defesa do trabalhador nacional, contida no Estatuto do Estrangeiro.

Resumidamente, com relação à tramitação no Senado, o PLS nº 288/2013 foi submetido à Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), com pareceres favoráveis à aprovação. Na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE), foi aprovado com emendas o substitutivo, nos termos da Emenda nº 7. Após aprovação, o projeto de lei foi encaminhado para apreciação da Câmara dos Deputados, em conformidade com o Artigo 65 da Constituição Federal.

Na tramitação na Câmara dos Deputados, a mesa diretora recebeu o ofício do Senado Federal do PLS nº 288, que institui a Lei de Migração, para sua revisão. Na Câmara dos Deputados, a proposição tramitou como Projeto de Lei nº 2516, de 2015, e foi encaminhada para pareceres das Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de Turismo, de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania. Foi constituída uma Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto. Foram pensados outros projetos relacionados ao assunto. Várias audiências públicas foram realizadas com representantes governamentais e não governamentais, que apresentaram várias sugestões de alterações, algumas delas acolhidas pelo relator da comissão, o deputado Orlando Silva. A comissão apresentou o projeto substitutivo PL nº 2516/2015, com o propósito de permitir que o tema da migração fosse analisado no Brasil “de acordo com o enfoque do respeito aos direitos humanos e da integração internacional, promovendo medidas garantistas aos imigrantes que aqui chegam e proteção aos brasileiros que buscam oportunidades no exterior”.

Em 6 de dezembro de 2016, o Plenário da Câmara dos Deputados, em sessão deliberativa extraordinária, discutiu o projeto em turno único e aprovou a redação final assinada pelo relator da Comissão Especial. Apesar da aprovação por maioria, com 207 votos a favor (71,1%), houve resistência por parte de alguns parlamentares, que votaram contra a proposta (28,5%). Na votação, ainda houve uma abstenção. O discurso de alguns deputados contrários à aprovação do texto foi em sentido diametralmente oposto ao próprio texto da lei que estabelece repúdio à xenofobia e à discriminação

contra migrante em suas declarações ao afirmar que “as portas do Brasil estão sendo escancaradas para tudo quanto é gente” e que “todo tipo de escória vai entrar aqui”. No bom sentido da palavra, a qualificação do migrante como escória é o que se espera não ocorrer a partir da vigência da lei. O migrante não é objeto sem valor, mas tão-somente um ser humano igual a outro ser humano, que tem o direito de pertencer a uma comunidade, de forma voluntária ou involuntária.

A matéria retornou ao Senado como projeto substitutivo, em face das modificações feitas na Câmara, em 13/12/2016, em conformidade com o Parágrafo Único do Artigo 65 da Constituição Federal, que estabelece que sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora. Após a matéria ter sido lida em Plenário, foi encaminhada novamente à Comissão de Relações Exteriores e Defesa (CRE). O Parecer nº 7, de 2017-CRE, de relatoria do senador Tasso Jereissati, foi pela aprovação da matéria, com as alterações apresentadas. Enfatizou que o projeto apresenta visão contemporânea do fenômeno migratório, que não dissocia a imigração da emigração, daí o motivo em se instituir uma nova “Lei de Migração”. Em 18/04/2017, foi discutido o substitutivo da Câmara dos Deputados em turno único. Encerrada a discussão da matéria, o projeto foi para votação dos dispositivos destacados do SCD nº 7, de 2016, pelo requerimento nº 256, de 2017, no Plenário do Senado. A proposição foi aprovada com 43 votos a favor dos 49 senadores presentes. O texto final do Projeto de Lei foi remetido para sanção presidencial, em conformidade com o Artigo 66 da Constituição Federal.

A lei foi sancionada com vetos parciais pelo presidente da República em 24/05/2017. Os vetos poderiam ter sido apreciados em sessão conjunta pela Câmara dos Deputados e Senado, conforme dispõe o § 4º do Artigo 66, mas não os foram, mantendo-se, assim, os aplicados pela Presidência. A norma entrará em vigor cento e oitenta dias depois da publicação ocorrida em 25/05/2017, prazo inclusive para a regulamentação de vários dispositivos.

Apesar dos vetos, a nova Lei de Migração é um marco substancial para afirmar o Brasil como Estado democrático de direito, que tem por fundamento a dignidade da pessoa migrante, voluntária ou involuntária. A lei é necessária para afirmar a mudança de paradigma, que afasta a ideia de que o estrangeiro é uma “ameaça” à segurança e à soberania nacional, e proteger a pessoa

humana em suas três vertentes (direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados), em consonância com os tratados internacionais em que o Brasil firmou compromisso em matéria de direitos humanos. Ressalta-se que vários dispositivos do Estatuto do Estrangeiro foram derogados a partir da Constituição Federal de 1988.

Além disso, a lei inovou ao inserir princípios e diretrizes para as políticas públicas migratórias focados na pessoa migrante, consagrando-a como sujeito de direitos e de garantias, seja ela pessoa imigrante em território brasileiro, seja pessoa emigrante brasileira em relação a seus direitos quando no exterior.

A mudança de paradigma para a proteção da pessoa migrante consagra o acolhimento humanitário para as pessoas oriundas de conflitos armados, desastres ambientais, mudanças climáticas, entre outros, e a concessão de asilo político, colocando o Brasil em posição de vanguarda como um país em que migrar é um direito na sociedade globalizada. A reciprocidade de tratamento permitirá avançar para relações de respeito aos brasileiros no exterior. Além disso, destaca-se que a política migratória brasileira deve se pautar pelo repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e quaisquer outras formas de discriminação, em especial pela condição migratória. A liberdade de locomoção ou de circulação constitui um dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LEI DE MIGRAÇÃO: AS TRÊS VERTENTES DE DIREITOS HUMANOS

“A calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos”, segundo Arendt. Além disso, as pessoas não nascem iguais. “Tornamos iguais como membros de um grupo por força de nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.”³² Desse modo, as pessoas têm o direito de pertencer a uma comunidade e também de mudar dessa comunidade. A migração como direito humano

possibilita à pessoa o direito a ser inserida em uma outra comunidade que não a sua originária, seja voluntária ou involuntariamente.

A dignidade da pessoa migrante é um dos pilares da nova lei. A migração, deslocamento e mobilidade são cada vez mais frequentes na sociedade globalizada. A liberdade de locomoção inclui o direito de entrar e sair de seu país de residência habitual independentemente de sua nacionalidade. A dignidade da pessoa migrante também se pauta pela liberdade de circular entre os países. Economicamente, a migração contribui para o desenvolvimento econômico e social de todos os Estados, pela inserção do migrante no mercado de trabalho, o que gera renda e arrecadação.

O referencial de dignidade se refere a um atributo, a uma qualidade essencial pertencente a todo ser humano em sua condição de ser em relação a si mesmo e em relação ao meio social. Esse atributo possui um valor, que está acima de qualquer preço e não possui qualquer outra coisa equivalente, conforme os estudos de Kant, para quem, no reino dos fins, “tudo tem ou um preço ou uma dignidade”.³³ Além do valor, esse atributo contém uma pluralidade de concepções que são definidas pelas diversas áreas do conhecimento, como, por exemplo, a Filosofia, a Ética, a Política, a Antropologia, a Psicologia, a Religião e o Direito. Cada uma dessas ciências apresenta seus fundamentos para a compreensão da dignidade humana, de maneira a construir conjuntamente a ideia de que todo ser humano possui a liberdade e a capacidade de decidir sobre a sua própria vida e de fazer escolhas, de traçar seu próprio destino, de ser feliz e de ser respeitado em todos os lugares enquanto ser dotado de vontade.

Desse contexto, nota-se uma aproximação entre os direitos fundamentais nas ordens constitucionais e os direitos humanos na ordem internacional, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Considerando a diversidade cultural e as diferentes evoluções na proteção do indivíduo em cada Estado, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada como um “conceito aberto, plástico e plural no mundo contemporâneo”.³⁴ Além disso, vale lembrar que a dignidade encontra-se

33 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, p. 77.

34 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*, Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 18.

32 ARENDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 335.

em “construção permanente”,³⁵ impedindo a adoção de medidas que retrocedam ou deem interpretação restritiva à compreensão do conceito.

Nesta seara, se a globalização promove as quatro liberdades precipuamente por meio da circulação de mercadorias, serviços e capitais, as pessoas também devem ser incluídas e não mitigadas por legislações nacionais. Importante salientar a dignidade é a qualidade que pertence a todo ser humano da comunidade internacional, independentemente de sua condição de nacional de um Estado. A dignidade da pessoa humana é um valor também reconhecido nos tratados internacionais, como fundamento da ordem internacional, assim como o direito de migrar.

No preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945, os Estados reafirmaram a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, reconhece que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e que eles gozam de direitos iguais e inalienáveis. No que tange à mobilidade de pessoas, o Artigo 13, parágrafo 2º afirma que toda pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado, de sair do país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar a ele. Além disso, estabelece que a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países, conforme dispõe o Artigo 14. Na mesma direção se alinha o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1966). O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) eleva a educação como forma de promover o desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade. Observa-se uma noção de dignidade da pessoa em múltiplas dimensões, entre elas a política, econômica social e cultural. O direito de migrar garante o direito do desenvolvimento da pessoa humana em suas múltiplas dimensões.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura à pessoa os direitos de circulação e de residência conforme dispõe os parágrafos do Artigo 22. Destaca-se, entre outros, que a nova Lei de Migração está em sintonia com a convenção no que se refere à vedação a expulsão coletiva de migrantes dis-

posto no Artigo 61, bem como assegura que as políticas migratórias se fundamentam no repúdio às práticas de expulsão ou de deportação coletivas (Artigo 4º, XXII). Entende-se por repatriação, deportação ou expulsão coletiva aquelas que não individualizam a situação migratória irregular de cada pessoa. Por seu turno, o Protocolo nº 4, em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção Europeia de Direitos do Homem (1963), também assegura a liberdade de circulação, dando ênfase à condição migratória, ao reconhecer no Artigo 2º que qualquer pessoa que se encontra em situação regular em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência. Na mesma direção, a Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) reconhece os direitos de liberdade de circulação nos termos do Artigo 12.

Destarte, a migração é um direito humano que deve ser respeitado por todos os Estados e não pode ser restringido senão em virtude de lei. Assim, os instrumentos internacionais, paralelamente, garantem aos países o direito de estabelecer restrições para proteger a segurança nacional, a ordem ou saúde públicas e o interesse público.

A inovação da Lei de Migração se refere à abordagem das três vertentes da proteção da pessoa humana; além dos direitos humanos, ela abrange o direito humanitário e o direito dos refugiados. A lei possibilita a concessão de visto temporário para acolhida humanitária em caso de o apátrida ou o nacional de qualquer país estiver 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. No que tange ao direito dos refugiados, a Lei de Migração dialoga com a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, referente ao Estatuto dos Refugiados, na medida em que estabelece que na sua aplicação devem ser observadas as disposições do estatuto quando houver situações envolvendo refugiados e solicitantes de refúgio.

4. AS PRINCIPAIS MUDANÇAS DE PARADIGMA

A afirmação da migração como direitos humanos é uma das principais alterações de paradigma da nova lei de migração. A seguir apresentam-se

35 LEITE, Carlos Bezerra. *Direitos Humanos*, Lumen Juris, 2010, p. 45.

brevemente as principais mudanças trazidas pelo teor da norma jurídica, que estabelece uma nova política migratória com fundamento da universalidade, indivisibilidade e interdependência de direitos humanos, não excluindo as demais já mencionadas no presente artigo.

4.1. Proteção do apátrida e redução da apatridia

A nova lei dá proteção especial ao apátrida, aquela pessoa que não é considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954). De acordo com a lei, durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, o sujeito goza de iguais direitos e garantias atribuído aos migrantes no Artigo 4º. A norma, a partir de regulamento, estabelecerá um sistema especial de proteção ao apátrida, com a adoção de um processo simplificado de naturalização. Entre as garantias, ainda que o apátrida reconhecido não opte pela naturalização imediata, ele terá a autorização de residência outorgada em caráter definitivo. O apátrida ganha tratamento especial em caso de deportação, pois nos termos do Artigo 52, que dependerá de prévia autorização da autoridade competente.

4.2. Não discriminação e não criminalização

A nova lei afasta a criminalização do migrante em condição irregular, garantindo-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório, e prazo razoável para regularizar a sua situação migratória. A lei proíbe, também, a discriminação da pessoa pela sua condição migratória, cabendo ao Estado promover políticas para a inclusão do migrante nas atividades econômicas e sociais.

Destaca-se o Parecer (SF) nº 7, de 2017-CRE durante a tramitação no Senado, que fez uma breve retrospectiva da migração brasileira, asseverando que

Desde o Império, o tema da situação jurídica do estrangeiro foi sendo versado, de um lado, a partir do dirigismo migratório, muitas vezes contra a vontade das pessoas, com a promoção do tráfico de escravos, ou de tom discriminatório, com a preferência por pessoas de ascendência europeia. De outro lado, muitas vezes a legislação pátria dedicou-se a acentuar as suspeitas e as ameaças que poderiam representar os estrangeiros em solo nacional, o que implicou a criminalização da

imigração e em hipóteses sumárias ou arbitrárias para deportar ou expulsar estrangeiros.

Nesse sentido, o Estatuto do Estrangeiro contém uma política de imigração cunhada na proteção do trabalhador nacional. Assim, “o mercado de trabalho não deve ser fechado e a migração é um fator de seu desenvolvimento.”³⁶, mas

A imigração deve ser reconhecida como um imperativo moral e econômico tanto para os desenvolvidos como para o mundo subdesenvolvido. Isso não é apenas do interesse da humanidade, da justiça e da decência. É também no interesse público global - embora poucos ainda o reconheçam.³⁷

Outro ponto importante se refere ao Estatuto do Estrangeiro, que proibia ao estrangeiro admitido no território nacional exercer atividade de natureza política. A nova lei de migração reconhece o direito de reunião para fins pacíficos; direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos; estabelecendo igualdade de direitos em relação aos nacionais. A pessoa migrante não poderá ser impedida de ingressar no país por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política.

A lei garante o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social, bem como acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos nos casos de deportação ou expulsão, podendo nessas situações atuar a Defensoria Pública da União. No caso da repatriação, somente nos casos em que ela não seja possível imediatamente, será assegurada a assistência judiciária pela Defensoria Pública da União.

4.3. Desburocratização

A Lei de Migração muda o tratamento dado ao imigrante em situação irregular. O Estatuto do Estrangeiro vedava a legalização da estada de clandestino e de irregular e previa a possibilidade de eles serem presos por ordem do ministro da Justiça enquanto não se efetivasse a sua deportação, por prazo de sessenta dias. A nova

36 Idem p. 3.

37 JUSS, Satvinder S. *International Migration and Global Justice*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. x.

política migratória assegura ao migrante o direito de ser notificado pessoalmente das irregularidades verificadas e concede prazo para regularização não inferior a sessenta dias, podendo ser prorrogado por igual período por despacho fundamentado e mediante compromisso de a pessoa manter atualizadas suas informações domiciliares. A notificação não impede a livre circulação em território nacional.

Outra mudança na política migratória brasileira é a promoção não só da entrada regular, mas também da regularização de documentos, com acesso a serviços públicos necessários à regularização do migrante indocumentado.

No que se refere à fiscalização marítima, a lei dispensa a verificação de passageiro, tripulante e estafe de navio em passagem inocente, a não ser quando houver necessidade de descida de pessoa à terra ou de subida a bordo do navio.

5. CRÍTICAS AO VETO PRESIDENCIAL

A lei de migração foi sancionada pelo presidente da República com veto parcial a vinte e dois dispositivos do texto. Em comunicação direcionada ao presidente do Senado, os motivos que fundamentaram os vetos foram a contrariedade ao interesse público e a inconstitucionalidade dos artigos e parágrafos.

O conceito de migrante, nos termos do inciso I do § 1º do artigo 1o, como pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida, foi vetado por ser considerado “demasiadamente amplo” e por abranger “inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5o, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional”. Em sentido diametralmente oposto, o principal objetivo da inserção do vocábulo “migrante” no texto da lei era justamente afastar “a distinção indevida sobre a titularidade dos direitos humanos baseada na condição migratória”.³⁸ A manutenção

do conceito estabeleceria uma afirmação do migrante, independentemente de sua condição migratória, como sujeito de direitos e garantiria uma maior proteção à pessoa enquanto ser e não à sua condição de estar.

Com relação aos povos indígenas, o veto ao § 2o do artigo 1o afastou a possibilidade de se reconhecer a autonomia dos povos originários de livremente circularem em suas terras. Aceitar o dispositivo vetado não seria uma ameaça à defesa da soberania territorial brasileira, mas apenas exigiria adotar políticas de maior controle das instituições brasileiras nos pontos de fronteiras.

Com relação aos princípios e garantias da política migratória, a vedação ao estrangeiro para o exercício de cargo, emprego ou função pública, nos termos do veto aos §§ 2o e 3o do artigo 4o e **alínea d** do inciso II do artigo 30, estabelece, na verdade, discriminação proibida pelo *caput* do artigo 5º entre brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, à exceção dos cargos destinados a brasileiros natos previstos na Constituição Federal. Desde a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, os cargos, empregos e funções públicas passaram a estar acessíveis também aos estrangeiros, na forma da lei, como preceitua o Artigo 37, I. O Estado democrático de direito é aquele que promove a igualdade de direitos civis em respeito à *rule of law*. A vedação aos parágrafos mantém a mesma ideia do Artigo 2º da Lei nº 6.815/1980, de “defesa do trabalhador nacional”, estabelecendo distinções entre os setores público e privado.

O Artigo 14 trata do visto temporário e estabelece as hipóteses para a sua concessão. O veto ao § 10 deste artigo foi justificado sob o fundamento de que “não se afigura adequado e recomendável permitir-se que o relevante instituto do visto temporário possa ter novas hipóteses, além das definidas nesta lei, criadas por regulamento, com risco de discricionariedade indevida e com potencial de gerar insegurança jurídica.” Contudo, o inciso III do Artigo 14 estabelece “outras hipóteses definidas em regulamento”, o que apresenta uma aparente incongruência normativa. Nota-se que o rol não é exaustivo, possibilitando outras hipóteses futuras, considerando o próprio dinamismo da sociedade.

No que tange à vedação ao Artigo 37 e inciso IV do artigo 40 que trata do visto ou autorização de residência

tinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2516, de 2015, 2016, p. 13, Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1474829&filename=Tramitacao-PL+2516/2015, Acessado em 20/06/2017.

38 Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial des-

para fins de reunião familiar foi justificado como “dispositivos que poderiam possibilitar a entrada de crianças sem visto, acompanhada de representantes por fatores de sociabilidade ou responsável legal residente e, com isso, facilitar ou permitir situações propícias ao sequestro internacional de menores”. *Data venia*, a manutenção dos dispositivos afirmaria o direito à reunião familiar aos migrantes, sem prejuízo aos direitos e obrigações estabelecidos por tratados vigentes no Brasil e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante, em particular os tratados firmados no âmbito do Mercosul, conforme dispõe o Artigo 111 da lei. Isso significa que esses dispositivos não afetam as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil na Convenção da Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis sobre Sequestro Internacional de Crianças. Ademais, a mãe é a principal subtratora da criança nos casos de sequestro internacional de menores e não teria impacto considerável para justificar a vedação.

O Artigo 116 da Lei de Migração objetivava revogar as expulsões decretadas antes da vigência da Constituição Federal e, a partir da vigência, dependeria da adoção de critérios para revogação e escalonamento da validade das medidas expulsórias por órgão competente do Poder Executivo. As razões do veto foram de que “os atos materiais de expulsão e, conseqüentemente, de sua revogação, consubstanciam efetivo exercício de soberania nacional, competência material privativa do presidente da República, a teor dos incisos VII e VIII do artigo 84 da Constituição. Ademais, no mérito, o dispositivo poderia representar um passivo indenizatório à União, com efeitos negativos nas contas públicas e insegurança jurídica às decisões de instituições brasileiras a expulsões.” Todavia, considerando o fator tempo de quase três décadas, o impacto desse dispositivo seria mínimo. Uma vez revogada a expulsão decretada, o migrante, para retornar ao Brasil, deve atender às condições dos vistos previstos em lei e não se enquadrar nos impedimentos de ingresso. Além disso, a nova lei prevê a possibilidade de procedimentos para apresentação e processamento de pedidos de suspensão e de revogação dos efeitos das medidas de expulsão e de impedimento de ingresso e permanência em território nacional, que dependerá de regulamento, conforme o Artigo 56. Assim, a lei apresenta uma visão mais humanista em relação ao migrante, que atendendo a condições especiais, poderá ter autorização de residência, com o propósito de viabilizar medidas de ressocialização em cumprimento de penas aplicadas ou executadas em território nacional.

O artigo 118 previa a concessão de autorização de residência aos imigrantes que, tendo ingressado no território nacional até 6 de julho de 2016, independentemente de sua situação migratória prévia. O veto presidencial qualificou o dispositivo como “anistia indiscriminada a todos os imigrantes”. Destaca-se que o § 4º do artigo era claro em afirmar que a autorização de residência não implicaria anistia penal e não impediria o processamento de medidas de expulsão do migrante. Isso não seria novidade, pois o Brasil já concedeu anistia a estrangeiros em governos passados.

No que tange à repatriação, que consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade, nos termos do Artigo 49, o § 5º foi revogado com acerto. O parágrafo previa que comprovado o dolo ou a culpa da empresa transportadora, serão de sua responsabilidade as despesas com a repatriação e os custos decorrentes da estada da pessoa sobre quem recaia medida de repatriação.” O veto ao dispositivo foi favorável ao interesse público, na medida em que a Convenção sobre Aviação Civil Internacional assegura que as empresas recebam valores por intermédio de seguros obrigatórios para cobrir as despesas com repatriação, e seus custos decorrentes, de maneira objetiva, sem necessidade de comprovação de dolo ou culpa. Entendimento diverso representaria ônus indevido ao Estado brasileiro, além de poder representar uma procrastinação da estada do imigrante ou visitante impedido de entrar no País.”

Com relação à transferência de condenado, o § 3º do artigo 105, que previa a competência do Superior Tribunal de Justiça para a homologação da sentença estrangeira, foi vetado sob o fundamento de que “não há que se falar em sentença estrangeira a ser homologada, posto tratar-se de transferência, feita voluntariamente pelo condenado e em seu próprio benefício, e cujos tratados e convenções a respeito visam simplificar, e não burocratizar, a transferência internacional de presos”. Ressalta-se que a jurisprudência é pacífica no sentido de que é dispensável a homologação de sentença estrangeira de decisão penal nos casos de transferência de pessoa condenada, uma vez que possuem uma tramitação específica previsto em tratados internacionais.³⁹

39 Ver Sentenças Estrangeiras examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça: SE 3521/PT; SE 4141/PT; SE 5237/US. e SE 5269/PT. A homologação de sentença condenatória não constitui requisito para a concessão de benefício de transferência de pessoa condenada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova Lei de Migração é um marco na história das políticas migratórias no Brasil. Como Estado democrático de direito, a lei se fundamenta na dignidade da pessoa migrante, independentemente da sua condição migratória. Fortalece políticas públicas para o imigrante e emigrante, além de repudiar e prevenir a xenofobia, o racismo e quaisquer outras formas de discriminação, em especial pela condição migratória.

A liberdade de locomoção ou de circulação é um direito humano, sendo que toda pessoa tem o direito de migrar. O desenvolvimento sustentável nas políticas mi-

gratórias contribui para promover uma justiça social, rechaçar as políticas de criminalização da pessoa migrante e para assegurar a todas as pessoas o gozo de direitos de liberdade e de garantias constitucionais de direitos civis para alcançarem uma igualdade jurídica. O migrante em situação irregular passa a ser tratado com respeito, tendo direito à defesa, à regularização, podendo circular livremente durante a análise de sua regularização.

Na sociedade globalizada, a migração deve ser vista como fator de desenvolvimento econômico e social. O migrante não é objeto sem valor, mas tão-somente um ser humano igual a outro ser humano, que tem o direito de pertencer a uma comunidade.