

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA

O PODER JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL:

Uma interface entre a denegação de justiça ao estrangeiro e a sujeição do Estado brasileiro à
jurisdição supranacional

São Luís

2018

JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA

O PODER JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL:

Uma interface entre a denegação de justiça ao estrangeiro e a sujeição do Estado brasileiro à jurisdição supranacional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa

São Luís

2018

JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA

O PODER JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL:

Uma interface entre a denegação de justiça ao estrangeiro e a sujeição do Estado brasileiro à
jurisdição supranacional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Aprovada em: __ / __ / ____

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Mônica Teresa Costa Sousa (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo (Examinador Externo)

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Examinador Interno)

Universidade Federal do Maranhão

Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça

A todos aqueles que um dia já se sentiram
estrangeiros, longe de seus lares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser fonte de inspiração diária e autor de toda sabedoria e conhecimento humano, e por ter nos despertado com pioneirismo, enquanto humanidade, a necessidade de que uma mesma lei seja aplicada, tanto ao natural, quanto ao estrangeiro.

Aos meus pais, João de Deus Oliveira Madeira e Sandra Dorothéa Farias Madeira, por suas orações, pelas palavras de encorajamento e por semearem em mim os valores da educação e do trabalho.

A minha irmã, Rackel Farias Madeira, por seu companheirismo, afeto e incentivo.

A minha noiva, Érika Campelo da Silva, por toda a sua cumplicidade, paciência, carinho e por sua irrestrita abnegação, sem a qual seria impossível a conclusão do mestrado e a concretização desta dissertação.

A Susie, por deixar minhas horas de produção menos extenuantes e com mais cor.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na pessoa da Dra. Maria Eunice do Nascimento Serra e dos servidores do 2º Juizado Especial Criminal de São Luís/MA, pelo estímulo, pela compreensão e pelos válidos debates acerca de temas pontuais desta pesquisa.

Ao Instituto Florence de Ensino Superior, sua direção, seu corpo docente e a meus queridos alunos, por acreditarem no meu compromisso profissional e na importância que o Direito Internacional tem para a solução de embates cotidianos.

A profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa, pela leitura paciente, pelas importantes observações materializadas no curso deste texto e pela disponibilidade sempre demonstrada nos meandros de sua orientação.

Ao prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo, por toda atenção e generosidade dispensadas a esse mestrando e por seus infatigáveis ensinamentos em Direito Internacional, que se fizeram indispensáveis à maturação desta pesquisa.

Ao prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso, pela ativa participação no resultado desta dissertação, ante as lúcidas ponderações formuladas e a gentil composição de todas as bancas de qualificação prévias.

A todos os mestres que contribuíram para essa jornada de conhecimento e, em especial, aos professores Federico Losurdo, Giovanni Bonatto e Manuel Fondevila Marón, por demonstrarem, enquanto estrangeiros, que para o bom ensino não existe nacionalidade.

Aos meus colegas de mestrado, pelas memórias, pelo apoio e pelos laços firmados.

A Universidade Federal do Maranhão, por todo saber adquirido nessa Instituição.

“E no mesmo tempo ordenei a vossos juízes, dizendo: Atendam as questões de seus irmãos e julguem com justiça, não só as questões entre os seus compatriotas como também entre um estrangeiro. Não sejam parciais no julgamento!”

(Deuteronômio 1: 16-17)

RESUMO

A responsabilidade internacional do Estado é apontada, ainda no século XXI, como uma das questões mais tensionais do Direito Internacional, em razão de o ato de responsabilizar ser o centro epistemológico das instituições de qualquer sistema de justiça. Enquanto integrante da estrutura estatal, o Poder Judiciário detém, entre seus deveres, o de resguardar os compromissos internacionais assumidos e assegurar direitos à pessoa humana, seja ela nacional ou estrangeira. Nessa conjuntura, o problema de pesquisa apresentado volta-se a investigar a viabilidade jurídica de uma efetiva responsabilização internacional do Estado brasileiro, no âmbito civil, em função da imputação de ilícito a órgão ou agente do Poder Judiciário que contrarie, no exercício laboral, norma de *jus gentium* em desfavor do estrangeiro. Argumenta-se, para tanto, com amparo na metodologia dialética de implicação-complementaridade, que a violação de tratados internacionais pelos tribunais pátrios tem o condão de gerar a responsabilidade do Brasil se configurados os elementos da atribuição e do fato ilícito. Defende-se que o não emprego dos critérios do tratamento nacional e do mínimo internacional ao estrangeiro é conduta passível de responsabilização internacional. Analisa-se, com base em preceitos normativos e sociológicos, a singularidade do tratamento dado ao estrangeiro no Brasil e os comandos internacionais que lhe asseguram direitos essenciais, avaliando se as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em que o não-nacional é parte podem ser tidas como denegatórias de direitos. Enumera-se, com amparo em estudo quantitativo, os casos em que o Estado brasileiro denega justiça ao estrangeiro e os meios internacionais de imputação de responsabilidade. Aborda-se as consequências jurídicas da responsabilização internacional para o Brasil, chegando-se à conclusão de que as hipóteses de denegação de justiça ao estrangeiro são modalidades de vedação de direitos recorrentes na prática dos tribunais nacionais e que os deveres de cumprimento, cessação do ilícito e reparação são indispensáveis à manutenção da segurança nas relações internacionais.

Palavras-chave: Responsabilidade internacional. Estado. Poder Judiciário. Denegação de justiça. Estrangeiro.

ABSTRACT

The international responsibility of the State is pointed out, in the 21st century, as one of the most pressing issues in international law, in reason of the act of making it the epistemological center of the institutions of any justice system. As part of the state structure, the Judiciary has the duty to safeguard international commitments and ensure rights to the human person, it be national or foreigner. In this context, the general research problem is to investigate the legal feasibility of an effective international accountability of the Brazilian State, in the civil sphere, in function of the imputation of illicit to an organ or agent of the Judiciary that contradicts in the work practice norm of *jus gentium* in detriment of the foreigner. It is argued, therefore, with support in the dialectic methodology of implication-complementarity, that the violation of international treaties by the patriot courts has the power to generate the responsibility of Brazil if the elements of attribution and illicit fact are configured. It is defended that the non-use of the criteria of national treatment and of the international minimum to the foreign person is conduct liable to international responsibility. It is analyzed, based on normative and sociological precepts, the singularity of the treatment given to foreigners in Brazil and the international commands which grant it essential rights, it's assessing whether decisions handed down by Brazilian courts in which the non-national is a party may be considered as deniers of rights. The cases in which Brazilian State effectively denies justice to foreigners and the international means of accountability, with imputation of responsibility, are enumerated with support in a quantitative-qualitative study. It addresses the legal consequences of international responsibility for the Brazil, in order to reach the conclusion that the hypotheses of denial of justice to foreigners are modalities of prohibition of recurrent foreigner rights in the practice of the national courts and that the duties of fulfillment of the obligation, the cessation of wrongdoing and redress are indispensable to the maintenance of security in international relations.

Keywords: International responsibility. State. Judiciary Branch. Denial of justice. Foreigner.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1 – Gráfico comparativo entre o número de processos julgados pelo TRF1, pelo TJMA, pelo STJ e pelo STF, no período de 01/01/2016 a 31/12/2016, cuja ementa ou inteiro teor do acórdão contenha o termo “estrangeiro”.....133
- Figura 2 – Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo STJ, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, cuja ementa do acórdão contém o termo “estrangeiro”.....142
- Figura 3 – Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo STJ, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, com uma parte estrangeira.....142
- Figura 4 – Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo STJ, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, que importaram denegação de justiça ao estrangeiro.....143
- Figura 5 – Gráfico que demonstra a relação entre a quantidade de acórdãos denegatórios de justiça ao estrangeiro no STJ e a quantidade de acórdãos em que o estrangeiro é parte naquele tribunal, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017.....144
- Figura 6 – Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo TRF1, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, cuja ementa do acórdão contém o termo “estrangeiro”.....146
- Figura 7 – Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo TRF1, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, com uma parte estrangeira.....147
- Figura 8 – Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo TRF1, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, que importaram denegação de justiça ao estrangeiro.....148
- Figura 9 – Gráfico que demonstra a relação entre a quantidade de acórdãos denegatórios de justiça ao estrangeiro no TRF1 e a quantidade de acórdãos em que o estrangeiro é parte naquele tribunal, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017.....149

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
ACR	Apelação Criminal
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.(s)	Artigo(s)
CACSIC	Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças
CAD	Convenção sobre Asilo Diplomático
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CARICOM	Comunidade do Caribe
CAT	Convenção sobre Asilo Territorial
CCLN	Convenção da Haia concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CDDE	Convenção sobre os Direitos e Deveres do Estado
CDI	Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas
CE	Convenção de Havana sobre os Estrangeiros
CER	Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNIg	Conselho Nacional de Imigração
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CONARE	Comitê Nacional para os Refugiados
CONU	Carta da Organização das Nações Unidas
Conv.	Convocado
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
CPP	Código de Processo Penal brasileiro
CRC	Convenção sobre Relações Consulares
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil

CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DADDH	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
Des.	Desembargador
DIP	Direito Internacional Público
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECDI	Estatuto da Comissão de Direito Internacional da ONU
ECIJ	Estatuto da Corte Internacional de Justiça
e-DJF1	Diário Eletrônico da Justiça Federal da 1ª Região
ETPI	Estatuto do Tribunal Penal Internacional
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Inc.	Inciso
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
HC	Habeas Corpus
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministro(a)
MINUSTAH	Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Protocolo relativo a Cláusula de Arbitragem
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PRIE	Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados
PSS	Protocolo de San Salvador
Rel.	Relator
Res.	Resolução
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RIPPGDIR	Regimento Interno Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

RSE	Recurso em Sentido Estrito
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SISLEX	Sistema de Legislação da Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
UNASUL	União de Nações Sul-Americanas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO.....	29
2.1 O desenvolvimento histórico da responsabilidade internacional.....	30
2.2 Responsabilidade internacional e soberania estatal.....	36
2.3 Marco conceitual da responsabilidade internacional.....	38
2.4 Marco teórico da responsabilidade internacional	42
2.4.1 A teoria da responsabilidade internacional em García Amador	45
2.4.2 A teoria da responsabilidade internacional em Roberto Ago	47
2.4.3 A teoria da responsabilidade internacional em James Crawford.....	49
2.5 Características da moderna teoria da responsabilidade internacional.....	52
2.6 Fundamentos e natureza da moderna teoria da responsabilidade internacional.....	57
2.6.1 Da teoria subjetiva	58
2.6.2 Da teoria objetiva.....	60
2.7 Elementos conformadores da moderna teoria da responsabilidade internacional	62
2.7.1 Do elemento objetivo: o fato ilícito.....	64
2.7.2 Do elemento subjetivo: a atribuição	65
2.8 Atos geradores de responsabilidade internacional.....	66
2.8.1 Ato de órgão do Estado	67
2.8.2 Ato <i>ultra vires</i> de órgão do Estado	69
2.8.3 Ato de órgão <i>de facto</i> do Estado.....	70
2.8.4 Ato de órgão de outro Estado	71
2.8.5 Ato decorrente de abuso de direito	72
2.8.6 Ato decorrente de insurreição.....	72
2.8.7 Ato reconhecido pelo Estado.....	73
2.8.8 Ato de particular	74
3 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO DO PODER JUDICIÁRIO	75
3.1 Delimitação da figura jurídica.....	75
3.1.1 Da possibilidade de responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário	76
3.1.2 Da aplicação da teoria da responsabilidade internacional aos ilícitos cometidos pelo Poder Judiciário	82
3.2 Hipóteses de responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário.....	89
3.2.1 Dos princípios gerais e critérios de responsabilização	89
3.2.2 Das formas de responsabilização internacional	92
3.2.3 Da denegação de justiça	94
3.3 Causas de exclusão de responsabilidade.....	98

3.3.1 Das circunstâncias em que a conduta do Estado é livre e voluntária: consentimento, legítima defesa, contramedidas e estado de necessidade.....	101
3.3.2 Das circunstâncias em que o ilícito ocorre independentemente da vontade do Estado: força maior, caso fortuito e perigo extremo	105
4 A DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E O DIREITO DO ESTRANGEIRO	109
4.1 A pessoa do estrangeiro: conceito e inserção na realidade brasileira.....	110
4.2 O direito do estrangeiro nas normas internacionais	117
4.3 O direito do estrangeiro e sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro.....	127
4.3.1 Definição do marco normativo para escolha dos julgados	128
4.3.2 Definição do marco empírico para escolha dos julgados	134
4.3.3 Metodologia empregada na análise dos julgados	138
4.4 Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça	141
4.5 Análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região	145
5 HIPÓTESES DENEGATÓRIAS DE JUSTIÇA AO ESTRANGEIRO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	151
5.1 Hipóteses denegatórias ao estrangeiro no Superior Tribunal de Justiça	152
5.1.1 Inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso.....	152
5.1.2 Decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa	154
5.1.3 Impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro.....	158
5.1.4 Impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade.....	161
5.1.5 Vedação à progressão de regime ao estrangeiro em processo de expulsão.....	163
5.1.6 Impossibilidade de reconhecimento de atenuante genérica ao estrangeiro pelo desconhecimento de legislação penal específica	166
5.1.7 Não reconhecimento de guarda ao estrangeiro com a configuração de sequestro internacional de criança.....	168
5.1.8 Validação de expulsão de estrangeiro com filho menor brasileiro.....	169
5.1.9 Vedação de trabalho ao estrangeiro.....	173
5.1.10 Quebra da igualdade tributária prevista no GATT em desfavor do estrangeiro.....	174
5.1.11 Citação de estrangeiro por edital válida em processo brasileiro e citação a brasileiro feita em processo estrangeiro obrigatoriamente por carta rogatória.....	177
5.1.12 Pagamento de caução pelo estrangeiro para acesso à justiça	179
5.1.13 Não reexame de prova em solicitação de visto de permanência	181
5.2 Hipóteses denegatórias ao estrangeiro no Tribunal Regional Federal da 1ª Região	182
5.2.1 Inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso.....	183
5.2.2 Decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa	185
5.2.3 Impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro.....	188
5.2.4 Impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade.....	190

5.2.5 Fixação arbitrária do regime de cumprimento de pena ao estrangeiro e vedação à progressão de regime	191
5.2.6 Ausência de nomeação de intérprete na língua do estrangeiro preso	194
5.2.7 Criminalização do pedido de refúgio.....	196
5.2.8 Denegação da concessão de nacionalidade brasileira.....	199
5.2.9 Aposentadoria e ausência de cômputo do tempo de serviço no estrangeiro	200
5.2.10 Inobservância consciente de norma internacional	203
6 OS MEIOS INTERNACIONAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO	205
6.1 Consequências jurídicas da responsabilização internacional.....	205
6.1.1 Do dever de cumprimento	206
6.1.2 Da cessação ou não-repetição.....	208
6.1.3 Da reparação	210
6.1.3.1 <i>Da restituição</i>	213
6.1.3.2 <i>Da indenização</i>	215
6.1.3.3 <i>Da satisfação</i>	218
6.2 A imputação de responsabilidade ao Brasil perante os tribunais internacionais.....	220
6.2.1 Do regime geral	221
6.2.2 Do regime objetivo dos tratados de direitos humanos.....	234
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	244
REFERENCIAS	258

1 INTRODUÇÃO

Desde a Paz de Vestfália, com a assinatura dos Tratados de Münster e Osnabrück em meados do século XVII, o Estado consolidou o seu pioneirismo no Direito Internacional, constituindo-se, durante quase 3 (três) séculos, como o único ator com personalidade jurídica no cenário internacional. Embora tenha existido, posteriormente, a abertura da sociedade internacional para a integração de outros entes como as organizações internacionais, os blocos regionais, as empresas transnacionais e os indivíduos, o Estado permanece, ao menos em um caráter pragmático, como o eixo central do sistema internacional do século XXI, a ponto de os atos por si praticados, mesmo em caráter interno e no desenvolvimento do seu exercício soberano, gerarem efeitos para toda a comunidade em que inserido.

Esse Estado, que na clássica construção de Montesquieu (1996) é composto por poderes equilibrados e harmônicos, personificados no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, exercita a sua atuação cotidiana por meio de agentes públicos que dão mãos à construção jurídico-ficcional que é o desempenho das funções administrativa, legislativa e jurisdicional por um ser leviatânico que engloba a todos e a tudo, nacionais ou estrangeiros. Nesse sentido, o exercício funcional do Estado tem por premissa trazer sempre um duplice reflexo com a sua ação. Um de natureza interna, para o próprio ente estatal, a sua política, a sua atividade administrativa e o seu corpo de funcionários. E outro de natureza externa, para o administrado, o jurisdicionado e a população em geral, que podem vir a ser vitimados ante uma ineficiente ou desastrosa atuação desse ente soberano.

No caso de má prestação das atividades estatais ao indivíduo, é possível conjecturar, no contexto jurídico interno, a responsabilidade do Estado pelo cometimento de ilícito atribuído a órgão, agente ou entidade sob a sua tutela. Essa potencial responsabilização estatal apresenta-se como uma das questões mais relevantes do Direito, por ser pautada em preceitos de *accountability* e *responsive law*, e por se posicionar no centro das instituições de qualquer sistema jurídico. Não obstante, a utilização desses parâmetros para além da esfera nacional mostra-se ainda hoje controvertida, afinal, caberia responsabilizar o Estado, no plano supranacional, por ação ou omissão que lhe seja imputável e da qual resultasse violação de norma ou obrigação internacional?

A ideia de atribuição de responsabilidade é, inegavelmente, um fenômeno massivo nos sistemas jurídicos internos de um rol significativo de países. No plano supranacional, a imputação de responsabilidade a um ente estatal por ato de órgão ou agente interno que desconsidere, em sua prática laboral, os princípios basilares do Direito Internacional ou os

encargos advindos de regramentos internacionalmente pactuados é fato discutido no panorama jurídico vigente e merece, na qualidade de instituto em desenvolvimento, um maior assentamento na doutrina, por se mostrar ainda dissociado de uma plena aplicabilidade no âmbito forense.

O presente estudo, desenvolvido nos moldes de uma dissertação e com adequação a critérios metodológicos específicos, pretende efetuar, com as proposições subsequentes, uma análise teórico-empírica acerca da viabilidade da responsabilização internacional do Estado por atos ilícitos de seus órgãos e agentes internos. Nessa consecução, a análise apontada visa esmiuçar o tema da responsabilidade estatal num olhar estritamente voltado à teoria jusinternacionalista, buscando averiguar a atuação do Estado soberano enquanto ente dotado de personalidade jurídica internacional e, ao mesmo tempo, como titular do dever ultrafronteiriço de cumprir os regramentos propostos pela sociedade a qual integra.

Dentro do tema maior da responsabilidade internacional, a delimitação temática deste exame propõe uma investigação pormenorizada da responsabilidade do Estado, no âmbito jurídico, dentro da seara civil, em decorrência do mau funcionamento de uma das principais atividades desenvolvidas em um Estado Democrático de Direito: a atuação regular do Poder Judiciário. Nesse sentido, o recorte temático trazido visa a averiguar a aplicação dos cânones da responsabilidade internacional à República Federativa do Brasil, especificamente quando a atribuição do ilícito internacional se der em decorrência da atuação de órgão, ente ou agente que integre a estrutura do Poder Judiciário brasileiro em situações nas quais o exercício da função jurisdicional contrariar norma internacional e importar denegação de justiça ao estrangeiro.

A abordagem em foco busca desenvolver uma intersecção teleológica entre as concepções aparentemente antagônicas de responsabilidade extraterritorial do Estado e independência do Poder Judiciário. Dentre outras razões, em função de o Poder Judiciário na América Latina estar sendo objeto, desde a divulgação do Documento Técnico nº. 319 pelo Banco Mundial (1996), de uma necessária reflexão acerca da implementação de um programa de reformas que conta com recomendações voltadas a aplicar e interpretar as leis de forma igualitária e eficiente, bem como a reivindicar previsibilidade nos resultados dos processos, acessibilidade às Cortes pela população em geral, existência de tempo razoável de julgamento e a instituição de recursos processuais adequados.

Somado a essa necessidade de pensar o instituto da responsabilidade como um reflexo da ausência de uma atuação propriamente técnica e eficiente do Poder Judiciário, ainda explana a importância desta pesquisa a sua contribuição para uma maior discussão, nos

meios científico, jurídico e político acerca da possibilidade de uma efetiva responsabilização internacional da República Federativa do Brasil nos casos em que os tribunais internos desta soberania vierem a exercer a sua atividade jurisdicional de forma descompromissada com a normativa internacional e em prejuízo de direitos universalmente assegurados ao estrangeiro.

A propositura apresentada busca repensar o caráter absoluto e irrepreensível dos meios de tutela jurisdicionais consagrados no ordenamento jurídico interno. Procura esclarecer que decisões proferidas por tribunais nacionais, se comprovadamente ilícitas e geradoras de dano de cunho internacionalista, têm o condão de imputar ao Estado brasileiro, na qualidade de país deflagrador do ilícito, o dever de não repetição do ato lesivo e a obrigação de compensar o ato praticado frente ao estrangeiro ou à sua representação autóctone, por meio de reparação de índole patrimonial ou moral.

A relevância da pesquisa está em ponderar se o direito do estrangeiro deve se colocar à mercê da tutela jurisdicional interna e se submeter ao conceito clássico de soberania em situações nas quais há um julgamento flagrantemente prejudicial ao não-nacional pela sua simples condição de origem e nacionalidade. Serve para questionar se, em tais casos, não se estaria a fustigar tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte ou a descumprir preceitos garantidores de direitos fundamentais prescritos na própria Constituição brasileira de 1988, que asseguram o direito a liberdade, igualdade e inviolabilidade de propriedade ao estrangeiro.

Tal preocupação temática possui relevância social na medida em que o número de estrangeiros que tem ingressado em território brasileiro vem aumentando significativamente nos últimos anos. O site de notícias G1 (2016) traz dados da Polícia Federal que informam o acréscimo de 160% no número de imigrantes no Brasil nos últimos 10 (dez) anos, totalizando, apenas no ano de 2015, um quantitativo de 117.745 (cento e dezessete mil, setecentos e quarenta e cinco) estrangeiros que ingressaram em território brasileiro. Podem, ainda, ser acrescidos a esse somatório os estrangeiros que, execrados da estatística oficial, adentraram o país de modo irregular ou vivem na condição de residente fronteiriço.

Os dados acima sinalizam uma tendência de crescimento do ingresso de estrangeiros no Brasil e refletem um potencial aumento de demandas judiciais que envolvam esse nicho populacional. Mesmo porque é importante lembrar que em terras brasileiras deram-se, nos últimos 5 (cinco) anos, alguns dos principais eventos esportivos do planeta, como a Copa das Confederações FIFA (2013), a Copa do Mundo FIFA (2014), os Jogos da XXXI Olimpíadas de Verão (2016) e os Jogos Paralímpicos (2016), com a atração de contingente populacional

que representa, não apenas um fluxo migratório latente, mas uma forte aptidão a gerar processos no Poder Judiciário nacional.

Acrescido a esses eventos sazonais, ainda se vive, a nível global, uma crise migratória crescente, que deixa vestígios e consequências em todo o mundo. Trata-se da crise internacional de refugiados que se dissemina, tanto na Síria e na Europa, quanto no Haiti, na Venezuela e no Brasil, reafirmando problemas estruturais vividos em diversos trechos do globo e que carecem de resposta por parte dos integrantes da sociedade das nações, incluindo-se o desempenho da atividade jurisdicional pelos Estados. Cuida-se de questão humanitária vocacionada a debater a permissibilidade do acesso de gama considerável de população estrangeira a novos territórios, que traz a configuração, em potencial, de novos litígios a serem solvidos pela atividade do Estado-juiz.

Sob esse aspecto, é inegável que o estrangeiro deve ter direito a um julgamento justo, razoável e amparado na lei. Nesse senso, a razão de ser desta pesquisa está pautada em questionar o ideal de estratificação de decisões judiciais que, embora emanadas da típica atividade jurisdicional do Estado, venham a implicar mácula a compromissos internacionais assumidos livremente pela soberania brasileira ou repercutam em violação a normas imperativas de Direito Internacional. Preceito esse que, ao sinalizar a importância das normas internacionais como fonte para a solução de litígios, demonstra a relevância do presente estudo para disseminar a primazia do emprego de tais regramentos no exercício judicante.

Até mesmo porque as normas internacionais de proteção ao estrangeiro têm sido associadas, historicamente, a regras com importância secundária ou com dificuldades quanto a sua eficácia na prática estatal. Contudo, o que se pretende provar com esta pesquisa é que, embora as normas em comento tenham aplicação peculiar (pela ausência de uma jurisdição automática dos mecanismos internacionais de solução de controvérsias e pela inexistência de um poder mundial encarregado de impor a observância desses dispositivos), elas se mostram perfeitamente válidas para determinar a inafastabilidade da responsabilidade do Estado ante o seu descumprimento, por se tratarem de normas jurídicas cogentes.

Com base nessa premissa, sobram razões para justificar a pertinência do objeto pesquisado, já que importa debater, no bojo deste estudo, se no caso de uma efetiva responsabilização da República Federativa do Brasil pela inobservância de norma internacional no julgamento do estrangeiro, torna-se possível, à luz da teoria explanada, certa relativização no cumprimento de decisões judiciais e de atos dos tribunais internos até o consequente julgamento do feito por corte internacional competente. Cenário esse a que são agregadas ainda mais incertezas se o Estado alienígena ingressar com reclamação

internacional em defesa do seu súdito, ante o descumprimento de preceito de *jus gentium* pelo Estado brasileiro quando do processamento ou julgamento de demanda do estrangeiro, ou mesmo se esse não-nacional se valer diretamente de organismo internacional de proteção aos direitos humanos.

A questão supracitada, por ser controversa, merece considerações mais aprofundadas nesta pesquisa, o que também serve para justificar a importância do estudo do tema ante a sua atualidade e proeminência. Inclusive porque, segundo a doutrina mais tradicional do Direito Internacional, a responsabilidade *in voga* teria como característica obrigatória a formação de um vínculo jurídico, não entre o Estado que transgrediu a norma internacional e o estrangeiro que sofreu a lesão imediata, mas sim entre aquele sujeito e o Estado que teve o seu nacional lesado, o que implicaria dizer que o ressarcimento do dano ao forasteiro deveria se dar na pessoa da soberania a qual ele é juridicamente vinculado, e não a si próprio, em total contrassenso aos prejuízos e gravames que sofrera.

Nada obstante a regra geral ser a de que o instituto da responsabilidade internacional não se refira, rigorosamente, a direitos do indivíduo, outro ponto relevante da pesquisa volta-se ao desenvolvimento de um estudo circunstanciado acerca da possibilidade conjunta de a pessoa humana responsabilizar o ente estatal, diretamente, na ordem internacional, pela violação de norma de *jus gentium*. Cuida-se de construção teórica voltada à superação dos preceitos clássicos da proteção diplomática em benesse de mecanismos de salvaguarda de direitos humanos como os existentes no sistema capitaneado pela Organização dos Estados Americanos, que permite pleitos de reparação pelo descumprimento, por parte dos Estados, das normas internacionais em desfavor do indivíduo.

Qualquer que seja a vertente adotada, certo é que o instituto da responsabilidade internacional, enquanto conceito vinculado à aplicação de sanções de natureza civil pelo descumprimento de preceitos de *jus gentium*, merece ter o seu estudo esmiuçado como forma de desmistificar a malsinada crença de que as relações internacionais de um Estado se constroem com demérito ao direito de outras nações ou com a convicção de que o estrangeiro é um cidadão indigno da tutela estatal que goza o nacional de qualquer soberania, no que tange à segurança quanto à existência de julgamentos imparciais e pautados na legalidade.

Não bastasse essa discussão propedêutica acerca da possibilidade de responsabilização internacional da República Federativa do Brasil e das circunstâncias que podem desencadear a sua responsabilidade por atos do Poder Judiciário, a contribuição da presente temática consubstancia-se, ainda, em uma potencial discussão zetética acerca do caráter temerário da medida referenciada, quer em razão de ela consistir em um aparente

mecanismo supraestatal de controle da legalidade e do devido processo legal, quer pela preocupação com a efetividade dos instrumentos de imputação de responsabilidade ao Estado e com a executoriedade de uma eventual condenação além-fronteira.

A justificativa da pesquisa paira, assim, na importância de também averiguar se a segurança jurídica concedida ao estrangeiro, internacionalmente, teria o condão de desautorizar, mesmo que parcialmente e com requisitos processuais e de nacionalidade previamente estipulados, a própria soberania das decisões do ente estatal em prol do direito de amplo acesso ao Judiciário e em defesa de preceitos mais estáveis de justiça e igualdade, visando à adoção de parâmetros mínimos de julgamento globais. Tudo dentro de uma perspectiva vocacionada a construir um maior sentimento de segurança e justeza ao jurisdicionado não-nacional e a permitir a maturação da sociedade internacional enquanto promotora da paz social e guardiã dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana que eventualmente cerceadas pelo Estado-juiz.

O desenvolvimento de estudos mais detalhados sobre o tema, examinado pelo autor na qualidade de professor e pesquisador em Direito Internacional e servidor do Poder Judiciário, busca fomentar discussões na Justiça brasileira acerca da perniciosa violação de direitos e garantias à pessoa humana de nacionalidade estrangeira e ainda pretende promover, simultaneamente, o aprimoramento do Poder Judiciário enquanto instituição republicana. Nesse sentido, a defrontação com decisões que inobservam tratados internacionais na sua fundamentação e/ou tenham matriz estritamente política quando a parte do litígio é estrangeira mostra a necessidade de enfrentamento dessa temática.

Casos como a não cientificação da repartição consular competente quando da decretação da prisão do estrangeiro (AgRg no AREsp 845931/SP, STJ; RHC 27067/SP, STJ; RHC 4582/RJ, STJ), da não participação de intérprete em ato de prisão em flagrante de estrangeiro homologado pelo Juízo (HC 3.356-CE, TRF5; HC 3.264-CE, TRF5; HC 0062981-12.2014.4.01.0000/AM, TRF1) e da proteção deliberada ao nacional na aplicação de exceção ao retorno do menor sequestrado internacionalmente (REsp 900262/RJ, STJ; REsp 1196954/ES, STJ; REsp 1239777/PE, STJ) são práticas que não podem permanecer obscurecidas no Brasil.

A insuficiência de estudos sobre o tema na doutrina nacional, bem como a nova roupagem proposta pelo autor à tradicional estrutura da responsabilidade do Estado advinda da doutrina internacionalista e a necessidade de fomentar a discussão pátria acerca do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados (ONU, 2001) tornam-se fortes justificativas acadêmicas para o

desenvolvimento da análise pretendida, além de inexistirem dados concretos nos tribunais brasileiros acerca do fenômeno estudado, a nível local e nacional.

Com respaldo nesses argumentos, o estudo formulado se concentra em averiguar, como problema de pesquisa, se é possível a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil no caso de o aparato judicial brasileiro desempenhar o exercício de sua função jurisdicional típica com denegação de justiça ao estrangeiro.

Questiona-se como esse tipo de responsabilização pode ser esculpida e quais os pressupostos de adequação e marcos teórico-conceituais utilizados para esse mister. Busca-se investigar quais os limites para a atribuição de responsabilidade internacional ao Brasil no caso de descumprimento de norma de *jus gentium* e como se daria a dinâmica para a imputação desse tipo de responsabilidade no caso de julgamento proferido, em âmbito interno, de maneira propositalmente contrária a tratado ratificado e em vigor no país ou se o Poder Judiciário não fundamentar sua decisão em acordo internacional que deveria conhecer e aplicar, com notório prejuízo ao estrangeiro.

Ao se buscar soluções preliminares ao problema de pesquisa apresentado, a primeira dentre as hipóteses formuladas é que, no cenário vigente, emerge um fenômeno relativamente novo e de singular relevância na sociedade internacional: a capacidade de o Estado soberano ser passível de responsabilização perante a ordem internacional em razão do desempenho irregular de suas funções institucionais. São variáveis para essa construção: a viabilidade, ou não, de se incorporar as tradicionais práticas geradoras de responsabilidade ao Direito Internacional; e o âmbito de eficácia dos mecanismos e procedimentos internacionais para a atribuição de responsabilidade a entes dotados de soberania.

A segunda hipótese formulada se volta à possibilidade de a República Federativa do Brasil arcar, extraterritorialmente, na qualidade de componente da sociedade internacional, com os atos praticados por seus agentes públicos em desfavor do estrangeiro nos limites geográficos nacionais. São variáveis a serem enfrentadas no transcurso dessa investigação: o modo como pode se dar essa responsabilização, a teor da moderna teoria da responsabilidade internacional; que diplomas normativos regulam esse tipo de responsabilização; quais os requisitos para a configuração dessa responsabilidade além-fronteira; e quais as consequências jurídicas para o Estado brasileiro em decorrência do descumprimento de normas internacionais e de eventual ocasionamento de dano.

A terceira hipótese levantada é que existem demandas judiciais, em âmbito interno, nas quais a República Federativa do Brasil atua com nítido tratamento prejudicial ao jurisdicionado pela sua intrínseca condição de estrangeiro. Para essa última formulação, são

variáveis a serem desnudadas no desenvolvimento da pesquisa: se estaria o Poder Judiciário contrariando deliberadamente, com essas decisões, norma vigente no país; e se a autoridade judicial não estaria julgando com base em tratado internacional que deveria conhecer e aplicar por mero desconhecimento técnico ou por outra questão pontual.

Com o assentamento do problema de pesquisa e das hipóteses que serão desenvolvidas no decurso desta obra, resta claro que o objetivo geral desta investigação é analisar a viabilidade jurídica da responsabilização internacional da República Federativa do Brasil em razão de atos e práticas dos seus tribunais internos que, no exercício da função jurisdicional, correspondam a ilícitos perante o Direito Internacional e maculem direitos e garantias assegurados ao estrangeiro.

São ainda objetivos específicos desta pesquisa: identificar os atos geradores de responsabilidade internacional do Estado, sua natureza e seus elementos essenciais; descrever a teoria geral da responsabilidade internacional, examinando a sua aplicação aos casos em que há descumprimento de norma internacional pelos órgãos e agentes judiciários do Estado brasileiro; investigar as circunstâncias jurídicas em que há denegação de justiça ao estrangeiro em solo pátrio e as situações que permitem a exclusão da responsabilidade do Estado; sistematizar os procedimentos a serem adotados, no âmbito internacional, para a imputação de responsabilidade ao Brasil por ilícitos praticados pelo Poder Judiciário nacional; e avaliar os mecanismos supranacionais de reparação de dano e outras eventuais consequências jurídicas para o Estado brasileiro advindas da responsabilização internacional.

A respeito dos parâmetros metodológicos utilizados para a consecução desses objetos, a averiguação do tema em foco é feita com base, preponderantemente, no método de abordagem hipotético-dedutivo, de modo a propiciar ao pesquisador a construção de conjecturas que, submetidas a testes variados, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade e ao confronto com os fatos, viabilizassem a verificação de quais hipóteses persistem como válidas frente às tentativas de falseamento, de maneira a evitar que, inobservada tal sistemática, o resultado da pesquisa seja facilmente refutado e não sirva para a construção de uma teoria eficaz com base em preceitos de lógica.

De modo complementar, é utilizado na tessitura desta pesquisa o método de abordagem dialético, naquilo que não se puder construir certezas contundentes através do método hipotético-dedutivo, tendo em vista a necessidade de uma análise dialogada entre os conteúdos e elementos que atuam na caracterização do objeto de pesquisa, já que o problema formulado apresenta contrapontos e demanda análises aprofundadas de aspectos históricos,

normativos, políticos e sociais que levam à imputação de responsabilidade internacional ao Estado em função da denegação de justiça ao estrangeiro.

A fim de permitir a execução dessa abordagem e adequá-la à discussão de temas aparentemente antagônicos como a responsabilização extraterritorial e a soberania estatal, opta-se por empregar, no exame proposto, referencial teórico-metodológico específico. Trata-se da dialética de implicação-complementaridade, a qual se baseia em um processo de ideias ou princípios que se contrapõem a respeito de determinado tema e a qual se centra no entendimento de que a *concordia/discordans* permite vislumbrar uma verdade ou uma conjectura em seu processo de realização, pouco importando que seus debates não culminem com esse encontro da verdade. Até mesmo porque, para esse método de abordagem, o que interessa, essencialmente, são as perspectivas conflitantes na busca do verdadeiro.

A dialética de implicação-complementaridade busca superar a perspectiva hegeliana de contraposição entre tese e antítese, de cuja oposição surgiria, necessariamente, uma síntese, enquanto terceiro termo que compreenderia a expressão da verdade. O método empregado enfrenta, assim, um dos problemas centrais da dialética tradicional: como uma síntese poderia evoluir para novas teses e antíteses em conflito, preservando o contínuo progresso da ideia e da realidade, numa díade incindível? A solução apresentada por Reale (2000, 2002) e utilizada nesta pesquisa é a da existência de sínteses abertas, que representariam, não a superação da contradição, mas a correlação tensional entre elementos contrários.

Quanto ao método de procedimento adotado, aplica-se, nesta incursão, a concepção funcionalista, que consiste em um método de interpretação que parte do pressuposto de que a sociedade é formada por componentes diferenciados e interdependentes, de modo a permitir o estudo da função de cada uma dessas partes ao considerar a sociedade como uma estrutura complexa de grupos reunidos numa trama de ações e reações sociais e, de outro lado, como um sistema de instituições correlacionadas. O método em perspectiva é desenvolvido com notório enfoque quanti-qualitativo a fim de proporcionar a coleta e análise de decisões denegatórias de justiça ao estrangeiro dentro do exercício jurisdicional brasileiro e a respectiva divulgação do conteúdo desses julgados.

Esclarece-se, entretanto, que a opção do pesquisador pela utilização prioritária do método funcionalista não exclui a aplicação de outros métodos de procedimento na estruturação da pesquisa, em coadunação com os métodos de abordagem carregados. Nesse sentido, cabe destacar a utilização iminente dos métodos de procedimento histórico e comparativo (na análise com enfoque qualitativo) e o emprego do método estatístico na coleta

e avaliação de dados jurisprudenciais sobre casos que impliquem descumprimento de tratados internacionais em desfavor do estrangeiro (na análise com enfoque quantitativo).

A estratégia de pesquisa empregada nesse exame de decisões que contêm parte estrangeira, proferidas pelos tribunais brasileiros, é a análise de conteúdo. Enquanto método derivado de um conjunto de técnicas de análise das comunicações e que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens (BARDIN, 2009), a análise de conteúdo é um mecanismo extremamente válido para essa observação, a qual se aterá a recorte pormenorizado em tópico específico desta obra, que se utilizará de marcos referenciais normativos e empíricos para a sua fixação.

As técnicas de pesquisa manejadas na condução da presente investigação são a pesquisa bibliográfica e a análise documental. O intento inicial dessa propositura é promover o levantamento de textos normativos, doutrinas e decisões judiciais com o objetivo de proporcionar a revisão do tema indicado e possibilitar a elaboração de categorias a serem abordadas de maneira individualizada no desenvolvimento desta produção, a fim de consolidar o quadro teórico que servirá de substrato para a apreciação analítica de dados.

No que se refere à coleta de dados, é adotada a técnica de pesquisa de documentação indireta. O levantamento de textos normativos, nesta apuração, volta-se a acessar os compromissos internacionais ratificados pelo Brasil que impliquem o reconhecimento da responsabilidade enquanto imperativo internacional ou repercutam em obrigação supranacional de concessão de direitos a estrangeiros. São catalogadas, ainda, no desenvolvimento da pesquisa, outras fontes de caráter normativo que, embora não tenham alcançado a estirpe de tratado internacional, ressoem no cenário vigente como normas de *soft law*, como, por exemplo, o Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

Para o levantamento de doutrina, é elaborado um estudo que se pauta nos idealizadores da teoria da responsabilidade internacional a nível mundial, destacando-se, para tanto, os autores García Amador, Roberto Ago e James Crawford, vinculados à Comissão de Direito Internacional da ONU. Ao lado desses expoentes, busca-se apresentar vieses alternativos ao problema de pesquisa suscitado, perpassando, inclusive, por uma análise dialogada entre o instituto da responsabilidade internacional e o direito internacional dos direitos humanos.

Para o levantamento de jurisprudência, fez-se necessário promover um recorte metodológico inicial a fim de tornar a pesquisa exequível. Como a pretensão do trabalho é investigar a realidade do trato dos tribunais brasileiros, em seu todo, com o direito do estrangeiro, selecionou-se, à luz dessa proposição, os órgãos do Poder Judiciário nacional

contemplados na Constituição brasileira que melhor se ativessem a essa missão. Foram eleitas as decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal como parâmetros de pesquisa, em razão desses órgãos apresentarem abrangência nacional e terem competência para lidar com situações que envolvem estrangeiros e tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Tais elementos têm por finalidade explicar e fundamentar o problema de pesquisa apresentado, com base em dados e informações coletados a partir de um levantamento bibliográfico rigoroso de livros, revistas, artigos científicos, sítios eletrônicos, julgados de tribunais e demais fontes documentais, físicas ou digitais, que se refiram ao tema proposto, mediante constante revisão de leitura e análise combinada de dados.

Para uma compreensão mais ampla do tema, optou-se por abordar o conteúdo da responsabilidade internacional em 5 (cinco) capítulos distintos desta obra, a saber: (a) a teoria da responsabilidade internacional do Estado, (b) a responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito do Poder Judiciário, (c) a denegação de justiça e o direito do estrangeiro, (d) as hipóteses denegatórias de justiça ao estrangeiro no Poder Judiciário brasileiro e (e) os meios internacionais de responsabilização do Estado brasileiro. Tudo de maneira a obedecer a uma lógica sem a qual não seria possível compreender a inserção do ilícito de tribunal da República Federativa do Brasil entre os atos geradores da responsabilidade do Estado, no âmbito internacional.

No primeiro capítulo, o enfoque deste estudo volta-se a delinear as bases da responsabilização no plano internacional, de maneira a sopesar a aplicação desse corolário aos ilícitos praticados pelos Estados. É abordado o histórico da responsabilidade na sociedade internacional e as teorias existentes, com o fito de demonstrar a substituição do conceito de irresponsabilidade clássico pelo de responsabilização contemporâneo. Estabelece-se a definição do termo responsabilidade internacional com a fixação dos seus elementos de estruturação e ainda são indicadas as principais diferenças entre esse dever e a responsabilização interna. São firmados a natureza e os fundamentos da responsabilidade internacional e frisados os elementos constitutivos de sua imbricação, pautados na existência do fato ilícito (elemento objetivo) e da atribuição (elemento subjetivo). São abordados, em espécie, os atos geradores de responsabilidade internacional.

No segundo capítulo, a discussão se concentra na possibilidade de o Estado ser responsabilizado por atos de órgãos, entidades e agentes do Poder Judiciário que, no exercício da atividade jurisdicional, afrontem norma ou obrigação internacional. São construídas conjecturas de verdade e falseamento acerca da hipótese aviltada, de modo a submetê-la a crítica doutrinária e ao confronto com a realidade dos fatos, a fim de verificar se a aplicação

desse encargo aos atos dos tribunais internos é verdadeiramente válida. A luz dos princípios gerais da teoria da responsabilidade internacional e dos critérios do tratamento nacional e do mínimo internacional, passa-se a enumerar as hipóteses de responsabilização do Estado por ato judicial, dentre as quais é destacada a denegação de justiça. São trabalhadas, por fim, a existência de causas de exclusão de responsabilidade que têm o condão de afastar a ilicitude dessa prática estatal denegatória, como o caso fortuito, a força maior e o perigo extremo, por ser mostrarem circunstâncias independentes da vontade do Estado infrator.

No terceiro capítulo, a pesquisa se concentra em aprofundar o estudo da denegação de justiça enquanto principal modalidade de ilícito internacional praticado em prejuízo ao estrangeiro. Analisa-se, a partir daí, o conceito preciso de estrangeiro, com base em preceitos normativos e sociológicos, e como se dá a sua inserção na sociedade brasileira, assim como quais são os seus direitos de índole material e processual no sistema jurídico internacional. Verifica-se a aplicação desses direitos em demandas submetidas ao Poder Judiciário brasileiro, utilizando-se de metodologia específica a fim de estabelecer marcos normativos e empíricos para a escolha e análise de julgados. É feita, ainda, uma análise quanti-qualitativa das decisões que envolvem estrangeiros no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no período compreendido entre 01/06/2013 e 01/10/2017.

No quarto capítulo, busca-se identificar, na jurisprudência brasileira, as hipóteses denegatórias de justiça ao estrangeiro que são passíveis de configurar um ilícito internacional. É feita a análise dos julgados que contêm parte estrangeira no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, destacando-se inferências denegatórias como: a inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso; a ausência de nomeação de intérprete na língua do estrangeiro preso; a impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade; a decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo simples fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa; a impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro; o pagamento de caução pelo estrangeiro para ter acesso à justiça; entre outras.

No último capítulo, destacam-se os meios internacionais de responsabilização do Estado pelo cometimento de ilícitos internacionais. São abordadas as consequências jurídicas da responsabilização supranacional e estatuídos os mecanismos internacionais para a sua imputação, tanto com apoio no regime geral de responsabilidade apregoado pela Corte Internacional de Justiça, quanto com base no regime objetivo dos tratados de direitos humanos albergado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sob esse viés, são elucidadas as implicações de um ilícito internacional para o Estado infrator, com a

proclamação dos deveres de cessar a conduta antijurídica, permanecer cumprindo a obrigação assumida, não repetir a ilicitude *in voga* e promover uma reparação justa e proporcional ao sujeito lesado, a qual poderá ser dada através de restituição, indenização ou satisfação.

É indubitável, no mais, que a inobservância dessa sistemática na presente abordagem viria a comprometer todo o estudo da responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário em sua plenitude. Nessa preocupação, foram tomadas as devidas precauções no que se refere à montagem de uma argumentação lógica e coerente a fim de investigar a responsabilização do Estado por ato judicial e seus reflexos no Direito Internacional contemporâneo e à observação de uma metodologia que apresentasse as benesses e os desfavores dessa teoria, enquanto mecanismos indispensáveis ao entendimento e à conclusão da pesquisa.

2 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

O tema da responsabilidade internacional do Estado tem sido apontado pela doutrina especializada, notadamente a partir do século XX, “como uma das mais importantes [questões] do direito internacional e centro das instituições de qualquer sistema jurídico” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 343), de maneira que não há se olvidar que a possibilidade de uma efetiva responsabilização do Estado, na esfera internacional, por ação ou omissão que lhe seja imputável e da qual resulte a violação de norma ou obrigação internacional, é questão recorrente no debate jusinternacionalista e na investigação de qualquer sistema de justiça.

Embora não se possa conceber que a ideia genérica de atribuição de responsabilidade seja um fenômeno novel no sistema jurídico interno de um rol expressivo de Estados¹, certo é que a imputação de responsabilidade a um ente estatal, no plano supranacional, por ato de seus órgãos e agentes internos que desconsiderem, em sua prática laboral, os princípios basilares do Direito Internacional ou os encargos advindos de regramentos internacionalmente pactuados é fato recente no panorama internacional² e merece, na qualidade de instituto em desenvolvimento, um maior assentamento na doutrina, por ainda se mostrar dissociado de uma eficaz aplicabilidade na praxe forense.

Em sendo a responsabilidade internacional um fenômeno recente na sociedade das nações e que decorre da gradativa aproximação entre Estados que relativizaram os seus critérios de soberania ilimitada ante a necessidade de uma interação mais globalizada (BAUMAN, 1999) e a superação das mazelas humanitárias do século XX (ARENDT, 2007), essa internacionalização acaba por conservar estreita afinidade temática com a atual discussão jusinternacionalista acerca da extensão das tradicionais práticas geradoras de responsabilidade consagradas no âmbito interno ao Direito Internacional e sobre a adoção de procedimentos mais completivos para a atribuição de responsabilidade ao Estado que descumprir as normas internacionais por si pactuadas³.

Mais que mera ânsia por estratificar a teoria da responsabilidade como um fator característico do sistema jurídico internacional, essas afirmações buscam expressar toda a

¹ Como referência, os ordenamentos jurídicos internos que, já na Antiguidade, consagravam a responsabilidade *lato sensu* (civil e penal) do sujeito privado (indivíduo) frente ao governo constituído.

² Diz-se da responsabilidade do próprio Estado, por atos de agentes públicos ou de particulares nacionais (em situações especiais), inaugurada ao final do século XIX (e perpetuada somente com o advento do século XX) em contrapartida à doutrina da irresponsabilidade do Estado então reinante.

³ “[...] o valor prático de uma ordem jurídica depende da eficácia e da extensão das regras sobre responsabilidade” (MELLO, 2004, p. 527).

preocupação da sociedade contemporânea com a efetivação de preceitos de justiça no plano supranacional que garantam direitos ao indivíduo e protejam liberdades e garantias resguardadas por normas internacionais. Precipuamente através do desenvolvimento de uma imputação imparcial de responsabilidade aos Estados e da implementação de uma executoriedade coercitiva que consagre a responsabilidade como o eixo central da ordem internacional. Contexto esse no qual resta consolidada a indispensável tratativa de uma discussão mais aprofundada acerca da matéria no presente capítulo.

Antes, todavia, de adentrar no cerne dessa discussão, faz-se imperioso compreender a evolução do conceito de responsabilidade no cenário internacional, com o fito de delinear o pensamento contemporâneo da sociedade das nações a respeito do tema. Afinal, a teoria da responsabilidade do Estado nem sempre obedeceu aos parâmetros hoje fixados para o cenário exterior. Apenas recentemente o padrão de responsabilização vigente fora desenvolvido no âmbito internacional, estabelecendo o Estado como a figura central e como a única pessoa suscetível ao ilícito internacional e ao benefício dessa reparação. Padrão esse que, se por um lado representa um inquestionável progresso histórico e serve como referencial teórico para estudos mais avançados sobre o assunto, de outro, revela-se deficitário e insuficiente para responder às atuais demandas do indivíduo na busca por direitos transnacionais.

2.1 O desenvolvimento histórico da responsabilidade internacional

Ao iniciar o estudo da evolução histórica da responsabilidade internacional do Estado, resta esclarecer, logo de plano, que não é objetivo prioritário desta análise realizar um minucioso apanhado acerca da responsabilização do Estado no mundo ocidental⁴; o que de nenhuma sorte culmina com a negativa de que o desenvolvimento histórico da responsabilidade estatal e de suas teorias correlatas tenha, de alguma forma, um papel importante na compreensão da atual teoria da responsabilidade internacional. Pois, em verdade, ao menos num viés mais propedêutico da matéria, tais imersões permitem anteceder

⁴ Quer porque o fundamento desta pesquisa se volta especificamente à responsabilidade internacional do Estado, e não à responsabilidade deste como um todo (incluindo a responsabilidade interna); quer porque a teoria da responsabilidade não pode ser vista tão-somente no prisma restritivo das nações europeias desenvolvidas; quer porque um estudo histórico aprofundado da matéria embaraçaria, sobremaneira, a própria razão da pesquisa-título, de cunho focadamente jurídico; quer porque a abordagem estrita deste capítulo reside na observância e análise da teoria da responsabilidade internacional do Estado como um todo, através de elementos que contemplem a sua definição jurídica, a indicação de seus elementos essenciais e dos atos geradores de responsabilidade internacional, os quais, estes sim, por sua indispensabilidade ao estudo, serão esmiuçados com maior profundidade, nos tópicos subsequentes.

debates que serão úteis à compreensão do conceito, dos fundamentos e da natureza da responsabilização extraterritorial do Estado.

É com esse embasamento que se busca tecer, neste tópico, um panorama geral sobre os permeios históricos do pensamento internacionalista acerca da teoria da responsabilidade do Estado. Tomando por base essa missão, há de se observar que a teoria em comento tem recebido tratamento ligeiramente diverso no tempo e no espaço ao sabor do maior ou menor grau de aglutinação global em torno da efetivação de uma sociedade internacional rija, pautada na possibilidade de responsabilização de seus membros em decorrência da prática de ilícitos pelos órgãos, agentes e nacionais dos Estados, na ordem internacional. Em verdade, as teorias elaboradas no decorrer da história demonstram a insipiência de um regime jurídico que abranja de modo uniforme a questão.

No período compreendido entre a Idade Antiga e a Idade Média, vigeu, como regra, a irresponsabilidade internacional da organização política então vigente⁵. Essa ausência de responsabilização institucional fora adotada como prática na Antiguidade, inclusive nas cidades-Estados da Grécia e no Império de Roma. No cenário medievo, o conceito de responsabilidade apresentou, no entanto, características singulares. Pautou-se desde a Alta Idade Média no ideal de “justiça pelas próprias mãos”, com atuação direta dos senhores feudais em situações nas quais detivessem pretensos direitos violados em seus domínios ou quando seus súditos alegassem o ter em face de um ente estrangeiro.

Tratava-se do “direito de represália”, através do qual, sem uma necessária declaração de guerra a uma organização política estrangeira, era exercida uma forma de ressarcimento por suposto evento danoso praticado pelo não-nacional dentro dos limites territoriais do feudo. Em situações tais quais essa, os senhores que detinham o poder político naquele sistema social concediam a seus servos, com o viés de instrumentalizar a satisfação desse direito avocado, as chamadas “cartas de represália”:

Por intermédio das chamadas *cartas de represalias*, os soberanos outorgavam aos seus súditos ou a terceiros estrangeiros, que tomassem por meio da força, bens de estrangeiros, para efeitos indenizatórios. Esta chamada *carta de represalias*, era a manifestação expressa da vingança (PEREIRA, 2000, p. 34).

Ao discorrer sobre o malsinado instituto da represália e sobre a defesa do direito do estrangeiro que fora alvo dessa concessão, De Vattel (2004) defende que, mesmo na Idade Moderna, em pleno século XVIII, o súdito que se sentisse lesado por uma nação estrangeira

⁵ Não se pode deixar de considerar que na Idade Antiga e na Idade Média não existiu, formalmente, um Estado nos moldes e com a personalidade jurídica ínsita à Idade Moderna. Para Koshiha (2000, p. 221), aliás, “Em plena Idade Média, nascia desse modo a Europa, cuja inovadora característica consistia em ser politicamente dividida em monarquias nacionais, mas economicamente unificada pelo mercado. O Estado absolutista foi, ao lado do desenvolvimento da economia de mercado, um dos importantes elementos do mundo moderno”.

teria o direito de procurar o soberano do seu Estado a fim de que também lhe fosse fornecida “carta de represália” ou que utilizasse tal instituto com o fito de ressarcimento. Perspectiva bem similar, como se pode observar, ao regime de responsabilidade internacional desenvolvido no contexto da Idade Média.

Alguma contraposição a esse pensamento pode ser vislumbrada, no entanto, na doutrina de Grotius (2005)⁶, para quem, num panorama restritivo, somente quando houvesse efetiva denegação de justiça ao súdito poderia se cogitar o direito de represália, não tendo esta o condão de autorizar *per si* a alienação das coisas obtidas à força, mas tão-somente o direito de guardá-las, com o intuito de obter um ressarcimento. Nessa conjuntura, apenas se não ocorrida a devida reparação a quem de direito, é que poderia ser aproveitada ou alienada a coisa apreendida em desfavor da pessoa estrangeira.

Com o lumiar da Idade Moderna, a concepção de irresponsabilidade internacional do Estado não trouxe grandes inovações, em face da conformação dos regimes absolutistas existentes. Nesse momento histórico, a teoria da irresponsabilidade se perpetuou, fundamentalmente, no conceito de soberania irrestrita e em premissas como *the king can do no wrong*⁷ e *le roi ne peut mal faire*, que consolidaram a ideia de que o Estado é a representação imediata do seu soberano, o qual deteria um poder absoluto e de origem divina (BODIN, 2017)⁸, a ponto de Pereira (2000, p. 33) ponderar que, até a consolidação do pensamento internacionalista do século XIX, “a noção de soberania absoluta do Estado não deixava campo para concebê-lo responsável ante outro Estado”.

Somente no século XVIII, com o advento da Revolução Francesa, a teoria da irresponsabilidade do Estado e o conceito de represália começaram a ser efetivamente combatidos, embora inicialmente no direito interno. O marco inaugural de ruptura deu-se quando o erário francês, visando proteger-se de diversas ações em trâmite na Justiça, instituiu, no plano interno, a distinção entre “ato de império”⁹ e “ato de gestão”¹⁰, atribuindo a este

⁶ Para Pereira (2000, p. 102), Grotius antecedeu, inclusive, em seus estudos, algumas discussões sobre a teoria da culpa, confirmadas nos séculos XVIII e XIX, ao estipular uma responsabilidade baseada na falta, na ausência ou na violação de um direito.

⁷ “[...] para o sistema adotado na *Common Law* a responsabilidade internacional se funda na premissa que é injusto causar um dano voluntário a terceiro sem causa ou escusa lícita, adotando-se o princípio da culpa e do dolo, oriundos do Direito Romano” (PEREIRA, 2000, p. 37).

⁸ Para Bodin (2017), a soberania é um poder perpétuo e ilimitado, ou ainda, um poder que tem como únicas limitações a lei divina e a lei natural. A soberania é, para o autor, absoluta dentro dos limites estabelecidos por essas leis: “Todos os príncipes da terra estão submetidos à lei divina e não tem poder de contrariá-la, se não querem ser culpados de crime de lesa majestade, fazendo guerra contra Deus” (BODIN, 2017, pp. 192-193).

⁹ “[...] atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum” (DI PIETRO, 2007, pp. 204-205).

último, com exclusividade, o condão de viabilizar o ressarcimento pelo Estado dos danos causados a particulares.

Houve também avanços com a Constituição francesa de 1789, que não obstante tenha encampado o princípio da irresponsabilidade do Estado, acolheu a responsabilidade de seus funcionários em decorrência de atos danosos que por culpa grave ou dolo praticassem em propriedades particulares. Começava-se a aplicar, desde então, ainda que modicamente, as teorias calcadas na responsabilidade por culpa nos ordenamentos internos dos países. Porém, somente nas últimas décadas do século XIX, tais princípios foram incorporados ao Direito Internacional com a influência dos ideais de Triepel¹¹, em sua obra *Völkerrecht und Landesrecht*.

Dentro desse contexto histórico, a responsabilidade do Estado passou a constituir praticamente uma novidade do século XX, na medida em que, ainda no primeiro terço do século XIX, em certas circunstâncias¹², era rotina invocar-se o direito de intervenção na seara internacional. Mesmo porque, somente com as Convenções Interamericanas de 1902¹³ pode-se dizer que foram firmados documentos na ordem internacional que introduziram temas relativos à responsabilização extraterritorial do Estado, ainda que não tenha sido implementada uma solução verdadeiramente duradoura ao problema.

Apenas após a Segunda Grande Guerra, alicerçando-se na ideia de que o Estado, enquanto pessoa jurídica, teria a titularidade de direitos e obrigações, foi que os Estados Unidos, através do *Federal Tort Claim Act* (1946), e o Reino Unido, através do *Crown Proceeding Act* (1947), abandonaram, em definitivo, a teoria da irresponsabilidade. Dessa maneira, o instituto da represália, na medida em que o seu uso fora caindo em descrédito na prática das nações, culminou com a sua substituição por teorias civilistas de responsabilização estatal apoiadas, tal qual na ordem interna, na ideia de culpa.

Iniciou-se, a partir daí, a tentativa de codificação dos costumes internacionais correlatos à responsabilidade dos Estados, através de atos da Liga ou Sociedade das Nações e da Organização das Nações Unidas¹⁴. Entretanto, essas tentativas, conforme acentua Pereira

¹⁰ “Atos de gestão são praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum” (DI PIETRO, 2007, pp. 205).

¹¹ “[...] *en realidad, Triepel es quien echa las bases para el tratamiento moderno de este principio, desde los albores del siglo XX*” (PEREIRA, 2000, p. 33).

¹² O direito de intervenção foi o instrumento da Santa Sé para restaurar monarcas despojados, no século XIX, e foi igualmente utilizado no continente americano (centro e sul) entre os anos de 1830 e 1860.

¹³ Convenção relativa aos Estrangeiros e Tratado sobre Reclamações por Danos e Prejuízos Pecuniários, ambos no México.

¹⁴ Em destaque, o projeto da *American Institute of International Law* (1925), intitulado “Proteção Diplomática”; a Resolução 799/VIII (1953) da Assembleia Geral da ONU que incumbiu a CDI de codificar os princípios de

(2000, p 35) e será visto em tópico específico desta obra¹⁵, não foram plenamente consolidadas no plano internacional:

[...] a responsabilidade internacional do Estado historicamente se baseia e/ou tem sua formação anciã, nos *usos e costumes*, sendo certo que as tentativas de codificação foram, de certa forma, frustrantes [...].

Importante avanço houve, no entanto, em meados do século XX, com a instituição da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a qual trouxe, expressamente, dentre os seus objetivos o debate da responsabilidade do Estado¹⁶. Em 1957, García Amador, primeiro relator sobre o tema na Comissão, apresentou uma Agenda sobre Responsabilidade do Estado¹⁷ que continha texto com abordagem sobre: a natureza e o escopo da responsabilidade estatal; os atos e omissões dos órgãos e funcionários do Estado; a violação de direitos humanos fundamentais; a não-execução de obrigações contratuais e os atos de expropriação; e os atos de indivíduos e a perturbação interna.

Em 1972, fora elaborado por essa mesma Comissão o Anuário de relatoria de Roberto Ago, que traçou, de maneira suplementar, metas sobre a codificação do tema e fortaleceu conceitos adstritos à responsabilização internacional. Dentre os relatórios confeccionados, cabe destacar, em especial, o quarto relatório produzido, por tratar dos sujeitos e órgãos que poderiam incorrer em ilícito internacional, ainda que fora do seu território regular, demonstrando a repercussão potencial da responsabilidade internacional para o Estado de origem:

[...] chegamos à conclusão de que se devia atribuir ao Estado, como fonte eventual de responsabilidade internacional, os atos realizados pelos órgãos de outro sujeito de direito internacional, seja um Estado ou uma organização interestatal, que eles houvessem posto à disposição do primeiro Estado. Contudo, enfatizamos, devia cumprir-se uma condição essencial para poder atribuir ao Estado as ações ou omissões de pessoas investidas da qualidade de órgãos de outro sujeito de direito internacional e a consequente responsabilidade internacional. Esta condição essencial era que tais ações ou omissões deviam cair dentro do exercício efetivo de uma função do Estado beneficiário do «préstimo» de órgãos e, sobretudo, deviam ter sido cometidas em conformidade com suas instruções e debaixo de sua autoridade real e exclusiva¹⁸ (AGO, 1972, p. 135).

direito internacional sobre responsabilidade do Estado; e os relatórios da Comissão Jurídica Interamericana (1961 e 1965) sobre princípios de direito internacional em matéria de responsabilidade do Estado.

¹⁵ Nesse sentido, vide o tópico 2.3 deste capítulo.

¹⁶ “Na primeira sessão da CDI, em 1949, seus membros escolheram tópicos dentro de um programa de trabalho que estimaram oportunos para serem codificados. Entre eles, figura a responsabilidade internacional do Estado. O assunto esteve sob os cuidados da Comissão desde o romper de suas atividades. Em 1954, a Assembléia Geral aprova resolução em que recomenda à Comissão a codificação de princípios de direito internacional referentes à matéria” (GARCIA, 2004, pp. 278-279).

¹⁷ Já nos primeiros trabalhos da Comissão, García Amador (1957) apresentou, no item 5 da Agenda sobre Responsabilidade do Estado, texto introdutório abordando diversos elementos embrionários da moderna teoria da responsabilidade internacional, como os órgãos passíveis de ensejarem essa responsabilização estatal.

¹⁸ Tradução livre de “[...] *llegamos a la conclusión de que debían atribuirse al Estado, como fuente eventual de responsabilidad internacional, los hechos realizados por los órganos de otro sujeto de derecho internacional, ya sea un Estado o una organización interestatal, que éstos hubiesen puesto a disposición del primer Estado. Pero,*

Progresso maior deu-se, ainda, no ano de 2001, com o Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, capitaneado por James Crawford (2003; 2010), o qual não se limitou a codificar usos e costumes globais sobre responsabilidade estatal, mas adaptou normas tidas e aceitas comumente como de Direito Internacional ao texto legal e tratou de propiciar certa evolução às reputadas normas, ao tabular as consequências jurídicas para o descumprimento concreto de tratados internacionais pelos Estados:

[...] o trabalho desenvolvido pela CDI, no aspecto ora tratado, codifica norma *primária* e *secundária*, ou seja a primeira (*primária*) impõe obrigações aos Estados, cujo ato ou fato praticado por ele causa um evento danoso, dando origem à responsabilidade internacional; já a segunda (*secundária*), tem por objeto estabelecer as consequências jurídicas de um incumprimento da obrigação assinalada (PEREIRA, 2000, p 36).

Apesar de pendente de aprovação pelos Estados, tal codificação tem importância singular no estudo e na aplicação da atual dogmática da responsabilidade na sociedade internacional, conforme defendido por Portela (2015, p. 392), podendo servir, já hodiernamente, como fonte às decisões das cortes internacionais, na qualidade de *soft law*¹⁹, somando-se a normas internacionais que antes dela já reconheciam o direito do indivíduo em função do descumprimento de tratados internacionais, como tem sido albergado, por exemplo, por diplomas como a Convenção sobre Direitos e Deveres do Estado e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Trata-se, portanto, de relevante evolução na sociedade internacional, que dentro do consagrado conflito entre soberania irrestrita e integração supranacional, indica uma mudança de pensamento para com a última, passando a considerá-la como alicerce do seu sistema de justiça, na medida em que permite que sejam reconhecidos preceitos de responsabilização além-fronteira em favor do estrangeiro e os equaciona com a estruturação de um sistema normativo internacional cada vez mais complexo e que assegure direitos aos Estados e garantias à pessoa humana.

subrayábamos, debía cumplirse una condición esencial para poder atribuir al Estado las acciones u omisiones de personas investidas de la calidad de órganos de otro sujeto de derecho internacional, y la consiguiente responsabilidad internacional. Esta condición esencial era que tales acciones u omisiones debían caer dentro del ejercicio efectivo de una función del Estado beneficiario del «préstamo» de órganos y, sobre todo, debían haber sido cometidas de conformidad con sus instrucciones y bajo su autoridad real y exclusiva”.

¹⁹ Para Ramos (2017, p. 50), seria possível considerar 3 (três) vertentes interpretativas para justificar a eficácia de normas internacionais que não atravessaram, em sua totalidade, as etapas do processo regular de formação de um tratado internacional: (a) existiria força vinculante nessas normas por se constituírem em interpretação autêntica de outra norma; (b) haveria força vinculante por representarem o costume internacional sobre a matéria; e (c) representariam uma *soft law*, por consistirem em um conjunto de normas ainda não vinculantes, que buscariam orientar a ação futura dos Estados para que, então, viessem a ter força vinculante.

2.2 Responsabilidade internacional e soberania estatal

O instituto da responsabilidade internacional do Estado, em razão do longo processo que atravessou para ter o seu florescimento na sociedade internacional, datado somente do início do século XX, ainda enfrenta, na realidade de alguns Estados, a condição de alegoria cuja executoriedade é condicionada ao exercício de uma soberania irrestrita, antiquada e segregadora. Responsabilidade e soberania são padrões dialógicos que podem (e devem) se apresentar, no contexto da modernidade, como facetas de uma mesma atuação do Estado que corrobore para uma interação que comporte, ao mesmo tempo, o respeito ao que é soberanamente pactuado e o cumprimento do objeto desta pactuação, sob pena de configurar um ilícito passível de responsabilização internacional.

Bauman (1999, p. 19), ao mencionar a diminuição das fronteiras globais e a necessidade reflexa de se repensar o critério estático de soberania, encampa essa inter-relação:

As distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar no ‘mundo real’. Parece claro de repente que as divisões dos continentes e do globo como um todo foram função das distâncias, outrora impositivamente reais devido aos transportes primitivos e às dificuldades de viagem. Com efeito, longe de ser um ‘dado’ objetivo, impessoal, físico, a ‘distância’ é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida [...]. Todos os outros fatores socialmente produzidos de constituição, separação e manutenção de identidades coletivas – como fronteiras estatais ou barreiras culturais – parecem, em retrospectiva, meros efeitos secundários dessa velocidade.

A sociedade presente, modificada pelo fim das distâncias e de uma efetiva fronteira geográfica, é o que Bauman (1999, p. 8) entende como a institucionalização da globalização, a qual se tornou, para o autor, um processo latente e irreversível. Em um mundo cada vez mais globalizado, a restrição ao local é vista por Bauman (1999, p. 41) como privação e degradação social, enquanto que a globalização, em seu aspecto plural, deve ser o modelo a ser seguido por todos, ultrapassando a guerra moderna pelo espaço que faz com que o Estado busque um mapa oficialmente aprovado e desqualifique interpretações alternativas²⁰, com o desativamento de outras instituições cartográficas que não foram estabelecidas, licenciadas ou financiadas diretamente pelo Estado.

A questão do Estado soberano em tempos de globalização apresenta, no entanto, alguns paradoxos. Existem, para Bauman (1999, p. 72), aqueles que tentam impor ordem dentro do seu espaço, exorbitando o preceito de soberania; os que tentam desistir dos direitos soberanos; e os Estados que estavam esquecidos e pretendem se tornar um corpo político

²⁰ “Anteriormente, era o mapa que refletia e registrava as formas do território. Agora, era a vez do território se tornar um reflexo do mapa, ser elevado ao nível da ordenada transparência que os mapas se esforçavam por atingir” (BAUMAN, 1999, p. 42).

conciso. Nada obstante, no contexto geral, o que acontece, para o autor, é a morte da soberania dos Estados, onde estes não têm recursos suficientes e liberdade para evitar um colapso. Existiria, de modo simultâneo, a sua fragmentação política e a globalização:

O significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. [...] Havia agora Estados que, longe de serem forçados a desistir de seus direitos soberanos, tentavam com todo afã abrir mão deles e imploravam que sua soberania lhes fosse tirada e dissolvida em formações supraestatais. [...] Paradoxalmente, foi a morte da soberania do Estado, não o seu triunfo, que tornou tão popular a ideia da condição estatal (BAUMAN, 1999, pp. 67-72).

A ressignificação de conceitos como o de soberania servem como indicadores de um cenário internacional em transformação, em que se discute as novas estruturas de poder e o seu exercício por meio de critérios de responsabilização internacional. Panorama esse que reflete a adoção de uma maior integração política e cultural entre Estados, com implicações que repercutem em fatores como a reestruturação de arranjos institucionais internos e externos das soberanias a fim de promover obrigações internacionais previstas em tratados por si celebrados ou valores deles emprestados ao ordenamento nacional, a teor do acentuado por Ramos e Pinheiro (2015, pp. 405-406):

A configuração do mundo moderno aponta para estruturas de exercício do poder marcadas pela integração política e econômica como estratégia diante das exigências oriundas do processo de globalização, o qual desempenha papel catalisador da necessidade de se repensarem as formas de relacionamento entre os países, bem como os arranjos institucionais internos. A globalização é o fenômeno econômico, cultural e político que provoca consequências diretas na capacidade de atuação do Estado enquanto promotor do bem comum e garantidor dos direitos fundamentais estabelecidos nas constituições e nos Tratados.

Essa transformação da imagem usual da soberania por meio de um contínuo processo de globalização não significa, todavia, que houve a perda do direito de autodeterminação dos Estados pactuarem os termos da integração internacional, sob o assento de corolários como o livre consentimento, a boa-fé e a *pacta sunt servanda*²¹. O que houve, em verdade, foi a modificação da maneira com que as nações e a sociedade internacional estabelecem as suas relações corriqueiras e se responsabilizam por um sistema de proteção de direitos que atravessa limites territoriais:

A responsabilidade interage com a noção de soberania e afeta sua definição, enquanto, reciprocamente, a onipresença da soberania nas relações internacionais influencia inevitavelmente a concepção de responsabilidade internacional. Ao mesmo tempo, a responsabilidade evoluiu profundamente, juntamente com o próprio direito internacional: a responsabilidade é o corolário do direito internacional, a

²¹ Para Pagliarini (2014, p. 46), se “o Estado ‘x’ viola o tratado que mantém com o Estado ‘y’, cabe a este último impor as sanções que estiverem previstas no instrumento pactício ou as que achar pertinentes dentre as possíveis no Direito Internacional Geral (o costumeiro). Por isso, tem sido a base do Direito Internacional aquela mesma que sustenta o Direito dos Contratos: a *pacta sunt servanda*”.

melhor prova da sua existência e a medida mais crível da sua eficácia²² (PELLET, 2010, p. 3).

A soberania, sob essa óptica, passa de um conceito fechado a um significado aberto e redimensionado que se faz imprescindível ao exercício dos direitos de integração e cooperação internacional, que, em último caso, constituem um primado da livre manifestação da independência estatal, já que apenas o Estado tem, como regra, o poder de estabelecer a sua anuência a qualquer regime internacional:

Há quem diga, atualmente, que o conceito de soberania teria sido submetido a erosão, fragilização ou descaracterização (já que seria muito difícil falar em relativização sem entrar em contradição), que já não seria possível aplicá-lo. Outros sustentam que a cooperação e a intervenção internacionais (principais elementos responsáveis pela corrosão) constituem o próprio exercício da soberania, que permite a um Estado se vincular a um regime internacional, ou a outros Estados, em questões que lhe interessem, ou para fazer frente a situações em que há um claro interesse comum (BIERRENBACH, 2011, pp. 36-37).

Fato é que, se levado o princípio da soberania a um rigor intangível, não só o instituto da responsabilização internacional, mas outros, como a validação e a execução de sentenças estrangeiras, estariam fadados à inaplicabilidade, o que, segundo aponta Strenger (2003, p. 50), representaria uma notória injustiça e feriria os direitos das partes:

Aplicando rigorosamente o princípio da soberania, as sentenças estrangeiras não têm força legal alguma, quando os mandatos ou decisões das autoridades administrativas ou judiciais de um Estado não podem valer, a não ser nos limites do respectivo território, porém não além deste. Sem embargo, tal resultado seria manifestamente injusto, e vulneraria os direitos adquiridos pela parte favorecida.

Partindo desse pressuposto, é necessário entender que, a despeito da soberania, a ideia de responsabilidade é inerente a qualquer modelo jurídico, sob pena de, não sendo observada, inviabilizá-lo. A aludida responsabilidade é aquela compreendida, ao menos em sua acepção mais genérica, como “o compromisso decorrente de atos ou omissões, culposos ou dolosos, que tenham como resultado danos materiais ou morais a terceiros entes” (DEL’OLMO, 2006, p. 129), impondo-se, no entanto, para a adequada aplicação do conceito à sociedade internacional, a feitura das modulações pertinentes.

2.3 Marco conceitual da responsabilidade internacional

Perpassado, nos tópicos anteriores, todo um olhar panorâmico a respeito da evolução da ideia de responsabilidade na sociedade internacional e sobre a existência de

²² Tradução livre de “*Responsibility interacts with the notion of sovereignty, and affects its definition, while, reciprocally, the omnipresence of sovereignty in international relations inevitably influences the conception of international responsibility. At the same time, responsibility has profoundly evolved together with international law itself: responsibility is the corollary on international law, the best proof of its existence and the most credible measure of its effectiveness*”.

compatibilidade entre o atual conceito de soberania e o instituto da responsabilidade extrafronteiriça, é possível se ater agora, em particular, ao exame da teoria da responsabilidade internacional do Estado em suas nuances, uma vez que já incutidos os parâmetros modeladores da moderna concepção de responsabilidade estatal.

Um primeiro ponto a ser desenvolvido é a busca por um marco conceitual satisfatório a fim de estabelecer uma definição de responsabilidade jurídica *lato sensu*, capaz de auxiliar na construção de uma clara noção de responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido, toma-se como válido o conceito de Silva (2010, p. 642), para quem a responsabilidade consiste no dever jurídico decorrente de um acordo, de um fato ou de uma omissão, que é imputado à pessoa para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas. Stoco (2007, p. 114) acrescenta, ainda, que essa ideia de responsabilização é inerente à concepção de justiça e à existência da sociedade humana:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Partindo desse pressuposto, percebe-se que é intrínseco a qualquer teoria da responsabilidade o fato de a pessoa a quem é imputado um ilícito auferir a obrigação de arcar com o encargo dele decorrente, em função do direito correlato do sujeito lesado de ver o seu dano ressarcido. Essa imposição tende a ser instituída no meio social pelos integrantes da própria comunidade que sofrera a lesão responsabilizável, a qual compete impor a todos o dever de responder por seus atos, reafirmando a concepção de justiça existente naquele grupo sedimentado. Situação essa que se entende, também, à hipótese do ilícito afrontar norma de Direito Internacional, já que a ideia de responsabilidade está na base de todo sistema social:

Nas relações internacionais, como em outras relações sociais, a invasão da esfera jurídica de um sujeito de Direito por outra pessoa jurídica gera responsabilidade que reveste várias formas definidas por um sistema jurídico particular. A responsabilidade internacional é normalmente considerada a propósito dos Estados como sujeitos comuns de Direito (BROWNLIE, 1997, p. 457).

Dentro da seara internacional, há elementos de conformação presentes na sociedade internacional que nela interagem de maneira a permitir-lhe um funcionamento regular e estável (MOREIRA NETO, 1988, p. 143). Esse conjunto de princípios delinea uma fronteira no campo do interesse coletivo, protegendo-o dos excessos e dos abusos antissociais das liberdades individuais (MOREIRA NETO, 1988, p. 145). A aplicação desse conceito

repercute no resguardo de direitos inerentes a qualquer sistema social, com o Direito Internacional regulando a sociedade na qual é instituído e a qual disciplina.

Essa sociedade internacional, conforme acentua Portela (2015, p. 36), possui identidade própria, sendo composta por atores, com vínculos jurídicos e dinâmica específicos, que reclamam o estabelecimento de uma ordem que lhes albergue direitos²³. O sistema internacional é, portanto, a correspondência da convivência pública internacional, inerente ao funcionamento dessa mesma disposição juspolítica, pautada na defesa de regras e princípios que sustentam a sua existência regular e a preservação dos compromissos avançados.

O desenvolvimento desse valor social, dado inicialmente com a exteriorização de normas internas dos Estados que asseguram o cumprimento de obrigações contraídas, tem a sua extensão para a sociedade internacional a partir do século XX, com o aprimoramento de um quadro historicamente voltado à expansão de novos direitos para além do cenário nacional. No âmbito da sociedade internacional atual, em que atuam Estados, empresas, organizações internacionais e o sujeito humano, não se esvaiu esse clamor pela instituição de um sistema internacional que traga parâmetros mínimos aos povos e cumpra o dever de mediação quando haja conflitos relativos a responsabilidade.

Cabível é a aplicação, portanto, ao menos em princípio, da teoria da responsabilidade aos ilícitos praticados no seio da sociedade internacional, por representar uma segurança necessária às relações jurídicas extraterritoriais e a direitos que ultrapassem a esfera do sistema jurídico de um único Estado, conforme tem entendido majoritária doutrina internacionalista:

Deste modo, essa noção [de responsabilidade] penetrou, como não podia deixar de ser, em todos os ramos da ciência jurídica, inclusive no DI. [...] esta noção corresponde a uma “necessidade de equilíbrio social, de retribuição, de justiça, sendo esta a razão de o seu fundamento ser ético”.

Na ordem jurídica internacional ela tem a mesma razão de ser. Nenhum sistema jurídico pode existir sem atribuir aos seus sujeitos deveres ao lado de direitos. Ela surge, como já vimos, quando o Estado viola uma norma internacional, isto é, quando o Estado viola o dever que tem de respeitá-la (MELLO, 2004, p. 526).

Para haver essa espécie de responsabilização deverá ocorrer a plena consonância entre a imputação de responsabilidade ao agente e o seu dever de reparar o dano proporcionado, de maneira que, por se tratar o agente em questão de um sujeito de Direito Internacional, tal responsabilização recairá, necessariamente, na pessoa de um Estado ou de uma organização internacional, em razão do Direito em análise ter a peculiaridade de

²³ Portela (2015, p. 36) conceitua a sociedade internacional como um conjunto de vínculos entre diversas pessoas e entidades interdependentes entre si, que coexistem por diversos motivos e estabelecem relações que reclamam a devida disciplina.

reconhecer apenas as pessoas jurídicas dantes mencionadas como capazes de responder civilmente frente à ordem internacional²⁴.

Nesse condão, a responsabilidade internacional será conferida a esse sujeito de DIP em decorrência de conduta que, de um modo geral, tenha sido praticada por órgão ou funcionário do ente público no exercício de suas funções e seja tida como ilícita frente ao Direito Internacional, conforme adverte Pereira (2000, p. 41):

Autores clássicos [Anzilotti, Paul Fauchille e Akwyn Freeman] fundam suas *Teses* ou *Teorias*, no princípio de que se um Estado viola suas obrigações contra outro Estado ou súditos deste último o Estado infrator está obrigado a reparar o dano causado.

Será o Estado o responsável pelo ilícito internacional mesmo não sendo ele o autor imediato da antijuridicidade. Terá o dever de compensar os danos decorrentes dos atos praticados por seus órgãos internos, agentes políticos e particulares, desde que, neste último caso, seja observado o requisito da nacionalidade vinculada e outras condições indispensáveis²⁵, como a omissão ilícita do Estado, a serem trabalhados em tópico específico desta obra²⁶. Certo é que, no atual estágio do Direito Internacional, não há se falar em uma responsabilização civil do indivíduo, de forma personalíssima, pelo ilícito praticado²⁷, ainda que, *prima facie*, seja ele o autor apriorístico do ato antijurídico em questão:

Assim, pode-se considerar como incontestável a regra de que o estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 345).

De igual modo, esse sujeito, em sendo a parte lesada pelo ato antijurídico, também não poderá buscar, diretamente e em nome próprio, a reparação do dano sofrido junto aos tribunais internacionais. Em especial porque órgãos jurisdicionais como a Corte Internacional de Justiça²⁸ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁹ não admitem pleitos realizados imediatamente pelo indivíduo, ainda que, no caso desta última, haja a possibilidade do acionamento de órgão preliminar e sem cunho jurisdicional pela pessoa humana, visando à

²⁴ O indivíduo somente poderá ser responsabilizado internacionalmente em demandas de natureza penal (ETPI, art. 1º: “O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”) ou arbitral (PAC, item 1: “as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem”), o que não é o recorte posto em análise.

²⁵ “[...] é necessário, no plano internacional, que haja o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, ou, ainda, o Estado cujo particular cometeu o ilícito e que virá a ser responsabilizado.” (MELLO, 2004, p 523).

²⁶ Vide tópico 2.5.

²⁷ Ao menos não em sede das Cortes Internacionais (ex.: Corte Internacional de Justiça).

²⁸ ECIJ, art. 34: “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte” (BRASIL, 1945).

²⁹ CADH, art. 61, 1: “Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte” (BRASIL, 1992).

proteção de seus direitos universais³⁰. Com efeito, o indivíduo precisará da atuação mediata de um ente estatal para a validação da sua reclamação:

[...] a responsabilidade internacional é o vínculo jurídico que se forma entre o Estado que transgrediu uma norma de Direito Internacional e o Estado lesado, visando ao ressarcimento desse dano (DEL'OLMO, 2006, p 130).

Ante essas considerações, percebe-se que a responsabilidade internacional é um dos mecanismos basilares do Direito Internacional, envolvendo tanto os entes políticos, quanto os seus representados. Trata-se de uma técnica fundamental de sanção pela não-aplicação das normas internacionais pelo Estado. Observa a lógica de que o ente público civilmente responsável pela prática de ato em contrariedade ao Direito Internacional deve, a quem tenha causado dano, uma reparação adequada.

Salvo hipótese de excludente de responsabilidade³¹, ocorrerá a responsabilização internacional sempre que o Estado estiver praticado, através de seus órgãos, um ato ou fato ilícito³² que contrarie dever estabelecido em norma de Direito Internacional, positivada ou consuetudinária, e que afete com isso um Estado alienígena, súdito deste ou organização internacional. Daí se depreende que o Estado responde por qualquer violação de deveres internacionalmente impostos, pautadas na obrigação de respeitar os compromissos livremente assumidos (responsabilidade contratual) e de reparar todo o prejuízo injustamente causado (responsabilidade delituosa), mediante a observância de premissas de dignidade e respeito aos direitos dos demais Estados³³.

2.4 Marco teórico da responsabilidade internacional

O conceito de responsabilidade internacional trazido pela doutrina a configura, dentre outras definições, como um “instituto que visa a responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório ao Direito Internacional perpetrado contra outro Estado,

³⁰ Há legitimação da pessoa natural para formular petição em nome próprio nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos até mesmo contra o seu próprio Estado, mas sem que essa decisão tenha cunho jurisdicional, como é a hipótese regulada pelo art. 44 da CADH: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte” (BRASIL, 1992).

³¹ Como nos casos de consentimento, contramedida, força maior, caso fortuito e perigo externo.

³² Mello (2004, pp. 528-529) assinala que é possível a responsabilização por fato lícito no Direito Internacional, esclarecendo que ela somente se dará em função de atos que contenham “riscos excepcionais”, sem desembaraço, contudo, da prova de negligência na origem do dano. Como exemplo, a responsabilidade suplementar do Estado por danos nucleares em empreendimentos particulares, a responsabilidade do Estado no Direito Espacial por lançamento de engenhos e as convenções internacionais sobre direito do meio ambiente.

³³ “O princípio fundamental da justiça traduz-se concretamente na obrigação de manter os compromissos assumidos e de reparar o mal injustamente causado a outrem, princípio este sobre o qual repousa a noção de responsabilidade” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 345).

prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu” (MAZZUOLI, 2016, p. 184) ou, ainda, como “uma obrigação jurídica de reparar um mal físico ou moral, causado a outrem, pessoa física ou jurídica, inclusive a própria sociedade, mal esse resultante de um ato ilícito ou de uma conduta lícita, porém perigosa” (SOARES, 2004, pp. 183-184).

Ao que se percebe, o conceito de responsabilidade internacional comporta nuances de aproximação e de distanciamento dentro da pluralidade de definições em que a própria doutrina internacionalista a rotula. Há aproximação conceitual na medida em que tais conceitos carregam a ideia de que a responsabilidade internacional é um veículo jurídico, e não político ou moral, que está vinculado à aplicação de uma sanção pelo descumprimento de preceitos de *jus gentium*. Há dissipação de conteúdo na medida em que não existe uniformidade voltada a definir a natureza do instituto (ou obrigação), o tipo de direito protegido, os titulares de sua solicitação, a extensão da sanção, a possibilidade de existir sanção sem dano concreto, entre outros pormenores.

Uma das razões para essa descontinuidade, além do fato de a responsabilidade internacional ser um fenômeno em construção, é a utilização irrefletida de conceitos referentes a momentos históricos distintos e a existência de referenciais teóricos díspares, advindos em sua maioria de construções realizadas pela Comissão de Direito Internacional da ONU. Com o fim de evitar deslizes como esse, a presente pesquisa intenta apresentar os principais mecanismos de estruturação da responsabilidade internacional desenvolvidos pelas Nações Unidas, bem como os seus autores de maior destaque, para, ao final, firmar um marco teórico abalizável para a corrente explanação.

A Carta das Nações Unidas traz, em seu texto, a clara preocupação dos seus redatores com a necessidade de se proporcionar estabilidade na condução da vida internacional. Fora instituída, naquele documento, a obrigação de se incentivar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação (art. 13, 1, *a*), assim como de promover a cooperação internacional (art. 13, 1, *b*)³⁴. Para tanto, foi criado um órgão, no âmbito daquela organização, com a missão de dar maior executividade ao proposto. Em 1947, institui-se com esse propósito, através da Resolução nº 174 (II), a Comissão de Direito Internacional da ONU, a qual tem desempenhado, até então, relativo destaque na execução de sua missão:

³⁴ CONU, art. 13. 1: “A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação; b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (BRASIL, 1945).

Em seus cinquenta e cinco anos de existência, a Comissão produziu projetos de codificação para distintas áreas do direito das gentes. Com maior ou menor êxito, a síntese do trabalho da CDI é, até aqui, positiva. Ela, na pior das hipóteses, proporcionou debate sobre temas importantes do direito internacional deixando para o legislador futuro material a ser pesquisado. No cenário favorável, produziu minutas que, transformadas em tratados, foram fundamentais na busca da segurança jurídica almejada pelos autores da Carta de São Francisco. Direito dos tratados, imunidade e privilégios diplomáticos e consulares, direito do mar, entre outros, são temas que contaram com a sua contribuição fundamental (GARCIA, 2004, p. 278).

De acordo com seu Estatuto, a Comissão de Direito Internacional tem por desiderato a promoção do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e de sua codificação³⁵. Com um corpo jurídico especializado, composto por 34 (trinta e quatro) membros³⁶ que se reúnem em Genebra durante 12 (doze) semanas ao ano, a sua tarefa é preparar projetos de convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pela legislação internacional e codificar as regras do Direito Internacional nos campos onde já existam práticas dos Estados. Essas suas atribuições estão elencadas no art. 15 do Estatuto da CDI:

ECDI, art. 15: Nos artigos que se seguem a expressão “desenvolvimento progressivo do Direito Internacional” é empregada por comodidade, para visar os casos em que se impõe a necessidade de redigir convenções sobre matérias que não estejam ainda reguladas no Direito Internacional ou relativamente às quais o Direito não se ache ainda suficientemente desenvolvido pela prática dos Estados. Assim, também a expressão “codificação do direito internacional” é empregada por comodidade para visar os casos em que se tenha de formular com maior precisão e de sistematizar as regras do direito internacional em domínios em que já exista uma prática estatal considerável dos precedentes e das opiniões doutrinárias³⁷ (ONU, 1947).

Acerca do tema da responsabilidade internacional, propriamente, ele sempre esteve coevo na agenda da Comissão. Na primeira sessão da CDI, em 1949, seus membros escolheram tópicos dentro de um programa de trabalho que estimaram oportunos para serem codificados (ONU, 1996, pp. 9-11) e, entre eles, figurava a responsabilidade internacional do Estado, ficando esse assunto aos cuidados da Comissão desde o principiar de suas atividades. Por essa razão, inclusive, o desenvolvimento dos trabalhos da CDI e as alterações dos parâmetros fixadas pelos principais relatores nesse tema serão os centros empregados nesta

³⁵ “[...] a principal função da codificação no direito internacional é a conversão do direito costumeiro em direito convencional. Claro está, no entanto, que, ao dar forma escrita ao direito consuetudinário, verificam-se, quase sempre, modificações e aperfeiçoamentos. A codificação tem sempre envolvido algum elemento de ‘lege ferenda’, ou seja, certa ampliação de princípios e normas vigentes para preencher lacunas no direito e adaptá-lo às novas situações” (GARCIA, 2004, pp. 275-276).

³⁶ “Seus membros são eleitos pela Assembléia Geral para mandato de cinco anos, admitida a reeleição. Inexiste vínculo de subordinação com o Estado de origem. Os componentes são escolhidos a título pessoal. Eles são, em geral, especialistas de reconhecida competência em direito internacional e, na sua maioria, professores universitários” (GARCIA, 2004, p. 277).

³⁷ Tradução livre de “Article 15. In the following articles the expression “progressive development of international law” is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States. Similarly, the expression “codification of international law” is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine”.

análise, destacando-se os projetos idealizados por García Amador (1956-1962), Roberto Ago (1963-1979) e James Crawford (1998-2001).

2.4.1 A teoria da responsabilidade internacional em García Amador

No ano de 1954, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 799 (VIII), que recomendou à Comissão de Direito Internacional a codificação de princípios jurídicos vigentes, relacionados à responsabilidade internacional do Estado (ONU, 1954). Em cumprimento ao estabelecido na Resolução, a CDI iniciou seus trabalhos, em 1956, tendo o jurista García Amador como relator especial deste tópico³⁸. Durante os 5 (cinco) anos que desempenhou esta função, García Amador produziu 6 (seis) relatórios que, em linhas gerais, focalizaram o tema da responsabilidade do Estado a partir da óptica dos danos causados aos estrangeiros e a seus bens.

Dentro do período compreendido entre 1956 e 1961, García Amador apresentou propostas para discussão que se centraram no debate da responsabilidade do Estado por danos causados em seu território à pessoa estrangeira. O enfoque idealizado para o instituto era, portanto, limitado. Amador mantivera o fato gerador da responsabilidade internacional calcado na existência de um dano material ou moral ocasionado a um Estado por ato internacionalmente ilícito. Esses primeiros esforços de codificação do tema tratavam de uma responsabilidade oriunda apenas de danos causados ao não-nacional. Nesse sentido, o direito da responsabilidade internacional foi usado, na primeira metade do século XX, como um instrumento de proteção de indivíduos e empresas no exterior (SLOBODA, 2017).

Garcia Amador buscou, em seus relatórios, a codificação da ideia de responsabilidade internacional reinante a seu tempo, pautada em construção doutrinária originária de Anzilotti (1902, pp. 95-96), para quem o Estado lesado teria o direito de ter o seu dano reparado, ainda que não existisse qualquer direito de subjugar outro Estado por meio de punição, com base numa lógica de subordinação. Nesse cenário, o dano passa a elemento central na teoria de Anzilotti e no pensamento desenvolvido por Amador, o qual defende que a nova relação jurídica criada pela responsabilidade internacional passa a ser o direito de reparação do Estado, e não de punição.

O dano causado aos nacionais de outro Estado é, pois, o ponto fulcral do início da concepção de responsabilidade internacional. Aliás, mais da metade dos projetos de

³⁸ O relator especial é um perito independente nomeado pelo Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas para examinar e relatar uma situação ou questão específica de direito internacional. Este cargo é honorário e o especialista não é membro da equipe das Nações Unidas ou pago pelo seu trabalho.

codificação do tema realizados no início do século XX foram nesse sentido, com destaque para a Resolução do *Institut de Droit International* de 1927 e para o projeto elaborado por Harvard em 1929 (LAITHIER, 2010, p. 53). Também o Comitê Preparatório da Conferência de Codificação da Haia de 1930 manifestou adesão unânime à ideia de que a responsabilidade é criada a partir de dano causado a estrangeiros e a seus bens. Essa Conferência fora convocada sob a égide da Sociedade das Nações e deveria promover a codificação do tema, não tendo alcançado, entretanto, resultados concretos (BORIES, 2010, p. 61).

Esse tema, conforme visto, também elencado nos primeiros relatórios da Comissão de Direito Internacional da ONU, perdurou como base das discussões internacionalistas sobre responsabilidade em grande parte do século XX. García Amador estava propenso a conferir ao indivíduo um novo status no Direito Internacional e, para tanto, propôs, no artigo 21 de seu projeto (ONU, 1961, p. 46), que a pessoa estrangeira tivesse, enquanto detentor de direito violado pelo Estado, o natural direito de recorrer aos órgãos internacionais competentes. Esses órgãos passariam a ser criados a partir de acordos entre o Estado violador e o Estado da nacionalidade do indivíduo.

As propostas de García Amador eram, nesse aspecto, por demais vanguardistas para serem aceitas pelos juristas da época, ainda apegados a um conservadorismo de matriz europeia (SLOBODA, 2017). Embora houvesse precedentes internacionais³⁹, mostrou-se de difícil execução o reconhecimento de direitos subjetivos ao indivíduo no seio da Comissão de Direito Internacional. Notadamente, o da capacidade postulatória. Tratava-se de construção ideológica distante de juristas influenciados por pensamentos enraizados no sistema soberanista da Paz de Vestfália, razão pela qual o projeto de Amador acabou rejeitado.

Para Ramos (2003, p. 68), os trabalhos desenvolvidos na relatoria de García Amador em prol da responsabilização internacional do Estado teriam deixado como legado a ideia de que o instituto em questão se mostra propício a disciplinar obrigações bilaterais em que um Estado, ao violar o direito de outro, geraria a este o interesse jurídico de obter a restituição à situação imediatamente anterior ou, se impossível, a uma indenização. Ainda que se trate de uma maneira simplória de vislumbrar a questão, foram esses os alicerces para a construção das teorias subsequentes.

Dando seguimento aos trabalhos da Comissão, a Assembleia Geral das Nações Unidas determinou, por meio da Resolução nº 1686 (XVI), de 1961, que a CDI continuasse com o trabalho de codificação da responsabilidade internacional do Estado⁴⁰. Com a entrega

³⁹ Como a Corte Centro-Americana de Justiça, que funcionou de 1908 a 1918 (SLOBODA, 2017).

⁴⁰ Com a Resolução nº 1686 (XVI), houve concordância dos membros da CDI que o assunto da

do relatório pela subcomissão, em 1963, os membros identificaram a necessidade de priorizar a definição de regras gerais sobre o tema e, ao fazê-lo, considerar o papel que a evolução do Direito Internacional proporcionou ao assunto. O relatório desencorajou, ademais, a realização de estudos por área temática, devendo a visão ser tomada em conjunto. O documento propôs, ainda, que se evitasse tratar a matéria tendo em consideração outros sujeitos do Direito Internacional que não o Estado. Após a aprovação do parecer, os membros elegeram Roberto Ago como novo relator especial para o tópico.

2.4.2 A teoria da responsabilidade internacional em Roberto Ago

No período compreendido entre 1962 a 1980, com a criação do subcomitê para tratar do projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado e a nomeação de Roberto Ago como relator especial, a CDI obteve significativo desenvolvimento na matéria. A incumbência do subcomitê era concentrar seus trabalhos na definição de regras gerais que orientassem o tema da responsabilidade internacional do Estado, atentando-se, para tanto, às regras secundárias sobre responsabilidade geral. Durante o seu mandato, Roberto Ago produziu 8 (oito) relatórios e a CDI adotou, provisoriamente, os 35 (trinta e cinco) artigos que compunham a primeira parte do projeto de artigos referentes à origem da responsabilidade do Estado.

Sucessivas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas incitaram a CDI a que desse continuidade aos esforços de codificação anteriores. Roberto Ago (1969, pp. 125-126) submeteu o seu primeiro relatório à Comissão em 1969, o qual continha a síntese do trabalho até então realizado por diferentes órgãos e entidades sobre responsabilidade internacional. Após examinar o trabalho, a CDI solicitou ao relator o estudo do assunto sob dupla perspectiva: a origem da responsabilidade internacional (que fatos e circunstâncias configuram um ato ilícito em desconformidade com o Direito Internacional) e o conteúdo de tal responsabilidade (quais são as consequências e graus de responsabilidade à vista do Direito Internacional).

Roberto Ago apresentou, em 1970, conclusões acerca do método, da substância e da terminologia essencial sobre a parte um do projeto, intitulada “a origem da responsabilidade

responsabilização merecia prioridade em sua atuação, todavia, essa primazia não teria sido dada, segundo Garcia (2004, p. 279), em razão do modo como o assunto foi abordado. Enveredou-se, assim, pelo debate na Comissão acerca da exata abrangência que os trabalhos deveriam ter, criando-se subcomissão com a finalidade de submeter relatório ao colegiado sobre a dimensão e a forma de abordagem que o futuro estudo deveria apresentar.

internacional”⁴¹. Na visão do relator, o assunto deve ser abordado considerando apenas a prática de atos ilícitos, a ponto de enfatizar que a expressão “responsabilidade do Estado” deve ser entendida como a “responsabilidade dos Estados pela prática de ato ilícito internacional”⁴². Ago reafirma esse entendimento no desenvolvimento do seu projeto junto a CDI, somente passando a estender, a partir de 1978, a imputação de responsabilidade por atos não proibidos pelo Direito Internacional (SOARES, 2003, p. 730).

Alguns avanços foram verificados nos relatórios produzidos por Roberto Ago, como o fato de o ideal de responsabilidade internacional por ele defendido ter se perpetuado nos projetos de codificação seguintes⁴³. Para esse autor, “todo ato internacionalmente ilícito praticado por um Estado dá ensejo à responsabilidade internacional deste Estado”⁴⁴. Essa definição trazida por Ago (1970) prescinde do elemento dano, cabendo a responsabilização internacional do Estado, no seu entender, pela simples violação da norma internacional, partilhando com Anzilotti (1902, p. 85) a exclusão da elementar culpa do conceito de responsabilidade internacional.

Ainda é comum, no entanto, alguns conceitos de responsabilidade internacional considerarem, mesmo na atualidade, o dano como requisito indispensável à responsabilidade internacional do Estado. Historicamente, o dano dava-se como o próprio fato gerador da responsabilidade e, conforme visto, a tentativa de sistematização da matéria por Anzilotti (1902, p. 89) tinha o dano como elemento central, e todos os projetos de codificação empreendidos até a década de 1970 centravam-se na responsabilidade internacional como a obrigação de reparar os danos causados, como regra, ao estrangeiro e a seus bens. Essa concepção tradicional foi abandonada, todavia, com a chamada “Revolução Ago” (SLOBODA, 2017).

O dano passa, com essa lógica, a não ser mais o fato gerador da responsabilidade internacional⁴⁵. O Direito Internacional ultrapassa a concepção de mera teia de normas intersubjetivas, dedicadas a resguardar interesses particulares dos Estados, tornando-se um verdadeiro sistema jurídico passível de garantir não apenas a coexistência dos Estados, mas

⁴¹ A estrutura do projeto é composta por 1ª Parte: origem da responsabilidade internacional; 2ª Parte: conteúdos, formas e graus da responsabilidade internacional; e 3ª Parte: aplicação das regras sobre responsabilidade internacional e resoluções de controvérsias (AGO, 1970).

⁴² Tradução livre de: “responsibility of States for internationally wrongful acts” (AGO, 1970).

⁴³ O artigo 1 do anteprojeto de Ago, que definiu o conceito de responsabilidade internacional do Estado, foi confirmado em 1980 pela CDI e adotado, tanto na versão preliminar do projeto, de 1996, quanto em sua versão definitiva, por James Crawford, em 2001.

⁴⁴ Tradução livre de: “Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State” (AGO, 1970).

⁴⁵ A eliminação do dano como fato gerador da responsabilidade contribui para a amalgamação do *jus inter gentes* soberanista em um novo *jus gentium*, pautado por interesses comuns (TRINDADE, 2002, p. 1039).

também seus interesses comuns. Ao se reconhecer a responsabilidade por qualquer ato ilícito, começa-se a abandonar o bilateralismo rígido do sistema de Vestfália, representado por Anzilotti (1902), para se aproximar de uma construção comunitária do direito internacional. Passa-se a admitir a criação de uma nova relação jurídica não apenas entre o Estado violador e o lesado, mas também entre o responsável pelo ilícito e outros sujeitos internacionais.

Outros pontos colhidos com a nominada “Revolução Ago” foram: o estabelecimento de uma distinção clara, em Direito Internacional, entre as responsabilidades civil e penal do Estado; a superação do enfoque às consequências do ilícito e à reparação do dano na responsabilidade internacional⁴⁶; a realização de um estudo sistemático sobre a natureza do delito internacional e sobre a origem da responsabilidade internacional; a inclusão de todas as formas de relações jurídicas derivadas de atos internacionalmente ilícitos, sem se limitar aos danos causados a estrangeiros; e a existência de obrigações internacionais essenciais para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional.

Os sucessores de Roberto Ago, os relatores Willen Ripphagen (1980-1986) e Arangio-Ruiz (1987-1996), acabaram por concluir as partes dois e três do projeto que tratam, respectivamente, dos “conteúdos, formas e graus da responsabilidade internacional” e da “solução de controvérsias”. Eles confirmaram, em sua trajetória na CDI, o modo de pensar de Ago. O projeto em questão, embora aprovado em uma primeira leitura na Comissão, no ano de 1996, foi submetido aos governos dos Estados e à Assembleia Geral para comentários, não obtendo posterior unanimidade. Ele foi fonte de controvérsias entre os membros do órgão, bem assim de reações desfavoráveis de diferentes governos (GARCIA, 2004, p. 280).

2.4.3 A teoria da responsabilidade internacional em James Crawford

No período correspondente aos anos de 1998 a 2001, já sob a relatoria de James Crawford, a Comissão de Direitos Internacional da ONU procedeu com a segunda leitura do projeto de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado. Crawford identificou três questões que mereciam atenção mais detida por parte da Comissão: os crimes internacionais, o regime de contramedidas e a solução de disputas⁴⁷. O trabalho desenvolvido pelo relator enfrentou os problemas indicados no texto de 1996, incorporando, sempre que possível, os comentários oferecidos e a jurisprudência mais recente da Corte Internacional de Justiça

⁴⁶ “Ago iniciou seus trabalhos a partir da origem da responsabilidade, não de suas consequências. Foi precisamente nesse ponto que se deu o estopim da revolução” (SLOBODA, 2017).

⁴⁷ A versão final do projeto apresentado em 2001 acabou por excluir a noção de “crimes internacionais” e a substituiu por “violações graves de obrigações derivadas de normas peremptórias do direito internacional”.

(GARCIA, 2004, p. 280).

O primeiro informe de James Crawford faz um apanhado das questões mais controvertidas para os Estados, bem como reordena os artigos iniciais do projeto anterior, adequando a sua redação. Elabora o conceito de crime de Estado e define como o tipo especial de “fato internacionalmente ilícito” aquele resultante da violação por um Estado de uma obrigação tão essencial para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação passa a ser reconhecida como crime por essa comunidade em seu conjunto (ONU, 2001).

Com a adoção de uma postura notadamente pragmática, Crawford retira do projeto o polêmico debate acerca de crime internacional, bem como a distinção entre obrigação de conduta e obrigação de resultado (GARCIA, 2004, p. 281). Alguns itens de destaque do texto da proposta foram mantidos: (a) considerar a regra do esgotamento dos recursos internos unicamente como requisito para a admissibilidade da reclamação e (b) eliminar a parte do projeto anterior que cuidava da solução de controvérsias, por entender que estaria sendo concedido ao Estado autor do ilícito a possibilidade de desencadear o procedimento vinculante de resolução de disputas.

Em 2000, James Crawford apresenta seu terceiro informe já com a nova estrutura. O texto é discutido na CDI e remetido ao Comitê de redação. Mesmo não tendo sido aprovado pela Comissão, a proposta foi tornada pública com o objetivo de proporcionar mais uma oportunidade para a apresentação de comentários por parte dos governos. O relator apresenta seu trabalho final em 26 de julho de 2001. A Assembleia Geral da ONU, após discussão dos governos no Sexto Comitê, adota o projeto mediante a Resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001, não obstante a mencionada resolução não acarrete a aprovação do projeto, determinando novo período de sessões para rodada de debates sobre o texto.

No projeto de relatoria de Crawford, persiste a ideia da responsabilidade internacional como obrigação *erga omnes*, devida para a sociedade internacional como um todo, ante o reconhecimento de que cada um dos seus membros tem interesse jurídico na execução desse tipo de obrigação. Com essa perspectiva, cada membro da sociedade internacional passa a ter legitimidade para reclamar ao Estado responsável pelo descumprimento de suas obrigações. Cada Estado pode invocar a responsabilidade do Estado infrator, pugnando pela cessação do ato ilícito e pelo percebimento de reparações adequadas aos danos causados (CRAWFORD, 2003, p. 89).

Para Crawford (2003, p. 30), as regras de responsabilidade internacional são obrigatoriamente de carácter geral e compreendem todos os tipos de obrigações

internacionais. O projeto de artigos por ele desenvolvido comporta disposições referentes ao nascimento da responsabilidade internacional do Estado, seus elementos e formas de exoneração; às formas e aos graus da responsabilidade internacional do Estado, com as respectivas consequências e espécies de reparação; aos mecanismos de implantação da responsabilidade internacional do Estado, com os procedimentos para aplicação das sanções e as condições de licitude; ao esclarecimento do uso subsidiário de normas consuetudinárias sobre o tema; e à possibilidade de responsabilização do agente público em paralelo à responsabilização estatal.

Conforme seu próprio relator, o texto final do projeto de artigos da CDI não se preocupou em definir um novo conceito de responsabilidade internacional, mas antes tratou de determinar a sua origem e consequências (CRAWFORD, 2003, p. 30). Dessa forma, o art. 1º do novo projeto reafirmou, assim como no projeto de Roberto Ago, que todo ato internacionalmente ilícito acarreta a responsabilidade internacional do Estado. As relações jurídicas surgidas com essa atuação ilícita do Estado possuem conteúdo abrangente, ultrapassando o mero dever de reparar um dano, podendo ser, inclusive, reparatorias, coercitivas ou mesmo punitivas.

Na teoria de Crawford, dois passam a ser os elementos necessários para a responsabilização internacional do Estado: o fato ilícito e a atribuição. A referida responsabilidade resulta, para esse autor, em um ato pautado em conduta ilícita, tomando-se como base o Direito Internacional. O fato ilícito exsurge contemporâneo à infração de uma obrigação fixada pela ordem internacional e acarreta consequências jurídicas para o seu autor, dentre as quais a obrigação de reparar o dano. Esse ato estatal poderá ser uma ação ou omissão atribuída ao Estado pelo Direito Internacional, que constitua violação de uma obrigação internacional. O ato ilícito será composto, desse modo, por um elemento subjetivo, consistente na conduta omissiva ou comissiva imputável a um Estado, e um segundo elemento, dito objetivo, que importa na violação de uma norma ou obrigação internacional (CRAWFORD, 2003, p. 33).

A obrigação violada pode decorrer de tratado, costume, compromisso unilateral, decisão judicial ou arbitral ou de decisão de organismo internacional. A responsabilidade subsistirá independente de a conduta estatal ser considerada lícita pelo Direito interno e, segundo o projeto de artigos da CDI, apenas a conduta realizada pelo Estado poderá figurar como passível de responsabilização internacional (CRAWFORD, 2003, p. 35). Dessa maneira, como o agente imputável será sempre o Estado (e a imputabilidade é o nexo que liga o ilícito a quem é o responsável pela conduta), os atos praticados pelos funcionários estatais

gerarão a responsabilidade internacional do ente público, e não de seus agentes.

A responsabilidade de um sujeito de Direito Internacional poderá ainda ser direta ou indireta⁴⁸, cabendo ao Estado responder pelo ato ilícito decorrente do exercício de suas competências administrativas, legislativas ou judiciárias, independente de averiguação de culpa (CRAWFORD, 2003, p. 34). Essa definição apresentada no projeto de artigos da CDI é abrangente o suficiente para abarcar todas as consequências possíveis decorrentes da constatação do fato internacionalmente ilícito, mostrando-se mais ampla do que aquela trabalhada pela concepção clássica, para a qual se define a responsabilidade internacional apenas como uma obrigação de restituição à situação fática anterior e de pagamento subsidiário de uma indenização em face da violação de norma de direito das gentes (CRAWFORD, 2003, p. 30).

O entendimento, portanto, de que um delito internacional gera uma obrigação de reparação e que a reparação deve, na medida do possível, erradicar as consequências do ato ilegal, é a base da nova compreensão internacional sobre responsabilidade do Estado capitaneado por James Crawford. Esse marco teórico, surgido com a evolução de uma concepção bilateral e restritiva de responsabilidade internacional do Estado vigente desde o início do século XX, será o parâmetro utilizado para o desenvolvimento e a estruturação desta obra e para a construção das explanações subsequentes acerca da moderna teoria da responsabilidade internacional do Estado.

2.5 Características da moderna teoria da responsabilidade internacional

A responsabilidade internacional é, como visto, o mecanismo jurídico basilar do Direito Internacional. É a técnica fundamental de sanção pela não-aplicação das normas internacionais pelo Estado, mediante a atuação irregular de seus órgãos e agentes internos. Ocorre em função do nexo existente entre o Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o Direito Internacional e o dever de cessar a prática proibida e arcar com a reparação pertinente. Essencialmente nas hipóteses em que o sujeito de direito tenha praticado, através de seus órgãos, um ato ou fato ilícito (ou mesmo lícito, em situações pontuais⁴⁹) que contrarie dever estabelecido em norma de Direito Internacional, positivada ou consuetudinária, e que afete com isso um Estado estrangeiro, nacional deste ou organização internacional.

⁴⁸ A responsabilidade indireta do Estado ocorre quando o ato é praticado com condescendência, como nos casos de mandato, protetorado e nos modelos federativos. Haverá responsabilidade indireta pelos fatos praticados por quaisquer de seus órgãos, independentemente da natureza ou nível hierárquico.

⁴⁹ Vide nota n.º. 32.

Pela teoria de Crawford (2003; 2010), o Estado responde por qualquer violação de deveres internacionalmente impostos. Há, nesse caso, o desenvolvimento de características próprias para a responsabilização estatal, pautadas basicamente na obrigação de respeitar os compromissos livremente assumidos (responsabilidade contratual) e de reparar todo o prejuízo injustamente causado (responsabilidade delituosa). Ambos carregados em bases com forte influência no Direito Natural⁵⁰, pautadas na dignidade e no respeito aos direitos dos demais membros da sociedade internacional.

Com apoio nesse modelo garantista de responsabilidade internacional, o Direito Internacional contemporâneo oferece legitimação jurídica à sociedade das nações para fixar o ilícito internacional e as sanções civis aplicáveis a quem descumprir o convencionado, o que parece visar a modelação de uma genuína teoria da responsabilidade imbricada em princípios como a igualdade e a interação entre Estados soberanos, a teor do que afirma Arantes Neto (2007, pp. 39-40):

A ampliação do espectro da responsabilidade internacional certamente desafia paradigmas clássicos do direito internacional. [...] a tendência de transcender o caráter meramente bilateral e recíproco das relações jurídicas internacionais, com o reconhecimento de obrigações de caráter coletivo. [...] a tendência à diversificação e fragmentação do direito internacional, que incorpora e se expande a domínios diferentes, para forjar não somente um direito da relação entre Estados, mas também um direito das relações de caráter universal ou extra-estatal. [...] Esta última tendência é consequência da crescente interdependência entre os Estados e do processo de globalização.

Essa concepção um tanto multifacetada da responsabilidade do Estado parece implicar, para Arantes Neto (2007, p. 25)⁵¹, o entendimento do instituto da responsabilidade internacional como um “ramo do direito internacional que [...] revela e consolida essa convergência do ordenamento jurídico internacional em direção da proteção da legalidade”. Formulação essa que, lastreada em Crawford (2003; 2010), propaga a ideia de que, existindo uma comunidade supraestatal mais coesa, abrir-se-á espaço para a aplicação, pela sociedade internacional, de uma legalidade fincada em preceitos mais concretistas de responsabilidade, tanto na sua dimensão coercitiva, quanto reparatória⁵².

Não se está afirmando, entretanto, a partir desse posicionamento mais contextualizado do Direito Internacional, que não devam estar presentes, para a configuração

⁵⁰ “O princípio fundamental da justiça traduz-se concretamente na obrigação de manter os compromissos assumidos e de reparar o mal injustamente causado a outrem, princípio este sobre o qual repousa a noção de responsabilidade” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 345).

⁵¹ Para Arantes Neto (2007, pp. 33-40), a responsabilidade internacional pode ser definida: (a) em função de sua origem (como consequência de evento que lhe anteceda, sendo, tradicionalmente, o ato ilícito ou contrário ao direito); (b) em função de seu conteúdo (numa perspectiva positivista voluntarista, normativista ou multidimensional); ou (c) em função das relações jurídicas que a caracterizam.

⁵² Como exemplo, o Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

da responsabilização internacional, os requisitos clássicos da personalidade internacional e da atribuição do fato ilícito ao Estado, mas apenas que a violação da legalidade é elemento suficiente para a sua conformação, mesmo que não haja dano naturalístico. Soaria até mesmo temerária qualquer medida em contraponto ao fato de o agente mediato do ilícito internacional, sendo o Estado ou uma organização internacional, não responder diretamente pela imputação do dano civil.

Acerca das possíveis hipóteses de configuração da responsabilidade internacional, as normas existentes sobre o assunto referem-se a princípios comumente aplicados para determinar quando e como um Estado é responsável pela violação de uma obrigação internacional. Ao invés de definir de modo específico que obrigações, em particular, ensejariam a responsabilização estatal, as regras da responsabilidade *in voga* determinam, de forma geral, quando uma obrigação internacional foi desrespeitada e as consequências jurídicas dessa violação. Dessa forma, elas são tidas como normas secundárias por tratarem de questões procedimentais da responsabilidade e dos recursos disponíveis perante a violação de normas primárias ou substantivas do Direito Internacional (CRAWFORD, 2003).

Devido a essa generalidade, as regras secundárias podem ser estudadas independentemente das normas primárias da obrigação (CRAWFORD, 2003). As normas secundárias estabelecem as condições para um ato se qualificar como internacionalmente ilícito; as circunstâncias em que as ações de funcionários, particulares e outras entidades podem ser atribuídas ao Estado; as defesas gerais que podem ser apresentadas; e as consequências da responsabilidade estatal. Desse modo, em toda obrigação existe um dever jurídico original, ao passo que na responsabilidade há, diferentemente, um dever jurídico sucessivo. E como a responsabilidade acaba por dialogar com a obrigação originária, quando se deseja saber quem é o sujeito responsável pelo ilícito, importará observar a quem a norma imputou aquela obrigação.

Existem, todavia, certas peculiaridades a respeito da relação entre a obrigação e a responsabilidade dentro do contexto estudado, em razão das particularidades que diferenciam a responsabilidade internacional, objeto do recorte proposto, da responsabilidade jurídica geral, aplicada nos sistemas jurídicos internos dos países.

Em que pese o ordenamento jurídico de um extenso rol de nações já admita a responsabilidade do Estado ou de seus funcionários nos âmbitos civil e/ou administrativo na hipótese de lesão até mesmo do direito do estrangeiro, tal responsabilização é de cunho interno e limitada ao caráter eminentemente nacional do julgado, já que se aplica por intermédio dos tribunais dos próprios países, sob a máxima do princípio da soberania. Cuida-

se de sentença nacional que exige homologação para ser reconhecida no âmbito territorial do Estado em que a mesma não foi proferida.

A responsabilidade internacional, por sua vez, pugna pela responsabilização do ente agressor perante a ordem internacional, geralmente através de cortes arbitrais ou judiciais internacionais, sempre que negada uma reparação espontânea através do ordenamento interno dos países. Além disso, a responsabilidade em contexto será, em regra, de Estado a Estado⁵³, mesmo quando um particular for vítima ou autor do ilícito, e terá como finalidade a cessação de uma prática antijurídica e a reparação do prejuízo causado, já que sua natureza decorre de preceitos civilistas⁵⁴.

É possível constatar, então, que a responsabilização internacional apresenta como principais características: o seu caráter interestatal; a sua finalidade reparatória de natureza civil; a sua orientação de instituto consuetudinário, uma vez que inexistente tratado internacional, em sentido estrito, disciplinando a matéria⁵⁵; o aspecto político do ilícito praticado⁵⁶; e, para alguns, a possibilidade, diante da gravidade do fato, do interesse de reparação não ficar limitado ao Estado da vítima⁵⁷. Tudo imiscuído, conforme acentua Gonçalves *et al.* (2017, p. 175), na inserção da responsabilidade internacional do Estado dentro do contexto dos regimes jurídicos de responsabilização vigentes na contemporaneidade:

Grosso modo, portanto, podemos dizer que há dois regimes distintos de responsabilidade internacional dos Estados:

- 1) regime geral: envolve as relações Estado-Estado, em que a violação da obrigação internacional se dá em relação a uma obrigação assumida perante outro Estado ou relativa a interesse deste (ex: Caso Lótus);
- 2) regime objetivo dos tratados de direitos humanos: envolve relações Estado-indivíduo e a violação de uma obrigação assumida perante toda a comunidade internacional.

Com a evolução de seu marco teórico junto à Comissão de Direito Internacional da ONU (Amador, Ago e Crawford), a responsabilidade internacional do Estado, defende-se nesta obra, passou de um instituto que contempla um único regime jurídico – representativo

⁵³ Embora a regra de responsabilidade seja de Estado a Estado, vem-se entendendo na doutrina jusinternacionalista a possibilidade de uma organização internacional figurar nos polos passivo ao ativo da reparação. Para estudos mais aprofundados, vide Rezek (2005, pp. 269-270).

⁵⁴ De acordo com Mello (2004, p. 523), o Direito Internacional Público “praticamente não conhece a responsabilidade penal”.

⁵⁵ Ramos (2017, p. 50) indica que a discussão acerca da força vinculante de atos internacionais pode levar a três vertentes possíveis: (a) atribuição de força vinculante por constituírem interpretação autêntica dos direitos humanos; (b) existência de força vinculante por representar costume internacional sobre a matéria; (c) representação tão-somente de *soft law* sobre a matéria, sendo um conjunto de normas não vinculantes, mas que buscam dar orientação aos Estados.

⁵⁶ “[...] a responsabilidade internacional continua sendo um instituto consuetudinário com aspecto político, na tentativa de limitar o uso da força ou de evitar a guerra” (DEL’OLMO, 2006, p. 130).

⁵⁷ Nesse entendimento, o Capítulo IV do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional do Estado e, ainda, Mello (2004, p. 523), para quem teríamos como exemplos de tutela universal o *apartheid* e o genocídio.

dos interesses dos Estados e que assegura, mediante juízo discricionário, a defesa dos interesses do indivíduo de acordo com a regra da proteção diplomática⁵⁸ – para um sistema de natureza dúplice. Nesse novo sistema, há a coexistência do regime jurídico anterior com a atuação de órgãos jurisdicionais internacionais de proteção aos direitos humanos, nos quais o indivíduo tem a possibilidade de acionar diretamente, dentro de um sistema de garantias, órgão não jurisdicional que poderá conduzir a sua demanda, independente da chancela do seu Estado nacional, a uma corte internacional.

Vigem, assim, na moderna teoria da responsabilidade internacional dois regimes jurídicos independentes e com regras procedimentais próprias. Um sistema ordinário, nominado de regime geral, e um sistema extraordinário, intitulado de regime objetivo dos tratados de direitos humanos, que envolve relações, tanto Estado-Estado⁵⁹, quanto Estado-indivíduo⁶⁰, com regras que consideram a responsabilidade internacional como uma violação de obrigação assumida perante toda a comunidade internacional.

Em consonância com esse entendimento, Piovesan (2015, p. 140) assevera que, se a hipótese de violação de direitos advindos de normas de *jus gentium* for proferida diretamente ao indivíduo, não haveria porque a imputação da responsabilidade limitar-se à esfera do Estado, tal qual sedimentado na teoria mais tradicional, mas sim caberia à própria pessoa lesada, enquanto vítima imediata do ilícito e interessado em sua compensação, uma posição de protagonismo nas relações internacionais:

A constatação da necessidade de reconstruir os direitos humanos faz nascer a certeza de que a transgressão aos mesmos não pode ser concebida como questão de jurisdição doméstica do Estado. Neste cenário, afasta-se a ideia da soberania absoluta dos Estados, em seu domínio reservado, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos sob o direito internacional e que a denegação desses direitos enseja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações; erigindo os indivíduos à posição de sujeitos de direito internacional.

A par desse fragmento, observa-se uma firme sinalização da doutrina contemporânea de que, ao lado da responsabilidade Estado-Estado, mais consolidada na seara internacional, coexiste a possibilidade de responsabilização Estado-indivíduo, desde que apropriada ao caso

⁵⁸ Para mais informações, vide o tópico 6.2.1.

⁵⁹ No sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, de acordo com o art. 44 da CADH, os Estados membros da OEA podem apresentar à Comissão IDH petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado Parte. Ainda segundo o art. 61 da CADH, apenas Estado ou a Comissão IDH podem submeter casos à Corte IDH.

⁶⁰ A relação Estado-indivíduo no regime objetivo dos tratados de direitos humanos é mediatizada, como regra, por órgão de cunho não jurisdicional, como ocorre no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, no qual há a atuação prévia da Comissão IDH, que recebe a petição do indivíduo e instaura procedimento de apuração antes do encaminhamento do caso, mediante sua chancela ou de Estado, à Corte IDH.

proposto, cabendo discutir, em capítulo específico desta obra⁶¹, em que hipóteses haveria a primazia de uma ou de outra. Até mesmo porque a teoria da responsabilidade internacional do Estado, conforme verificado, não é estática, vem recebendo tratamento diverso ao longo dos anos como resultante do aprimoramento do comprometimento global para com a efetivação de uma sociedade internacional pautada no reconhecimento de direitos extraterritoriais e na responsabilização de seus membros.

2.6 Fundamentos e natureza da moderna teoria da responsabilidade internacional

O preceito basilar da responsabilidade internacional do Estado é, como visto (CRAWFORD, 2003; 2010), o de que todo ato internacionalmente ilícito de um sujeito estatal acarreta obrigações secundárias a essa soberania no plano internacional. Esse preceito, inscrito de maneira explícita no art. 1º, parágrafo único, do Projeto da CDI da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, vale também, depreende-se, como o próprio fundamento da responsabilidade internacional, uma vez que consagra as regras básicas de organização e funcionamento desse instituto.

É importante salientar, todavia, sob pena de fustigar parcela significativa da doutrina contemporânea, que a questão da responsabilidade do Estado tem sido considerada, por alguns, como um verdadeiro princípio de Direito Internacional⁶². A ponto de esse viés principiológico ter o poder de ensinar, para doutrinadores como Pereira (2000) e Arantes Neto (2008), a configuração da própria responsabilidade internacional com a mera violação de preceitos normativos internacionais, sem a necessidade da ocorrência de dano efetivo, já que haveria o interesse da sociedade internacional em ver o Direito Internacional, *per si*, respeitado, tal qual defendido pela teoria de Ago (1970).

Mello (2004, p. 526) parece ter, no entanto, uma visão um pouco mais sociológica do fundamento da responsabilidade internacional do Estado, acreditando que ela “corresponde a uma necessidade de equilíbrio social, de retribuição, de justiça, sendo esta a razão de o seu fundamento ser ético”. De toda sorte, independentemente da posição adotada, certo é que tais perspectivas têm contribuído, até mesmo com seus caracteres complementares, para a adoção de um conceito de responsabilidade no Direito Internacional mais próximo da ideia importada

⁶¹ Vide tópico 6.2.

⁶² Com base na regra substantiva de que, no ordenamento internacional, atos e omissões podem ser classificados como ilegais por mera referência a regras que estabelecem direitos e deveres no plano internacional (BROWNLIE, 1997).

de Estado de Direito. Inclusive trazendo reflexos significativos para a própria concepção de natureza jurídica perfilhada pela atual teoria da responsabilidade do Estado.

Nesse compasso, são duas, basicamente, as correntes que buscam explicar a natureza jurídica da imputação ao Estado de responsabilidade internacional, quais sejam, a corrente subjetiva (pautada na teoria da culpa) e a corrente objetiva (pautada na teoria do risco), havendo, no entanto, quem ainda noticie a existência de uma terceira corrente, de caráter ambivalente, desenvolvida por Triepel:

Uma terceira corrente que não teve maior consagração pode ser mencionada: a teoria mista (Triepel, Strupp). A culpa seria utilizada apenas no delito de omissão (porque neste caso surge de modo claro a negligência do Estado; por exemplo, se ele não elabora determinada lei), enquanto o risco seria nos delitos por comissão (MELLO, 2004, p. 550).

Retornando ao estudo das correntes que alcançaram maior relevância no cenário de discussão da responsabilidade internacional, tem-se que a distinção fundamental entre as teorias subjetiva e objetiva foca-se na necessidade, ou não, de aferição de culpa para a imputação do ilícito internacional ao agente causador do dano. Posicionar-se acerca dessa distinção se mostra central para a construção dos cânones da moderna teoria da responsabilidade internacional, cabendo, adiante, o estudo individualizado de cada uma das perspectivas apontadas.

2.6.1 Da teoria subjetiva

A teoria subjetiva ou teoria da culpa coincidiu, historicamente, com o surgimento da própria responsabilização supranacional do Estado, podendo ser concebida como o ponto definitivo de superação das concepções de irresponsabilidade vigentes até o final da Idade Moderna. Nada obstante, a acepção do termo culpa não se mostrou constante no transcorrer da história⁶³. Sofreu modificações ao talante da ideia de culpa vigente em cada época, de modo que, para a sociedade atual, esse termo tem a sua extensão considerada em seu sentido amplo, tanto como culpa em sentido estrito, quanto dolo.

Com essas premissas, tem-se que a responsabilidade internacional do Estado só restará configurada, para a teoria subjetiva, sob o fundamento da existência de negligência, imprudência, imperícia ou dolo⁶⁴ atribuível a um ente político. Por essa teoria, para que o

⁶³ “Os doutrinadores não chegaram a uma conclusão: uns consideravam que ela abrangia o ‘dolus malus’ e a negligência (Lauterpacht); outros exigem que haja o elemento intencional (Miele) e ainda outros (Le Fur, Salvioli), a consideram como sendo a realização de um ato ilícito [...]” (MELLO, 2004, p. 527).

⁶⁴ “O motivo e a intenção constituem frequentemente um elemento específico da definição de uma conduta permitida. [...] quando se procura justificar uma conduta aparentemente ilícita com fundamento em estado de

Estado possa ser responsabilizado pela transgressão de uma norma de Direito Internacional, é imprescindível que esta violação se dê, em suma, com culpa:

[...] o fato que gera ou origina a Responsabilidade internacional deve se basear não só na quebra de uma obrigação internacional anteriormente assumida, mas, também, deve constituir uma *falta* ou uma *ausência*, com base na *omissão*, *dolo*, *negligência*, *imprudência* ou *imperícia*. Ou seja, esta doutrina “antiga”, admitia comumente que uma violação do Direito Internacional, só faz responsável o Estado quando tenha havido, por parte do órgão estatal infrator, uma *ação* ou *omissão* culpável (PEREIRA, 2000, p. 102).

Fundamenta a tese de responsabilidade subjetiva do Estado, ainda, o elemento psicológico da voluntariedade, já que, para a teoria da culpa, o mero nexos causal entre a violação de uma conduta e o agente infrator não seria suficiente para a configuração da responsabilidade internacional se não houvesse a livre determinação de vontade do sujeito que cometeu o ilícito.

Apesar da indispensabilidade de elementos psicológicos para a comprovação do ilícito na teoria assinalada (profundamente rechaçada nos sistemas jurídicos internos dos Estados) e das origens um tanto remotas desse raciocínio, fato é que tais orientações exerceram influência em parte da doutrina e da jurisprudência internacionalista. Dentre outros julgados⁶⁵ sobre o assunto, cabe destacar o *Caso Jamaica*⁶⁶, no qual se estabeleceu que o Estado não seria responsável pelo ato danoso se a infração do Direito Internacional tivesse lugar sem que pudesse pesar sobre o órgão estatal que o praticou qualquer negligência, ainda que atinente a uma culpa levíssima.

Para Mello (2004, p. 527), entretanto, a teoria da culpa é passível de diversas críticas:

a) ela não pode ser aplicada em relação às pessoas jurídicas a não ser por meio de uma ficção, uma vez que a culpa é um elemento psicológico; b) como elemento psicológico, ela é, muitas vezes, de difícil comprovação; c) ela não explica a responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários incompetentes para a sua prática, etc.

Bem da verdade, os elementos psicológicos da teoria da culpa (negligência, imprudência, falta de atenção ou dolo do agente), importados do Direito Civil, tornam-se de difícil aplicação no mundo fático das relações internacionais, por de complexa mensuração. A exigência de culpa e o exame da vontade do agente para configurar a responsabilidade do Estado acaba inserindo uma indesejável limitação de efetividade na própria responsabilização

necessidade ou legítima defesa, a intenção do agente é importante, uma vez que pode destruir todos os fundamentos de defesa” (BROWNLIE, 1997, p. 466).

⁶⁵ O Tribunal de Arbitragem de Haia, no caso *Casa Blanca*, estabeleceu uma distinção entre infração dolosa, negligente e sem culpa, reconhecendo que se não houve culpa, não haveria qualquer responsabilidade internacional do Estado (PEREIRA, 2000, p. 104). Em sentido análogo, os casos *Ual-Ual* (Tribunal Arbitral britânico-panamenho) e *Naulilaa* (Tribunal Arbitral teuto-português).

⁶⁶ “A sentença arbitral do Caso Jamaica, de 21 de maio de 1798, rechaça uma responsabilidade ‘*sans la plus petite faute imputable*’” (PEREIRA, 2000, p. 103).

internacional. Motivo esse pelo qual se entende que, apesar da ponderável importância do elemento culpa na investigação do ilícito, ele deve servir apenas como meio de prova da conduta antijurídica, e não como o próprio definidor da responsabilidade do Estado.

Nesse sentido também é o posicionamento de Pereira (2000, pp. 39-40):

Realmente, no campo do Direito Internacional Público, admite-se que a responsabilidade internacional do Estado não leve em consideração o elemento “culpa” ou como alguns a chamam “o elemento *subjetivo*”, mas sim que tal responsabilidade seja aplicada pela sua forma *objetiva*, porquanto, não se faz mister o elemento *subjetivo* da culpa, para que haja a transgressão.

Não cabe conceber, assim, que a responsabilidade por atividades ilícitas do Estado possam ser geradas pela culpa. Restringir a aplicabilidade de um instituto que busca resguardar, modernamente, os direitos humanos e a plena reparação de injustos pelo sujeito central do ordenamento jurídico internacional acabaria por deflagrar evidente retrocesso às conquistas institucionais do próprio Direito interno dos países, consagradores da teoria objetiva. Ademais, embora o elemento da culpa não sirva à configuração da responsabilidade internacional do Estado, a sua existência e extensão são importantes por afetarem a quantificação da reparação devida pelo ilícito internacional e até mesmo para orientarem a consecução de diligências com o fito de averiguar a prática antijurídica⁶⁷.

2.6.2 Da teoria objetiva

A teoria objetiva ou teoria do risco tem a sua origem no Reino Unido, em 1868, no *Caso Rylands x Fletcher* (PEREIRA, 2000, p. 29), no qual se firmou:

Se uma pessoa mantém ou acumula na sua propriedade alguma coisa que, se escapar, poderá causar dano para a sua vizinhança, ele arcará com o perigo. Se ela escapar e causar dano, ele será responsável, por mais cuidadoso que tenha sido, e independente das precauções que tenha tomado para prevenir o dano⁶⁸.

Em observância ao caso inglês, tem-se que a responsabilidade objetiva do Estado se baseia, sob um ponto de vista técnico, na doutrina do ato voluntário. Essa doutrina pugna, em suma, pela existência da violação de um dever internacional pelo simples resultado danoso da antijuridicidade, desde que, para tanto, sejam provadas a representação e o nexo causal. Nesse passo, fica explícito que dois são os requisitos para a caracterização do ilícito objetivo: a

⁶⁷ Esse entendimento é substanciado no Projeto da CDI quando do trato das hipóteses de exclusão de responsabilidade internacional, conforme indicado no tópico 3.3.2 desta obra.

⁶⁸ Tradução livre de “*If a person brings or accumulates on his land anything which, if it should escape, may cause damage to his neighbours, he does so at his peril. If it should escape and cause damage, he is responsible, however careful he may have been, and whatever precautions he may have taken to prevent damage*”.

existência de um fato material exterior e sensível (ação) e de uma regra de Direito Internacional contrária a esse fato.

Logo, na teoria da responsabilidade objetiva é dispensada a existência do elemento psicológico para a aferição da autoria da ilicitude. Não obstante, ao se afirmar que a violação de uma norma de Direito Internacional gera, segundo a teoria do risco, a responsabilização do Estado sem culpa, não se está pretendendo indicar a automaticidade dessa imputação. Na realidade, caberá ao autor provar a existência do fato e competirá ao réu justificar o seu próprio comportamento através de qualquer meio de defesa.

A teoria objetiva acaba por se sustentar em função do argumento de que, com as circunstâncias da vida internacional corrente, que envolve relações entre comunidades altamente complexas que atuam através de uma variedade de instituições e representações, as teorias publicistas de responsabilidade se mostram mais adequadas à realidade internacional do que as voltadas a mensurar a culpa de pessoas físicas que poderiam ou não representar o Estado na execução de atos ilícitos⁶⁹.

Pautado nesse temor, Verzijl (*apud* BROWNLIE, 1997, p. 461), presidente da Comissão de Reclamações Franco-Americanas⁷⁰, estabeleceu, já em 1926, no julgamento do *Caso Caire*, que a imputação de responsabilidade ao Estado, mesmo nos casos de seus agentes estarem exercendo atividades fora de sua competência originária, seria objetiva:

[...] a doutrina da responsabilidade objectiva do Estado, isto é, da responsabilidade pelos actos cometidos pelos seus funcionários ou órgãos, actos esses que se encontram vinculados a praticar, apesar da ausência de *faute* da sua parte [...]. O Estado assume também a responsabilidade internacional por todos os actos cometidos pelos seus funcionários ou órgãos que constituam um delito de acordo com o Direito Internacional, independentemente de saber se o funcionário ou órgão actuou dentro dos limites da sua competência ou se os excedeu [...]. Contudo, a fim de justificar a admissão desta responsabilidade objectiva do Estado por actos cometidos pelos seus funcionários ou órgãos fora da sua competência, é necessário que estes tenham agido, pelo menos aparentemente, como funcionários ou órgãos autorizados, ou que, ao agirem, tenham recorrido a poderes ou medidas apropriadas ao seu carácter oficial (BROWNLIE, 1997, p. 462).

A hipótese referenciada parece aproximar a teoria objetiva bem mais do fundamento principiológico da responsabilidade internacional anunciado no início deste tópico do que a teoria subjetiva, uma vez que a teoria do risco proporciona, simultaneamente, a manutenção de padrões mais elevados nas relações internacionais e a eficaz aplicação do princípio da reparação. Nesse entender, é, igualmente, a ilustração de Mello (2004, p. 529):

⁶⁹ Em sentido contrário, Brownlie (1997, p. 461): “[...] em Direito Internacional são frequentemente empregues critérios objectivos para determinar a responsabilidade, embora seja certo que, sendo os governos compostos por pessoas *físicas* moralmente responsáveis, é possível provar o seu *dolus* ou culpa”.

⁷⁰ Comissão Geral de Reclamações criada por Convenção celebrada entre o México e os Estados Unidos, em 1923.

Se compararmos as duas teorias acima, chegaremos à conclusão de que a teoria do risco é a melhor delas, porque dá maior segurança às relações internacionais. O ilícito será sempre reparado. Ela não faz referência ao elemento psicológico, difícil de ser verificado.

Embora a teoria da culpa ainda se mostre massiva na jurisprudência internacional, em razão da teoria do risco trazer uma aparente insegurança ao Estado (MELLO, 2004, p. 529), a responsabilidade objetiva tem encontrado abrigo na doutrina internacionalista contemporânea e em diversos tratados internacionais, como na Convenção sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963)⁷¹, na Convenção sobre Responsabilidade Civil no Domínio da Atividade Nuclear (1960), na Declaração de Princípios Legais sobre a Exploração e Uso do Espaço Exterior (1967), no Tratado sobre a Exploração do Espaço (1967)⁷² e nas Convenções sobre Poluição do Mar por Hidrocarbonetos (1969 e 1971), o que, *per si*, não traz dúvida a respeito da sua aplicabilidade no cenário internacional atual.

Cabe ponderar, no entanto, que há situações particulares em que a aplicação pura da teoria objetiva se faz potencialmente temerária. Tratam-se das circunstâncias de responsabilização do Estado por omissão ilícita. Casos em que a culpa beira a condição de elemento de configuração da responsabilidade por desempenhar papel de importância na comprovação da responsabilidade do Estado por inércia:

Apesar de a *culpa* não ser condição geral de responsabilidade, pode desempenhar um papel importante em certos contextos. Assim, quando o dano, objecto da reclamação, resultar de actos de indivíduos que não se encontram ao serviço do Estado, ou de actividades realizadas por concessionários ou por transgressores no território do Estado, a responsabilidade do Estado dependerá da sua omissão ilícita. Neste tipo de casos, a questão do conhecimento pode ser relevante para provar a omissão ou, mais correctamente, para estabelecer a responsabilidade pela não actuação (BROWNLIE, 1997, pp. 464-465).

Em tais casos, a relação estabelecida entre a teoria da responsabilidade objetiva e o princípio da culpa acaba sendo bastante estreita, o que as faz apresentar, em essência, os mesmos efeitos para a responsabilização estatal.

2.7 Elementos conformadores da moderna teoria da responsabilidade internacional

Há certo consenso na doutrina internacionalista mais tradicional que o ato ilícito, a imputabilidade e o dano são os elementos indispensáveis à configuração da responsabilidade internacional (SOARES, 2004; MAZZUOLI, 2016). Accioly, Silva e Casella (2008, p. 345) abordam a questão de modo sistemático, aduzindo que a responsabilidade jurídica do Estado

⁷¹ No caso de danos nucleares, a responsabilidade é sempre dos exploradores do empreendimento, somente respondendo o Estado, subsidiariamente, se o explorador originário não tiver os meios adequados para indenizar.

⁷² No Direito Espacial, a responsabilidade é feita pelo Estado lançador do engenho, mesmo quando o lançamento é feito por particular.

dar-se-á quando, em se tratando de ato ilícito, houver dano a direito alheio com imputação de responsabilidade ao Estado, reafirmando as construções elementares de Garcia Amador⁷³.

A Comissão de Direito Internacional da ONU tem consagrado, no entanto, desde a relatoria de Roberto Ago, uma metodologia um tanto diferenciada ao trabalhar a matéria. O art. 2º do Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional do Estado, cunhado segundo os parâmetros das teorias de Ago (1970) e Crawford (2003; 2010), prescreve:

Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando a conduta consistindo de uma ação ou omissão:

- a) é atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional; e
- b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

Para a referida Comissão, a responsabilidade internacional estaria respaldada em apenas dois elementos de conformação: um de caráter objetivo (a violação de uma obrigação internacional pelo Estado) e outro de caráter subjetivo (a atribuição desta violação ao ente estatal)⁷⁴. Nessa conjectura, torna-se claro que o dano passou de integrante da definição de responsabilidade a pressuposto desta mesma responsabilização, demonstrando que a atual concepção de responsabilidade internacional do Estado funda-se na violação de um direito posto e que o dano, em verdade, é consequência dessa violação.

Não sendo o dano um elemento intrínseco à responsabilidade internacional, caberá enquadrá-lo, rigorosamente, segundo a perspectiva da CDI, como incorporado ao ato causador do evento danoso ou do prejuízo jurídico. Aliás, defende Pereira (2000, p. 26) que a Comissão de Direito Internacional da ONU, ao retirar a expressão “dano” dentre os elementos da responsabilidade internacional, pretendeu dar maior amplitude a esse termo. Precisamente porque, se a violação do Direito acarreta, pela novel teoria, a responsabilização internacional imediata do Estado, significa dizer que a violação do Direito Internacional é em si mesma um prejuízo que dá ao sujeito lesado o direito de restabelecer a ordem jurídica vigente.

Tanto é assim que, na hipótese do ato praticado ser eminentemente ilícito, caberá a responsabilização do Estado infrator mesmo sem a prova da existência do dano, posto que, em o Estado vitimado sofrendo um prejuízo jurídico, haverá sempre a presunção *iuris tantum* de que ele terá o interesse de ver o Direito Internacional respeitado (MELLO, 2004, p. 525). Diferentemente ocorrerá, entretanto, no caso da prática de ato não proibido pelo ordenamento internacional, ocasião em que se farão indispensáveis, enquanto pressupostos da violação do

⁷³ Vide tópico 2.4.1.

⁷⁴ “Ela [Comissão de DI da ONU] considera que há um fato internacionalmente ilícito quando existe: um comportamento (ação ou omissão) atribuível ao Estado conforme o direito internacional e este comportamento é uma violação de obrigação internacional” (MELLO, 2004, pp. 524-525).

direito, a prova da existência de dano efetivo⁷⁵ e da recusa na sua compensação pelo ente estatal, para, a partir de então, restar configurada a responsabilidade do Estado.

Vale elucidar, por fim, que, independe de haver ou não um fato ilícito a ensejar a conduta estatal reparatória, o dano efetivamente causado à vítima deve ser entendido como o resultado não só de um dano material (aspecto patrimonial), mas também de uma ofensa ou violação moral ao Estado ou a seu nacional (aspecto moral).

2.7.1 Do elemento objetivo: o fato ilícito

É necessário consignar de início que a Comissão de Direito Internacional da ONU preferiu utilizar o termo “fato ilícito” à nomenclatura tradicional “ato ilícito” para sintetizar o elemento objetivo da responsabilidade internacional. Crawford (2010, p. 47) concebeu que a primeira acepção se mostraria mais ampla e suficiente à consubstanciação da violação de um direito. Englobaria, conjuntamente, os fatos jurídicos em sentido estrito, os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos, cuja distinção advém da teoria civilista.

Se avaliado que a expressão “ato ilícito” (em seu sentido estrito de comportamento humano em que a vontade atua na formação do ato) exclui a responsabilização do Estado por negócios jurídicos⁷⁶ (comportamentos humanos em que há vontade na criação e no efeito do ato) e por fatos jurídicos⁷⁷ (acontecimento independente de vontade *lato sensu*), há que se conceder a correção da terminologia adotada pela CDI das Nações Unidas, a qual engloba todas as categorias anteriores.

Ante essa perspectiva, o fato internacionalmente ilícito ocorrerá quando ao Estado couber a atribuição de um comportamento que importe em violação a obrigação de Direito Internacional⁷⁸, seja qual for a sua origem ou natureza, de modo que não fará diferença para a materialização da violação internacional se a conduta em vislumbre se encontrar ou não em consonância com o direito interno do Estado, importando tão-somente se há incongruência entre o fato antijurídico e o regramento internacional.

⁷⁵ “[...] se o *dano* desapareceu do *Projeto* [da CDI], ele reaparece na questão da responsabilidade não interdita pelo Direito Internacional, pois, neste caso o dano é o fato gerador no tocante à responsabilidade por risco” (PEREIRA, 2000, pp. 26-27).

⁷⁶ Exemplos clássicos de negócios jurídicos no Direito Internacional são os tratados, acordos e compromissos internacionais.

⁷⁷ Cabe a responsabilização do Estado por fato ilícito em sentido estrito na hipótese de acontecimento natural aglutinado à omissão estatal.

⁷⁸ O art. 13 do Projeto da CDI prescreve que “um ato de um Estado não constitui uma violação de uma obrigação, a menos que o Estado esteja vinculado pela obrigação em questão no momento em que o ato ocorre”.

Esse parâmetro retratado possui respaldo, tanto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 – a qual prescreve que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um compromisso internacional (art. 27) –, quanto no próprio Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, de 2001 – o qual institui que a definição de um ato de Estado como internacionalmente ilícito é regida pelo Direito Internacional, não sendo tal caracterização afetada pela definição do mesmo ato como lícito pelo direito interno (art. 3).

Forte nesse argumento também é a proposição abrigada por Rezek (2005, p. 271), para quem o Estado será responsável por qualquer ação ou omissão de órgão, agente ou particular sobre sua jurisdição que comprometa o Direito Internacional, independente de a norma violada encontrar lastro interno:

A responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito internacional público – Estado ou organização – resulta necessariamente de uma conduta ilícita, tomando-se aquele direito (e não o direito interno) como ponto de referência. Assim, não há excusa para o ato internacionalmente ilícito no argumento de sua licitude ante a ordem jurídica local.

Em acréscimo ao posicionamento alhures, cumpre rememorar que a doutrina internacionalista tem consagrado a responsabilidade supranacional do Estado mesmo em situações nas quais não há a ocorrência de fato ilícito, como nos casos de atividades lícitas que apresentam riscos excepcionais⁷⁹.

2.7.2 Do elemento subjetivo: a atribuição

Embora amplamente consagrado pela teoria clássica, outro vocábulo que tem perdido espaço na moderna teoria da responsabilidade internacional é a “imputabilidade”. O maior argumento dos defensores dessa sub-rogação terminológica concentra-se na suposta diferença de sentido entre o termo epigrafado e o conceito de “atribuição”. Segundo alega Casella (2008), há a busca, nessa substituição, pela dissolução de qualquer espécie de vínculo entre o conceito de atribuição do ilícito (responsabilização do sujeito de DIP) e a autoria imediata da ilicitude, já que, conforme verificado, o Estado, em razão de preceitos de soberania, embora não pratique imediatamente a antijuridicidade, responde pelos atos praticados por seus funcionários, em nome próprio.

⁷⁹ “Há situações em que mesmo atos lícitos na esfera internacional podem gerar responsabilidade de seu agente. O uso pacífico de energia nuclear, assim como a poluição marítima por hidrocarbonetos, conduzem à responsabilidade, sobretudo das empresas privadas, enquanto o lançamento de engenhos espaciais admite a responsabilidade objetiva do Estado” (DEL’OLMO, 2006, p. 130).

Fato é que, para a teoria moderna, enquanto a imputação é o nexos que liga o ilícito a quem o promove diretamente – ou seja, é o elo entre a ação e seu agente ou entre a omissão e a pessoa que causou dano com a sua inação –, a atribuição reflete a circunstância de que o Direito Internacional se restringe a imputar ao Estado as consequências legais desse ato. De todo modo, com o fito de estatuir uma posição mais coesa acerca do tema, importa confrontar, adiante, se o mencionado conceito de imputabilidade diverge, realmente, daquele presente na teoria tradicional:

Quanto à imputabilidade, esta resulta, naturalmente, de ato ou omissão que possam ser atribuídos ao estado, em decorrência de comportamento deste. [...] a imputabilidade exige certo nexos jurídico entre o agente do dano e o estado, é preciso que o agente tenha praticado o ato na qualidade oficial de órgão do estado ou com meios de que dispõe em virtude de tal qualidade (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, pp. 345-346).

Observa-se, de plano, que mesmo no padrão da teoria tradicional o termo imputabilidade já não era compreendido como a vinculação imediata do Estado ao ato ilícito, pois, na qualidade de pessoa jurídica de direito público, o ente estatal não age, tal qual o particular, por ato próprio em sentido estrito, mas sim por meio de órgãos, entidades ou agentes públicos a si adstritos e, por essa razão, a imputação sempre consistirá em uma autoria mediata do ilícito por parte do Estado.

Ambos os vocábulos carregam, assim, o mesmo conceito de nexos causal em relação ao ilícito e possuem a aptidão para conferir ao Estado o dever de reparação. Trata-se de verdadeira sinonímia de termos, a rigor do defendido por Mello (2004, p. 525):

O estado pratica um ato ilícito quando há uma conduta de ação ou omissão que possa ser atribuível ao Estado conforme o DI; ou ainda, quando é o rompimento de uma obrigação do Estado. O elemento de atribuição é denominado de subjetivo. A obrigação pode ser oriunda de um tratado ou de um costume. A atribuição pode ser substituída por imputação.

Para que incorra em responsabilidade internacional, bastará ao Estado que cometa, por certo, um ato internacionalmente ilícito, nos termos previstos no art. 2 do Projeto da CDI de 2001. Este ato deterá dois elementos característicos: o objetivo, que consiste em conduta comissiva ou omissiva incompatível com uma obrigação internacional (fato ilícito), e o subjetivo, que é a associação dessa conduta ao Estado (atribuição ou imputação).

2.8 Atos geradores de responsabilidade internacional

É relativamente vasto o rol de atos que obrigam o Estado perante o Direito Internacional a rever conduta ou omissão a si imputável. Isso em função de a teoria da responsabilidade internacional se fundar na regra de que todo fato ilícito do Estado com

repercussões na esfera internacional gera a responsabilidade correlata de reparação, o que implica dizer que, para a configuração da conduta delituosa do Estado, precisarão estar presentes certos liames de conformação, quais sejam: o ato ilícito, o direito lesado⁸⁰ e o agente a quem esse ato é atribuído.

Os atos ilícitos terão o condão de gerar a responsabilização do Estado apenas nas hipóteses em que, analisando-se a autoria imediata da ilicitude, couber a atribuição ao Estado da condição de autor mediato dessa conduta, em virtude de uma ação contundente ou de uma omissão capaz de configurar a sua responsabilidade:

Acredito que se trata indubitavelmente de um princípio geral válido, o princípio segundo o qual sempre que uma conduta ilícita por parte de [pessoa ao serviço do Estado], seja qual for o seu estatuto particular ou categoria ao abrigo do Direito interno, resultar no não cumprimento por parte de uma nação das suas obrigações em virtude do Direito Internacional, essa nação deve arcar com a responsabilidade pelos actos ilícitos dos seus funcionários (BROWNLIE, 1997, p. 472).

Na busca pela sistematização dessas condutas estatais passíveis de responsabilização internacional, o Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados tratou de positivar, em capítulo próprio, algumas situações já consagradas na prática internacional como deflagradoras da atribuição de ilícitos ao Estado. Com base nessa norma geral de Direito Internacional, será estudado, em espécie, o vasto rol de atos que obrigam o Estado a ressarcir os danos causados a terceiro por conduta ou omissão a si atribuível.

2.8.1 Ato de órgão do Estado

A conduta mais tradicional para a configuração da responsabilidade jurídica na esfera internacional é o ato de órgão do Estado. Independentemente da posição que esse órgão ocupe na estrutura política estatal, se órgão do governo central ou de unidade territorial⁸¹, haverá violação de obrigação internacional se esse ente infringir norma internacional no exercício da função legislativa, executiva ou jurisdicional.

O termo órgão subscrito nesta espécie de ato gerador de responsabilidade internacional não pode ser concebido apenas em sua perspectiva restritiva, consagrada no Direito nacional, de ente despersonalizado da Administração Pública. Deverá comportar também, por força do § 2 do art. 4 do Projeto da CDI, quaisquer pessoas ou entidades que possuam o *status* de órgão, de acordo com o direito interno do Estado infrator.

⁸⁰ “Cabe ressaltar, que a responsabilidade só é acionada ou só incide quando é atingido ou violado um *direito* e não simplesmente um *interesse*” (PEREIRA, 2000, p 30).

⁸¹ De acordo com o art. 2 da CDDE, “o Estado federal constitui uma só pessoa ante o Direito Internacional”.

Firma-se, desse modo, a responsabilidade do Estado por ato de órgão como decorrente da conduta de qualquer pessoa, entidade ou órgão que, ao exercer atribuição de poder público⁸², vicie a legalidade de uma atividade administrativa do Estado (executiva, legislativa ou judiciária) a ponto de corromper os ditames do Direito Internacional. Caberá, por conseguinte, a responsabilização do ente estatal pela atuação de qualquer agente interno seu, independente da hierarquia e do órgão a que vinculado, em razão da “distinção entre as diversas categorias de funcionários não ter qualquer relevância na imputação da responsabilidade do Estado” (BROWNLIE, 1997, p. 472).

No que tange a esses atos de órgãos do Estado conformadores da modalidade de responsabilização sob enfoque, convém destacar que são advindos, em sua maioria, de condutas antijurídicas de órgãos e agentes do Poder Executivo, seja por atos do próprio governo no desempenho de sua competência, seja pelo exercício irregular de tarefas pelos agentes do Estado. No caso de atos do Poder Executivo, basta que outro Estado ou cidadão estrangeiro sofra dano resultante de ação ou omissão de autoridade estatal para restar configurado o fato ilícito. Para tanto, é necessário que esse agente interno, em tendo a qualidade de comprometer a responsabilidade do Estado⁸³, haja de modo incompatível com as suas obrigações internacionais, tal qual nas hipóteses de concessões ou contratos de Estado, dívidas públicas, prisões ilegais e falta de proteção devida ao estrangeiro (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 348).

Para os atos do Poder Legislativo, a imputação da responsabilidade estatal será cabível quando houver a aprovação de uma lei ou de uma disposição interna contrária aos deveres internacionais do Estado ou, ainda, quando esses regramentos forem incompatíveis com tais deveres⁸⁴. Haverá ainda a hipótese de responsabilização internacional, nesse cenário, quando restar configurada omissão legislativa, no caso de não aprovação de legislação indispensável para que o país cumpra as suas obrigações internacionais ou no caso de não haver revogação de legislação contrária às normas internacionais.

Para os atos do Poder Judiciário, a responsabilização internacional poderá ser processada nas situações em que o Estado puder ter comprometida a sua responsabilidade por decisões ou atos emanados de tribunais nacionais que, no seu exercício judicante,

⁸² Para a configuração da espécie, é indispensável que o indivíduo esteja agindo na qualidade de agente público quando da deflagração do ilícito.

⁸³ Essa responsabilidade, conforme acentua Mello (2004, p. 535), deriva tão-somente do fato de que “os funcionários são verdadeiros representantes do Estado para quem trabalham”.

⁸⁴ A exemplo, tomemos a edição de qualquer lei que contrarie os postulados do Direito Internacional, sejam convencionais, sejam consuetudinários ou compreendendo princípios gerais; e mesmo a não-implementação no Direito interno de normas internacionais ou a não-revogação de leis locais contrárias ao DI (DEL’OLMO, 2006, pp. 134-135).

contrariarem regras e princípios internacionais. Isso em função de a atividade judiciária ter, enquanto manifestação da própria atividade do Estado, o condão de responsabilizar o ente soberano, em seu todo, pela violação de qualquer obrigação internacional.

Corresponde, assim, a regra geralmente aceita em Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de funcionários, órgãos, pessoas jurídicas e coletividades que, em seu território, exerçam funções públicas de ordem executiva, legislativa ou judiciária e atuem de modo contrário aos deveres internacionalmente impostos àquele Estado, de maneira que, para tal responsabilização, será indiferente ao Direito Internacional se os entes fomentadores do ilícito forem os Estados federados⁸⁵, as províncias ou os municípios, sendo a regra a responsabilidade internacional do sujeito de DIP a que forem vinculados no plano interno.

2.8.2 Ato *ultra vires* de órgão do Estado

A doutrina nomina de *ultra vires* o ato de órgão ou agente do Estado que tenha agido fora de sua habilitação originária, segundo os parâmetros de fixação de competência definidos nas normas de direito interno. Essa hipótese de responsabilização do Estado, decorrente de atos de integrantes da sua organização interna que atuam fora dos limites regulares de sua competência, é possível para majoritária doutrina internacionalista:

Em se tratando de funcionários do estado, é princípio geralmente aceito, e consagrado pela prática internacional, que o estado deve responder pelos ditos atos quando estes são contrários às suas obrigações internacionais e os funcionários procedem nos limites da sua competência.

Daí não se deve concluir que deixará de existir tal responsabilidade quando os funcionários procedem fora dos referidos limites: ela existe nesse caso, uma vez que o funcionário tenha agido em sua qualidade oficial, comportando-se como órgão do estado, salvo se a sua incompetência era tão flagrante que o estrangeiro lesado deveria ter percebido (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 350).

A razão dessa ressalva à atribuição de responsabilidade ao Estado mesmo quando inculcida a incompetência do agente imediato do ilícito se faz óbvia e necessária: o estrangeiro não é obrigado a conhecer da competência do agente estatal, salvo se manifesta. Dessa forma, o Estado deverá reparar, em regra, o dano causado pelo seu funcionário incompetente que executou o ato lesivo utilizando-se de sua qualidade de oficial.

Há de se observar, no mais, a desnecessidade de que a prática desse ilícito ocorra no território do Estado infrator. Basta que a conduta dessa pessoa possa, de acordo com a legislação daquele Estado, ostentar o aparente exercício de atribuição do poder público,

⁸⁵ “Relativamente ao estado federal, é doutrina recorrente que um estado estrangeiro não deve tratar diretamente com as unidades da Federação, e o governo desta não pode esquivar-se da responsabilidade por atos imputáveis aos governos das ditas unidades, sob a alegação de que a autonomia destas não lhe permite intervir nos seus negócios” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 353).

configurando-se a hipótese sempre que a pessoa ou entidade esteja agindo naquela qualidade na situação particular. Para que tais atos sejam imputados ao sujeito estatal é necessário apenas que o agente que lhe deu causa atue nos limites aparentes de suas funções e em vínculo relativo com o Estado.

2.8.3 Ato de órgão *de facto* do Estado

Outra hipótese geradora de responsabilidade internacional que se relaciona diretamente com um ato de órgão do Estado é a disciplinada pelo art. 9 do Projeto da CDI das Nações Unidas. Trata-se da conduta de pessoa ou grupo de pessoas que, embora não fazendo parte do aparato oficial do Estado agressor, esteja de fato exercendo atribuições do poder público no momento do ilícito:

PRIE, Art. 9. Conduta realizada na falta ou ausência de autoridades oficiais
Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas se a pessoa ou grupo de pessoas estiver de fato exercendo atribuições do poder público na falta ou ausência de autoridades oficiais e em circunstâncias tais que requeiram o exercício daquelas atribuições (ONU, 2001).

A situação em destaque é aplicada, basicamente, nas situações em que entidades paraestatais ou pessoas jurídicas de direito privado estejam habilitadas, pelo direito interno, a exercer certas prerrogativas de poder público, de maneira que inexistam uma regra demasiadamente objetiva no Direito daquele Estado a separar o que é da esfera do poder público e o que é do domínio privado.

De outra vertente, é necessário aclarar que a previsão em comento não se confunde com o tratamento dispensado pelo art. 8 do mesmo normamento à conduta de pessoa ou grupo que estiver de fato agindo por instrução ou sob a direção ou controle de dado Estado.

PRIE, Art. 8. Conduta dirigida ou controlada por um Estado
Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas se esta pessoa ou grupo de pessoas estiver de fato agindo por instrução ou sob a direção ou controle daquele Estado, ao executar a conduta (ONU, 2001).

É que o ato previsto no art. 8 do Projeto da CDI exige um controle mediato do Estado sobre os atos de outros sujeitos de DIP ou ainda de particulares que, mesmo sem possuírem qualquer vínculo formal com aquele ente estatal, ante a sua inabilitação no direito interno, ensejarão, com suas condutas, a responsabilização internacional do Estado por ter este o domínio real dos fatos⁸⁶.

⁸⁶ “A decisão da CIJ no caso das *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986), bem como na jurisprudência do caso do *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã* (1980), revela

2.8.4 Ato de órgão de outro Estado

Conduta também tipificada no Projeto de Codificação da CDI é o ato de órgão posto à disposição de outra soberania pelo Estado detentor, originariamente, de sua gestão. Caberá, nessa hipótese, a responsabilização do Estado a cujo órgão fora colocado à disposição se este exercer atribuições de poder público em nome dessa soberania e violar preceito internacional. A superação do vínculo com o Estado originário, ainda que temporária, torna-se, portanto, requisito de procedibilidade desse tipo de responsabilização internacional.

Na prática, a circunstância em comento remete aos casos de responsabilidade indireta de um Estado por ato internacional condenável de outro ente político que apresente a sua organização composta por subordinação. Dessa sorte, pelo ordenamento jurídico vigente, será necessário, para a não consecução do encargo internacional ao Estado originário, que inexistam nele qualquer grau de controle exterior sobre a outra soberania ou sobre o órgão posto à sua disposição (BROWNLIE, 1997, p. 480), como ocorre, em contrário senso, nos casos de Estados clientes⁸⁷, Estados protegidos⁸⁸ e Estados associados⁸⁹.

Acerca do tema, esclarece Brownlie (1997, p. 480), citando Huber:

[...] seria de espantar se, em resultado a Protectorados, a responsabilidade que incumbe [ao Estado protetor] nos termos do Direito Internacional diminuísse. Se a responsabilidade não for assumida pela Potência protetora, permanece o ônus do Estado protegido; em todo o caso não pode ter desaparecido. Uma vez que o Estado protegido não tem capacidade para agir no plano internacional sem um intermediário, e uma vez que todas as medidas, através das quais um terceiro Estado procure que os seus direitos sejam respeitados, produzirão o mesmo efeito na esfera jurídica da Potência protectora, é esta última que deve assumir a responsabilidade do Estado protegido. [...] a responsabilidade do Estado protector baseia-se no facto de ser apenas esse Estado que representa o Estado protegido nas relações internacionais.

Tomando o exposto, resta complementar, que, se o Estado dependente conservar um poder jurídico suficiente para manter uma personalidade jurídica distinta do Estado protetor e para cultivar o direito de conduzir as suas próprias relações externas, a incidência ou não da responsabilização em análise deverá ser observada na circunstância factual. Em tais casos, se vigente uma regra de responsabilidade solidária entre Estados, haverá a possibilidade até mesmo de uma co-responsabilização de entes políticos.

a necessidade de um controle efetivo, que pressuponha uma ordem ou imposição específica de parte das autoridades do Estado” (ARANTES NETO, 2007, p. 89).

⁸⁷ Estado que cede a administração de determinado negócio ou interesse ao estrangeiro. Em geral, as alfândegas.

⁸⁸ Estado que cede a administração de alguns institutos de sua organização interna ao Estado protetor.

⁸⁹ Estado que cede, parcialmente, a sua administração de governo a outra soberania.

2.8.5 Ato decorrente de abuso de direito

Prevê o Projeto da CDI da ONU, em seu art. 7, a responsabilidade estatal por condutas de órgãos, pessoas ou entidades destinadas ao exercício do poder público que ajam, nessa capacidade, com excesso de autoridade ou violem instruções correlatas. Tratam-se das hipóteses denominadas pela doutrina de abuso de direito:

PRIE, Art. 7. Excesso de autoridade ou contravenção de instruções
A conduta de um órgão do Estado, pessoa ou entidade destinada a exercer atribuições do poder público será considerada um ato do Estado, consoante o Direito Internacional, se o órgão, pessoa ou entidade age naquela capacidade, mesmo que ele exceda sua autoridade ou viole instruções. (ONU, 2001).

A despeito da existência de previsão normativa expressa de configuração da responsabilidade internacional em decorrência dessa espécie de ato antijurídico, fato é que o abuso de direito não tem sido admitido nas relações internacionais de modo pacífico:

Diversos doutrinadores (Sereni, Quadri) negam a sua existência. Outros a admitem (Politis, Scelle). Politis defendia que esse instituto existia em todos os sistemas jurídicos e afirma que se deve rejeitar a soberania e o individualismo e substituí-la pela sua socialização. Entre os que admitem a sua existência, não existe também uniformidade no tocante à sua conceituação. Uns assinalam que a sua característica é a intenção de prejudicar a outrem (Scerni). Outros (Lauterpatch), que ele ocorreria quando o direito fosse desviado de sua finalidade. Para outros (Sauer) ainda, quando o ato é contrário à consciência jurídica da comunidade internacional. Para Campion o abuso de direito é o “exercício anti-social do direito”, etc. (MELLO, 2004, p. 541).

Mostra-se plausível, entretanto, no sentir desta pesquisa, que o abuso de direito seja entendido como um ilícito internacional conformador de responsabilidade, nas hipóteses em que plenamente configurados os seguintes requisitos: a regularidade do direito abusado (licitude); a abusividade do ato se dar em face do Direito Internacional⁹⁰; e a ocorrência de um dano em função da conduta que passou a ser ilícita com o abuso.

2.8.6 Ato decorrente de insurreição

Pelo art. 10 do Projeto de Codificação da CDI, são considerados suscetíveis de responsabilização internacional os atos de movimentos de insurreição que se tornem o novo governo de um Estado, de maneira que será indiferente ao Direito Internacional se tais agitações ocorrem em parte ou na totalidade do território beligerante:

PRIE, Art.10. Conduta de um movimento de insurreição ou outro
1. Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de um movimento de insurreição que se torne o novo governo daquele Estado.

⁹⁰ O abuso de poder pode-se dar tanto na modalidade do seu exercício (excesso de poder), quanto nos efeitos decorrentes dessa atuação abusiva (desvio de poder).

2. A conduta de um movimento de insurreição ou outro que for bem-sucedido em estabelecer um novo Estado em parte do território de um Estado preexistente ou em um território sob sua administração será considerado um ato do novo Estado, e acordo com o Direito Internacional (ONU, 2001).

Sobre esse tema da responsabilidade do Estado em beligerância interna, é válido colacionar o posicionamento trazido por Del’Olmo (2006, p. 136), o qual estampa a amplitude do tratamento do assunto na doutrina jusinternacionalista:

Diversas doutrinas admitem a responsabilidade do Estado nesse particular [atos praticados no território em decorrência de atividade bélica], como as *teorias da expropriação* ou *de Brusa* (se o Estado se beneficia da pessoa e dos bens do estrangeiro deve indenizá-lo pelos prejuízos sofridos), do *risco* ou *de Fauchille* (quem tira proveito de pessoa ou coisa sob seu domínio deve suportar o ônus decorrente) e *de Weisse* (a responsabilidade do Estado decorre de seu dever de manter a ordem).

Este estudo propõe que uma posição segura a ser adotada é a de que, se o Estado indenizar os danos causados pelo conflito bélico interno aos nacionais, deverá fazê-lo também em relação aos estrangeiros, na mesma proporção, sob pena de configurar ilícito internacional. Não obstante, caberá exceção a esse preceito nas situações em que o Estado da vítima reconhecer como beligerante⁹¹ ou insurgente⁹² a facção que luta contra o governo instituído. Nessa circunstância, o país em cujo território se realizou o ato ilícito de beligerância estará eximido, pelas regras do Direito Internacional, de qualquer responsabilização internacional, a qual será atribuída à entidade insurrecta.

2.8.7 Ato reconhecido pelo Estado

Uma última previsão de ato atribuível ao Estado delineada no Projeto de Codificação da CDI é a conduta que é considerada como ato daquele ente público perante o Direito Internacional, embora não possa ser imputada ao sujeito estatal nos parâmetros fixados pelas previsões antecedentes. Nesses casos, para que seja configurada a responsabilidade internacional do Estado é necessário que ele reconheça a conduta em questão como sua, de maneira livre e incontroversa.

Como exemplo de aplicação prática dessa hipótese de responsabilização, acena Brownlie (1997, p. 480), estariam as situações em que, por tratado ou por qualquer outro meio

⁹¹ “Os beligerantes são movimentos contrários ao governo de um Estado, que visam a conquistar o poder ou a criar um novo ente estatal, e cujo estado de beligerância é reconhecidos por outros membros da sociedade internacional” (PORTELA, 2015, p. 161).

⁹² “Os insurgentes também são grupos que se revoltam contra governos, mas cujas ações não assumem a proporção da beligerância, como no caso de ações localizadas e de revoltas de guarnições militares, e cujo status de insurgência é reconhecido por outros Estados” (PORTELA, 2015, p. 162).

legítimo, um Estado viesse a assumir a responsabilidade internacional por ato deflagrado por outra soberania, arcando com as consequências desse ato no plano internacional.

2.8.8 Ato de particular

Ainda que não consagrado explicitamente no Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas como ato gerador de responsabilidade internacional, a doutrina vem reconhecendo a atividade ilícita do particular como ato passível de responsabilização estatal (MELLO, 2004, pp. 536-537; ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, pp. 354-357).

São os casos em que o particular comete um ato ilegal, na acepção imediata do termo, e, em sendo nacional de dado país, este tenha sido omissivo ou negligente na prevenção do dano, descuidando da sua obrigação de evitar a ocorrência do ilícito ou deixando de aplicar a punição legalmente prevista. Para Del'Olmo (2006, p. 136), haveria alguns parâmetros para que a repercussão do ato ilícito de particular pudesse oportunizar a responsabilização do Estado do qual o indivíduo é nacional:

[...] a lesão sofrida pelo particular “deve afetar diretamente aos seus direitos reconhecidos, em violação ao Direito Internacional, não bastando que afete a um simples interesse dele”. Isso se funda por caber ao Estado a manutenção da ordem e a proteção da pessoa e da propriedade em seu território, seja essa pessoa ou propriedade nacional ou estrangeira.

Cumpridos esses padrões, não há dúvida que a responsabilidade do Estado se opera na espécie, ainda que não se possa olvidar que os atos de indivíduos considerados em sua singularidade ocasionam, a princípio, apenas a responsabilidade jurídica dos próprios sujeitos privados. A responsabilidade internacional somente poderá ser configurada com uma atitude omissiva do Estado para com aquele ilícito, fundamentada na inexecução de obrigação internacional em face de pessoas e coisas em seu território, bem como pela inércia ou inadimplemento do seu exercício de vigília.

3 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 Delimitação da figura jurídica

É sabido que o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente, no âmbito civil, por qualquer ato ilícito que importe em inobservância de norma internacional por seus órgãos, entidades, agentes públicos e, ainda, por atos de órgãos de outros Estados, por atos de insurreição, por atos fincados em abuso de direito e mesmo por atos de particulares. Apesar desse extenso rol de atos geradores da responsabilidade estatal, este capítulo se ocupará do aprofundamento teórico da responsabilização internacional em decorrência de atos omissivos ou comissivos de órgãos e agentes internos do Poder Judiciário que estejam, como regra, no exercício regular de sua competência⁹³, a teor do ordenamento de cada Estado e que, simultaneamente, tenham praticado ato ilícito em face do Direito Internacional.

A especificidade da presente abordagem não nega, contudo, a possibilidade de responsabilização do Estado em consequência de atos judiciais *ultra vires*, de atos de órgãos *de facto* do Estado com a aparência de judiciais⁹⁴ e de atos jurisdicionais de órgão de outro Estado. A escolha do recorte proposto dá-se ante a possibilidade de aplicação dos preceitos atinentes aos atos de órgãos do Estado às hipóteses citadas, ainda que com a efetivação das adequações pertinentes e em caráter subsidiário. Mesmo porque eventuais particularidades que diferenciem os atos geradores em questão já restaram abordadas no capítulo anterior, à luz do Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

Com base na delimitação temática acima, uma premissa em especial mostra-se indispensável ao desenvolvimento regular deste estudo: a responsabilidade internacional por ato ilícito do Poder Judiciário é uma espécie da qual a responsabilidade do Estado por ato de órgão interno é gênero. Situação essa que implica a utilização acessória dos pressupostos teóricos já estampados no capítulo anterior em relação à espécie em comento, no que tange à ideia de que o Estado é responsável por qualquer ato ou omissão de seus funcionários ou órgãos no exercício público, quer seja este um ente que cuide das relações internacionais do Estado, quer não.

⁹³ Embora o art. 10 do Projeto da CDI dite que o comportamento de um órgão do Estado, ou de uma entidade pública territorial, ou de uma entidade que possa exercer prerrogativas de Poder Público, será considerado passível de responsabilização do Estado mesmo no caso de um órgão que tenha se excedido na sua competência ou haja contrariado as instruções concernentes às suas atividades.

⁹⁴ Como exemplo, a criação de um tribunal *ad hoc*, fora da organização estrutural padrão do Estado, só para julgar estrangeiros.

Feitas essas considerações, ainda importa consignar que os membros dos Poderes de um Estado, inclusive os integrantes do Poder Judiciário, podem ser instrumentos causadores de dano ou prejuízo a estrangeiros, a cidadãos nacionais e a Estados alienígenas no exercício de uma função estatal típica. Preceito esse que, ao sintetizar a ambiência da figura jurídica em análise, permite adentrar no exame da possibilidade de uma efetiva responsabilização internacional do Estado por atos ilícitos praticados pelos seus tribunais internos.

3.1.1 Da possibilidade de responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário

Dentre as construções mais basilares de qualquer teoria contemporânea do Estado está a viabilidade da atribuição de responsabilidade a esse sujeito político por prática contrária ao Direito vigente. É que uma vez superada a ideia de irresponsabilidade estatal na sociedade moderna⁹⁵, começou-se a desenvolver nos ordenamentos ocidentais, a partir do século XVIII, a possibilidade de responsabilização do Estado pela infringência de seus órgãos e representantes legais ao direito nacional. Preceito que, *mutatis mutandis*, passou a ser partilhado pela sociedade das nações ao final do século XIX, num ideal inicialmente lastreado na responsabilidade por culpa, e que já no século XX teve a sua praxe de imputação baseada na teria do risco⁹⁶.

Nesse passo, aclarada a possibilidade de imputação de responsabilidade ao Estado por ato contrário ao Direito vigente, tanto no plano interno, quanto no plano internacional, não cabe estabelecer tratamento jurídico diverso ao ilícito praticado por órgão ou membro do Poder Judiciário, se pautado nas mesmas circunstâncias de antijuridicidade de qualquer ato praticado por aquele ente estatal. Fundamentalmente em razão de a responsabilidade do Estado emergir de todo e qualquer ato ou omissão estatal contrários a suas obrigações regulares, sendo irrelevante a autoridade pública da qual provenha.

Enquanto integrante do Estado, o Poder Judiciário não pode se escusar da responsabilidade a este imposta por força da atual construção política do Estado-nação, a qual, embora estabeleça a independência dos Poderes, consagra, igualmente, a necessidade de sua harmonização e a indispensabilidade de que o Estado responda pelos atos de seus órgãos e representantes legais quando houver o exercício irregular de suas atribuições⁹⁷.

⁹⁵ Vide tópico 2.1.

⁹⁶ Por força de tratados internacionais que versavam sobre direitos de terceira e quarta dimensões, como os voltados ao direito ambiental e ao direito aeroespacial.

⁹⁷ No caso brasileiro, este preceito é contemplado no art. 37, § 6, da CRFB: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa

É tendência, portanto, considerar que atos de órgãos e agentes internos geram a responsabilização internacional do Estado⁹⁸, inclusive em se tratando de práticas emanadas pelo aparato judicial. Exatamente por ser o Poder Judiciário componente da estrutura organizacional de dada soberania, em que pese a sua independência em relação aos demais poderes e ao próprio governo, não podendo se conjecturar, desse modo, que os meios de tutela jurídica disponibilizados pelo Estado-julgador sejam, nem de longe, absolutos ou infalíveis.

A título ilustrativo, é válido colacionar os ensinamentos de Mazzuoli (2015, p. 571) sobre essa possibilidade de imputação internacional de responsabilidade ao Estado em função de atos do Poder Judiciário:

O Poder Judiciário, por sua vez, não obstante ser independente e ter garantida a sua atuação jurisdicional, também pratica ilícito internacional, afetando o Estado em matéria de responsabilidade internacional. Para o direito das gentes, os atos do Poder Judiciário são, em última análise, atos *estatais* e como tais devem ser compreendidos. Tal ocorre, por exemplo, quando a justiça de um país julga em desacordo com tratado internacional ratificado pelo Estado e em vigor internacional, ou mesmo quando não julga com base em tratado internacional que deveria conhecer, denegando o direito da parte que o invoca com base em convenções internacionais.

Amparado nessa premissa, Cappelletti (1989, p. 10) estabelece que é necessário consolidar a atribuição de responsabilidade ao Estado em decorrência de atos judiciais com base em um modelo de *responsive law*⁹⁹. Justamente porque, de acordo com o referido jurista, esse é o padrão que, aplicado ao caso, “se esforça em realizar o equilíbrio entre independência e responsabilidade-controle social, com o fim de evitar, ao mesmo tempo, a sujeição e o ‘isolamento’ da magistratura”.

A ponderação de Cappelletti (1989) soa pertinente ao se coadunar com a preocupação de que a responsabilidade civil por ilícito judicial, dentro de um sistema de *responsive law*, não deva ser estendida ao Estado apenas em limites extremamente reduzidos, de modo a não cumprir a função social da norma jurídica cogente. Para esse autor, no caso de uma hipotética incidência exclusiva desse ônus de reparação sobre a pessoa do agente público (magistrado), existiria, por via reflexa, somente uma pseudo-responsabilização estatal, já que o ente político, em tais circunstâncias, não responderia diretamente pelos encargos decorrentes do ilícito.

qualidade, casarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁹⁸ Barroso (2014, p. 440) cita, inclusive, o dever dos Estados serem responsabilizados internacionalmente por atos de suas subdivisões políticas, como os estados-membros de uma federação ou os seus municípios.

⁹⁹ O modelo da *responsive law*, elaborado por Nonet e Selznick, se firma no ideal de que o direito deve ser condizente com as necessidades e solicitações sociais. Para Cappelletti (1989, p. 10), é “a atual tendência evolutiva do mundo ocidental”.

Essa responsabilização ressarcitória por ilícito judicial tem como base condutas que não podem ser configuradas nem como hipótese de responsabilidade personalíssima do agente público (magistrado), nem tampouco como uma responsabilidade do Estado que se acrescentou ou substituiu à primeira. Devem ser tomados, por adequação, como casos de responsabilidade direta e objetiva do Estado de restaurar o cumprimento da norma internacional denegada e reparar o dano a quem se tornou vítima do erro judiciário, independentemente da existência de dolo ou culpa no ato do juiz.

Reafirmando essa possibilidade de responsabilização do Estado em face de atos de seu corpo de magistrados, Calamandrei (2015, p. 51) pondera que a própria natureza humana dos agentes públicos e a sua consequente falibilidade ante a condição de sujeito mortal (e, por conseguinte, passível de erros) podem ensejar o descumprimento de normas jurídicas ou a denegação da justiça no curso de seu exercício laboral:

Não é honesto [...] refugiar-se atrás da cômoda frase feita de quem diz que a magistratura é superior a toda crítica e a toda suspeita: como se os magistrados fossem criaturas sobre-humanas, não tocadas pela miséria desta terra, e por isto intangíveis. Quem se satisfaz com estas vãs adulações ofende a seriedade da magistratura.

Raciocínio similar serve para substanciar o necessário rechaçamento à ideia de que a responsabilização do Estado, no plano internacional, pode se dar, de maneira plena e suficiente, com as hipóteses de controle de atos judiciais exercidos *interna corporis* pelo Poder Judiciário. Ainda mais se observado que, para Cappelletti (1989, p. 11), o marco característico desse controle disciplinar de natureza administrativa é, em muitos países, a sua feição lenta e esporádica:

[...] historicamente os sistemas de controle, atuantes principalmente dentro da categoria, têm dado resultado negativo. Tais sistemas são característicos das magistraturas de tipo “corporativo”, fechadas e hierárquicas, e não do tipo *responsive*, ou seja (sempre nos limites inderrogáveis de uma substancial independência), abertas e sensíveis às pressões da comunidade.

Ressalte-se que propostas de *responsive law* que buscam traduzir a responsabilidade civil em forma, procedimento e sanções exclusivamente disciplinares ou administrativas não resistem a uma análise mais factível da responsabilidade estatal, pois esquecem o caráter potencialmente reparatório de todo fato ilícito. São igualmente equivocadas por não levarem em conta, na sua elaboração, a irresignação da parte prejudicada com a ilicitude perpetrada pelos agentes dos tribunais internos dos Estados no manejo de suas atividades jurisdicionais. Base essa sob a qual fora inclusive desenhado por Cappelletti (1989, pp. 8-9) o parâmetro geral de fixação da responsabilidade advinda de ato do Poder Judiciário:

Não era concebível que [...] pudesse se perpetrar um sistema jurídico carente, ao mesmo tempo, de profissionalidade e de responsabilidade: ou seja, um ordenamento

no qual os juízes [...] ficassem, outrossim, completamente imunes de responsabilidade perante as parte e outros sujeitos prejudicados por atos ou omissões viciadas de culpa, inclusive gravíssima do magistrado.

A responsabilidade judiciária há que ser fixada, portanto, em qualquer ordenamento jurídico que preze pela garantia de direitos mínimos a seus jurisdicionados, como um verdadeiro corolário de subsunção do Estado a conceitos maiores de justiça e moralidade, de maneira que, uma vez violados tais preceitos fundamentais, caberá a apreciação imparcial dessa antijuridicidade pelo órgão competente, a teor do instituído pelo direito correlato, quer seja ele interno, quer seja internacional.

Para que o modelo proposto não sofra apego a conceitos demasiadamente abstratos, deverá ser observado pelo operador do Direito o sopeso entre o princípio da responsabilidade democrática dos titulares do poder público em face dos cidadãos, enquanto preceito estruturante de um Estado garantista, e o princípio da independência do Poder Judiciário, de forma a superar qualquer ambiguidade representada pelo conceito de responsabilidade judicial. Caberá, nesse sentir, um equilíbrio entre o valor democrático do dever de prestar contas e o valor da preservação da autonomia do Poder Judiciário.

Essa parece ser, inclusive, a preocupação de Cappelletti (1989, p. 17):

Responsabilidade judicial pode significar tanto o poder dos juízes, quanto o seu dever de prestação de contas (“accountability”, “answerability”) no exercício de tal poder-responsabilidade. Ainda no seu primeiro significado, de resto, trata-se de um poder que é ao mesmo tempo um dever: o dever do juiz exercer a função pública de julgar. E porque o exercício de tal função é disciplinado por regras e princípios, escritos ou não escritos, a óbvia consequência será uma responsabilidade no sentido ulterior de sujeição e sanção (“liability”) daqueles que, em tal exercício, violem essas regras ou princípios, e/ou daqueles comprometidos com uma “responsabilidade substitutiva”, para o caso de tal violação.

Em que pese a concepção de responsabilidade ora tratada se afinar com maior simetria ao último dos significados propostos por Cappelletti para o termo *accountability* – dever de prestar contas em sentido lato –, a compreensão do problema da responsabilidade judiciária, na sua íntegra, só pode ser dada mediante a conexão entre as duas concepções de responsabilidade supra indicadas: a responsabilidade como poder-função e a responsabilidade como dever de prestar contas e suas eventuais sanções. Tudo por conta da ideia de que um poder sem responsabilidade é incompatível, quer em essência, quer na esfera do controle jurisdicional, com a vigência de um sistema democrático¹⁰⁰.

Nesse escopo, a tendência evolutiva da responsabilidade no cenário mundial é no sentido de sujeitar os juízes a um controle, com a finalidade de lhes preservar a conduta e a

¹⁰⁰ “[...] um poder não sujeito a prestar conta representa a patologia, ou seja, isto que [...], em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania” (CAPPELLETTI, 1989, p. 18).

eficiência e de lhes assegurar o dever de responsabilidade¹⁰¹, sem por outro lado diminuir excessivamente a sua autonomia e independência. Para o alcance desse mister faz-se necessária a individualização do agente imediato do ilícito e o aclaramento do órgão incutido de averiguar a responsabilidade estatal¹⁰². Essencialmente porque a própria evolução histórica do conceito de responsabilidade do Estado tem contemplado, conforme visto, a atribuição reparadora do ente político pelo ilícito praticado por seus funcionários e, de outro viés, tem instituído a competência do Poder Judiciário para julgar a reputada ilicitude e estabelecer uma possível reparação ao sujeito prejudicado.

Para Cappelletti (1989, p. 18), embora essa tarefa tenha por escopo a responsabilização do juiz, da magistratura e do Estado pelos ilícitos do Poder Judiciário, o ente estatal não pode se abster de respeitar, internamente, a independência dos Poderes. Desse modo, levando-se em consideração que o Estado é um ente soberano único na esfera internacional, detentor de personalidade jurídica que alberga todos os seus órgãos administrativos e jurisdicionais no plano externo, e que eventuais divisões internas quanto às atribuições de seus órgãos não são do interesse do instituto da responsabilidade internacional, fica refutado o argumento de que a independência do Poder Judiciário seria fator suficiente à impertinência da responsabilização estatal.

Vencido esse ponto, é necessário debater acerca da plausibilidade, ou não, de outros princípios apontados como possíveis obstáculos à responsabilidade judicial: o princípio de que o Estado não comete injustiças e o princípio da coisa julgada.

O entendimento de que o Estado, enquanto fonte estruturante do Direito¹⁰³, não pode cometer injustiças e que seus atos são sempre presuntivamente lícitos teve, por séculos, papel preponderante em países como Inglaterra, França e Itália (CALAMANDREI, 2015, p. 50). A ideia de soberania era considerada, naquele contexto, como inconciliável com a de responsabilidade do Estado. Não obstante a existência dessa premissa, tal perspectiva, a contar do século XVIII, restou modificada a ponto de não mais sustentar um juízo de

¹⁰¹ “[...] na medida em que os juízes têm assumido poderes que os conduzem a decisões concernentes a interesses vitais, aumentou para as partes o incentivo a invocar a responsabilidade dos juízes, fenômeno que se tornou particularmente evidente em casos concernentes às liberdades civis” (CAPPELLETTI, 1989, p. 24).

¹⁰² Para Cappelletti (1989, p. 18), é necessário que exista uma razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. “Esta relação é inerente ao que se costuma chamar de sistema de freios e contrapesos, *checks and balances*”.

¹⁰³ “[...] indispensável empregar o termo *fonte do direito* para indicar apenas os processos de produção de normas jurídicas. Tais processos pressupõem sempre uma *estrutura de poder*, desde o poder capaz de assegurar por si mesmo o adimplemento das normas por ele emanadas (como é o caso do poder estatal no processo legislativo) até outras formas subordinadas de poder que estabelecem, de maneira objetiva, relações que permitem seja pretendida a garantia de execução outorgada pelo Estado” (REALE, 2002, p. 139).

irresponsabilidade estatal por atos de órgãos e funcionários internos, uma vez que o Estado¹⁰⁴ passou a responder, a princípio, pelos ilícitos cometidos em seu nome perante qualquer prejudicado.

Em relação ao princípio da coisa julgada, ele está firmado no argumento de que as decisões judiciais são normalmente sujeitas a recurso e que este constitui o instrumento regular e suficiente das partes para se proteger contra eventual decisão injusta. Para parcela da doutrina, a responsabilidade civil sequer poderia ser reconhecida em tais casos, dado que ela pressuporia um ato contrário ao Direito. Nessa senda, Cappelletti (1989, p. 29) elucida:

[...] a “lógica” que está à base do argumento, segundo o qual, por isso que a *res judicata* cria o direito, ela não pode ser contra jus, não é absolutamente mais rigorosa do que a “lógica” que estava na base do princípio, segundo o qual, uma vez que o rei - ou o Estado - é a exclusiva fonte do direito, o ato do soberano ou do Estado não pode ser contrária ao direito.

Apesar da importância da coisa julgada enquanto instituto de segurança processual, tal princípio não exhibe um caráter absoluto (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006)¹⁰⁵. A força de um princípio não está na consumação de uma lógica formalmente abstrata, mas apenas nos fins ou valores que os sistemas jurídicos intentam perseguir mediante aquele princípio, os quais devem ser fundados em *standards* como a paz social e a certeza do direito.

O princípio da coisa julgada tem entre as suas razões de ser a preservação da garantia de que o juiz poderá desenvolver com plena autonomia e independência as funções que lhe são demandadas pelo ordenamento jurídico, trazendo segurança ao esgotamento do seu ofício. Todavia, não pode esse princípio ser concebido como absoluto, a ponto de “constituir o preço que a coletividade seja chamada a pagar, em troca da independência de seus juízes” (CAPPELLETTI, 1989, p. 33). Essa problemática envolvendo a coisa julgada, mais do que se voltar à busca pela estratificação da *res judicata* em si, deve-se ater ao real conceito teleológico do princípio: a atuação concreta do Estado em prol de valores sociais fundados em normas de justiça que resguardem, ao mesmo tempo, o valor essencial da imparcialidade do juiz e o caráter participativo da função jurisdicional.

A própria natureza constitutiva da responsabilização internacional do Estado robustece a perspectiva sob análise, já que nela não é buscada a desconstituição em si dos julgados eivados de vício de legalidade ou crassa interpretação normativa, mas sim é

¹⁰⁴ Essa responsabilização do Estado pode-se dar tanto por órgãos e agentes estatais, conjuntamente – como na Itália – ou por órgãos em substituição aos agentes – como na França (CALAMANDREI, 2015, p. 50).

¹⁰⁵ “[...] mesmo as sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada material podem ser revistas em casos excepcionais, nos quais se relativiza a coisa julgada a bem da prevalência de valores humanos, políticos, morais etc. de envergadura maior do que aqueles que tiveram sido objeto da decisão” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 327).

perseguida a cessação imediata da ilicitude e a reparação adequada ao indivíduo pelo dano sofrido. Razão essa que explicita a inexistência, *in casu*, de qualquer vilipendiamiento do princípio da coisa julgada pelo instituto da responsabilização estatal, uma vez que presente, para a sua consecução, uma nova demanda judicial em curso, com pedido e causa de pedir distintos do processo originário.

Adverte, no entanto, Pereira (2000, p. 183) que na hipoteticidade de a parte prejudicada se omitir, intencionalmente ou por negligência, de fazer uso dos meios normais de impugnação da decisão injusta no âmbito interno, haverá a exclusão da responsabilidade do Estado se provada a incorrência em coisa julgada. Salvo se ficar comprovado que não existe na legislação interna do ente estatal o devido processo legal para a proteção do direito violado; ou se não foi permitido ao indivíduo o acesso aos recursos da jurisdição interna; ou se houver sido ele impedido de esgotá-los.

3.1.2 Da aplicação da teoria da responsabilidade internacional aos ilícitos cometidos pelo Poder Judiciário

A imputação de responsabilidade ao Estado por atos de órgãos e agentes internos que desconsiderem, em sua prática laboral, os princípios basilares do Direito Internacional ou as obrigações advindas de regramentos internacionalmente pactuados é, como visto, fato recorrente na doutrina internacionalista (MAZZUOLI, 2015; VARELLA, 2009; LAGE, 2008; SOARES, 2004). Para Mello (2004, p. 524), tal responsabilização estatal somente é possível quando plenamente configurados, na prática alvejada, os elementos constitutivos da teoria da responsabilidade internacional, que, no seu entender, seriam a ilicitude (elemento objetivo), a imputabilidade (elemento subjetivo) e o prejuízo:

Ela [a responsabilidade internacional] apresenta os seguintes elementos: a) ato ilícito; b) imputabilidade; c) prejuízo.

A ilicitude de um ato tem de ser conforme o DI. A responsabilidade internacional tem por base a violação de uma norma internacional [...].

A imputabilidade é o nexa que liga o ilícito a quem é responsável por ele [...]; deste modo o Estado é o responsável por ato praticado por seus funcionários [...].

A existência de um prejuízo causado pelo ilícito tem sido considerada um dos elementos necessários para que se configure a responsabilidade internacional (Reuter, Cavaré). Este pode ter um aspecto moral ou patrimonial e pode ser causado a um Estado ou particular.

Autores da linha de Crawford (2003; 2010) restringem, no entanto, o elemento prejuízo (ou dano) como não podendo ser computado entre os mecanismos constitutivos da responsabilidade internacional do Estado, por força do art. 2 do Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU. Para eles, não custa rememorar, a responsabilidade se dá pela

mera violação da norma internacional, mediante a configuração dos elementos da atribuição e do fato ilícito.

Independente dos requisitos delineados como autorizadores da responsabilização internacional adotados, o Estado fica, por ato de qualquer de seus representantes, obrigado a reparar o dano causado a outrem, pessoa física ou jurídica, em função de violação comissiva ou omissiva de dever ou obrigação internacional a que submetido, por compromisso assumido ou ação delituosa. É que pelo princípio reparatório, fica atribuída ao ente político, enquanto sujeito mediato do ilícito e detentor de personalidade jurídica internacional, a responsabilidade pela atuação de qualquer de seus agentes internos, incluindo os do Poder Judiciário, que no exercício anormal de suas atividades proceda em desconformidade com a normativa internacional:

A responsabilidade tem relação direta com a personalidade internacional, coma idéia de sujeito de direito, de forma que terá responsabilidade aquele a quem se atribuem direitos e deveres na mesma ordem jurídica internacional [...] (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 344).

Esse vínculo jurídico entre o Estado, detentor de personalidade jurídica internacional, e os seus órgãos internos, desguarnecidos de personalidade jurídica própria¹⁰⁶, é, portanto, o alicerce legal para a responsabilização extrafronteiriça por atos ilícitos de tribunais nacionais. Basicamente porque tais órgãos jurisdicionais, em sendo entidades intrínsecas à estrutura do próprio Estado, somente perfazem a sua personalidade internacional mediante sujeição a dada soberania, ante a sua condição de ente dotado de porção meramente fracionária do exercício soberano.

Sob esse prisma, se um nacional de um Estado sofre dano ou perda causados por uma entidade judiciária pela qual outro Estado é responsável, a primeira soberania, que teve os seus direitos mediatamente lesados, poderá apresentar uma reclamação no plano internacional em face da soberania agressora, com lastro nos princípios da responsabilidade e da proteção diplomática, em observância ao regime geral de responsabilização internacional¹⁰⁷:

Por um lado, o Estado é de certo modo responsável pelos actos praticados pelos seus cidadãos ou por outras pessoas sobre o seu controlo que causem danos aos interesses jurídicos de outro Estado e que sejam, ou devessem ser, do conhecimento dos representantes do Estado. Por outro lado, o Estado possui um interesse jurídico na

¹⁰⁶ Diz-se da ausência de personalidade jurídica de órgãos e agentes estatais na esfera do Direito Internacional Público, em âmbito civil, o que não invalida, todavia, a possibilidade de responsabilização do indivíduo (agente público), em matéria penal, por crimes internacionais praticados, tal como ocorre no Tribunal Penal Internacional. Ressalte-se ainda que, no atinente à proteção de indivíduos e grupos com base nos direitos humanos e em sua autodeterminação, é possível conceber a existência de personalidade jurídica da pessoa natural a ensejar tal reclamação internacional.

¹⁰⁷ Essa hipótese deve ser preservada, também, se o ilícito tiver ocorrido fora do território do Estado acusado, como, por exemplo, no caso de “atos de órgãos de outro Estado” (tópico 2.8.4).

pessoa dos seus cidadãos, e quem lhes causar dano pode ter que responder perante o Estado que os protege (BROWNLIE, 1997, p. 544).

Esse raciocínio também se aplica na hipótese de incidir, na espécie, o regime objetivo dos tratados de direitos humanos, através do qual a violação da obrigação assumida pelo Estado perante toda a sociedade internacional acarreta a possibilidade de sua responsabilização por demanda iniciada pelo indivíduo, desde que o sujeito humano venha a ter o seu pleito cancelado por órgão de organização internacional do qual o Estado agressor faz parte ou mesmo por outro Estado.

Há certa tendência em considerar, deste modo, que atos de tribunais internos geram a responsabilização internacional do Estado. Essencialmente por serem eles órgãos da própria estrutura organizacional daquele sujeito estatal, não obstante sua independência em relação aos demais Poderes e ao próprio governo na esfera interna:

O Poder Judiciário, apesar da independência que possui no D. Constitucional, acarreta, em determinados casos, a responsabilidade internacional do Estado. É que mencionada independência é para o direito interno e não para o DI. Neste último, o Estado surge como única pessoa responsável pelos atos de qualquer um dos seus órgãos (MELLO, 2004, p. 535).

A realidade é que, apesar de nos sistemas jurídicos internos viger o primado de independência dos Poderes, não há se conceber que os atos praticados em nome do Poder Judiciário venham a ferir normas de Direito Internacional ou ir contra obrigações internacionais do Estado¹⁰⁸ a que vinculado e, como saldo, não desencadeiem a responsabilização estatal. Porquanto, em que pese o Judiciário seja um Poder independente na ordem estatal interna, terá, perante a sociedade internacional, seus atos como comprometedores da responsabilidade do Estado como um todo¹⁰⁹.

Pelo estágio atual de desenvolvimento do ordenamento jurídico, é inadmissível que subsista qualquer preceito que viabilize a irresponsabilidade do Estado pelos atos de seus órgãos ou agentes internos ou que ampare a independência do Poder Judiciário como mecanismo para a inexistência de responsabilização estatal, pois a responsabilidade internacional surgirá por todo ato ou omissão ilícitos de autoridades vinculadas ao Estado, dentre as quais as do Poder Judiciário:

Seja tal funcionário magistrado de qualquer instância [...] ou qualquer outro agente e/ou funcionário do Poder Judiciário, que ferir o Direito Internacional ou qualquer obrigação ou responsabilidade internacional, assumida pelo Estado, este último tem que ser responsabilizado objetivamente por atos de seus funcionários, sejam eles

¹⁰⁸ Ainda que sob o pressuposto de tentarem solucionar litígios envolvendo outro Estado ou o estrangeiro.

¹⁰⁹ “[...] entendo que na atividade do Judiciário, os seus atos são de fácil identificação no tocante a atos ou fatos que gerem a responsabilidade internacional do Estado, justamente porque os atos ali emanados os são em nome do Estado e/ou sob sua tutela (apesar da independência de Poderes)” (PEREIRA, 2000, p. 176).

parte ou não do Judiciário, porquanto houve efetivamente uma violação (PEREIRA, 2000, p. 177).

É imanente ao estudo em transcurso a ponderação de que os meios de tutela jurídica disponibilizados pelo Estado-julgador nem de longe podem ser considerados absolutos ou infalíveis (DEL'OLMO, 2006, p. 135), em consequência do corriqueiro dismantelo dos sistemas judiciários de alguns países e da própria vicissitude inerente à natureza humana. Nesse compasso, cumpre esclarecer que decisões de tribunais nacionais, enquanto mecanismos de tutela estatal, se comprovadamente ilícitas e geradoras de dano de cunho internacional¹¹⁰ têm, mesmo que perpassado o trâmite legal hodierno, o condão de imputar ao Estado deflagrador do ilícito o dever de cessar a sua prática antijurídica e de compensar o ato praticado, em reparação de índole patrimonial ou não.

De acordo ainda com a teoria explanada, será possível a relativização, embora por via de exceção, do cumprimento desses atos judiciais internos deflagradamente ilícitos até o julgamento do feito por tribunal internacional competente. Desde que, para tanto: trate-se de expressa violação a norma imperativa de Direito Internacional; fique comprovado o caráter humanitário da medida; seja evidenciado que a infração se deu em razão da especial condição de estrangeiro da parte; reste esgotada a via recursal no Estado agressor; e ocorra o ajuizamento de reclamação internacional por parte do país mediatamente vitimado, a fim de evidenciar o descumprimento de preceito internacional pelo Estado-julgador originário.

Competirá ao Estado interessado, em todos os casos, provar que o Poder Judiciário agiu de má-fé, julgou com parcialidade ou houve fortes indícios de fraude no *decisum*, a ponto de o indivíduo ter a si negado o acesso a tribunal nacional; ter a sua defesa prejudicada por cerceamento explícito; ter sofrido decisão arbitrária advinda do Poder Judiciário; ter o estrangeiro suprimidas parcelas mínimas de direitos acessíveis aos nacionais; ter a parte inobservada, em seu prejuízo, norma de Direito Internacional cogente; ou ter decisões internacionais, já prolatadas, descumpridas por Estado alienígena. Ilícitos que, em se harmonizando com o vasto tema da denegação da justiça¹¹¹ são suficientes à concessão da tutela internacional reparatória.

Não obstante a sustentação *susu* mencionada, certo é que existem alguns posicionamentos doutrinários contrários à teoria da responsabilização exposta, os quais pugnam, em sua essência, pela inabilitação da ordem internacional para a imputação do dever de reparar ao Estado que descumpriu a norma internacional por meio de seu Poder Judiciário.

¹¹⁰ Por serem decisões proferidas de forma descomprometida com a normativa internacional ou em prejuízo de direitos universalmente assegurados ao estrangeiro (tópico 3.2).

¹¹¹ Vide tópico 3.2.3.

Alegações que embora embasadas na independência dos tribunais nacionais, na segurança da coisa julgada e na não-criação de instância internacional superior a dos Estados, contribuem tão-somente para o desprestígio de avanços jurídicos voltados ao resguardo do direito do estrangeiro, bem como afastam o dever do Estado manter os compromissos assumidos e reparar o mal injustamente causado a outrem, independente do órgão jurisdicional ao qual se submeta, com base em parâmetros de ordem internacional.

Tendo em conta que já oportunamente rechaçado no tópico anterior o argumento da independência do Poder Judiciário como substrato à exclusão da responsabilidade estatal, passe-se a debater, com maior profundidade, as alegações de intangibilidade da coisa julgada e da criação de uma instância superior a dos Estados enquanto elementos inábeis a desconstituir essa imputabilidade estatal.

Com relação à alegação de que a coisa julgada é fator impeditivo ao reconhecimento dos efeitos da responsabilidade internacional, basta consignar, em prol de sua insubsistência, que embora a ordem interna de cada Estado a firme, *a priori*, como um preceito absoluto e irrevogável, as questões que transcendam ao campo internacional ensejam um processo novo e absolutamente dissociado do julgado que se encerrou na jurisdição interna, de maneira que, no julgamento perpetrado por um tribunal internacional, não caberá, à evidência, reformar a sentença do Juízo originário, tal qual o faz uma corte de instância superior, mas somente adotar uma decisão que restabeleça o direito violado, como, a exemplo, fixando indenização ao estrangeiro pelo ilícito que o vitimou.

Por essas razões, não há se falar em violação do princípio da coisa julgada com a tomada de decisões pelos tribunais internacionais que impliquem em responsabilização a determinado ente estatal. Mesmo porque tal imputação de responsabilidade terá nuances civilistas voltas à cessação do ato ilícito, à reparação dos prejuízos causados e à manutenção do compromisso de permanecer cumprindo os atos internacionais com os quais aquela soberania se comprometera.

No que tange, por sua vez, à sustentação de que a responsabilização internacional criaria uma instância superior ao Judiciário dos países, cumpre observar que, embora esse argumento, supostamente fulcrado na soberania estatal, venha sendo aceito pelos governos nacionais, por receosos com o eventual comprometimento da independência de seus tribunais locais, a verdade é que o caráter temerário da medida torna-se plenamente esvaziado na medida em que a função do juízo internacional não tem, como visto, o condão de rever ou reformar a decisão incriminada ou substituir o julgado nacional, mas sim de se pronunciar sobre a existência de alguma violação de obrigação internacional por parte da decisão

avaliada e instituir uma possível reparação pela falta cometida em decorrência do ato impugnado do Estado¹¹².

Pela tese exposta, entende-se que não há qualquer caráter de risco na aplicação da medida em estudo, por inexistir, em sua feição, qualquer natureza de mecanismo supra-estatal de controle administrativo ou jurisdicional de tribunais locais, mas tão-somente o intuito de preservar, nos processos de jurisdição interna, o mínimo internacional de legalidade e o cumprimento do devido processo legal em face do estrangeiro.

Robustece esse posicionamento, também, o fato de a tutela internacionalmente concedida ter o condão de garantir a segurança do próprio sistema de decisões do Estado agressor¹¹³, de forma a viabilizar ao não-nacional o direito de amplo acesso à Justiça e a defender preceitos mais estáveis de justiça e igualdade, numa adoção de parâmetros mínimos de julgamento globais. Fatores esses que terão, inegavelmente, a capacidade de contribuir para uma maior pacificação social, para a extensão do sentimento de justiça por partes dos jurisdicionados e para a própria maturação da sociedade internacional enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana vedados pelo Estado-juiz.

Para a efetivação da responsabilidade judiciária em questão há que se caminhar rumo à superação do velho arquétipo internacionalista de que a sociedade internacional, em sendo composta por Estados, estaria pautada somente na perseguição dos interesses individuais de cada soberania. Conceito esse nitidamente retrógrado, que a prática e a jurisprudência internacionalista vêm conseguindo desconstruir na medida em que tem buscado limitar o princípio do estrito voluntarismo dos Estados e da relatividade do Direito Internacional, no ordenamento vigente¹¹⁴:

No caso *Barcelona Traction* (1970), a CIJ operou a distinção essencial entre (i) as obrigações de um Estado perante um outro determinado Estado e (ii) as obrigações *erga omnes*, que são obrigações do Estado perante toda a comunidade internacional, relativas, por exemplo, aos atos de agressão ilegais, ao genocídio, aos direitos humanos. Segundo a CIJ, todos os Estados tem um interesse jurídico na proteção de tais obrigações, por conta da importância dos direitos ali envolvidos (ARANTES NETO, 2008, p. 69).

Nessa tendência contemporânea de maior coletivização do Direito Internacional, os Estados não podem mais se mostrar indiferentes a conferir uma acuidade superior a certas

¹¹² Por esse primado, tem-se, de acordo com Pereira (2000, p. 177), que a teoria da responsabilidade judicial, ora em comento, está intimamente ligada, em sua essência, à teoria geral das nulidades, vez que as fórmulas usualmente empregadas para a solução desse tipo de litígio pelos Juízos internacionais têm consagrado hodiernamente, tal qual na teoria apontada, a declaração de anulação do ato decisório antijurídico como forma normal de reparação a ser executada no plano interno.

¹¹³ Mesmo que parcialmente e com a obediência prévia a certos requisitos processuais e de nacionalidade anteriormente estipulados.

¹¹⁴ Contorno que, na percepção de Arantes Neto (2008, p. 68), também tem buscado ultrapassar toda uma relação arcaica, tipicamente bilateral, existente no Direito da responsabilidade internacional.

normas de Direito Internacional em demérito de outras que não são adstritas ao reconhecimento de direitos essenciais à pessoa humana. Ao tanto de na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, restar reconhecida, nos arts. 53 e 64, a existência de normas especiais de Direito Internacional que não estão sujeitas às regras comuns sobre nulidade e derrogação dos tratados, em virtude de seu caráter fundamental:

CVDT, art. 53. É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.

Com o reconhecimento de normas imperativas de Direito Internacional no ordenamento vigente, instaura-se uma hierarquia normativa no sistema jurídico internacional que reza pela divisão dos direitos das gentes em disponíveis (direito comum) e indisponíveis (direito imperativo ou *jus cogens*), no bojo dos quais se insere, nesta última hipótese, o direito fundamental do estrangeiro de ter acesso a um julgamento justo e eficaz por parte de um tribunal competente. Esse entendimento é partilhado, novamente, pela redação do Projeto de Codificação da CDI¹¹⁵, que preza pela manutenção, em seu cerne, de referência explícita a violações graves de obrigações de normas imperativas como verdadeiros pressupostos de uma responsabilização estatal mais acentuada:

[...] a CDI preservou no Projeto de Codificação certas circunstâncias especiais decorrentes da violação de obrigação oriunda de norma imperativa ou perante a comunidade internacional. Apresentada menos como uma dicotomia entre responsabilidade por violação de norma imperativa e responsabilidade por violação de obrigação ordinária, e mais como um regime agravado de responsabilidade comum, a manutenção de disposições especiais por violação de normas essenciais revela a sobrevivência da idéia de uma responsabilidade diferenciada, menos ambiciosa que a figura do “crime”, porém mais compatível com o passo da evolução do direito internacional contemporâneo. (ARANTES NETO, 2008, p. 75).

Nesse ensejo, o Projeto da CDI buscou complementar o próprio texto da Convenção de Viena ao instituir o *jus cogens* como norma formalmente inderrogável e a que se atribui valor intrinsecamente superior na ordem internacional. Tanto que reservou as consequências mais penosas da responsabilidade estatal como consequência de graves violações de normas imperativas a casos envolvendo, por exemplo, uma política de Estado voltada a tortura ou a violação de direitos humanos.

Conquanto não haja um rol exaustivo de normas de *jus cogens*, por se tratar de verdadeiro conceito aberto, podem ser consideradas imperativas as que são reconhecidas e aceitas nessa qualidade pela sociedade internacional e, sobretudo, as que violem os direitos

¹¹⁵ O art. 26 do Projeto da CDI assegura, por exemplo, que é impossível a incidência de excludente de ilicitude em face de norma imperativa de Direito Internacional. Vide tópico 3.3.1.

fundamentais do indivíduo. Por esse lastro, resta inegável que se a norma trazer tutela ao direito a autodeterminação, a não-agressão ou a não-discriminação do estrangeiro ou implicar em qualquer ato contrário aos direitos humanos, será ela cogente e, por conseguinte, terá o Estado mediatamente agredido a possibilidade de acionar a jurisdição internacional em decorrência dos ilícitos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário nessas ações.

3.2 Hipóteses de responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário

3.2.1 Dos princípios gerais e critérios de responsabilização

O dever de responsabilização surge com maior frequência na esfera internacional nos casos em que os estrangeiros ou seus bens se encontram no território de um Estado alienígena e há, concomitantemente, a prática de uma lesão a direito desse não-nacional por um ato ilícito estatal. A existência dessa regra de responsabilização não implica dizer que a situação jurídica do estrangeiro no interior de um Estado não seja, a princípio, questão de jurisdição interna daquele país. Poderá inclusive o ente político optar por não autorizar ou impor certas condições¹¹⁶ a entrada de não-nacionais em seu território, ou mesmo promover a retirada compulsória (expulsão) de migrantes ou visitantes do território nacional em condições preestabelecidas¹¹⁷.

Nesse prisma, a regulamentação de pessoas e bens na ordem jurídica estatal consiste em um corolário que prima pelo respeito à igualdade soberana entre nações e busca a independência do Estado em sua esfera territorial. Situação essa que, embora ratificada na prática internacional, comporta mitigações, como nos casos de imunidade de jurisdição das instalações e dos funcionários das missões diplomáticas situadas em território estrangeiro, e outras criadas por tratados internacionais.

A regra, portanto, é que, observada a discricionariedade administrativa do Estado e autorizada a entrada do estrangeiro em seu território, o não-nacional terá o dever de se submeter à jurisdição daquele ente político que o acolheu¹¹⁸, especialmente se adquirir imóvel

¹¹⁶ Para Brownlie (1997, p. 545), as disposições sobre a entrada de estrangeiros contida em tratados de amizade, comércio e navegação podem ser restringidas por considerações de “ordem, moral, saúde ou segurança pública”.

¹¹⁷ Embora o instituto da expulsão se encontre, na teoria tradicional, sujeito à discricionariedade do Estado, os tribunais e a doutrina têm defendido a existência de limites a esse poder discricionário, pautando-se o poder de expulsão no exercício da boa-fé internacional. Para Brownlie (1997, p. 546), caberá ao expulso a alegação da existência de residência prolongada e de conexões locais que consubstanciem a criação de uma nacionalidade nova, efetiva e oponível ao Estado de origem.

¹¹⁸ Situações que não tem, per si, o condão de privar o estrangeiro da proteção do seu próprio governo, conforme indicado no capítulo 6.2 desta obra.

ou estabelecer residência fixa naquele país. Passando o estrangeiro a se submeter, durante a estada em território de outra soberania, ao direito interno daquele Estado, terá a prerrogativa de não esperar menos do que o seu acolhimento em base de igualdade com os nacionais do Estado anfitrião, de acordo com o critério do “tratamento nacional”:

Sempre reuniu grande apoio a opinião de que o estrangeiro apenas pode esperar uma igualdade de tratamento nos termos do Direito interno, uma vez que se submeteu às condições nacionais com os benefícios e ônus daí decorrentes, e visto que seria contrário aos princípios da jurisdição territorial e igualdade um estatuto especial ao estrangeiro (BRONWILIE, 1997, pp. 548-549).

A teor desse critério do “tratamento nacional”, o Estado é obrigado a assegurar aos estrangeiros o gozo dos mesmos direitos civis e de lhes proporcionar as mesmas garantias individuais que gozam os nacionais. Contudo, a prática dos países tem abordado de modo distinto o exame da validade do princípio em referência, a ponto de alguns sistemas jurídicos internos preservarem, explicitamente, ligeira desigualdade entre nacionais e estrangeiros. Nada obstante, algumas dessas desigualdades podem ser tidas como perfeitamente admissíveis no plano internacional, tal qual é o exemplo do direito político de sufrágio no Brasil, que é restrito a cidadão brasileiro¹¹⁹.

Para os atos judiciais, a aplicação do critério do “tratamento nacional” também suscita ponderações. Como exemplo, tem-se o dever do Estado receptor de, ao proteger o princípio da igualdade, manter o acesso do estrangeiro aos tribunais internos. Para Brownlie (1997, p. 549), o descumprimento desse preceito gera a responsabilização internacional do Estado sempre que haja vedação ao acesso do estrangeiro ao patrocínio judiciário do Estado receptor e também nas hipóteses de indispensabilidade de prestação de caução pelo não-nacional para o pagamento de custas processuais e ingresso no Poder Judiciários, os quais são proscritos pelo Direito Internacional.

Com a busca por um critério ainda mais sólido para o tratamento do estrangeiro no interior dos Estados, criou-se, no século XX, o “princípio do mínimo internacional”. O critério em apreço, buscando melhor estatuir a relação do Estado com o indivíduo estrangeiro, disciplina que os direitos e garantias da pessoa natural não devem ser inferiores aos Direitos Humanos fundamentais¹²⁰ reconhecidos e definidos nos instrumentos internacionais de proteção. Para essa teoria, a constituição do ilícito internacional se daria quando o tratamento do estrangeiro viesse a constituir, ou um ultraje ou má-fé ao não cumprimento voluntário de

¹¹⁹ A CRFB prescreve em seu art. 14, §§ 2º e 3º, que não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e que é condição de elegibilidade a nacionalidade brasileira.

¹²⁰ A expressão “Direitos Humanos fundamentais” é alargada através de uma enumeração não exaustiva de direitos, como, por exemplo, a inviolabilidade da privacidade, do lar e da correspondência, e o respeito pela honra e pela reputação (FERREIRA FILHO, 2016, p. 110).

um dever internacional pelo Estado, ou a insuficiência de uma ação governativa que se configurasse dentro dos critérios fixados pela sociedade internacional.

Uma fonte de dificuldade à aplicação do critério do “mínimo internacional” seria, ao menos em tese, a atribuição a este de um conteúdo demasiadamente ambicioso, firmado num modelo magno de civilização ocidental. Circunstância que apresenta, no entanto, o contrapeso de ter a validade teórica desse critério pautada no combate a qualquer violação dos direitos civis dos estrangeiros e, na ordem prática, a capacidade de o seu cumprimento ensejar a presunção de inexistência de ardil pelo agente imediato do ilícito no caso de imperfeição do funcionamento dos órgãos jurisdicionais.

Na busca por um verdadeiro balanço das teorias do “mínimo internacional” e do “tratamento nacional”, notadamente no que voltadas a sua aplicação aos ilícitos praticados pelo Poder Judiciário, não há se falar num critério único a ser adotado para a proteção do jurisdicionado, mas numa forçosa conjugação teórica que defina os limites da igualdade entre o estrangeiro e o nacional em âmbito interno e reforce as garantias da pessoa humana no âmbito internacional. Nesse sentido, é possível até mesmo a constituição de um estatuto do estrangeiro nos sistemas jurídicos dos Estados, se for o indispensável para contemplar as necessidades fundamentais dessa população naquele ordenamento¹²¹. Tudo com foco na preocupação de que a soberania territorial não venha a usurpar qualquer responsabilidade do Estado por ilícito cometido ao forasteiro sob a alegação de que o estrangeiro e o nacional receberam, em dado caso, um inexistido tratamento equiparado.

Feliz, nesse pormenor, é o exemplo trazido por Brownlie (1997, p. 552) sobre as hipóteses em que passível a utilização do critério misto acima mencionado:

[...] se a legislação nacional dispuser que todas as pessoas de uma determinada raça residentes nesse Estado serão esterilizadas, não bastará ao Estado de um estrangeiro incluído nessa categoria invocar a aplicação igual da lei. Inversamente, as regras de Direito Internacional autorizam pelo menos um certo grau de discriminação, como, por exemplo, em questões de tributação e de controle cambial.

A articulação pugnada, em estabelecendo uma relação harmoniosa entre os direitos humanos e os critérios do tratamento do estrangeiro, acaba por construir o brocado que servirá de espelho ao estudo sobre as hipóteses de responsabilização estatal por atos judiciais. Pelo defendido, o estrangeiro não possui a prerrogativa de exigir que a lei interna lhe reconheça direitos mais amplos que os assegurados aos nacionais e, em contrapartida, tal norma não lhe poderá cercear direitos incutidos nos princípios fundamentais do Direito Internacional. Esse

¹²¹ Em âmbito global, a Convenção sobre os Estrangeiros estatui princípios gerais sobre a entrada e residência dos estrangeiros nos territórios dos países e, no Brasil, a Lei nº. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) definiu durante muito tempo a situação jurídica do estrangeiro em território nacional, tendo sido revogada, recentemente, pela Lei nº 13.445/2017, nominada de Lei de Migração.

critério misto de tratamento do estrangeiro, ora adotado, ratifica o interesse da sociedade internacional na sua proteção, na medida em que relaciona política e direito internos com a responsabilidade internacional do Estado e com o modelo do “mínimo internacional”.

3.2.2 Das formas de responsabilização internacional

Os princípios gerais da responsabilidade internacional são aplicados, conforme destacado, a todos os casos em que o estrangeiro sofra um ilícito em decorrência de ato do Poder Judiciário ou relativo às funções judiciárias de um Estado, de modo que caberá a responsabilização supranacional de qualquer soberania nas hipóteses em que houver, simultaneamente, (a) a transigência dos critérios do “mínimo internacional” e do “tratamento nacional”, (b) a inobservância por agente público do dever contido em norma internacional e (c) a ausência de inserção da atividade segregatória no domínio reservado da jurisdição do Estado infrator.

Em uma perspectiva concreta, a forma mais recorrente de aplicação da responsabilidade por ato do Poder Judiciário é a hipótese de denegação de justiça. Del’Olmo (2006, p. 135) salienta que quase a totalidade dos casos de responsabilização judicial se atêm a essa modalidade de ilícito internacional, razão pela qual urge a necessidade de um estudo mais minucioso dessa hipótese de responsabilização em tópico específico desta obra¹²².

Embora a atividade dos órgãos judiciais revele-se, no mundo fático, mais relacionada com a questão da denegação de justiça, ainda existem alguns outros atos dos tribunais nacionais que possuem o condão de comprometer a responsabilidade do Estado na esfera internacional. Como exemplo, cabe citar a hipótese de não-cumprimento de sentenças internacionais judiciais ou arbitrais por órgão jurisdicional do Estado que tenha, pelo ordenamento interno, competência para homologá-las ou executá-las. Nesses casos, a responsabilidade internacional se fundamenta no prejuízo ocasionado ao estrangeiro e à ordem internacional em decorrência do descumprimento pelo Poder Judiciário do seu dever legal de prestar de forma célere, justa e igualitária a atividade jurisdicional dentro de parâmetros internacionais mínimos de funcionamento (MELLO, 2004, p. 535).

Outra hipótese reconhecida de responsabilização estatal por ato judicial é a existência de decisão que mesmo pronunciada de boa-fé e por tribunal competente, tenha a sua fundamentação lastreada em lei interna contrária ao Direito Internacional. A responsabilidade

¹²² Vide tópico 3.2.3.

acontecerá, nesse caso, quando uma decisão judicial, independente de ter base ou não na legislação interna, violar uma norma internacional posta ou quando existir qualquer ato jurisdicional que desconsidere, na sua realização, uma obrigação internacional do Estado¹²³.

Outra hipótese também viável de responsabilização internacional do Estado é a possibilidade da atribuição de responsabilidade ao sujeito político pela inobservância de tratados e convenções internacionais pelos seus tribunais internos, a teor do que expõe Brownlie (1997, p. 474):

Assim, no que respeita à aplicação dos tratados, McNair afirmou: “[...] um Estado tem o direito de delegar no seu aparelho judicial a aplicação e interpretação dos tratados. Se, no entanto, os tribunais cometerem erros no desempenho dessa tarefa, se se recusarem a atribuir efeitos a um tratado, ou se tiverem impedidos de o fazer porque a legislação interna não foi ainda objecto das necessárias alterações ou aditamentos, as suas decisões levarão o Estado a violar o tratado.

Essa forma de responsabilidade estatal arregimenta, ao menos num aspecto objetivo, estreita relação com a abordagem já trazida neste capítulo. Cuida-se de situações em que o Poder Judiciário aplica ou interpreta, erroneamente, através de seus atos (despachos, sentenças e acórdãos), um tratado internacional ou uma norma consuetudinária reconhecida internacionalmente “ou até mesmo quando aplica normas de DIP de forma anormal e flagrantemente em desacordo com o verdadeiro espírito desta norma, criando, assim, um verdadeiro conflito” (PEREIRA, 2000, p. 189).

Haverá, ainda, a possibilidade genérica de responsabilização internacional do Estado em decorrência de atos administrativos de seus tribunais. Trata-se de atribuição executiva atípica do Poder Judiciário para o exercício da função administrativa estatal, numa verdadeira similitude com as condutas administrativas típicas do Poder Executivo. Para a configuração da ilicitude desses atos, será necessário que a antijuridicidade fique por conta da absoluta incompatibilidade entre a consecução de tais atividades e a preservação das obrigações internacionais pactuadas pelo Estado, desde que haja prévia deliberação soberana do ente estatal e que a ilicitude em questão fique consumada durante o vigor da obrigação violada¹²⁴.

A título de síntese, elucide-se que todo ato emanado do Poder Judiciário que quebre uma obrigação assumida pelo Estado perante a sociedade das nações tem o condão de gerar responsabilidade internacional. Não se trata, portanto, de práticas voltadas ao exercício de má-fé tão-somente ou de um julgamento realizado com reconhecida fraude ou parcialidade. O que importa para a configuração do ilícito internacional passível de responsabilização é a

¹²³ Embora as decisões judiciais possam estar devidamente lastreadas na legislação interna, em elas se mostrando contrárias ao Direito Internacional, ensejarão a responsabilização internacional do Estado, especialmente se houver comprovação de dano efetivo ao jurisdicionado.

¹²⁴ Prescrição dos artigos 12 e 13 do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

existência de uma norma expressa de Direito Internacional que tenha sido desobedecida, à época de sua aplicação, em uma sentença, acórdão ou despacho¹²⁵, ou mesmo no exercício da competência administrativa dos tribunais internos.

3.2.3 Da denegação de justiça

Dentre as hipóteses de responsabilização atribuíveis ao Poder Judiciário, a denegação de justiça é a mais recorrente na prática internacional. Inicialmente empregada pelos tribunais internacionais de modo coextensivo com a noção de responsabilidade por dano causado ao estrangeiro, passou a ser considerada, com o tempo, uma categoria específica que reflete a insuficiência da atuação estatal, em especial, no que concerne à administração da justiça.

Em que pese haja algum dissenso doutrinário acerca da melhor definição da figura jurídica em comento¹²⁶, certo é que a mesma pode ser aplicada às situações em que o aparelho judiciário não cumpriu a finalidade contida em sua atribuição primária, por exercer a sua atividade jurisdicional em prejuízo ao estrangeiro, quer seja este um indivíduo ou mesmo um Estado. Visando a um melhor deslinde da matéria, vale observar o sentido genérico de denegação de justiça adotado por parte da doutrina internacionalista:

É identificada (em lato sensu), esta denegação de justiça, com todo o ato danoso praticado por um Estado, através de qualquer de seus Órgãos (administrativo/executivo, judicial ou legislativo), em prejuízo de um súdito estrangeiro; de um Estado alienígena ou até mesmo uma Organização Internacional (PEREIRA, 2000, p. 178).

De acordo com a perspectiva de Pereira (2000), tem-se que o Estado será responsável pela denegação de justiça se da sua atuação resultar dano ao estrangeiro¹²⁷. Postulado que não contempla com perfeita sintonia a acepção mais moderna do termo estudado enquanto mecanismo que recrimina a vedação pelo ente político do acesso formal ou material de seus tribunais ao estrangeiro e que se vale do desencadeamento da responsabilização internacional do Estado em função do descumprimento de comando vigente em tratado internacional.

Isso sem olvidar que a definição jurídica preconizada por Pereira (2000), por ser demasiadamente lata, poderia inclusive conduzir a uma interpretação temerária dos princípios

¹²⁵ Para Mello (2004, p. 536), em se tratando de erro meramente interpretativo de norma internacional, o Estado não será responsável pela falha de tribunal cometida de boa-fé, pelo mau julgado.

¹²⁶ “O significado da expressão ‘denegação de justiça’ não é pacífico entre os internacionalistas. Clyde Eagleton o entende como ‘toda violação do DI em detrimento do estrangeiro’. Para Lipstein, abrangeria também medidas administrativas e legislativas. O’Connell fala em denegação de justiça processual quando um tribunal comete uma injustiça no curso do processo” (MELLO, 2004, p. 553).

¹²⁷ “[...] a denegação da justiça deve ser utilizada no sentido amplo, para designar qualquer ofensa cometida contra súdito estrangeiro, compromete a responsabilidade internacional do Estado (ou seja, a ofensa a um estrangeiro é o mesmo que ofender a seu Estado)” (PEREIRA, 2000, pp. 178-179).

gerais da responsabilidade judiciária do Estado, na medida em que, a teor da aceção proposta, a denegação de justiça acabaria estendida a todo ato ilícito dos Poderes do Estado, quer de ordem jurisdicional ou não, o que, de toda sorte, se mostra seguramente inverídico, já que a função jurisdicional típica do ente soberano está imiscuída ao Poder Judiciário¹²⁸.

Apresenta maior plausibilidade, no entender desta pesquisa, a visão de denegação de justiça adotada por Accioly, Silva e Casella (2008, p. 352), de que ela “refere-se apenas à matéria judicial, mas não inclui todas as possíveis violações do direito internacional ou dos compromissos internacionais do estado por atos de seus órgãos judiciários”. Sob esse prisma, a denegação de justiça está correlacionada a qualquer obstrução de direito, por parte do Estado, que venha a comprometer uma prestação jurisdicional justa e imparcial pelo Poder Judiciário e que viole as garantias mínimas do que Mello (2004, p. 535) define como um “mecanismo judiciário com funcionamento dentro de um standard internacional”.

A luz desse conceito tem-se que o Estado é responsável internacionalmente por sua falta de capacidade em assegurar certo grau de perfeição na administração da Justiça, o que, ao revés, não converge com a responsabilização estatal pelo simples resultado desfavorável de um processo judicial ao estrangeiro. Para que ocorra a denegação de justiça será necessário comprovar a negativa do Estado alienígena em dar ao estrangeiro acesso aos tribunais nacionais para proteger seus direitos, ou mesmo quando existir julgamento discriminatório a esse indivíduo em razão da sua condição de nacionalidade, dentre outras hipóteses elencadas por Del’Olmo (2006, p. 133):

[...] casos em que ao forasteiro se impede o acesso aos tribunais ou se lhe negam ou suprimem parcelas de direitos acessíveis aos nacionais. Outros exemplos seriam sentenças injustas ou discriminatórias, detenções arbitrárias ou prolongadas e execuções sem julgamento.

Cabe acrescentar a esse rol as antijuridicidades decorrentes do atraso injustificado no julgamento; da obstrução ao acesso às instâncias de base e aos tribunais; da grave deficiência na administração do processo judicial ou dos recursos a ele adstritos; da incapacidade do Estado assegurar as garantias que são consideradas indispensáveis à boa administração da justiça; e da ocorrência de um julgamento manifestamente injusto¹²⁹. Em uma tentativa de sistematizar essas circunstâncias que desencadeiam a responsabilização por denegação de justiça, Mello (2004, p. 535) agrupou-as em duas vertentes distintas:

¹²⁸ Em sentido contrário, a Doutrina de Heffter, para a qual os efeitos da denegação de justiça poderiam ser aplicados a todo ato legislativo ou decisão judicial/administrativa que ocasionasse evento danoso a terceiro alienígena (HEFFTER *apud* PEREIRA, 2000, p. 179).

¹²⁹ “O erro de um tribunal interno que não produza uma injustiça manifesta não constitui uma denegação de justiça” (BROWNIE, 1997, p. 554).

Este caso de responsabilidade ocorre quando existe uma denegação de justiça, que pode ser tomada em dois sentidos. Em sentido estrito, é quando o estrangeiro não tem acesso aos tribunais do Estado. Em sentido amplo abrange: a) o aparelho judiciário deficiente (ex: lentidão). b) a decisão judicial que for manifestamente injusta.

Apesar de ligeira desconformidade terminológica, as elucubrações acima também encontram guarida no entendimento de Accioly, Silva e Casella (2008, p. 352):

A denegação da justiça pode ser tomada em duas acepções: uma ampla e a outra restrita. Na primeira, é a recusa de aplicar a justiça ou de conceder a alguém o que lhe é devido. Na segunda, que é a idéia corrente em direito internacional, é a impossibilidade para determinado estrangeiro de obter justiça ou a reparação de ofensa perante os tribunais de outro estado.

Para os reputados autores, há um sentido amplo e um sentido restrito do conceito de denegação de justiça. O sentido amplo ocorre quando o Estado não fornece aos estrangeiros a devida prestação judiciária, ou porque não lhes permite o acesso aos tribunais internos, ou porque não possui tribunais adequados. O sentido restrito fica por conta dos casos em que os tribunais dos Estados não oferecem ao estrangeiro as garantias necessárias para a boa administração da justiça, como, por exemplo, na hipótese de negativa das autoridades judiciárias em conhecer demandas que os estrangeiros lhes submeteram por meios regulares e a cujo respeito tenham jurisdição, ou mesmo no acaso de as ditas autoridades se negarem a proferir decisões ou as retardarem obstinadamente.

Um tema delicado a ser enfrentado é a possibilidade de a parte prejudicada suscitar a denegação de justiça quando houver decisão judicial definitiva manifestamente injusta. Neste caso, para Accioly, Silva e Casella (2008, p. 353), somente restará configurada a denegação se a decisão atacada apresentar “caráter tão flagrantemente injusto e parcial, ou de tão evidente má-fé, que nenhum tribunal honesto a teria proferido ou só o poderia ter feito sob pressão externa”. Seriam hipóteses denegatórias em que o conteúdo da decisão careceria de análise para sinalizar a configuração de um ato lesivo ao estrangeiro.

Outro ponto controvertido acerca da conformação da denegação de justiça nos casos de julgados definitivos refere-se a verificar se as decisões flagrantemente errôneas podem constituir realmente uma denegação. Para Brownlie (1997, p. 555), “goza de autoridade a opinião de que um erro de Direito acompanhado de uma intenção discriminatória é uma violação do critério internacional”. De acordo com essa visão, a denegação de justiça consistiria em qualquer incapacidade do Estado de atingir um critério internacional de competência ao tratar do ato ilícito no âmbito de sua jurisdição territorial.

As respostas aos questionamentos aviltados encontram-se na aplicação do já referenciado critério do “mínimo internacional” aos ilícitos produzidos pelo Poder Judiciário,

uma vez que, no que concerne a uma atuação malsucedida de um tribunal nacional, será necessário fazer a distinção entre as ideias de erro judicial e de injustiça manifesta para averiguar a hipótese de denegação de justiça:

Não se deve, porém, confundir a injustiça manifesta com o simples erro. Evidentemente, ninguém poderá pretender que as decisões judiciais sejam infalíveis, mas se o erro cometido não representa injustiça palpável ou não constitui, em si mesmo, a violação de obrigação internacional, a responsabilidade do estado não será comprometida (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 353).

Destarte, se um tribunal comete erro de julgamento por mera interpretação equivocada de lei, mas procedeu de boa-fé e nos limites de sua competência, não haverá se cogitar, em princípio, a ocorrência da denegação de justiça. Esse raciocínio de nenhuma forma implica, todavia, na exclusão da responsabilidade estatal por esse ato do Poder Judiciário se incidente em qualquer das outras formas de responsabilização do Estado¹³⁰.

Para a ocorrência da denegação de justiça deverá haver, portanto, uma violação clara e inequívoca do Direito Internacional confirmada ou instituída por um tribunal de último grau de recurso, desde que esse exercício recursal tenha sido oportunizado ao estrangeiro e devidamente esgotado, em observância ao pressuposto de que todos os meios legais de impugnação ao ilícito já se esvaziaram. Deverá tal ação ou omissão estar eivada, ainda, de má-fé, discriminação ou pautada em um protecionismo tendencioso e nacionalista por parte desses tribunais, independentemente de o estrangeiro ter figurado no polo ativo ou passivo da demanda submetida à apreciação do Poder Judiciário¹³¹.

Mesmo porque, a partir do momento em que o direito do estrangeiro é ferido por meio do mais eficaz mecanismo de justiça e guarda das leis do Estado, o Poder Judiciário, estariam sendo violados, em *ultima ratio*, os próprios direitos humanos¹³² e contrariado extenso rol de tratados internacionais de cunho humanitário¹³³, o que legitimaria a atuação da sociedade internacional enquanto defensora de uma de suas normas imperativas: a proteção a direitos humanos.

É possível também afirmar que, no que se refere ao campo específico dos direitos humanos, o reconhecimento de que o Estado não pode fazer o que quiser com seus

¹³⁰ “Cada vez que exista contradição entre uma decisão pronunciada de forma regular e o Direito Internacional, a responsabilidade em que incorre o Estado não faz surgir a denegação de justiça, e sim de outra violação do Direito Internacional” (PEREIRA, 2000, pp. 180-181).

¹³¹ Nada obsta que os casos de denegação de justiça aconteçam em situações nas quais não tenha sido ajuizada qualquer ação pelo estrangeiro e sofra ele um processo manifestamente injusto por parte do Estado ou tenha proferida contra si uma sentença de cunho tendencioso e discriminatório. É o que a doutrina chama de denegação de justiça de forma inversa (PEREIRA, 2000, p. 181).

¹³² A essência dos direitos humanos, para Arendt (2007), estaria no direito do homem a ter direitos enquanto ser político.

¹³³ Para Trindade (1996, p. 216), “é possível que os órgãos de supervisão venham a ocupar-se, no exame dos casos concretos, e.g., de erros de fato ou de direito cometidos pelos tribunais internos, na medida em que tais erros pareçam ter resultado em violação de um dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos”.

cidadãos representa efetivamente uma recharacterização da soberania, com o reconhecimento de que é legítima a interferência da comunidade internacional em situações nas quais o Estado seja responsável por grandes violações, ou seu cúmplice (BIERRENBACH, 2011, p. 37).

Em sintonia com o pensamento anterior, Ramos (2008, p. 610) reafirma a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por denegação de justiça ante a consolidação de violações de direitos humanos em situações nas quais o Poder Judiciário nacional expede de modo tardio uma decisão, ou quando inexistente remédio judicial para a solução do litígio, ou quando o mérito da decisão judicial contrariar direitos internacionalmente assegurados ao indivíduo:

Assim, a responsabilização internacional por violação de direitos humanos pela conduta do Poder Judiciário pode ocorrer em duas hipóteses: quando a decisão judicial é *tardia ou inexistente* (no caso de ausência de remédio judicial) ou quando a decisão judicial é tida, no seu mérito, como violadora de direito protegido.

O tema merece, em sua feição prática, um aprofundamento pormenorizado neste estudo, o qual somente será disposto em capítulos específicos desta obra¹³⁴, bastando, por ora, considerar, tal qual afirmado por Zemumer (2007, p. 21), que os embates provocados na trajetória histórica da conquista dos direitos humanos ainda não cessaram, fazendo-se necessárias novas conquistas para melhorar a vida, no planeta global, de homens e mulheres, quer nacionais, quer estrangeiros.

3.3 Causas de exclusão de responsabilidade

Não há dúvida que todo ato ilícito, pautado na violação de uma obrigação internacional por parte do Estado, engendra a sua responsabilização em face da sociedade das nações. Apesar dessa premissa, há situações nas quais o Direito optou por tornar inoperante ou neutralizar essa obrigação primária de responsabilização estatal ao retirar de uma conduta, em princípio típica, o seu caráter de ilícito internacional, em virtude da própria descaracterização do elemento objetivo desse ato do Estado.

O assentamento dessa prospecção não retirou a existência de controvérsias na doutrina internacionalista acerca da correta natureza jurídica da exclusão aviltada: se voltada a excluir a ilicitude do ato impugnado ou se perfazedora da exclusão da própria responsabilidade estatal. Para a Comissão de Direito Internacional da ONU, trata-se de uma excludente de ilicitude que age sobre o elemento objetivo do ato gerador de responsabilidade

¹³⁴ Vide tópicos 4 e 5.

internacional¹³⁵. Para Arantes Neto (2008, pp. 97-98), cabe diferenciar, no entanto, as hipóteses em que a conduta do Estado é livre e voluntária das que o ilícito ocorre independentemente da vontade do Estado infrator, pois somente na segunda categoria, por ser impossível o cumprimento da obrigação pelo Estado agressor, haveria “uma verdadeira circunstância excludente de ilicitude, que eliminaria *ab initio* a possibilidade de responsabilização do Estado¹³⁶”.

Independente da nomenclatura adotada, fato é que não há qualquer negação doutrinária de que, a partir do momento em que o Direito Internacional exclui o elemento objetivo de uma conduta estatal inicialmente antijurídica, há, como consequência, a própria exclusão da natureza ilícita desse ato internacional, uma vez que, conforme já visto¹³⁷, a referida ilicitude, dentro da teoria da responsabilidade internacional do Estado, corresponde, *ipsis litteris*, ao elemento objetivo da teoria em questão.

Há, no entanto, certa tendência doutrinária em considerar que, ao se retirar um dos requisitos essenciais à configuração da responsabilidade internacional do Estado, está se desarticulando, de forma mediata e consequente, a própria responsabilidade estatal. Essencialmente porque haverá, com esse ato, a ausência de um pressuposto indispensável à consecução da responsabilização internacional, qual seja, o elemento objetivo. Desse modo, vige uma verdadeira sinonímia entre as nomenclaturas em debate, já que ambas se direcionarem à exclusão da responsabilidade do Estado com lastro na retirada do elemento objetivo (ilicitude) do ato impugnado. Razão essa que não faz duvidar que, ao menos em linhas práticas, tanto o termo exclusão de responsabilidade, quanto exclusão de ilicitude, soam apropriados e pertinentes ao caso.

Perpassadas essas considerações propedêuticas, resta elucidar, igualmente, que a ocorrência de uma situação que exclui dada obrigação internacional de um Estado não traz consigo o significado de que tal encargo deixou de existir. Exatamente porque, a teor da alínea *a* do art. 27 do Projeto da CDI, a exclusão da ilicitude de qualquer conduta estatal não tem o condão de apartar, em definitivo, a responsabilidade desse Estado por um ato que, ao rigor do Direito Internacional, beirou a antijuridicidade:

¹³⁵ Nesse sentido, vide o Capítulo V da Parte I do Projeto da CDI da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

¹³⁶ “Nos casos em que a conduta do Estado é voluntária, como o das contramedidas, o ilícito seria constituído – porque o comportamento do Estado estaria em contradição com a obrigação internacional –, mas não engendraria a responsabilidade do Estado porque, cumpridas certas condições, esse ato ilícito e voluntário é justificável e, por isso, circunstância que exclui a *responsabilidade*” (ARANTES NETO, 2008, p. 98).

¹³⁷ Vide tópico 2.6.1.

PRIE, Art. 27. Consequências de invocação de uma circunstância extinguindo a ilicitude.

A invocação de uma circunstância extinguindo a ilicitude, de acordo com este Capítulo, não prejudica:

a) o cumprimento da obrigação em questão, se e na medida que a circunstância excludente da ilicitude não mais exista.

Por esse fator, cabe esclarecer que o termo “exclusão de responsabilidade” deve ser tomado, nesse tópico, em sua acepção de suspensão da exigibilidade da obrigação internacional, e não num viés de extinção do encargo internacional. Para essa finalidade, a ideia da suspensão de responsabilidade estatal deve se firmar em face de uma situação fática que justifique o comportamento do ente político em contrariedade a um compromisso inauguralmente pactuado entre Estados.

Nesse lastro, tem-se que os efeitos das circunstâncias excludentes de responsabilidade são substancialmente desprovidos de qualquer viés terminativo, uma vez que, se assim o fosse, haveria a sobreveniência da plena cessação da obrigação dantes contraída pelo Estado, e não apenas a suspensão da obrigação internacional. Por força do caráter eminentemente suspensivo dessa isenção, a obrigação internacional em comento poderá voltar a ser oponível ao Estado quando a circunstância excludente deixar de existir, desde que esse fato possa ser comprovado ao tempo do pleito.

De outra monta, no que pertine às circunstâncias passíveis de exclusão da responsabilidade internacional do Estado, em espécie, merecem destaque as indicadas no Capítulo V da Parte I do Projeto da CDI da ONU (consentimento, legítima defesa, contramedidas, estado de necessidade, força maior e perigo extremo)¹³⁸, as quais, de acordo com Arantes Neto (2008, p. 97), podem ser agrupadas em duas categorias:

Duas categorias de circunstâncias excludentes da ilicitude podem ser identificadas em direito internacional. A primeira categoria exclui as circunstâncias em que a conduta do Estado infrator é irrelevante: o caso fortuito e a força maior, o estado de necessidade e o estado de perigo (*détresse* ou *distress*). Na segunda categoria, a conduta do Estado infrator contribui para a criação das circunstâncias especiais: trata-se do consentimento, das contra-medidas e da legítima defesa.

Em virtude de sua faceta didática e da melhor consecução de tal sistemática para o objeto precípua desse estudo, será adotado doravante, embora com restrições¹³⁹, o modelo

¹³⁸ Para Del’Olmo (2006, p. 140), ainda outras hipóteses de exclusão de ilicitude que não expressamente prestigiadas na codificação da CDI: a prescrição liberatória (não-exercício, durante determinado lapso temporal, do direito de reclamação pelo Estado vítima do ilícito); a renúncia (contrato particular pelo qual o estrangeiro compromete-se a não recorrer à proteção diplomática – Cláusula Calvo); e a culpa da vítima (ato do Estado lesado que, pela sua gravidade à condução do ilícito, retira a culpa do Estado agressor pela prática de ato que resultou em dano à vítima).

¹³⁹ Essas restrições se dão em relação às circunstâncias tuteladas pelo estado de necessidade. Diferentemente de Arantes Neto, entende-se que o estado de necessidade, ao menos no que concerne aos atos do Poder Judiciário, se configura como verdadeira conduta livre e voluntária do Estado infrator, e não como uma circunstância em que o ilícito ocorre independentemente de sua vontade.

preconizado por Arantes Neto como base para o tratamento das causas de exclusão da responsabilidade internacional, no que aplicáveis aos atos do Poder Judiciário.

3.3.1 Das circunstâncias em que a conduta do Estado é livre e voluntária: consentimento, legítima defesa, contramedidas e estado de necessidade

Antes de analisar as circunstâncias em que a conduta livre e voluntária do Estado infrator teria o condão de excluir a responsabilidade do sujeito estatal por atos ilícitos de seus tribunais internos, cabe tecer alguns comentários conceituais acerca desse rol de condutas que, embora pautadas em uma lesão direta de direitos por parte do Estado agressor, são apontadas pela doutrina especializada como excludentes gerais da responsabilidade internacional.

Nesse diapasão, a excludente do “consentimento” corresponde, de acordo com reconhecido costume internacional, a avaliação de determinada conduta ilícita de um Estado pelo outro ente político que foi prejudicado, em tese, por esse ato estrangeiro. Para a incidência da referida excludente deverão tais sujeitos ter celebrado um acordo prévio, válido e voluntário que torne inaplicável a obrigação originária à espécie, sendo necessário que o ato de concessão, além de não ter o poder de terminar ou modificar a obrigação pactuada, seja anterior ao ato consentido e que este, a seu turno, permaneça dentro dos limites da pactuação celebrada originalmente.

Em se tratando, todavia, de atos do Poder Judiciário, não parece razoável que essa regra geral de “consentimento” tenha a força de excluir a responsabilidade do Estado por mera pactuação preliminar acerca da não observância de quaisquer normas de Direito Internacional que assegurem um mínimo de julgamento justo ao estrangeiro. Essencialmente porque, em tais situações, estar-se-ia subjugando o estrangeiro a uma verdadeira denegação da justiça tutelada pelo seu próprio Estado nacional, o que viria, de forma cabal, ao encontro de normas superiores de Direitos Humanos fortemente tuteladas pela sociedade internacional, como os princípios do mínimo internacional e da dignidade da pessoa humana.

Nessa medida, corroboram a tese explicitada os princípios insculpidos nos arts. 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

DUDH, Art. 8. Toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

DUDH, Art. 10. Toda pessoa tem o direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

A sujeição da pessoa humana a arbitrariedades de tribunais estatais, ainda que consentidas, não tem a legitimidade, perante o Direito Internacional, de eximir a responsabilidade da soberania agressora por atos praticados pelo Poder Judiciário. Inclusive em função de o Projeto da CDI prescrever, em seu art. 48, *b*, que, nesses casos de denegação de Direitos Humanos, haverá a possibilidade de invocação da responsabilidade internacional do agente agressor por meio de um terceiro Estado, se omissos o Estado da nacionalidade da vítima e se a obrigação violada trouxer reflexos para a sociedade internacional¹⁴⁰.

No que tange, por sua vez, à excludente de “legítima defesa”, trata-se de uma verdadeira exceção ao princípio da proibição do uso da força no Direito Internacional, que se encontra consagrada, explicitamente, no art. 51 da Carta das Nações Unidas:

CONU, Art. 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacional.

Na busca por uma conceituação do instituto *in voga*, entende-se, a teor do artigo em comento, que a legítima defesa corresponde a um ato de irrisignação de dado sujeito estatal em face de uma atuação anterior de outro sujeito de DIP que, em sua ação armada, agrediu injustamente o direito da primeira soberania, tendo violado a paz e a segurança internacional. Com esse conceito, acaba por não existir a possibilidade de enquadramento da legítima defesa dentre as hipóteses de exclusão da ilicitude dos atos judiciais dos Estados consideradas como válidas pelo ordenamento jurídico.

O instituto em análise pressupõe, em essência, uma reação imediata e proporcional de defesa, no âmbito político-administrativo do Estado, e não judicial, a determinada agressão ou ataque ilícito de outra soberania. Uma vez pautado em retaliação bélica ou, na melhor das hipóteses, numa retaliação diplomática por parte do Estado agredido, não se coaduna com a concessão a esse sujeito estatal do poder de violação das garantias fundamentais de acesso ao Judiciário e de execução, por seus tribunais nacionais, dos tramites processuais regulares para as ações em que é parte o estrangeiro.

A fim de rechaçar, em definitivo, a viabilidade da inserção da legítima defesa no rol de causas excludentes da responsabilidade judiciária, ponderam Accioly, Silva e Casella (2008, p. 362) que mesmo na hipótese geral (retaliação armada imediata), a invocação da legítima defesa tem dado lugar a abusos provenientes da falta de um parâmetro preciso sobre

¹⁴⁰ O Estado do qual o estrangeiro injustiçado é nacional poderá ser responsabilizado, a exemplo, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por qualquer omissão ou consentimento expresso em prol da arbitrariedades que sofreu o seu nacional no estrangeiro. Para tanto, o indivíduo prejudicado poderá inclusive ingressar no sistema interamericano de proteção com reclamação própria contra seu Estado nacional.

as circunstâncias que caracterizariam tal excludente de ilicitude. Razão essa que tem o condão de tornar temerária, *per si*, qualquer aplicação mais concreta da excludente ventilada.

De outro norte, no que atine à excludente de “contramedidas”, cumpre assentar que se trata de reação de um Estado a qualquer violação prévia de obrigação internacional por outra soberania¹⁴¹, de sorte que, a teor do art. 49 do Projeto da CDI, somente poderia adotar contramedidas o Estado lesado que tiver por objetivo induzir o Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito a cumprir com suas respectivas obrigações. No mais, é válido notar os esclarecimentos de Mello (2004, pp. 539-540) acerca do instituto:

As contramedidas são fatos ilícitos e isto pode ser deduzido do fato de que elas figuram nas circunstâncias que excluem a responsabilidade do Estado. Elas são uma reação pacífica a uma medida anterior e derroga o direito. Elas só devem ser aplicadas quando há um fato ilícito prévio. [...] Elas devem ser proporcionais ao fato ilícito que as motiva e deve haver uma advertência prévia. [...] Elas têm uma função protetora (põe fim ao fato ilícito e apressa a solução pacífica do litígio), punitiva (é a reprovação ao ato ilícito) e reparatória (por exemplo, obriga o outro a reparar um ilícito).

Tal qual a legítima defesa, a excludente de contramedidas traz, em sua conduta, notório viés retributivo a um ato anterior eivado de ilegitimidade internacional. Com a diferença de que as contramedidas oferecem, de maneira suplementar, um leque causal mais amplo às retaliações do Estado lesado. Para o caso de ilícitos praticados por órgãos jurisdicionais, as contramedidas também não podem ser aplicadas às circunstâncias em que houver antijuridicidade em decorrência de ação ou omissão dos funcionários estatais. E, nesse caso, por explícita prescrição do art. 50 do Projeto da CDI:

PRIE, Art. 50. Obrigações não afetadas pelas contramedidas.

1. As contra-medidas não devem afetar:

- a) a obrigação de abster-se da ameaça ou uso de força como disposto na Carta da ONU;
- b) obrigações estabelecidas para a proteção de direitos humanos fundamentais;
- c) obrigações de caráter humanitário proibindo represálias;
- d) outras obrigações consoante as normas imperativas de Direito Internacional geral.

Tanto a alínea *b*, quanto a alínea *c* do reputado artigo impõem a não aplicação da excludente em questão aos ilícitos judiciais, já que, conforme sustentado, o acesso à Justiça e a um julgamento sem vícios de mérito e de legalidade são direitos assegurados ao estrangeiro por diversos regramentos internacionais¹⁴², os quais fazem de tais prerrogativas legítimas garantias de proteção aos direitos fundamentais do estrangeiro e, por consequência, constituem-nas como autênticas normas imperativas de Direito Internacional. Corrobora esse entendimento o raciocínio perfilhado, abaixo, por Arantes Neto (2008, p. 104):

¹⁴¹ Para Mello (2004, p. 539), são exemplos de contramedidas a suspensão ou denúncia de tratados, as represálias e a legítima defesa.

¹⁴² Vide tópico 3.2.1.

[...] atos dos Estados como as contramedidas ou a legítima defesa não devem ser usados como escusa, ou abusados, para que um Estado escape de obrigações decorrentes de normas imperativas de direito Internacional. Essa constatação decorre do próprio reconhecimento de um *status* especial para essa categoria de normas.

Esclarecida, assim, a impossibilidade das contramedidas servirem como um mecanismo de afastamento do ilícito judicial, passa-se a analisar a excludente de “estado de necessidade” enquanto a última das circunstâncias sujeitas a ato livre e volitivo do Estado carreadas no Capítulo V da Parte I do Projeto de Codificação da CDI. Pelo art. 25 desse normamento, são duas as condições para a ocorrência do estado de necessidade: (a) o interesse salvaguardado do Estado ser de caráter essencial e estar sob grave e iminente perigo¹⁴³ e (b) a conduta do Estado infrator deve ser o único meio de salvaguardar esse interesse essencial. Será necessário, também, que o Estado ameaçado não tenha contribuído para a ocorrência do estado de necessidade e nem tampouco o seu ato tenha prejudicado interesse essencial do Estado lesado.

Nessa linha, diferentemente das hipóteses dantes levantadas – em que há a necessidade de uma conduta prévia e volitiva por parte do Estado lesado para configurar a excludente de ilicitude –, no estado de necessidade vige, sem que haja qualquer atuação antecedente da vítima, um conflito irreconciliável entre um interesse essencial do Estado infrator e uma obrigação internacional por este contraída, de modo que, visando à preservação desse interesse essencial, o agente agressor opte, em nome do Estado, por violar a obrigação internacional em conflito.

Para Accioly, Silva e Casella (2008, p. 364), há o rechaçamento de qualquer aplicabilidade do instituto *in voga* na seara do Direito Internacional¹⁴⁴:

Em termos gerais, essa situação [estado de necessidade] é a de conflito entre os interesses próprios ou vitais de um estado e os direitos de outro ou outros estados. No caso, não se trata, como sucede na legítima defesa ou nas represálias, de reação contra ato injusto e sim, apenas, da ação egoística de um estado contra direitos de outro ou outros estados.

Pretendem os defensores da teoria da necessidade baseá-la no direito de conservação do estado, mas esquecem-se de que tal direito não é e nem pode ser absoluto [...]. O direito de um estado tem por limite os direitos dos demais membros da comunidade internacional.

Por expressa cominação do item 2, *a*, do art. 25 do Projeto da CDI, fica vedado ao Estado alegar a excludente estudada se “a obrigação internacional em questão excluir a possibilidade de invocar a necessidade” (ONU, 2001). Nesse passo, resta claro que o estado

¹⁴³ “[...] o estado de necessidade aponta para um perigo grave para o próprio Estado, o que, nesse sentido, o aproxima do instituto da legítima defesa” (ARANTES NETO, 2008, p. 103).

¹⁴⁴ Na mesma opinião, Del’Olmo (2006, p. 140): “[...] o estado de necessidade tem sua validade como circunstâncias que isentam a responsabilidade do Estado contestada pela maioria dos doutrinadores, posição na qual nos engajamos. [...] O estado de necessidade foi invocado por Hitler como excludente de responsabilidade, em 1941, quando invadiu a Bélgica, cuja neutralidade perpétua estava convencionada pela Alemanha”.

de necessidade não poderá incidir em face de uma norma imperativa de Direito Internacional Geral, tal qual ocorre, por exemplo, quanto ao direito do estrangeiro de ter um julgamento adequado¹⁴⁵. Fator o qual repercute na inaplicabilidade da excludente apontada aos atos dos tribunais nacionais.

Por todo o exposto, resta consignar que, no tocante às circunstâncias de exclusão de responsabilidade ora trabalhadas, caberá sujeitar tais ações livres e voluntárias do Estado ao “princípio da inaplicabilidade das circunstâncias excludentes de responsabilidade a atos contrários ao *jus cogens*” (ARANTES NETO, 2008, p. 105). Essencialmente porque, além das vedações relacionadas às hipóteses de exclusão já explanadas, há expresso normativo internacional, fincado no art. 26 do Projeto da CDI, que prescreve a desconsideração de tais excludentes em certos domínios do Direito Internacional, dentre os quais as normas imperativas de DIP que rezam pela proteção do estrangeiro.

Nesse ensejo, em se reconhecendo o direito do estrangeiro de ser julgado de forma justa e de acordo com os padrões mínimos de Direito Internacional enquanto categoria normativa de valor hierárquico superior (norma cogente), fica robustecido o entendimento de que, no ordenamento internacional, não há qualquer possibilidade de exclusão de responsabilidade do Estado agressor que por ato voluntário ingira na proteção dos Direitos Humanos¹⁴⁶, eis que será indiferente ao Direito Internacional o fato de, na circunstância efetiva, ter havido uma prévia ação lesiva por parte do Estado paciente a incitar o ilícito ou de ter ocorrido um consentimento a esse ilícito por parte do Estado mediatamente lesado.

3.3.2 Das circunstâncias em que o ilícito ocorre independentemente da vontade do Estado: força maior, caso fortuito e perigo extremo

Para os casos de condutas internacionais que, embora aparentemente ilícitas, independam da vontade do Estado infrator, tem-se que a exclusão da ilicitude poderá sobrevir se fundada a sua antijuridicidade numa força irresistível ou num evento danoso imprevisto. Regra essa que se sustenta no princípio de que, ao menos para os casos gerais de responsabilização estatal, tais ilícitos alheios ao controle do Estado teriam a benesse de isentar os sujeitos infratores de qualquer imputabilidade internacional, por se entender que o

¹⁴⁵ “[...] o problema do estado de necessidade é que há uma norma de ‘jus cogens’ que proíbe o recurso à força” (MELLO, 2004, p 540).

¹⁴⁶ Para Arantes Neto (2008, p. 106), essa “solução do art. 26 evidencia a crescente afirmação das normas primárias imperativas e de um regime de proteção da ordem pública no direito internacional contemporâneo”.

resultado prático dessas excludentes tornaria materialmente impossível o adimplemento da obrigação internacional por parte daquele ente agressor.

A fim de avaliar a viabilidade da aplicação dessas excludentes de responsabilidade aos ilícitos praticados pelos tribunais dos Estados, necessária se faz a adoção da sistemática introduzida no tópico anterior para o exame individualizado das espécies de exclusão que independem de ato volitivo do Estado infrator. De início, cumpre enfatizar que o art. 23 do Projeto de Codificação da CDI institui, sob o título de “força maior”, tanto o conceito jurídico de caso fortuito, quanto o de força maior propriamente (PEREIRA, 2000; ARANTES NETO, 2008). Situação essa que não se trata de um acaso, já que ambas as hipóteses de exclusão indicadas designam condutas estatais contíguas e desprovidas do elemento do livre-arbítrio.

Nesse contexto, o gênero força maior pode ser conceituado como o acontecimento de uma força irresistível (força maior) ou de um acontecimento imprevisível (caso fortuito) superiores ao exercício de controle do Estado, o que torna materialmente impossível o cumprimento da obrigação internacional. Tornam-se indispensáveis para a sua configuração os requisitos da irresistibilidade, da imprevisibilidade e da exterior motricidade. Assim, desde que configurados esses requisitos, não é possível antever qualquer óbice à aplicação da força maior como mecanismo de exclusão da ilicitude dos atos jurisdicionais, quer porque os elementos de configuração da força maior demonstram a total impossibilidade de se exigir do Estado uma conduta diversa no caso concreto, quer porque a própria Codificação da CDI não estipulou vedações práticas à incidência dessa excludente nos atos dos tribunais dos países.

Com base nesse estorvo, pugna-se pela total inaplicabilidade da norma do art. 26 da Codificação da CDI¹⁴⁷ à hipótese em comento, uma vez que, apesar das garantias do devido processo legal e do acesso ao Judiciário terem inegavelmente caráter imperativo, há, no caso da força maior, a ausência de uma conduta livre e voluntária do Estado em prol da denegação desses direitos ao estrangeiro. Faz-se válido, nesse entendimento, perfilhar-se à doutrina encabeçada por Arantes Neto (2008, pp. 105-106):

[...] nas hipóteses de caso fortuito e força maior, circunstância exteriores tornam materialmente impossível o adimplemento da obrigação pelo Estado. Aplicada a esses casos, a norma do art. 26, por um lado, carece de utilidade, já que não promove o cumprimento de obrigação decorrente de norma imperativa (o Estado violará a obrigação a despeito de sua intenção de cumpri-la).

Subsistem, assim, exemplos práticos nos quais a responsabilidade do Estado pode ser excluída por ilícitos judiciais subjugados à força maior. São os casos de enchentes, incêndios,

¹⁴⁷ PRIE, art. 26. Cumprimento de normas imperativas. Nada neste Capítulo exclui a ilicitude de qualquer ato de um Estado que não esteja em conformidade com uma obrigação que surja de uma norma imperativa de Direito Internacional geral.

abalos sísmicos ou outras catástrofes naturais que suspendam o regular processamento do feito do estrangeiro ou dificultem o seu acesso aos tribunais de um Estado e, ainda, os casos de greve, guerra, insurreição ou outros atos humanos imprevisíveis que impeçam o regular funcionamento do aparato judicial. Conjectura essa que, embora vedando, momentaneamente, o acesso do estrangeiro a uma Justiça regular, não podem ocasionar, até mesmo por preceitos de razoabilidade e proporcionalidade, uma maior responsabilização do ente soberano por um evento danoso que sequer adveio de sua vontade ou previsão.

Existem, de modo assecuratório, limites legais a essa não responsabilização estatal¹⁴⁸. Dentre eles a imposição de que haja um mínimo de tratamento equitativo entre estrangeiro e nacional na circunstância concreta, de modo a evitar que o instituto da força maior seja utilizado como um mecanismo de discriminação do não-nacional. Outra hipótese possível de configuração dessa excludente é a prova de que o Estado não contribuiu, com sua conduta, para que a situação ilícita fosse produzida, por exercício comissivo explícito ou pela assunção do risco de sua ocorrência.

Cabe enfatizar que a mera dificuldade na consecução da obrigação internacional por parte dos tribunais dos Estados não é motivo suficiente à configuração da excludente:

No caso *Rainbow Warrior* (1990), o tribunal arbitral frisou que uma circunstância que torna o cumprimento da obrigação simplesmente mais difícil ou mais oneroso não cumpre o requisito da impossibilidade material e absoluta exigido pela força maior (ARANTES NETO, 2008, pp. 101-102).

No que se refere, por sua vez, à excludente de “perigo extremo”, é imperioso colacionar a distinção feita por Mello (2004, p. 504) entre o instituto e as hipóteses de caso fortuito e força maior:

Gutiérrez Espada faz as seguintes distinções: a) na força maior os órgãos que representam o Estado sofrem uma força irresistível que independe de sua vontade e os conduzem à violação do DI; b) na caso fortuito o Estado não tem meios para tomar precauções a fim de evitar a violação do DI. Gilles Cottureau neste caso afirma que a circunstâncias são tais em que o Estado não se apercebe de que pratica um ilícito; c) no perigo extremo o Estado viola o DI com a finalidade de evitar uma tragédia para ele.

Se as hipóteses de caso fortuito e força maior requerem uma impossibilidade material ou absoluta de cumprir a obrigação internacional, a hipótese de perigo extremo¹⁴⁹ requer uma impossibilidade relativa de adimplemento, já que, neste caso, embora vigore uma questão de ordem humanitária, o agente agressor não estará agindo, propriamente, de forma involuntária,

¹⁴⁸ “[...] o Estado tem uma obrigação moral e/ou de comportamento que em muitos dos casos deve vir à tona, evitando-se, assim, o uso freqüente da força maior” (PEREIRA, 2000, p. 359).

¹⁴⁹ Também chamado pela doutrina de estado de perigo, *détresse* ou *distress*.

mas sim terá sucedido uma neutralização da sua liberdade de escolha em função da situação de perigo que enfrenta no caso concreto.

Na hipótese de perigo extremo, há, portanto, uma situação de risco extraordinário na qual se digladiam dois direitos fundamentais: salvar a vida de um funcionário ou de pessoa sob a guarda do Estado, violando obrigação internacional, ou respeitar a obrigação internacional, sacrificando a vida daqueles indivíduos. Não há dúvida que, pelos direitos em choque e em concordância com o princípio da proporcionalidade, deve prevalecer, *in casu*, o direito à vida do funcionário ou do protegido do Estado em detrimento de qualquer outro direito pleiteado pelo estrangeiro junto ao Estado alienígena. Ressalva que deverá ser elidida se o direito do estrangeiro ameaçado for de igual magnitude ao defendido pelo ente público ou se a situação de perigo for devida à conduta exclusiva do Estado que a invoque.

Nesse viés, não obstante a essencialidade dos direitos do devido processo legal, do livre acesso ao Judiciário e do julgamento materialmente justo, tais direitos não terão força suficiente a rebater o direito magno à vida se configurada a excludente de perigo extremo. Razão pela qual o mesmo deve ser aceito como causa de exclusão de responsabilidade por ato judicial, sob pena de fustigar os Direitos Humanos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2016).

Ante todo o exposto, entende-se que as circunstâncias em que o ilícito internacional ocorre sem nenhuma possibilidade de configuração da vontade do Estado infrator, tais condutas têm a autoridade de excluir a ilicitude dos atos estatais inicialmente ilícitos. Exatamente em função desses sujeitos de DIP estarem impossibilitados de cumprir, ainda que naquele momento, as suas obrigações internacionais por fator de magnitude extraordinária e/ou exterior ao seu consentimento. Ademais, uma vez superada essa situação excepcional que impossibilita o cumprimento da obrigação internacional pelo Estado, deverá o mesmo cumpri-la de imediato, sob pena de responsabilização.

Em advindo qualquer perda material ao estrangeiro no período de vigência das excludentes aventadas, caberá, por força da alínea *b* do art. 27 do Projeto da CDI, a reparação patrimonial correspondente, sem configurar, no entanto, a hipótese sublinhada em consequências mais gravosas ao Estado infrator dentro do Direito Internacional.

4 A DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E O DIREITO DO ESTRANGEIRO

A ideia de denegação de justiça está intimamente ligada, conforme observado no capítulo anterior, à vedação pelo Estado do acesso formal ou material de seus tribunais ao estrangeiro. Essa atuação estatal descompromissada para com o não-nacional vem a desencadear um tratamento notoriamente discriminatório à pessoa humana pela sua simples condição de origem e nacionalidade, bem como a comprometer toda uma prestação jurisdicional justa e imparcial pelo Poder Judiciário, repercutindo em afronta à garantia mínima do que Mello (2004, p. 535) define como “mecanismo judiciário com funcionamento dentro de um standard internacional”.

Para Del’Olmo (2006, p. 133), a denegação de justiça ao estrangeiro é ato passível de responsabilização internacional e pode ser tomada como:

Normalmente a responsabilidade atribuível ao Judiciário reside na denegação da justiça, que ocorre quando o aparelho judiciário não cumpre sua finalidade, em prejuízo a estrangeiro. São casos em que ao forasteiro se impede o acesso aos tribunais ou se lhe negam ou suprimem parcelas de direitos acessíveis aos nacionais. Outros exemplos seriam sentenças injustas ou discriminatórias, detenções arbitrárias ou prolongadas e execuções sem julgamento.

Com o posicionamento supra alinhavado, é possível depreender que a denegação de justiça tem por aporte conceitual cercear ao estrangeiro o acesso aos meios regulares de jurisdição. Quer por não existir na legislação interna do Estado o devido processo legal para a proteção dos direitos que se alegue tenham sido violados; quer por não se permitir a quem teve um direito infringido o acesso aos recursos da jurisdição interna ou impedir o direito de esgotá-los; quer em razão da existência de julgamento flagrantemente prejudicial ao estrangeiro, no seu conteúdo, com a inobservância de tratados internacionais ou normas protetivas internas¹⁵⁰.

Em todos esses casos, a prolação de decisões prejudiciais ao estrangeiro se dá, como regra, pela quebra do tratamento isonômico a ele dispensado pelo Poder Judiciário em comparação com o nacional, em razão da adoção de critérios denegatórios com base na origem e nacionalidade da parte. Por essa razão, tem-se por válido, ao estudar a denegação de justiça na praxe estatal, identificar, primeiramente, quem é a pessoa estrangeira a que o Estado está privando garantias e direitos humanos no seu exercício jurisdicional, bem como quais são essas

¹⁵⁰ De acordo com o art. 46, 2, da CADH, a apresentação de petição ou comunicação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sequer precisa observar os requisitos de esgotamento dos recursos da jurisdição interna e de apresentação da peça dentro do prazo de seis meses se houver denegação de justiça, como nos casos de “a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; “b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”.

possíveis prerrogativas de índole protetiva ao não-nacional nas demandas judiciais em função da sua especial condição de vulnerabilidade e em defesa de direitos universais.

4.1 A pessoa do estrangeiro: conceito e inserção na realidade brasileira

Em uma concepção precipuamente linguística, estrangeira é a pessoa que não possui a nacionalidade do país em que se encontra em determinado momento histórico. Trata-se o termo “estrangeiro” de um vocábulo que tem na palavra francesa *étranger* a sua origem imediata, a qual deriva, por sua vez, do termo francês *étrange* (*estrange* até o século XII), cuja ascendência mais remota alude ao adjetivo latino *extraneus*, que significa estranho, de fora, do exterior (HOUAISS, 2009, p. 368).

No contexto social, estrangeiro é o indivíduo proveniente de outro país que pode estar no território nacional em caráter provisório, como visitante ou turista, ou em caráter permanente, como o imigrante. Já sob um enfoque jurídico, é importante desmistificar quem é essa pessoa a que se busca tutelar com o instituto da responsabilidade internacional, assim como entender o porquê de tantas preocupações com a defesa dos direitos de um indivíduo que sequer faz parte da estrutura do Estado transgressor. Essas indagações, ao que parece, encontram resposta em considerações como a de Tibúrcio (2014, p. 116):

A determinação da nacionalidade permite definir quem são os estrangeiros. Considera-se estrangeiro, relativamente a um dado Estado, o indivíduo que, por força de lei, não é considerado seu nacional. Trata-se, portanto, de uma definição a *contrario sensu*, o que leva à conclusão de que apátrida, por exemplo, será sempre um estrangeiro, onde quer que esteja. Duas consequências se apresentam: primeiramente a importância do conceito de nacionalidade relativamente à definição de estrangeiro; e, em segundo lugar, o óbvio, porém despercebido, fato de que qualquer indivíduo é um estrangeiro fora do país de sua nacionalidade. Dessa forma, é importante notar que, se a condição de estrangeiro é aplicável a qualquer um de nós, não se pode admitir, em sua definição, qualquer elemento de conotação inerentemente inferior.

Estrangeiro, portanto, em uma construção jurídico-social, é a pessoa humana que não apresenta a nacionalidade do Estado em que está inserida geograficamente ou cuja referência de nacionalidade não converge, em uma perspectiva normativa, com a concedida aos cidadãos pátrios. Nesse sentido, a definição de estrangeiro será sempre um conceito relativo e dado por exclusão. Variará conforme os critérios de definição de nacionalidade presentes em cada Estado, observada a relação existente entre a pessoa estrangeira e cada uma das soberanias consideradas individualmente. Até mesmo em razão desse vínculo jurídico-político que une uma pessoa natural a um Estado nacional ser objeto de regulação, primariamente, do direito

interno¹⁵¹, conforme insculpido nos arts. 1 e 2 da Convenção da Haia concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade, de 1930¹⁵²:

CCLN, Art. 1. Cabe a cada Estado determinar por sua legislação os seus nacionais. Esta legislação deve ser aceita por outros Estados, desde que seja coerente com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente aceitos em relação à nacionalidade.

Artigo 2. Qualquer dúvida sobre se um indivíduo tem a nacionalidade de um Estado deve ser resolvida de acordo com a lei desse Estado¹⁵³.

Arelado a esse aspecto, subsiste a percepção de que cada indivíduo, ainda que detentor de nacionalidade, será sempre um forasteiro sob a perspectiva do ordenamento jurídico de outra soberania, pois, em relação aos territórios em que não nascera (critério *jus soli*) ou não tivera a nacionalidade de seus ascendentes reconhecida (critério *jus sanguinis*), será tido, provavelmente, como estrangeiro¹⁵⁴. Campagnolo, aliás, encampa a noção de que essa assimilação do conceito de estrangeiro se mostra indispensável ao desenvolvimento do Direito Internacional e à observância do próprio critério de soberania:

Minha noção de desenvolvimento do direito internacional como *assimilação progressiva do estrangeiro ao cidadão* é e pode ser somente o corolário de minhas noções de direito, de Estado e de direito internacional, porque ‘o desenvolvimento de qualquer objeto deve efetuar-se segundo os elementos essenciais desse mesmo objeto; e tais são, sob esse aspecto o cidadão e o estrangeiro considerados nas suas recíprocas relações. Consequentemente, os critérios segundo os quais o desenvolvimento do direito internacional é geralmente concebido, como colocação da guerra fora da lei, e como emancipação internacional do indivíduo, remetem-se, em última instância, à limitação da soberania do Estado (KELSEN; CAMPAGNOLO, 2002, p. 108).

A soberania é, pois, o elemento político desta sociedade politicamente organizada denominada Estado, que é dotada de um território, de um povo e de objetivos determinados¹⁵⁵. O povo é o elemento humano desta composição estatal, que corresponde a

¹⁵¹ Nesse sentido, Portela (2015, pp. 287-288), para quem “a definição da concessão da nacionalidade pelo Estado é ato soberano, e cabe exclusivamente a cada ente estatal definir as normas que pautarão a atribuição da respectiva nacionalidade e, em alguns casos, decidir discricionariamente acerca de sua obtenção pelos indivíduos, não cabendo a nenhum outro Estado interferir a respeito”.

¹⁵² Convenção ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 21.798, em 6 de setembro de 1932.

¹⁵³ Tradução livre de: “*Article premier. Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. Article 2. Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un État doit être résolue conformément à la législation de cet État*” (BRASIL, 1932).

¹⁵⁴ “Ante toda a explanação acerca do plano da nacionalidade, determina-se, portanto, a condição de estrangeiro por exclusão. Assim sendo, estrangeiros são todos aqueles indivíduos que habitando o território de um determinado Estado não pertencem a ele, em oposição ao nacional que é aquele que pertence ao estado por ter nascido no território deste ou ser filho daquele que as leis do Estado consideram como sendo seu nacional” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 361).

¹⁵⁵ “Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades” (SILVA, 2017, pp. 97-98).

um liame estabelecido entre os indivíduos e o Estado-nação e, por isso mesmo, os sujeitos que desenvolvem esse vínculo jurídico são denominados nacionais, em contraponto àqueles que não o detêm, nominados de estrangeiros. Esses parâmetros preservam, embora com a necessária atualização terminológica, os mesmos mecanismos de conformação do Estado presentes desde a Convenção sobre os Direitos e Deveres do Estado, de 1933¹⁵⁶, a qual prescreve em seu art. 1:

CDDE, Art. 1. O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos.
I. População permanente.
II. Território determinado.
III. Governo.
IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados.

Essa mesma Convenção que fixa o povo como requisito inarredável do Estado, ainda que sob a hoje antiquada nomenclatura de população, é clara ao instituir, em seu art. 9, que o exercício da jurisdição estatal no seu território se aplica a todos os habitantes, indistintamente, cabendo a nacionais e estrangeiros a mesma proteção legislativa e garantias por parte das autoridades locais:

CDDE, Art. 9. A jurisdição dos Estados, dentro dos limites do território nacional, aplica-se a todos os habitantes. Os nacionais e estrangeiros encontram-se sob a mesma proteção da legislação e das autoridades nacionais e os estrangeiros não poderão pretender direitos diferentes, nem mais extensos que os dos nacionais.

Assim, resta patente a interação entre os conceitos de nacionalidade e soberania para a fixação do conceito de estrangeiro, bem como para a demarcação dos direitos desse não-nacional no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, a soberania, enquanto elemento político, não deve servir como impedimento ao exercício da proteção de direitos humanos ao estrangeiro (já que a ele devem ser asseguradas as mesmas garantias legislativas do nacional), mas sim como um referencial à ideia de nacionalidade e a seus estatutos correlatos, à luz da Constituição brasileira e da Lei nº. 13.445/2017, nominada de Lei de Migração, cuja vigência fora iniciada recentemente, em 25 de novembro de 2017¹⁵⁷.

Pela Constituição brasileira, estão previstos, normativamente, os requisitos para o reconhecimento da qualidade de nacional brasileiro, sob a alcunha dos chamados direitos de nacionalidade, os quais instituem quem pode ser considerado brasileiro nato ou naturalizado¹⁵⁸. A Carta Constitucional, embora não traga o conceito de estrangeiro, resguarda

¹⁵⁶ Convenção ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 1.570, em 13 de setembro de 1937.

¹⁵⁷ O art. 125 da Lei nº. 13.445/2017 estabelece que “Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial”, a qual se deu no DOU de 25.5.2017.

¹⁵⁸ De acordo com o art. 12 da CRFB, são brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

o direito fundamental de igualdade entre estrangeiros e brasileiros perante a lei (CRFB, art. 5, *caput*), o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1, III), a prevalência dos direitos humanos enquanto princípio que rege o Brasil em suas relações internacionais (CRFB, art. 4, II) e o objetivo fundamental do Estado de promover o bem de todos sem preconceitos de origem e outras formas de discriminação (CRFB, art. 3, IV).

A Lei de Migração dispõe, a seu turno, sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no país e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas relacionadas ao emigrante, conforme dicção do seu art. 1. Assim como a lei revogada (Lei nº. 6.815/1980), não traz qualquer referência, em seu texto, ao conceito de estrangeiro e ainda comete o lapso de não instituir sequer o conceito de migrante¹⁵⁹. Nada obstante, a Lei nº. 13.445/2017, no que pertine à matéria, traz importante diferenciação entre nomenclaturas como imigrante e visitante:

Lei nº. 13.445/2017, Art. 1 [...].

§ 1 Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; [...]

V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

O imigrante corresponde, em síntese, ao estrangeiro que tem por objetivo se estabelecer temporária ou definitivamente no Brasil, ao passo que o visitante corresponde ao estrangeiro que vem a território nacional para estadas de curta duração, sem o *animus* de se estabelecer. Essa distinção não implica, todavia, qualquer diferenciação quanto ao cerceamento de direitos humanos a esses não-nacionais, sendo assegurados, na ordem interna, direitos fundamentais indistintos a estrangeiros residentes ou não em solo brasileiro¹⁶⁰. Existe

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

¹⁵⁹ A Lei de Migração não traz, em seu texto, o conceito de migrante, embora o mesmo estivesse previsto no art. 1, § 1, I do Projeto de Lei originário. O texto em questão foi vetado pelo Presidente da República, a teor da Mensagem 163, de 24 de maio de 2017, sob o argumento de que o dispositivo estabelecia “conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo 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” (BRASIL, 2017).

¹⁶⁰ Nesse sentido é o posicionamento do STF: “o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a

tão-somente dissidência no estabelecimento de requisitos temporais para a estada no Brasil e na imposição de condições formais para tanto, como a exigência de visto de visita¹⁶¹ para ingresso em território pátrio e a vedação ao exercício de atividade remunerada para o estrangeiro visitante¹⁶².

No que se refere especificamente aos estrangeiros visitantes, importa relembrar o seu significativo incremento numérico, no Brasil, nos últimos 5 (cinco) anos. Eventos de aporte internacional como a Copa das Confederações FIFA (2013), a Copa do Mundo FIFA (2014), os Jogos da XXXI Olimpíadas de Verão (2016) e os Jogos Paralímpicos (2016) levaram a um intenso fluxo de turistas para o território nacional, representando, apesar da sua transitoriedade, uma considerável alteração do contingente de não-nacionais sujeitos à proteção de seus direitos essenciais pelo Estado brasileiro, inclusive junto às vias judiciais.

Indicadores divulgados pela Polícia Federal no ano de 2014, correspondentes ao período em que realizada a Copa do Mundo FIFA no Brasil¹⁶³, informam que quase 700.000 (setecentos mil) estrangeiros ingressaram em território brasileiro no mês de junho de 2014, o que representa um acréscimo de 131% de migrantes em relação ao mesmo período do ano anterior, o qual já contava com o significativo número de 298.000 (duzentas e noventa e oito mil) pessoas vindas de outros países para, entre outros lazeres, assistirem à Copa das Confederações FIFA (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014).

Dados referentes ao ano de 2016, divulgados pela Prefeitura do Rio de Janeiro e pelo Governo Federal (G1, 2016), atestam o ingresso de 410.000 (quatrocentos e dez mil) turistas estrangeiros no Rio de Janeiro/RJ no período dos Jogos da XXXI Olimpíadas de Verão. Destes, 17% vieram dos Estados Unidos, 12% da Argentina e 7% da Alemanha, sendo estes os Estados com o maior envio de nacionais no período do evento. Ademais, mesmo no ano anterior, que não foi alvo de grandes eventos esportivos no Brasil, os dados colhidos pela Polícia Federal apresentam o número de 117.745 (cento e dezessete mil, setecentos e quarenta e cinco) estrangeiros que ultrapassaram as fronteiras brasileiras (G1, 2016).

No que se refere aos estrangeiros imigrantes, é válido ressaltar que ao lado da tendência sazonal de crescimento referenciada acima, há também a migração de pessoas em situação de vulnerabilidade, que entram no território nacional com *animus* de definitividade e

qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado” (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008).

¹⁶¹ Lei nº. 13.445/2017, art. 13. O visto de visita poderá ser concedido ao visitante que venha ao Brasil para estada de curta duração, sem intenção de estabelecer residência, nos seguintes casos: I - turismo; II - negócios; III - trânsito; IV - atividades artísticas ou desportivas; e V - outras hipóteses definidas em regulamento.

¹⁶² Lei nº. 13.445/2017, art. 13, § 1. É vedado ao beneficiário de visto de visita exercer atividade remunerada no Brasil.

¹⁶³ A Copa do Mundo FIFA 2014 teve a sua abertura em 12/06/2014 e encerramento em 13/07/2014.

em busca de oportunidade de vida. A maior visibilidade internacional do Brasil, ao capitanear ações como a Missão de Paz das Nações Unidas no Haiti¹⁶⁴, geraram o incremento desse fluxo migratório para as terras brasileiras. Segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2017), entre os anos de 2013 e 2016, houve 84.994 (oitenta e quatro mil, novecentos e noventa e quatro) solicitações de refúgio ao Brasil. Destes, 64.135 (sessenta e quatro mil, cento e trinta e cinco) eram haitianos, correspondendo a um total de 75,46% dos casos protocolados¹⁶⁵.

Esse êxodo de estrangeiros, em especial de refugiados, é fato recorrente no atual contexto mundial e traz reflexos também para o Brasil¹⁶⁶. Trata-se de população que necessita da proteção de todos os Estados ante a sua especial condição e, por isso mesmo, possui direitos próprios, disciplinados em textos internacionais como a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, de 1967. Ainda mais se levado em consideração que desde meados da década de 2010 está em curso a maior crise de refugiados vivida na história, a qual tem como um de seus pilares fundamentais a grave violação de direitos humanos na Guerra Civil na Síria¹⁶⁷.

Como parte da resposta brasileira a essa grave crise humanitária, houve a edição da Resolução Normativa nº. 17 do CONARE, no ano de 2013, instituindo a política de “portas abertas”, a qual foi prorrogada, em 2015, até 23 de setembro de 2017. Por essa política, havia a concessão de visto especial de caráter humanitário aos cidadãos sírios, em específico, a fim

¹⁶⁴ A Missão de Paz da ONU no Haiti possui, tecnicamente, o nome de Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti (MINUSTAH), sendo criada pelo Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução nº. 154, de 30 de abril de 2004, na qual foi estabelecida a ação internacional naquele país por um período inicial de 6 (seis) meses, renováveis, que contaria com componentes civis e militares em cooperação com a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Comunidade do Caribe (CARICOM) e outras organizações, e cuja atuação se daria providenciando um ambiente seguro e estável, favorável aos direitos humanos, e dando suporte ao processo político no Haiti (ONU, 2014).

¹⁶⁵ Com a instituição do Despacho Conjunto do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e do Departamento de Migrações, 43.871 haitianos tiveram a sua situação migratória regularizada a partir de 2015, tendo as suas solicitações de refúgio sido arquivadas (BRASIL, 2017).

¹⁶⁶ Segundo dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, houve, em 2016, aumento de 12% no número total de refugiados reconhecidos no país (BRASIL, 2017).

¹⁶⁷ Em março de 2011, adolescentes que haviam pintado mensagens revolucionárias no muro de uma escola em Deraa, foram presos e torturados pelas forças de segurança do governo Bashar al-Assad. O fato provocou protestos por mais liberdade no país, inspirados na Primavera Árabe. Os manifestantes pediam a saída de Assad e a resposta do governo foi sufocar divergências. Em julho de 2011, milhares de pessoas saíram às ruas em todo o país exigindo a saída de Assad. Na medida em que os levantes de oposição aumentavam, se intensificava a resposta violenta do regime. Simpatizantes do grupo antigoverno começaram a pegar em armas para se defender e expulsar as forças de segurança de suas regiões. Assad prometeu esmagar o levante e restaurar o controle do Estado. A violência rapidamente aumentou no país: grupos rebeldes se reuniram em brigadas para combater as forças oficiais e retomar o controle das cidades e vilarejos. Em 2012, os enfrentamentos chegaram à capital, Damasco, e à cidade de Aleppo. O conflito já havia se transformado em mais que uma batalha entre aqueles que apoiavam Assad e os que se opunham a ele. Adquiriu contornos de guerra sectária entre a maioria sunita do país e xiitas alauítas, o braço a que pertence o presidente. Esse fato arrastou as potências regionais e internacionais para o conflito, conferindo-lhe outra dimensão. Em junho de 2013, as Nações Unidas informaram que o saldo de mortos na guerra civil já chegava a 90 mil pessoas (BBC, 2017).

de facilitar a sua entrada no Brasil. Segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2017), foram deferidas, no ano de 2016, 326 (trezentas e vinte e seis) solicitações de refúgio a nacionais sírios dentre os 391 (trezentos e noventa e um) pedidos protocolados, sendo a Síria o país que mais teve nacionais com pedido de refúgio aceito no Brasil naquele ano.

A questão da definição da condição de estrangeiro e a defesa de seus direitos se faz imperiosa no Brasil, ainda, em razão de os países da África enviarem, historicamente, número significativo de refugiados para o território nacional¹⁶⁸ e de a América do Sul ter passado por crise democrática recente em diversos Estados, como Paraguai¹⁶⁹, Bolívia¹⁷⁰ e Venezuela¹⁷¹, o que se reflete em uma maciça entrada de estrangeiros em solo pátrio na busca por trabalho, renda e dignidade. Tudo somado ao fato de que existem diversos estrangeiros desses países que bem podem ser configurados na qualidade de residentes fronteiriços, os quais embora não se constituam em imigrantes propriamente ditos, são nacionais de Estados limítrofes que conservam a sua residência habitual em município vizinho ao Brasil (Lei nº. 13.445/2017, art. 1, IV) e estabelecem relações regulares dentro do território nacional.

Ao que se percebe, a pessoa do estrangeiro e as migrações não são temas distantes da realidade brasileira. Estão presentes na pessoa do visitante e do imigrante, que realizam, em termos geográficos, sua migração para as terras do Brasil. Afinal, o povo brasileiro é conhecido mundialmente por sua alegria, por sua hospitalidade e por ser, historicamente, uma gente miscigenada, multicultural e sabedora dos problemas sociais a sua volta e, por isso mesmo, tendente a ajudar a quem precisa. Essa receptividade do nacional foi bem definida por Holanda (1995, p. 147) como característica do “homem cordial”, ao afirmar que “[...] A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro”.

¹⁶⁸ Em dados oficiais do Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2017), somente no ano de 2016, houve, no Brasil, 1.353 pedidos de refúgio oriundos de nacionais angolanos, 382 de congoleses, 326 de nigerianos, 251 de senegaleses, 190 de guineenses e 155 de ganenses.

¹⁶⁹ Em 2012, houve a destituição de Fernando Lugo da presidência do Paraguai, no contexto de uma crise político-institucional interna que resultou em *impeachment* e no isolamento político daquele país em relação à maioria das nações latino-americanas, sendo uma de suas consequências práticas a suspensão do país do MERCOSUL e da UNASUL (O GLOBO, 2012).

¹⁷⁰ Os bolivianos mantiveram, no ano de 2015, o segundo lugar no ranking de imigrantes para o Brasil, atrás apenas dos haitianos. Foram 8.407 registros naquele ano, o que representa uma queda de 32% em relação aos dados de 2011, quando 12.465 bolivianos entraram no Brasil (G1, 2016).

¹⁷¹ “A crise na Venezuela levou 52 mil cidadãos a pedir refúgio em outros países, até o primeiro semestre deste ano, informou o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur). Em seis meses, o número quase dobrou. Até o ano passado, eram 27 mil pedidos em todo o mundo. O Brasil concentra o segundo maior número de solicitações de refúgio de venezuelanos, 12.960 pedidos em tramitação, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, com 18,3 mil solicitações” (EBC, 2017).

Resta observar, no decorrer deste estudo, se os estrangeiros, que além dos imigrantes e dos visitantes, compreendem também o refugiado, o residente fronteiriço, o asilado¹⁷², o apátrida¹⁷³ e os agentes diplomáticos e consulares¹⁷⁴, tem pelo Estado brasileiro, no seu exercício jurisdicional, um tratamento tão afável quanto o apregoado por Holanda (1995). Esse descortinamento passa pela análise indispensável dos direitos do estrangeiro previstos nos tratados internacionais em que o Brasil é parte, sendo irrelevante se as prerrogativas a esse forasteiro foram adquiridos ante a sua especial condição ou se pela necessidade de resguardo da sua dignidade enquanto ser humano.

4.2 O direito do estrangeiro nas normas internacionais

Existe uma gama significativa de direitos do estrangeiro prevista nos tratados internacionais comuns e nos tratados internacionais de direitos humanos, e mesmo nas normas internas brasileiras. Se considerado, ainda, conforme aduz Mendes e Branco (2015, p.173), que “há direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana”, a esse grupo inicial podem ser somadas inúmeros outros direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a propriedade, a segurança e o acesso à justiça.

Dentre os princípios e garantias instituídos ao não-nacional no direito interno brasileiro pela Lei nº 13.445/2017, encontram-se alguns importantes direitos reconhecidos a essa população estrangeira:

- Lei nº. 13.445/2017, Art. 4. Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:
- I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
 - II - direito à liberdade de circulação em território nacional;
 - III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
 - IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
 - V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
 - VI - direito de reunião para fins pacíficos;
 - VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;

¹⁷² Previsto para pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos, nos termos do art. 1 da Convenção sobre Asilo Diplomático, de 1954, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº. 42.628, de 1957.

¹⁷³ Lei nº. 13.445/2017, art. 1, § 1, VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

¹⁷⁴ Sobre o tema, vide a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963).

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;

XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

XIV - direito a abertura de conta bancária;

XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

Os direitos e garantias acima previstos, de acordo com o parágrafo primeiro deste mesmo art. 4, serão exercidos em observância ao disposto na Constituição brasileira, independentemente da situação migratória, não excluindo outros decorrentes de tratados que o Brasil seja parte. Soma-se a esse comando o fato de que a política migratória nacional, a teor do art. 3 da Lei de Migração, traz entre os seus princípios e diretrizes a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos (inc. I), bem como o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação (inc. II), a não criminalização da migração (inc. III), a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares (inc. IX) e a observância ao disposto em tratado (inc. XVIII).

Tanto as garantias concedidas ao estrangeiro, quanto a política nacional para o migrante, reconhecem que os tratados internacionais são fonte legítima e necessária para o resguardo dos direitos do não-nacional. Dessa sorte, importa observar, neste tópico, quais comandos internacionais são voltados à proteção do estrangeiro dentro do recorte proposto para a pesquisa. Trata-se de um importante exercício de catalogação e sistematização de dispositivos legais que servirão como aparato normativo para verificar se os tribunais brasileiros aplicam direitos e garantias ao estrangeiro com o resguardo de sua isonomia em face dos nacionais e se preservam garantias processuais relacionadas à especial condição de vulnerabilidade do cidadão de outra soberania.

O primeiro documento internacional vigente no Brasil que garante direitos ao estrangeiro é a Convenção de Havana sobre os Estrangeiros, promulgada pelo Decreto nº. 18.956, de 22 de outubro de 1929. Esse tratado internacional prescreve, em seu art. 2, que “os estrangeiros estão sujeitos, assim como os nacionais, à jurisdição e às leis locais, observando

as limitações estipuladas nas convenções e tratados¹⁷⁵ (BRASIL, 1929) e confere ao Estado certas obrigações de tratamento ao não-nacional:

CE, Art. 5. Os Estados devem conceber aos estrangeiros domiciliados ou transitórios no seu território todas as garantias individuais que reconhecem em favor de seus próprios nacionais e o gozo de direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que diz respeito aos estrangeiros, dos requisitos legais relativos à extensão e modalidades do exercício dos referidos direitos e garantias¹⁷⁶.

A Convenção em referência é clara quanto a assegurar uma isonomia de tratamento entre o nacional e o não-nacional, independentemente do fato desse estrangeiro ser domiciliado no Brasil ou estar em trânsito pelo território nacional, assegurando-lhe todas as garantias individuais e os direitos civis essenciais. Premissa essa que, conforme se verá, é partilhada por quase a integralidade dos tratados internacionais que versam sobre o tema.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assegura, a seu turno, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, devendo agir uns para com os outros em espírito de fraternidade (art. 1). A Declaração acrescenta, ainda, que todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades por ela proclamados sem distinção de raça, cor, língua ou outra, de origem nacional ou social, de nascimento ou de qualquer outra situação, não cabendo a feitura de nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade do indivíduo (art. 2).

Após reafirmar esse direito de todos a igualdade, a Declaração Universal passa a instruir, nos arts. 7 a 11, algumas de suas mais importantes garantias judiciais:

DUDH, Art. 7. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Art. 8. Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 9. Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Art. 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Art. 11. 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2. Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.

¹⁷⁵ Tradução livre de: “*Los extranjeros están sujetos, tanto como los nacionales, a la jurisdicción y leyes locales, observando las limitaciones estipuladas en las convenciones y tratados*”.

¹⁷⁶ Tradução livre de: “*Los Estados deben reconocer a los extranjeros domiciliados o transeúntes en su territorio todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio, en cuanto concierne a los extranjeros, de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías*”.

São garantias ao estrangeiro a igualdade de direitos com os nacionais perante a lei, com idêntica proteção e sem qualquer tipo de discriminação; o acesso efetivo à jurisdição estatal por violação de direitos; a impossibilidade de prisão arbitrária; o julgamento por tribunal imparcial, com publicidade e igualdade, em causas embasadas pelo Direito; a presunção de inocência até a comprovação de culpa, por processo público, com todas as garantias de defesa; a não condenação com base em ato não delituoso frente ao direito interno ou internacional; e a não imputação de pena mais grave em relação a do momento em que o ato foi praticado. Complementa esse raciocínio o primado da Declaração de que toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciadas no seu texto (art. 28).

Ainda no cenário do sistema internacional de proteção à pessoa humana, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966¹⁷⁷, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966¹⁷⁸, prescrevem o respeito e a garantia, pelos Estados, do direito de não discriminação por motivo de raça, cor, língua, origem nacional, nascimento ou qualquer condição a todos os indivíduos situados em seu território e sob a sua jurisdição (PIDCP, art. 2, 1 e PIDESC, art. 2, 2)¹⁷⁹.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reafirma que todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça, tendo o direito de serem ouvidas publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (art. 14, 1). Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma a sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (art. 14, 2) e terá direito a garantias mínimas, tais quais:

PIDCP, Art. 14. [...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

- a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
- b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
- c) De ser julgado sem dilações indevidas;
- d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

¹⁷⁷ Ratificado pelo Brasil em 6 de julho de 1992, através do Decreto nº. 592.

¹⁷⁸ Ratificado pelo Brasil em 6 de julho de 1992, através do Decreto nº. 591.

¹⁷⁹ O PIDCP também prescreve, em seu art. 26, que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, língua, origem nacional, nascimento ou qualquer outra situação.

- e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
- f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
- g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Dentre essas garantias mínimas orquestradas no Pacto estão a de o estrangeiro ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ele formulada (art. 14, 3, *a*) e de ser assistido gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento (art. 14, 3, *f*). Em caso de condenação sem a verificação desses requisitos, caberá a anulação posterior da sentença em razão da existência de erro judicial comprovado, sobrevindo, segundo o art. 14, 6 desse tratado, a indenização da pessoa que sofrera a pena indevida, salvo se ficar provado que a ela é possível imputar, total ou parcialmente, a não revelação em tempo útil dos fatos desconhecidos acerca da sua nacionalidade.

Na esfera criminal, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ainda disciplina direitos ao estrangeiro em seu art. 9, como: não ser preso ou encarcerado arbitrariamente; não ser privado de liberdade salvo por motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos; ser informado das razões da prisão e notificado, sem demora, das acusações formuladas; ser conduzido, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei, tendo o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posto em liberdade; e o direito a recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Pelo Pacto Internacional, a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra (art. 9, 3), mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento do indivíduo à audiência, bem como a todos os atos do processo e a execução da sentença. De acordo com o Pacto, toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito a recorrer da sentença condenatória a uma instância superior (art. 14, 5) e ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual (art. 11). O estrangeiro também não poderá ser expulso arbitrariamente do território do Estado em que se encontra, em desconformidade com a lei:

PIDCP, Art. 13

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

Ao lado da impossibilidade de expulsão arbitrária, o Estado será obrigado, para fins de proteção ao estrangeiro, a instituir legislação que proíba qualquer apologia de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência (art. 20, 2). Esse dever de não discriminação, mesmo em diplomas com temas mais pontuais, como refúgio e asilo, é preservado em face da necessidade de proteção integral ao direito do estrangeiro. Na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951¹⁸⁰, por exemplo, o art. 3 estabelece que os Estados aplicarão as disposições daquela Convenção aos refugiados sem discriminação quanto a raça, religião ou país de origem e ainda dispõe:

CER, Art. 16 - Direito de estar em juízo. 1. Qualquer refugiado terá, no território dos Estados Contratantes, livre e fácil acesso aos tribunais. 2. No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional, no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e a isenção da cautio judicatum solvi. 3. Nos Estados Contratantes outros que não o que tem sua residência habitual, e no que concerne às questões mencionadas no parágrafo 2, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional do país no qual tem sua residência habitual.

O direito de o refugiado estar em juízo agrega garantias como o livre e fácil acesso dessa população aos tribunais nacionais, bem como a igualdade de tratamento nas demandas judiciais em relação aos nacionais, com direito a assistência jurídica e a isenção de custas processuais. Indiferente à qualidade de ingresso desses refugiados no país, o art. 31 da Convenção assegura a todos o direito a não criminalização, inclusive se aplicando esse corolário a estada e trânsito irregular dentro das fronteiras estatais, cabendo, outrossim, a concessão de prazo razoável para a regularização:

CER, Art. 31 - Refugiados em situação irregular no país de refúgio.
1. Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.
2. Os Estados Contratantes não aplicarão aos deslocamentos de tais refugiados outras restrições que não as necessárias; essas restrições serão aplicadas somente enquanto o estatuto desses refugiados no país de refúgio não houver sido regularizado ou eles não houverem obtido admissão em outro país. À vista desta última admissão os Estados Contratantes concederão a esses refugiados um prazo razoável, assim como todas as facilidades necessárias.

No caso do asilo, a Convenção sobre Asilo Diplomático, de 1954¹⁸¹, e a Convenção sobre Asilo Territorial, de 1954¹⁸², indicam que o asilado é o estrangeiro perseguido por motivos ou delitos políticos (CAD, art. I) e que, embora não tenha direito objetivo ao asilo

¹⁸⁰ Ratificada pelo Brasil em 28 de janeiro de 1961, através do Decreto nº 50.215.

¹⁸¹ Ratificada pelo Brasil em 13 de novembro de 1957, através do Decreto nº. 42.628.

¹⁸² Ratificada pelo Brasil em 19 de abril de 1965, através do Decreto nº. 55.929.

(CAD, art. II), caso haja concessão discricionária pelo Estado asilante¹⁸³, deverá ser respeitada essa dação pelo Estado de origem, mesmo porque nenhum Estado é obrigado a entregar a outra nação ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos (CAT, art. III), em razão das garantias ao estrangeiro trazidas pelo Estado asilante de não correr perigo de vida e ter liberdade, integridade e segurança respeitados.

Outro tratado internacional que traz, ainda que de maneira reflexa, garantia aos estrangeiros é a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963¹⁸⁴. Dentre os dispositivos protetivos destacáveis nessa Convenção, muitos se dão como efeito do próprio exercício das funções consulares pelo Estado, como, por exemplo, proteger os interesses de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional (art. 5, *a*), prestar ajuda e assistência a seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas (art. 5, *e*), comunicar decisões judiciais e extrajudiciais (art. 5, *j*) e, destacadamente:

CRC, Art. 5 [...]

i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil;

A Convenção sobre Relações Consulares traz também, em seu art. 36, um primado de garantias aplicáveis a qualquer estrangeiro no estabelecimento das comunicações oficiais com o seu Estado natal, cumprindo destacar:

CRC, Art. 36. Comunicação com os nacionais do Estado que envia.

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: [...]

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

¹⁸³ Pelo art. V da Convenção sobre Asilo Diplomático, o asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança.

¹⁸⁴ Ratificada pelo Brasil em 27 de julho de 1967, através do Decreto nº. 61.078.

Importantes garantias judiciais como a comunicação da prisão do estrangeiro ao seu respectivo consulado; a possibilidade de endereçamento de uma comunicação pelo estrangeiro detido à repartição consular do seu país; o direito ao recebimento de visita do representante consular no cárcere; e a defesa em processo judicial via consulado são preconizadas na Convenção em destaque, solidificando a aplicação do instituto da assistência consular ao elemento humano, que é o requisito constitutivo de um Estado.

Em âmbito regional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, repisou, em seu art. II, o direito a igualdade previsto nos diplomas anteriores, aduzindo que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direitos e deveres, sem distinção de raça, língua, ou qualquer outra. No âmbito da tutela das garantias judiciais, a Declaração Americana não destoou dos demais diplomas internacionais, estabelecendo;

DADDH, Art. XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Art. XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil. Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Art. XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade.

Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Por força da Declaração Americana, são direitos do estrangeiro a possibilidade de acionar os tribunais nacionais para a defesa de direitos; o recurso a um processo célere contra atos de autoridades públicas; a impossibilidade de ser privado de sua liberdade em circunstâncias não previstas em lei; a impossibilidade de prisão civil; a presunção de inocência; a colocação em liberdade em razão da protelação injustificada de julgamento; o tratamento humano durante o tempo de cárcere; o direito de ser ouvido de forma imparcial e pública; e a vedação a penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969¹⁸⁵, apresenta normas com inquestionável cogência ao Brasil que determinam importantes direitos aos estrangeiros como as garantias judiciais, a liberdade pessoal, a legalidade, o direito a indenização, a nacionalidade, a livre circulação, a fixação de residência, a igualdade perante a lei e a

¹⁸⁵ Ratificada pelo Brasil em 6 de novembro de 1992, através do Decreto nº. 678.

proteção judicial. Dentre esses direitos, cabe destacar, a princípio, aqueles voltados a tutelar a liberdade do indivíduo:

CADH, Art. 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Assim como outros diplomas internacionais vistos, a Convenção Americana reafirma que ninguém pode ser privado de sua liberdade salvo nas causas e condições previamente fixadas, não cabendo a prisão arbitrária, nem, como regra, a prisão por dívidas. Acrescenta que é direito de todo ser humano ser informado das razões da sua prisão, bem como ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz e ainda ser posto em liberdade caso o julgamento não se dê dentro de um prazo razoável, podendo, nesse caso, condicionar-se a liberação a garantias que assegurem o comparecimento em Juízo. O estrangeiro privado da sua liberdade tem o direito de recorrer a um tribunal competente, impondo-se a sua soltura no caso de detenção ilegal.

No que se refere às garantias judiciais, a Convenção Americana ratifica que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil. O acusado tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, sendo válida apenas a confissão feita sem coação de nenhuma natureza e durante o processo, que deverá ser público e não poderá ser objeto de reapreciação pelos mesmos fatos. Para a Convenção, todo estrangeiro preserva o direito de ter, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas:

CADH, Art. 8. Garantias judiciais [...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Dentre as garantias judiciais carreadas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, salta aos olhos o direito do estrangeiro ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete se não compreender ou falar o idioma do tribunal, como mecanismo de resguardo de outras prerrogativas previstas na própria Convenção, como a igualdade, a liberdade e a ausência de tratamento discriminatório. Trata-se de uma aplicação prática da igualdade material prevista em axiomas como o de que “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (CADH, art. 24).

Ao estrangeiro também é assegurado não ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não eram configuradas como delituosas e tampouco se pode impor a ele pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito (art. 9). Se depois da consumação do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o estrangeiro deverá por isso ser beneficiado e, em caso de condenação por erro judiciário em sentença transitada em julgado, terá direito a ser indenizado (art. 10).

São, igualmente, direitos do estrangeiro: não ser privado arbitrariamente de sua nacionalidade ou do direito de mudá-la (art. 20); buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos (art. 22, 7); circular no território em que se encontra ou nele residir, desde que se ache legalmente no Estado (art. 22, 1)¹⁸⁶; não ser expulso do território em que se ache legalmente, salvo em cumprimento a decisão judicial adotada de acordo com a lei (art. 22, 6)¹⁸⁷; não ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não o de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal

¹⁸⁶ O art. 22, itens 3 e 4 da CADH restringe, todavia, o direito a livre circulação para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das pessoas, assim como a restrição de acesso a zonas determinadas por motivo de interesse público.

¹⁸⁷ O art. 22, 9 da CADH também veda a expulsão coletiva de estrangeiros.

esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas (art. 22, 8).

No Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988¹⁸⁸, conhecido como Protocolo de San Salvador, mais uma vez é renovada a obrigação de o Estado garantir a não discriminação a qualquer pessoa, incluso o estrangeiro, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (art. 3). Esse preceito, conforme exaustivamente visto, é alvo de replicação em praticamente todos os tratados internacionais que asseguram direitos ao estrangeiro enquanto sujeito humano.

4.3 O direito do estrangeiro e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro

A simples condição de pessoa humana, conforme assentado, concede ao jurisdicionado, ainda que estrangeiro, uma gama de direitos que ultrapassam a mera possibilidade de acionamento do Poder Judiciário e que se reverberam sobre diversos aspectos da vida civil. Há direitos consagrados em tratados internacionais, tal qual observado, que se voltam a tutelar tanto a busca por um tratamento igualitário ao estrangeiro, sem preconceitos ou discriminação em face do nacional, quanto visam a resguardar essa sua especial qualidade de sujeito que está sob o manto de outra soberania e que precisa responder ou pleitear uma demanda em um ordenamento jurídico alienígena.

Em um cenário ideal, o Estado deve assegurar ao estrangeiro o gozo desses direitos e garantias individuais de acesso à justiça no plano interno, em todas as instâncias do Poder Judiciário, a fim de preservar cânones como o mínimo internacional e critérios como o do tratamento nacional, enquanto reflexos dos compromissos assumidos por aquele ente estatal junto à sociedade internacional. Ao estrangeiro caberá o exercício pleno dos direitos de ação e de defesa nas controvérsias em que for parte, com todo o aparato substancial a elas correlato, seguindo os padrões previstos em documentos internacionais e os requisitos de procedibilidade firmados na legislação interna, desde que estes não se mostrem denegatórios ao migrante a ponto de ensejar a responsabilização internacional.

Assim como os demais Estados, o Brasil não pode desconsiderar essa lógica protetiva no seu exercício jurisdicional. Nem mesmo pode se abster de cumprir compromissos

¹⁸⁸ Ratificado pelo Brasil em 30 de dezembro de 1999, através do Decreto nº. 3.321.

internacionais por si firmados de maneira regular¹⁸⁹. Razões essas que conduzem esta etapa da pesquisa a averiguar, precisamente, se os critérios que estruturam o direito do estrangeiro no plano internacional, como a garantia de um tratamento não discriminatório e o resguardo da condição especial de não-nacional, encontram-se consagrados na jurisprudência brasileira e se os tribunais nacionais que atuam com a análise precípua de normas de tratados internacionais as aplicam em processos que envolvem estrangeiros.

4.3.1 Definição do marco normativo para escolha dos julgados

Para melhor subsidiar uma pesquisa dedicada à análise de decisões judiciais que versam sobre o direito do estrangeiro no vasto sistema jurídico brasileiro, fez-se necessário promover um recorte metodológico inicial a fim de tornar possível a execução desse mister. Como o propósito desta investigação é examinar o trato dos tribunais pátrios, em seu conjunto, com o direito do estrangeiro, optou-se por selecionar, à luz dessa premissa e com base em critérios normativos, os órgãos do Poder Judiciário contemplados no art. 92 da Constituição brasileira¹⁹⁰ que melhor se ativessem a essa missão.

Foram eleitos, preliminarmente, o Superior Tribunal de Justiça (art. 92, II, da CRFB) e os Tribunais Regionais Federais (art. 92, III, da CRFB) como parâmetros de pesquisa, quer por apresentarem abrangência nacional, quer por terem competência originária para lidar com situações que envolvam estrangeiros e tratados internacionais em que o Brasil seja parte¹⁹¹. Trata-se de tribunais que também apresentam uma correlação institucional e processual lógica, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça é composto por um terço de juízes oriundos dos Tribunais Regionais Federais (art. 104, parágrafo único, II, da CRFB) e detém competência de instância revisora das decisões da Justiça Federal¹⁹².

Conforme dicção da própria Constituição brasileira, em seu art. 105, o Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, originariamente ou a título recursal, algumas das atribuições centrais que abarcam as lides envolvendo estrangeiros:

¹⁸⁹ CVDT, art. 18. Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

¹⁹⁰ CRFB, art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹⁹¹ Vide, nesse sentido, o art. 105, III, a e o art. 109, II, III, V e X da CRFB.

¹⁹² Vide, nesse sentido, o art. 105, II, a e b e III da CRFB.

CRFB, Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente: [...]

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; [...]

É da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras¹⁹³ e a concessão de *exequatur*. É de sua competência recursal julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem parte Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e município ou pessoa domiciliada no país, de outro, bem como julgar, em recurso especial, decisão que contrariar tratado ou lhe negar vigência. Ainda é da atribuição daquela Corte ser a esfera recursal dos Tribunais Regionais Federais em *habeas corpus*, mandados de segurança e outras demandas que versem sobre leis federais protetivas ao estrangeiro.

Ante esse expressivo rol de competências, é notório que esta pesquisa não conseguiria alcançar os seus objetivos centrais sem uma análise detida das decisões do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar a sua compatibilidade com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em prol do estrangeiro. Contudo, levando-se em consideração a rica atuação recursal desse tribunal, em especial na reapreciação de demandas oriundas dos Tribunais Regionais Federais (art. 105, II, *a* e *b*, e III da CRFB), torna-se necessária a suplementação do campo de investigação para examinar, também, os julgados do segundo grau de jurisdição, com o propósito de entender, em sua gênese, a *ratio decidendi* das decisões que abordam o direito do estrangeiro.

¹⁹³ Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência originária para homologar sentenças estrangeiras no Brasil fora transferida do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça. Enquanto detentor da hegemonia na análise desses casos homologatórios no território nacional, o STJ instituiu, através de norma regimental, a competência privativa do seu Presidente para decidir esse tipo de demanda (RISTJ, art. 216-A). Entretanto, caso a parte requerida venha a apresentar contestação ao pedido homologatório, essa competência se desloca para a Corte Especial (RISTJ, art. 216-K), com a consequente designação, por sorteio, do Ministro Relator responsável pela instrução do processo e por apresentá-lo na sessão de julgamento. Exceção haverá, no entanto, se o Relator, constando haver jurisprudência consolidada da Corte Especial a respeito do tema, julgar a questão monocraticamente, conforme lhe faculta o parágrafo único do art. 216-K do RISTJ.

Mesmo porque o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado, com a edição da Súmula nº 7, que o reexame de provas e a análise fática de controvérsias não podem ser realizados no âmbito de sua competência recursal¹⁹⁴. Posicionamento esse que reafirma a necessidade de conhecer a jurisprudência dos órgãos com estrutura hierárquica inferior para ter acesso completo ao conteúdo das demandas e às suas razões de decidir, através do qual é possível verificar o cerne da controvérsia e a existência, ou não, de atuação denegatória por parte do Poder Judiciário. Afinal, algumas demandas, com os atravesamentos do sistema processual nacional, exaurem-se, prematuramente, com a apreciação de um Tribunal Regional Federal, não chegando sequer ao conhecimento da Corte Superior.

A competência dos Tribunais Regionais Federais para apreciarem controvérsias relevantes à preservação do direito do estrangeiro está contemplada no art. 108 da Constituição brasileira. Dentre as hipóteses previstas no texto constitucional, cabe destacar aquelas que dialogam com as atribuições do Superior Tribunal de Justiça (juízo *ad quem*) e com a dos Juízes Federais de base (juízo *a quo*):

CRFB, Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente: [...]

c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal; [...]

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

É perceptível que em se tratando de decisões em mandados de segurança ou de *habeas corpus* denegatórias ao estrangeiro, proferidos por magistrado federal, surge a competência originária dos Tribunais Regionais Federais para a sua apreciação (art. 108, I, *b* e *c*, da CRFB) e a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça para esses mesmos pleitos após a avaliação da Justiça Federal de segundo grau (art. 105, II, *a* e *b*, da CRFB), demonstrando a interligação e as razões normativas da escolha dessas Cortes para o desenvolvimento desta pesquisa. Situação essa similar à relação existente entre a competência dos Tribunais Regionais Federais para analisarem, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais em primeiro grau (art. 108, II, da CRFB).

Nesse sentir, a relevância do enfoque dado aos julgados da Justiça Federal para este estudo ultrapassa o vislumbre das competências originárias dos Tribunais Regionais Federais, uma vez que a sua atuação recursal traz um importante caráter revisional aos atos praticados pelos Juízes Federais no desempenho de suas funções processuais, que por força do art. 109

¹⁹⁴ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula nº. 7 do STJ).

da Constituição brasileira, lidam com causas que tratam diretamente da concessão de direitos aos estrangeiros:

- CRFB, Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]
- II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
 - III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; [...]
 - V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
 - V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; [...]
 - VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;
 - VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
 - IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
 - X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

Temas importantes como os crimes de ingresso ou permanência irregular do estrangeiro, os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, as causas relacionadas à nacionalidade, os *habeas corpus* e mandados de segurança contra ato de autoridade federal, as causas relativas a direitos humanos objeto do incidente de deslocamento de competência¹⁹⁵, e mesmo as causas envolvendo Estado estrangeiro e município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil são objeto da competência da Justiça Federal e, portanto, servem de marco normativo para definir a metodologia empregada nesta pesquisa para a escolha de julgados.

Nada obstante, sabe-se que, de acordo com o art. 27, § 6, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁹⁶ e o item I da Resolução nº. 1/1988 do extinto Tribunal Federal de Recursos¹⁹⁷, são 5 (cinco) o número de Tribunais Regionais Federais no Brasil, os quais

¹⁹⁵ CRFB, art. 109, § 5 Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

¹⁹⁶ ADCT, art. 27, § 6 Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica.

¹⁹⁷ Resolução nº. 1/1988 do TFR: "I - OS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS, criados pelo art. 27 § 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, terão suas sedes e jurisdição estabelecidas segundo as seguintes regiões: a - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, com sede em BRASÍLIA e jurisdição sobre o DISTRITO FEDERAL e os Estados do ACRE, AMAPÁ, AMAZONAS, BAHIA, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MINAS GERAIS, PARÁ, PIAUÍ, RONDONIA, RORAIMA e TOCANTINS; b – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO, com sede na cidade do RIO DE JANEIRO e jurisdição sobre os Estados do RIO DE JANEIRO e ESPÍRITO SANTO; c – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, com sede na cidade de SÃO PAULO e jurisdição sobre os Estados de SÃO PAULO e MATO GROSSO DO SUL; d – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO, com sede na cidade de PORTO ALEGRE e jurisdição sobre os Estados do RIO GRANDE DO SUL, PARANÁ e SANTA CATARINA; e – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO,

correspondem à divisão de competência da Justiça Federal no território nacional: o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede em Brasília/DF; o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com sede no Rio de Janeiro/RJ; o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede em São Paulo/SP; o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre/RS; e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife/PE.

Com a preocupação de desenvolver um recorte ainda mais frutífero para a análise intentada, optou-se por restringir, a título de amostragem, o exame das decisões da Justiça Federal aos julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por três motivos essenciais:

a) Critério geográfico: em comparação com as demais Regiões, a 1ª Região é a que agrega, conforme item I, *a*, da Resolução nº. 1/1988, o maior número de Estados da Federação e, com isso, presume-se ser aquela que melhor reflita, de maneira uniforme, o tratamento da Justiça brasileira para com o estrangeiro. Das 27 (vinte e sete) unidades federativas, 14 (catorze) estão sob a alçada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quais sejam, o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

b) Critério histórico: desde o ressurgimento da Justiça Federal no Brasil, sob a égide da Constituição de 1946, o que hoje corresponde à subdivisão em Regiões, com os Tribunais Regionais Federais respectivos, estava sob o manto recursal de um único tribunal, o Tribunal Federal de Recursos, com sede em Brasília/DF, o qual pode ser considerado uma construção embrionária da Corte da 1ª Região¹⁹⁸. Por ser o tribunal mais antigo do sistema federal e do qual derivaram, originariamente, os demais, a sua escolha como paradigma mostra-se um critério válido ante a sua consolidação primária.

c) O critério acadêmico: a pesquisa em foco foi desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, o qual tem como requisito para a sua produção científica a aplicação do estudo desenvolvido e a compilação de seus impactos no cenário local¹⁹⁹. O Estado do Maranhão, sede do referido programa de mestrado acadêmico, encontra-se na área de abrangência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, contando com Seção Judiciária própria, o que também justifica a escolha por essa amostragem.

com sede na cidade de RECIFE e jurisdição sobre os Estados de PERNAMBUCO, ALAGOAS, CEARÁ, PARAÍBA, RIO GRANDE DO NORTE e SERGIPE”.

¹⁹⁸ Segundo o Conselho da Justiça Federal, “os Tribunais Regionais Federais foram instalados em 30/03/89, como a segunda instância da Justiça Federal, em substituição ao extinto Tribunal Federal de Recursos. A jurisdição e sede desses Tribunais foram previstas pela Resolução n.1, de 06/10/88, do Tribunal Federal de Recursos” (CJF, 2017).

¹⁹⁹ RIPPDIR/UFMA, art. 12, § 5.

Quanto a esse último critério, importa observar que a opção do pesquisador se deu em favor do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Justiça Federal), e não do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (Justiça Estadual) em razão, primeiramente, da competência constitucional deste último órgão jurisdicional não se dar para o trato prioritário com questões que envolvem a condição de estrangeiro da parte. E embora o exercício revisional dos julgados da Corte maranhense também seja de atribuição do Superior Tribunal de Justiça, a verdade é que a Justiça Estadual possui competência apenas residual para o trato com demandas que envolvem estrangeiros, o que se reflete na diminuta quantidade de julgados sobre o tema em sua jurisprudência²⁰⁰.

Somado aos parâmetros normativos, tem-se, assim, que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o Superior Tribunal de Justiça são, dentro do recorte proposto, os que melhor refletem a política da Justiça brasileira para com o estrangeiro, por apresentarem o maior número de demandas em que a qualidade de não-nacional é um dos pontos fulcrais do litígio. Essa construção pode ser verificada com base na Figura 1, a qual indica o número de julgados de cada um dos tribunais integrantes da Justiça Comum que exercem a sua competência no Estado do Maranhão:

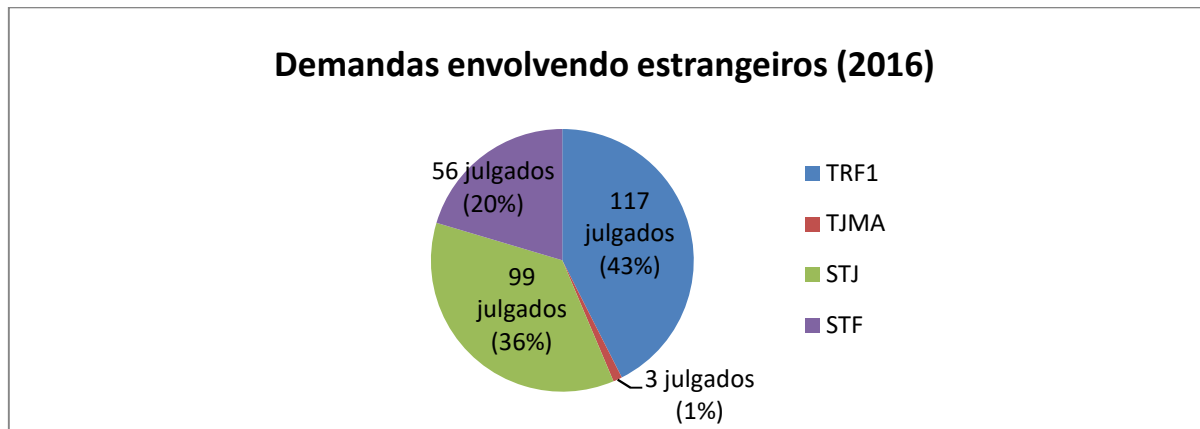


Figura 1: Gráfico comparativo entre o número de processos julgados pela Justiça Federal (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), pela Justiça Estadual (Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão), pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 01/01/2016 a 31/12/2016, cuja ementa ou inteiro teor do acórdão contenha o termo “estrangeiro”, a teor de busca realizada nos sites dos respectivos tribunais, no campo pesquisa de jurisprudência.

Não obstante partilhe com o Superior Tribunal de Justiça uma competência de amplitude nacional, o Supremo Tribunal Federal (art. 92, I, da CRFB), ante as peculiaridades

²⁰⁰ Somente 3 (três) julgados foram encontrados no site do TJMA (campo “jurisprudência – pesquisa livre”) com a chave de pesquisa “estrangeiro” no período de 01/01/2016 a 31/12/2016. Ao ampliar a busca para 01/06/2013 a 01/10/2017, foram localizados 44 (quarenta e quatro) acórdãos, dos quais apenas 6 (seis) se mostraram relevantes: processos nº 18732012 (usucapião de imóvel de estrangeiro), nº 0800540-06.2016.8.10.0000 (sentença estrangeira de alimentos), nº 0129882017 (menor impedido de embarcar), nº 15152017 (indenização por dano), nº 0273972016 (naturalização), nº 0290842012 (revalidação de diploma de cidadão estrangeiro).

que apresenta, não será objeto de uma apreciação detida neste estudo. Mesmo porque, por expresso comando constitucional, a Alta Corte brasileira restringe-se, no que se refere ao tema do direito do estrangeiro, a processar e julgar a extradição solicitada por Estado alienígena²⁰¹ e a declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional²⁰², esvaziando, desse modo, substancialmente a sua atribuição.

Essa interpretação pode ser confirmada através da análise quantitativa das súmulas que o Supremo Tribunal Federal editou nos períodos anterior e posterior à transferência, para o Superior Tribunal de Justiça, da competência recursal para invalidar decisões judiciais que negassem vigência a tratado internacional²⁰³. Dentre as 7 (sete) súmulas da Corte Suprema que contemplam em seu enunciado o termo “estrangeiro” ou “estrangeira”²⁰⁴, 6 (seis) foram editadas na vigência da competência constitucional daquele tribunal, hoje extinta, para analisar a adstrição dos julgados internos aos tratados internacionais, e apenas 1 (uma) posteriormente²⁰⁵.

Com esses dados, fica demonstrado, na praxe, o gradual esvaziamento da competência do Supremo Tribunal Federal para enfrentar as demandas envolvendo não-nacionais. Especialmente se analisado tal fenômeno em conjunto com o volume de processos que contem em sua ementa a denominação “estrangeiro” e foram julgados pela Corte no ano-calendário de 2016. Nesse período, fora apreciada pelo Supremo Tribunal Federal uma quantidade de processos menor em comparação com o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região²⁰⁶, conforme é indicado na Figura 1.

4.3.2 Definição do marco empírico para escolha dos julgados

Estabelecido o marco normativo para a escolha das decisões a serem analisadas, fincado na competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal para apreciar julgados envolvendo estrangeiros, passa-se a enunciar os parâmetros de natureza empírica utilizados na estruturação do recorte proposto. São padrões de ordem temporal,

²⁰¹ CRFB, art. 102, I, g.

²⁰² CRFB, art. 102, III, b.

²⁰³ De acordo com a norma constitucional anterior, presente na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que editou o texto da Constituição Federal de 1967, tem-se: Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal.

²⁰⁴ Súmulas 1, 60, 61, 62, 64, 420 e 692 do STF.

²⁰⁵ Súmula 692, de 2003.

²⁰⁶ Os dados em questão foram extraídos de pesquisa por jurisprudência no site dos próprios órgãos jurisdicionais referenciados, tendo com chave de pesquisa o termo “estrangeiro”, bem como sinônimos e plurais, fazendo-se a opção pela busca somente de acórdãos.

local, terminológica e valorativa que foram empregados como balizas para a execução da pesquisa documental nesses acórdãos que envolvem o direito do estrangeiro.

No aspecto temporal, levou-se em consideração as decisões proferidas no período em que se deu o maior crescimento do ingresso de estrangeiros no Brasil em sua história recente. Conforme já aduzido, ocorreram em terras brasileiras, nos últimos 5 (cinco) anos, alguns dos principais eventos esportivos do planeta: a Copa das Confederações FIFA (2013), a Copa do Mundo FIFA (2014), os Jogos da XXXI Olimpíadas de Verão (2016) e os Jogos Paralímpicos (2016), desencadeando um fluxo migratório e de visitação contínua de estrangeiros no território nacional, que representa, apesar de sua transitoriedade, uma aptidão iminente a gerar processos no Poder Judiciário.

Além dos dados acima, que sinalizam uma tendência temporária de crescimento do fluxo de estrangeiros para o Brasil, há também a migração de pessoas em situação de vulnerabilidade, que buscam as terras nacionais com *animus* de definitividade e a vista de oportunidade de emprego e sobrevivência, como é o caso dos refugiados. Esse contexto se acentua no momento em que o Estado brasileiro passa a ter um maior protagonismo no cenário internacional²⁰⁷, capitaneando ações como a Missão de Paz das Nações Unidas no Haiti. Isso acrescido ao fato de a humanidade vivenciar, desde 2014, a maior crise de refugiados da história, como reflexo da Guerra na Síria; de a África enviar, historicamente, número significativo de refugiados para todo o globo; e de a América do Sul ter perpassado por recente crise democrática em diversos países, o que reflete uma massiva entrada de estrangeiros no Brasil em busca de trabalho, renda e paz, gerando, como consequência, um potencial aumento de demandas judiciais que envolvam esse nicho populacional.

Com base nesse contexto fático, foi possível fixar como termo inicial de pesquisa o dia 01 de junho de 2013, mês em que se iniciou o primeiro evento esportivo internacional passível de gerar significativo acréscimo às demandas judiciais envolvendo estrangeiros: a Copa das Confederações FIFA. Até mesmo porque o torneio esportivo em questão, não obstante tivesse amplitude em todo o território nacional e eventuais litígios com o estrangeiro pudessem recair na competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, ainda apresentou, dentre as suas cidades-sede, Brasília/DF, Belo Horizonte/MG e Salvador/BA²⁰⁸, as quais integram a área de abrangência da Justiça Federal da 1ª Região.

²⁰⁷ “[...] entre 2006 e 2014, é nítido o aumento crescente de imigrantes, em parte explicado pelo momento econômico do Brasil. Existe uma centralidade para entender esse movimento: olhar para o mercado de trabalho, que acaba sendo um termômetro desses números. E o Brasil estava se projetando internacionalmente, havia uma demanda de empregos” (G1, 2016).

²⁰⁸ Foram ainda sede da Copa das Confederações FIFA 2013 as cidades do Rio de Janeiro, Recife e Fortaleza.

Em relação ao termo final da pesquisa, optou-se pela data de 01 de outubro de 2017, que corresponde ao mês imediatamente posterior à declaração, pelo Brasil, do encerramento da sua participação na Missão de Paz das Nações Unidas no Haiti²⁰⁹. A escolha desse marco temporal se deu em razão do significativo contingente populacional de haitianos que pediram refúgio ao Brasil nos anos em que foi mantida a missão humanitária, tendo-se constituído o principal grupo de estrangeiros a ter essa mobilidade²¹⁰. Ademais, a dilação do prazo de coleta de dados em 1 (um) mês para além da data de proclamação da retirada das tropas brasileiras justifica-se na medida em que o prazo fixado pela ONU para a remoção integral das forças de paz da região encerrou-se somente em outubro de 2017, tendo sido gradual a retirada dos militares daquele contingenciamento humanitário (O GLOBO, 2017).

O período de 01 de junho de 2013 a 01 de outubro de 2017 mostra-se, portanto, razoável para verificar a evolução do comportamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no trato com o direito do estrangeiro. Notadamente se verificou que esse período contempla o transcurso de todos os eventos esportivos passíveis de visitação internacional massiva ao Brasil já referenciados, assim como os eventos de âmbito mundial e regional que desencadearam a grave crise humanitária vivida na segunda metade da década de 2010.

No que se refere ao local da coleta de dados, a pesquisa tem como base exclusivamente as informações obtidas junto aos endereços eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No primeiro, fora selecionada no site “<http://www.stj.jus.br>” a aba “JURISPRUDÊNCIA” e, posteriormente, a opção “Jurisprudência do STJ”, com o direcionamento de busca para a página “<http://www.stj.jus.br/SCON/>”. No segundo, fora selecionada no site “<http://portal.trf1.jus.br>” a aba “Jurisprudência” e, posteriormente, a opção “Pesquisa Jurisprudência”, com o direcionamento de busca para a página “<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>”.

Em ambos os casos, a chave de pesquisa utilizada a fim de viabilizar uma verificação mais ampla do fenômeno examinado foi o termo “estrangeiro”. A adoção desse critério terminológico se justifica na medida em que o foco desta fase da investigação é constatar, de maneira vasta, o modo como o nacional de outra soberania tem o tratamento dos seus direitos

²⁰⁹ O Brasil anunciou que em 1º de setembro de 2017 encerraria a sua atuação junto à Missão de Paz das Nações Unidas no Haiti, comprometendo-se com o prazo final para a retirada da MINUSTAH em 15 de outubro de 2017 (JORNAL DO BRASIL, 2017).

²¹⁰ No período da Missão de Paz da ONU no Haiti (MINUSTAH), houve significativo acréscimo, ano a ano, dos pedidos de refúgio de haitianos ao Brasil: em 2010, foram 442 pedidos; em 2011, foram 2991 pedidos; em 2012, foram 6301 pedidos; em 2013, foram 17991 pedidos; em 2014, foram 34770 pedidos; e a projeção para 2015, caso não se estivesse instituído o Despacho Conjunto do CONARE, CNIg e Departamento de Migrações, ter-se-ia o número de 43871 pedidos de refúgio.

junto ao Poder Judiciário da República Federativa do Brasil, nas diversas demandas em que envolvido, de natureza civil, penal, administrativa, tributária, previdenciária ou processual.

No site do Superior Tribunal de Justiça, o termo “estrangeiro” foi utilizado como chave de pesquisa no campo “Pesquisa Livre”, com os botões “Ativar explicações”, “Pesquisar sinônimos” e “Pesquisa plurais” ativados, e com a opção do “Operador padrão” “e” também ativada. Na área “Pesquisa por campos específicos” não se fez qualquer inserção de termos nos campos “Número”, “Ministro(a)”, “Órgão Julgador”, “Ementa/Indexação”, “Legislação” ou “Notas”, já que essa distinção não se mostra relevante para o objeto desta pesquisa. Apenas fora feita a inserção do intervalo “01/06/2013 a 01/10/2017” no campo “Data”, para permitir o refino da busca pelo período fixado nesta investigação, com a opção “julgamento” selecionada (filtrar pela data do julgamento).

Foram encontrados 3 (três) “Acórdãos de Repetitivos”, 469 (quatrocentos e sessenta e nove) “Acórdãos” e 24 (vinte e quatro) “Informativos de Jurisprudência”, não havendo “Súmulas” ou “Decisões Monocráticas”²¹¹.

No site do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o procedimento de coleta de dados também utilizou o termo “estrangeiro” como chave de pesquisa no campo “Pesquisa Livre”, sem realizar a ativação dos botões “e, ou, adj, não, prox, mesmo ou \$”. Na área “Pesquisa por campo específico” não se fez qualquer inserção de termos nos campos “Número”, “Relator”, “Tipo do processo”, “Órgão julgador”, “Ementa/indexação” ou “Legislação”. Apenas fora feita a inserção do intervalo “01/06/2013 a 01/10/2017” no campo “Data”, para permitir o refino da busca pelo período fixado nesta investigação, com a opção “decisão” selecionada (filtrar pela data do julgamento).

Foram encontrados 422 (quatrocentos e vinte e dois) “Acórdãos”²¹², não dispondo o site de busca de indexação por data de “Arguições”, “Súmulas”, “Decisões Monocráticas”, “Súmulas JEF” e “Acórdãos JEF”, tal qual o proposto.

A pesquisa jurisprudencial limitou-se aos acórdãos, tanto para os julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quanto para os do Superior Tribunal de Justiça. Razões de ordem prática, como os acórdãos serem decisões colegiadas e refletirem uma visão decisória mais plural de dado tribunal; a impossibilidade de pesquisa de outras formas decisórias com indexação de data, que não acórdãos, no site da Corte Regional; e a necessidade de correlação e similitude da pesquisa em ambos os tribunais, levaram à exclusão

²¹¹ De acordo com o site do STJ, o “argumento de pesquisa não é aplicável à base de Decisões Monocráticas”.

²¹² Dos 422 (quatrocentos e vinte e dois) acórdãos encontrados com a chave de busca, 11 (onze) mostraram-se em duplicidade e 1 (um) com repetição tríplice, restando o número líquido de 409 (quatrocentos e nove) julgados inéditos.

das demais modalidades decisórias nesta abordagem, ressalvados os acórdãos de repetitivos da Corte Superior, que, bem da verdade, já se encontram contemplados no quantitativo intrínseco à terminologia de “acórdão”.

Em um aspecto valorativo, a apreciação das decisões selecionadas considerou, inicialmente, o conteúdo expresso nas ementas dos próprios julgados. Naqueles em que houvesse maior dúvida acerca do seu cerne ou sobre a inserção de pessoa estrangeira como parte, ou mesmo trouxesse a necessidade de uma investigação mais detida a respeito da existência de prática denegatória ao estrangeiro, esses tiveram o inteiro teor da decisão analisados, com os respectivos relatórios e votos, demonstrando o comprometimento deste estudo com a profundidade da abordagem e com a adoção de critérios que dialogassem com a metodologia empregada na análise de julgados referenciada no tópico subsequente.

4.3.3 Metodologia empregada na análise dos julgados

O critério metodológico utilizado para o exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região inseridas nos recortes normativo e empírico propostos é a análise de conteúdo. Para Bardin (2009, p. 42), a análise de conteúdo, enquanto método, torna-se um conjunto de técnicas de análise das comunicações que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. Nele busca-se apresentar o conteúdo emitido no processo de comunicação, seja por meio de falas ou de textos, de modo a estruturar uma técnica composta por procedimentos sistemáticos que proporcionem o levantamento de indicadores, quantitativos ou não, permitindo a realização de inferência de conhecimentos²¹³.

Segundo Bardin (2009, p. 111), a análise de conteúdo é aprofundada na questão dos métodos e técnicas, voltada à organização da análise; à codificação de resultados; às categorizações; às inferências; e à informatização da análise das comunicações. O autor defende que, para uma aplicação coerente do método, de acordo com pressupostos de interpretação das mensagens e dos enunciados, o diagnóstico deve ter como ponto de partida uma organização, cabendo sistematizar as diferentes fases da análise de conteúdo em torno de três polos: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados.

²¹³ Nas palavras de Bardin (2009, p. 42), a análise de conteúdo corresponde ao “conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens”.

Com base no método da análise de conteúdo, procurou-se realizar o recorte do texto e a categorização de enunciados semânticos a partir de objetivos estabelecidos para a interpretação e inferência de dados. Buscou-se efetuar uma leitura compreensiva do conjunto das decisões selecionadas, de forma exaustiva, a fim de atingir níveis mais completos dos seus conteúdos expressos. A partir dessa leitura, intentou-se desenvolver uma visão de conjunto dos julgados; depreender as particularidades do conjunto dessas decisões; elaborar pressupostos que sirvam de baliza para a análise e a interpretação do material; escolher formas de classificação inicial; e determinar os conceitos teóricos que orientassem a análise.

Dentre as formas de classificação desenvolvidas para a análise dos dados colhidos na pesquisa foram estabelecidos alguns critérios uniformes para a categorização dos julgados. São eles: a existência de cidadão estrangeiro no polo ativo ou passivo da demanda; a ocorrência de denegação de justiça ao estrangeiro na decisão; e o ramo do direito no qual o conteúdo do acórdão está predominantemente inserido.

A primeira categoria, voltada a averiguar a existência, ou não, de cidadão estrangeiro no polo ativo ou passivo da demanda, tem por finalidade excluir do universo pesquisado, em uma análise qualitativa, aqueles julgados que se restringem a utilizar o termo “estrangeiro” como referência a legislação estrangeira, mercadoria estrangeira, cumprimento de pena no estrangeiro, entre outros que, não obstante se valham da terminologia indicada na chave de pesquisa, tenham como parte processual apenas nacionais brasileiros. Não foi levado em consideração nesta análise o fato de o estrangeiro ser o recorrente no acórdão, mas tão-somente a sua inserção em um dos polos da demanda.

A segunda categoria, voltada a identificar a ocorrência, ou não, de denegação de justiça ao estrangeiro, parte do conceito de que o termo “denegação” consiste na inobservância dos direitos indicados no início deste capítulo²¹⁴, em sua acepção restrita²¹⁵. Na análise proposta, considera-se havida denegação quando o aparelho judiciário não cumprir a sua finalidade precípua, em prejuízo ao estrangeiro, como nos casos em que se impede o seu acesso aos tribunais ou se lhe nega ou suprime parcelas de direitos acessíveis aos nacionais, e mesmo quando são proferidas decisões discriminatórias, detenções arbitrárias ou prolongadas, execuções sem julgamento e o descumprimento de qualquer direito ou garantia previsto em tratado internacional ou na legislação interna.

²¹⁴ Vide tópico 4.1.

²¹⁵ “A denegação da justiça pode ser tomada em duas acepções: uma ampla e a outra restrita. [...] Na segunda, que é a idéia corrente em direito internacional, é a impossibilidade para determinado estrangeiro de obter justiça ou a reparação de ofensa perante os tribunais de outro estado” (ACCIOLY, SILVA E CASELLA, 2008, p. 352).

A terceira categoria, voltada a avaliar o ramo do direito no qual o conteúdo do acórdão está predominantemente inserido, conta com a divisão desses julgados em 6 (seis) grandes grupos: penal, civil, administrativo, tributário, previdenciário e processo. O fator que determinará essa inserção será, inicialmente, a indicação contemplada na própria ementa dos acórdãos, que, no caso de dúplice indicativo, observará aquele ramo que foi essencial para o deslinde da controvérsia. Tal categorização tem a valia de demonstrar, em uma análise quali-quantitativa, em quais temas o Estado brasileiro apresenta o maior número de demandas envolvendo estrangeiros e em quais deles o Poder Judiciário nacional se mostra, porventura, mais denegatório.

Posteriormente, foram identificados os núcleos de sentido obtidos com essas classificações iniciais a fim de promover o diálogo entre as decisões exploradas e os pressupostos estabelecidos para a identificação de práticas denegatórias reincidentes na República Federativa do Brasil. Ao final, foi elaborada uma síntese interpretativa, com o escopo de responder ao problema de pesquisa apresentado, considerando-se os pressupostos teóricos instituídos nos tópicos antecedentes.

Os objetivos estabelecidos para a interpretação e inferência dos dados foram:

a) identificar, com base em análise quantitativa dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, enquanto importante amostragem da base de julgados nacionais²¹⁶, o total de demandas que envolvem estrangeiros em ambas as Cortes, dentro do marco temporal fixado, bem como enumerar quantos desses acórdãos se mostram denegatórios ao direito do estrangeiro e quantos se inserem em cada um dos ramos do Direito identificados por categorias como mais recorrentes dentro do universo da denegação de justiça.

b) identificar, no mesmo universo de julgados, em uma análise de ordem qualitativa, os argumentos políticos, morais e jurídicos trazidos pelos magistrados para a denegação de justiça ao não-nacional, em arrepio a critérios de isonomia e preservação do direito do estrangeiro, visando a categorizar os temas em que há maior predominância da atuação do Poder Judiciário brasileiro em contraponto a cânones de índole internacional que resguardam o acesso irrestrito e igualitário do estrangeiro à jurisdição.

Com base nesse aporte, tem-se que a análise dos resultados obtidos no curso desta investigação possui notória abordagem quanti-qualitativa:

²¹⁶ Para Bardin (2009, p. 122), a pesquisa de análise de conteúdo parte de um “universo de documentos de análise”, tratando-se de reconhecer que, para um trabalho mais profícuo, é necessário restringir as amostragens. “A análise pode efetuar-se numa amostra desde que o material a isso se preste. A amostragem diz-se rigorosa se a amostra for uma parte representativa do universo inicial” (BARDIN, 2009, p.123).

A diferença entre abordagem quantitativa e qualitativa da realidade social é de natureza e não de escala hierárquica. Enquanto os cientistas sociais que trabalham com estatística visam a criar modelos abstratos ou a descrever e explicar fenômenos que produzem regularidades, são recorrentes e exteriores aos sujeitos, a abordagem qualitativa se aprofunda no mundo dos significados. [...] Os dois tipos de abordagem e os dados delas advindos, porém, não são incompatíveis. Entre eles há uma oposição complementar que, quando bem trabalhada teórica e praticamente, produz riqueza de informações, aprofundamento e maior fidedignidade interpretativa (MINAYO, 2009, p. 22).

Em relação aos métodos de procedimento utilizados nessa construção, importa destacar o uso eminente dos métodos histórico e comparativo (na análise com enfoque qualitativo) e o emprego do método estatístico na avaliação de dados jurisprudenciais sobre os casos que demonstram o descumprimento do direito do estrangeiro e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (na análise com enfoque quantitativo).

4.4 Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça

Seguindo a metodologia proposta, foram localizados 469 (quatrocentos e sessenta e nove) acórdãos no Superior Tribunal de Justiça com base na chave de pesquisa indicada, dentre os quais 230 (duzentos e trinta) apresentavam o cidadão estrangeiro como polo ativo ou passivo da demanda, o que representa, no universo pesquisado, um total de 49,04% dos julgados. Os demais acórdãos, embora também apresentassem o termo “estrangeiro” em sua ementa, restringiam-se a discutir, em uma análise mais detida, controvérsias envolvendo nacionais brasileiros em que a referência à terminologia pesquisada se dava apenas para fazer menção à legislação estrangeira, à mercadoria estrangeira, ao cumprimento de pena no estrangeiro e a outras hipóteses que não se coadunam com o objeto desta investigação.

Dos 469 (quatrocentos e sessenta e nove) acórdãos encontrados no site “<http://www.stj.jus.br/SCON/>” a partir da chave de pesquisa “estrangeiro”, 194 (cento e noventa e quatro) versavam sobre matéria penal – 41,36% do total; 20 (vinte) versavam sobre matéria civil – 4,26% do total; 50 (cinquenta) versavam sobre matéria administrativa – 10,66% do total; 49 (quarenta e nove) versavam sobre matéria tributária – 10,45% do total; 2 (dois) versavam sobre matéria previdenciária – 0,43% do total; e 154 (cento e cinquenta e quatro) versavam sobre matéria iminentemente processual²¹⁷ – 32,84% do total, conforme referencial numérico e percentual indicado na Figura 2:

²¹⁷ A teor dos dados colhidos nesta pesquisa, 67% das demandas de natureza processual julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça tratam de Sentença Estrangeira Contestada (SEC), que para Mange (2016, p. 45) “é uma classe processual estipulada pelo STJ que trata justamente sobre os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, tanto arbitrais como judiciais”.

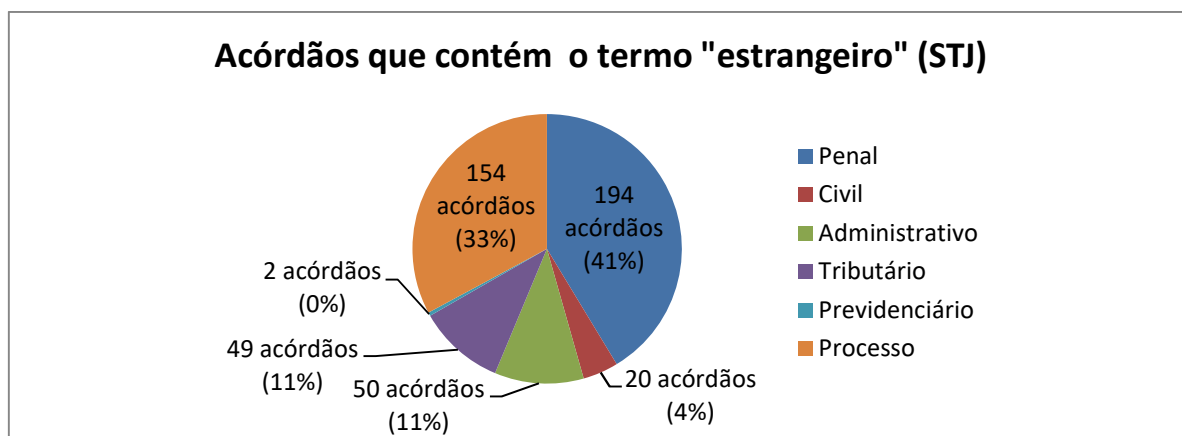


Figura 2: Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, cuja ementa do acórdão contém o termo “estrangeiro”.

Do universo de 230 (duzentos e trinta) acórdãos pesquisados em que havia uma parte estrangeira no litígio, 138 (cento e trinta e oito) versavam sobre matéria penal – 60,00% do total; 12 (doze) versavam sobre matéria civil – 5,22% do total; 25 (vinte e cinco) versavam sobre matéria administrativa – 10,87% do total; 8 (oito) versavam sobre matéria tributária – 3,48% do total; 2 (dois) versavam sobre matéria previdenciária – 0,87% do total; e 45 (quarenta e cinco) versavam sobre matéria exclusivamente processual – 19,56% do total, conforme referencial numérico e percentual aduzido na Figura 3:

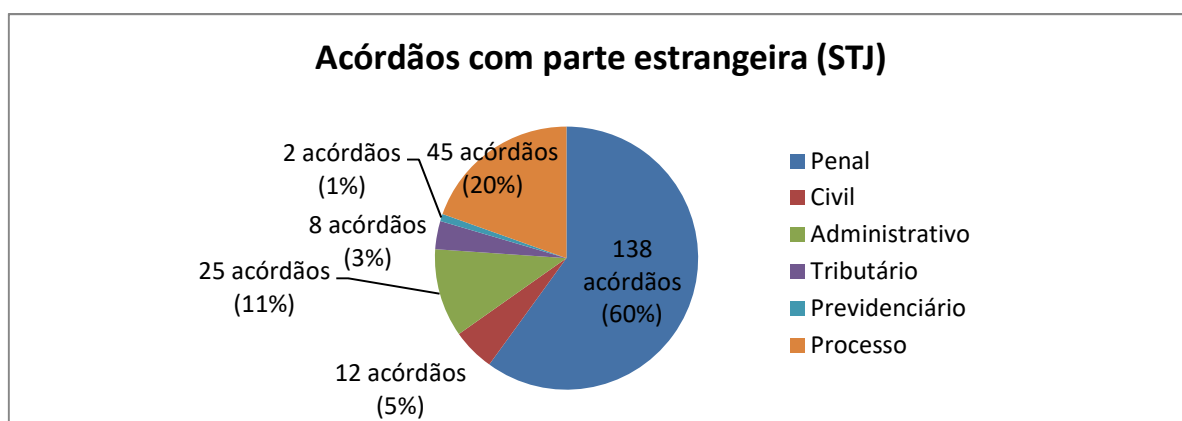


Figura 3: Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, com uma parte estrangeira.

Com os números apresentados, é possível constatar, na Figura 2, que o universo de processos que se restringe a contemplar a chave de pesquisa “estrangeiro” não exibe um grau de concentração em um determinado ramo jurídico, se comparado com a Figura 3, podendo melhor ser diluído em uma pluralidade de temas a serem enfrentados pela Corte Superior. Embora haja na Figura 2 pequena sobressalência de demandas que versam sobre matéria penal (41%) e processual (33%), nela se traz gráfico com percentuais de incidência do termo

“estrangeiro” mais próximos entre os ramos do Direito e sem a configuração clara da hegemonia de um deles em comparação à Figura 3.

Analisar esses dados sem o tratamento adequado poderia simular a ideia de que o estrangeiro apresenta incursão uniforme em demandas de natureza penal, processual, administrativa e tributária no Brasil. Ocorre que, a teor do indicado na Figura 3, os processos que envolvem estrangeiros no Superior Tribunal de Justiça tem natureza preponderantemente criminal (60%). Como consequência, o não-nacional acaba exercendo no microssistema jurídico capitaneado pela Corte Superior o papel prioritário de réu nas demandas promovidas pelo Estado Brasileiro no exercício do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal.

Mais da metade dos processos envolvendo estrangeiros no Superior Tribunal de Justiça possui, portanto, natureza penal. Acrescido a esse dado, tem-se, segundo os critérios analíticos declinados no tópico de metodologia antecedente, que tais processos apresentam o maior número de atuações jurisdicionais denegatórias de justiça. Dos 138 (cento e trinta e oito) acórdãos criminais analisados, 55 (cinquenta e cinco) ostentavam algum tipo de preterição ao estrangeiro, ou pela quebra de tratamento isonômico ante a sua simples condição de detentor de outra nacionalidade, ou em razão da inobservância de tratado internacional ou norma interna que lhe garanta proteção diferenciada.

Da integralidade das 230 (duzentos e trinta) demandas submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça entre 01 de junho de 2013 e 01 de outubro de 2017, em que uma das partes é estrangeira, 70 (setenta) acórdãos se mostraram denegatórios: 55 (cinquenta e cinco) julgados em matéria penal – 78,57% do total; 4 (quatro) julgados em matéria civil – 5,71% do total; 4 (quatro) julgados em matéria administrativa – 5,71% do total; 1 (um) julgado em matéria tributária – 1,43% do total; nenhum em matéria previdenciária – 0,00% do total; e 6 (seis) julgados em matéria processual – 8,58% do total, conforme referencial numérico e percentual apontado na Figura 4:

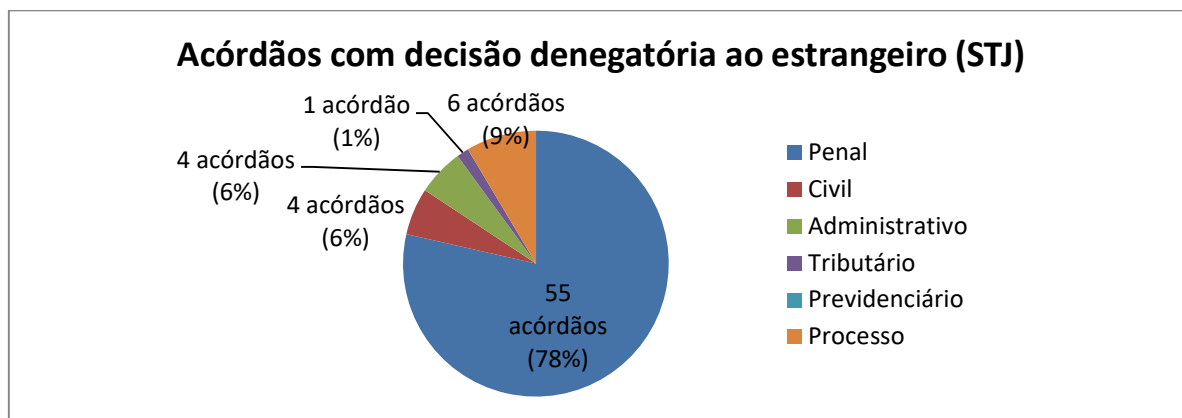


Figura 4: Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, que importaram denegação de justiça ao estrangeiro.

O gráfico indicado na Figura 4 demonstra de maneira categórica que as demandas que transitam no Superior Tribunal de Justiça na área criminal são as mais denegatórias ao direito do estrangeiro, representando mais de 3/4 (três quartos) do total de processos em que aquela Corte deixa de aplicar garantias judiciais aos não-nacionais. Temas como a decretação de prisão preventiva ao estrangeiro pelo simples fato de não manter vínculo com o Brasil; a não substituição de prisão preventiva por medida alternativa; a impossibilidade de recorrer em liberdade; a inobservância do direito a assistência consular; a inaplicabilidade da atenuante de desconhecimento de legislação específica; e a vedação a progressão de regime são alguns desses atos denegatórios na esfera penal que ainda serão vistos, adiante, neste estudo.

Em termos absolutos, os julgados considerados flagrantemente prejudiciais ao estrangeiro correspondem a 30,43% do universo de 230 (duzentos e trinta) acórdãos em que esse nicho populacional é parte no Superior Tribunal de Justiça, observado o recorte proposto. Na seara das demandas criminais, esse percentual sobe para 39,86% dos acórdãos analisados, e nas demandas de natureza civil, para 33,33%. Em indicadores numéricos, todavia, as demandas criminais representam a imensa maioria do quantitativo de ocorrências denegatórias na Corte Superior, no total de 55 (cinquenta e cinco) casos, ao passo que as demandas civis, compreendem apenas 4 (quatro) casos.

Essa relação entre o número de julgados cuja parte é estrangeira em cada ramo do Direito e o quantitativo de acórdãos em que houve denegação de justiça ao não-nacional está assentada na Figura 5, a seguir, na qual ainda é estabelecida a relação entre o percentual inicial de demandas que envolvem estrangeiros e as que posteriormente foram percebidas como denegatórias junto ao Superior Tribunal de Justiça:

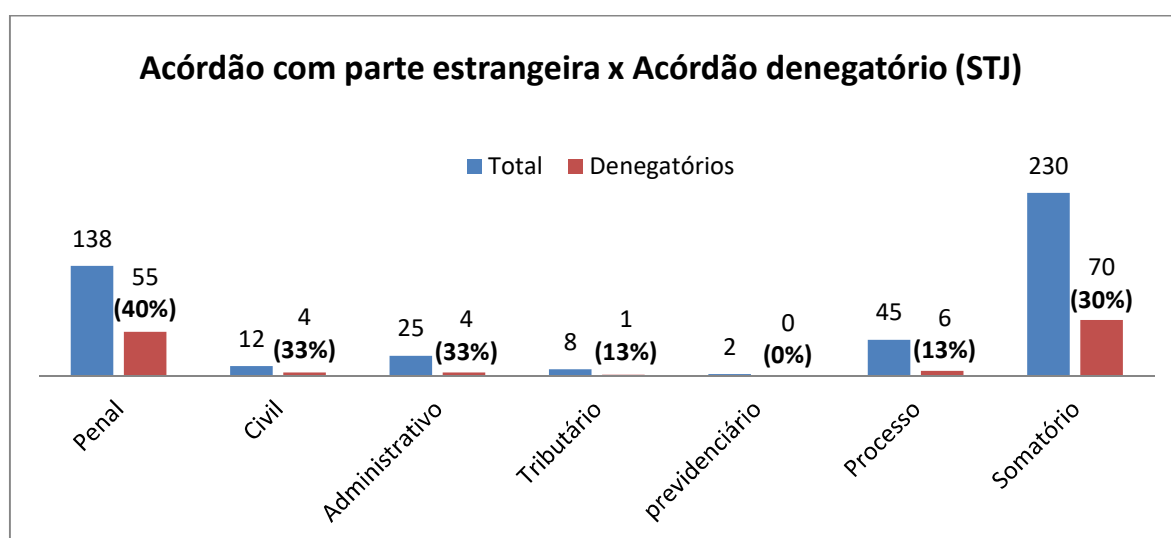


Figura 5: Gráfico que demonstra a relação entre a quantidade de acórdãos denegatórios de justiça ao estrangeiro no Superior Tribunal de Justiça e a quantidade de acórdãos em que o estrangeiro é parte nesse tribunal, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017.

Observando a Figura 5, percebe-se que ressalvados os litígios de natureza previdenciária, os demais tipos de demandas (penal, civil, administrativa, tributária e processual) apresentam percentual não desprezível de acórdãos em que há uma atuação do Superior Tribunal de Justiça com viés denegatório ao estrangeiro. Tais dados são preocupantes na medida em que a Corte em análise é um dos principais tribunais brasileiros no que se refere à preservação da autoridade dos tratados internacionais e dos compromissos assumidos onerosamente pelo Brasil²¹⁸, não podendo negar vigência a documentos ratificados por processo legislativo específico²¹⁹.

Além de causas referentes à prisão e a outras questões de natureza penal já citadas, temas como o não reconhecimento tendencioso de guarda ao estrangeiro com a configuração do sequestro internacional de criança (natureza civil), a validação da expulsão do estrangeiro com filho menor (natureza administrativa), a quebra da igualdade tributária prevista no GATT em desfavor do estrangeiro (natureza tributária) e o não reexame de prova em solicitação de visto de permanência (natureza processual) também estão entre os casos recorrentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de atuação contrária ao direito do estrangeiro e que, em tese, são passíveis de responsabilização internacional do Estado.

Os casos ilustrativos acima não esgotam, contudo, em uma análise qualitativa, as hipóteses denegatórias previstas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo caráter meramente exemplificativo. A integralidade do posicionamento da Corte Superior no trato com o estrangeiro, verificada sob um olhar predominantemente quantitativo neste tópico, será analisada, em suas minudências, no capítulo vindouro, o qual apresentará o exame das ementas e do inteiro teor dos acórdãos prolatados, em um estudo sistematizado em torno dos temas em que foram percebidos, na execução da pesquisa, atos violadores ao direito do estrangeiro.

4.5 Análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

A respeito das demandas envolvendo estrangeiros no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foram encontradas 422 (quatrocentos e vinte e duas) incidências da chave de pesquisa

²¹⁸ Nesse sentido, o art. 105, III, *a* da CRFB.

²¹⁹ Conforme a ADI nº. 1.480/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, “O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto”. (BRASIL, 2001).

utilizada nesta investigação. Desse total, 130 (cento e trinta) acórdãos apresentaram no polo ativo ou passivo da demanda o cidadão estrangeiro, o que representa, no universo pesquisado, 30,80% dos julgados. Os demais acórdãos, embora apresentassem o termo “estrangeiro” em sua ementa, restringiam-se a discutir, em uma análise mais pormenorizada, controvérsias envolvendo nacionais brasileiros em que a referência ao termo pesquisada se dava apenas para fazer menção à legislação estrangeira, à mercadoria estrangeira, ao cumprimento de pena no estrangeiro e a outras hipóteses que não se coadunam com o objeto desta pesquisa.

Dos 422 (quatrocentos e vinte e dois) acórdãos encontrados no site “<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>” a partir da chave de pesquisa “estrangeiro”, 113 (cento e treze) versavam sobre matéria penal – 26,78% do total; 8 (oito) versavam sobre matéria civil – 1,90% do total; 114 (cento e catorze) versavam sobre matéria administrativa – 27,01% do total; 148 (cento e quarenta e oito) versavam sobre matéria tributária – 35,07% do total; 5 (cinco) versavam sobre matéria previdenciária – 1,18% do total; e 34 (trinta e quatro) versavam sobre matéria predominantemente processual – 8,06% do total, conforme referencial numérico e percentual indicado na Figura 6:

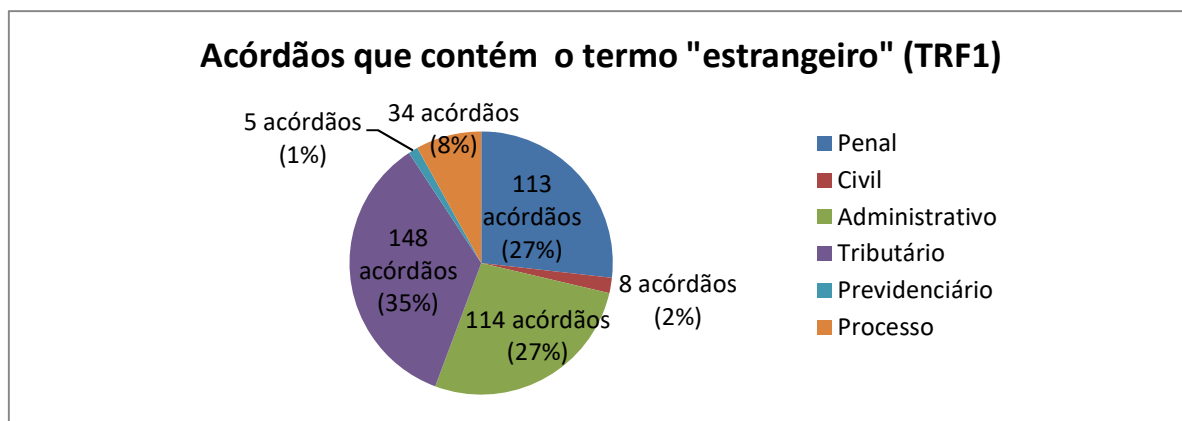


Figura 6: Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, cuja ementa do acórdão contém o termo “estrangeiro”.

Do universo de 130 (cento e trinta) acórdãos pesquisados em que havia uma parte estrangeira no litígio, 76 (setenta e seis) versavam sobre matéria penal – 58,46% do total; 2 (dois) versavam sobre matéria civil – 1,54% do total; 36 (trinta e seis) versavam sobre matéria administrativa – 27,69% do total; 4 (quatro) versavam sobre matéria tributária – 3,08% do total; 4 (quatro) versavam sobre matéria previdenciária – 3,08% do total; e 8 (oito) versavam sobre matéria iminentemente processual – 6,15% do total, conforme referencial numérico e percentual aduzido na Figura 7:

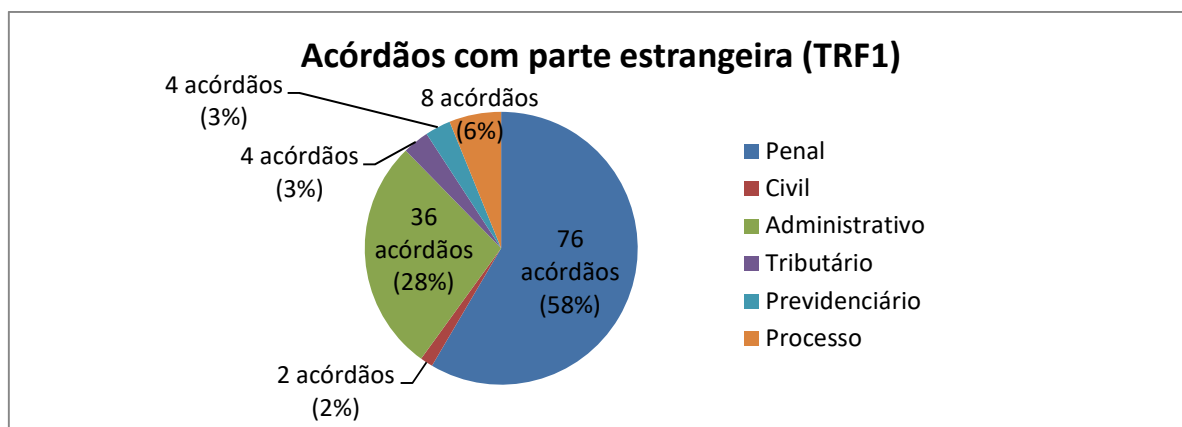


Figura 7: Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, com uma parte estrangeira.

Com os números apresentados, é possível constatar, na Figura 6, que o universo de processos que observam a chave de pesquisa “estrangeiro” não retrata um grau de concentração dos acórdãos em um determinado ramo jurídico, em comparação com o gráfico presente na Figura 7. Ainda que haja na Figura 6 a prevalência de demandas que versam sobre matéria tributária (35%), administrativa (27%) e penal (27%), nela se apresenta um gráfico com percentuais de incidência do termo “estrangeiro” mais diluídos e com proximidade numérica entre os ramos do Direito, sem a configuração clara da hegemonia de um deles, se comparado com a massiva incidência da matéria penal na Figura 7.

Analisar os dados do quantitativo de acórdãos que contém o termo “estrangeiro” sem o tratamento metodológico adequado poderia conduzir à falsa ideia de que o estrangeiro apresenta incursão uniforme nas demandas de natureza tributária, administrativa e penal na Justiça Federal da 1ª Região. Ocorre que, a teor do indicado na Figura 7, os processos que envolvem estrangeiros na Corte Regional tem natureza preponderantemente penal (58%) e, como consequência, o não-nacional acaba exercendo no microssistema da Justiça Federal o papel prioritário de réu nas demandas criminais promovidas pelo Estado brasileiro.

Mais da metade dos processos envolvendo estrangeiros no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim como ocorrido nas demandas do Superior Tribunal de Justiça (Figura 3), possui natureza penal. Acrescido a esse dado, tem-se, em uma análise quanti-qualitativa dos acórdãos proferidos, que tais processos apresentam o maior número de atuações jurisdicionais denegatórias. Dos 76 (setenta e seis) acórdãos criminais analisados, 34 (trinta e quatro) ostentam algum tipo de violação ao direito do estrangeiro, quer pela quebra de um tratamento isonômico ao nacional que lhe deveria ser resguardado por sua condição de pessoa humana, quer em razão da inobservância de tratado internacional ou norma brasileira que lhe garanta proteção diferenciada.

Os dados colhidos demonstram que das 130 (cento e trinta) demandas submetidas à apreciação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entre 01 de junho de 2013 e 01 de outubro de 2017, em que há partes estrangeira, 42 (quarenta e dois) acórdãos se mostraram denegatórios ao estrangeiro: 34 (trinta e quatro) julgados em matéria penal – 80,95% do total; 1 (um) julgado em matéria civil – 2,38% do total; 4 (quatro) julgados em matéria administrativa – 9,52% do total; nenhum em matéria tributária – 0,00% do total; 1 (um) julgado em matéria previdenciária – 2,38% do total; e 2 (dois) julgados em matéria processual – 4,76% do total, conforme referencial numérico e percentual apontado na Figura 8:

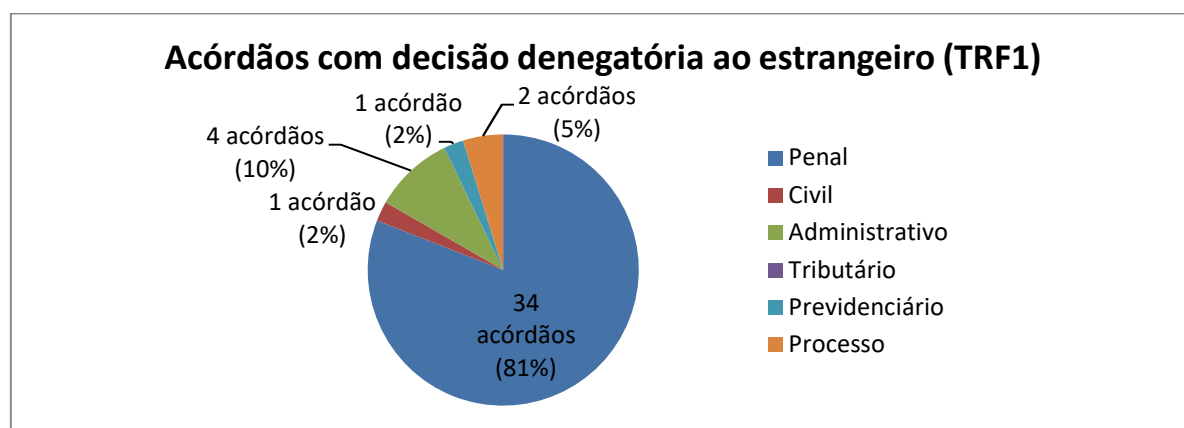


Figura 8: Gráfico indicativo, por matéria, do número de processos julgados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017, que importaram denegação de justiça ao estrangeiro.

O gráfico indicado na Figura 8 demonstra de maneira incontroversa que as demandas que transitam no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na área criminal, são as mais denegatórias ao direito do estrangeiro, representando mais de 3/4 (três quartos) do total de processos em que aquela Corte deixa de aplicar garantias judiciais. Temas como a inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso; a ausência de nomeação de intérprete ao estrangeiro preso em sua língua natal; a decretação de prisão preventiva para estrangeiro pelo simples fato de não manter vínculo com o Brasil ou ter residência fixa; a vedação à progressão de regime; e a criminalização do pedido de refúgio são alguns desses atos denegatórios na esfera penal que serão vistos no capítulo seguinte deste estudo.

Em termos absolutos, os julgados considerados flagrantemente prejudiciais ao estrangeiro correspondem a 32,31% do universo de 130 (cento e trinta) acórdãos em que esse nicho populacional é parte na Justiça Federal da 1ª Região, observado o recorte proposto. Na seara das demandas criminais, esse percentual sobe para 44,74% dos acórdãos analisados, e nas demandas de natureza civil, para 50,00%. Em indicadores numéricos, entretanto, as demandas criminais, como visto, representam a imensa maioria do quantitativo de ocorrências

denegatórias na Corte Regional, no total de 34 (trinta e quatro) casos, ao passo que as demandas civis, compreendem apenas 1 (um) litígio.

Essa relação entre o número de julgados cuja parte é estrangeira, em cada ramo do Direito, e o quantitativo de acórdãos em que houve denegação de justiça ao não-nacional está assentada na Figura 9, a seguir. Com os dados apresentados no gráfico é possível verificar também a relação entre o percentual inicial de demandas que envolvem estrangeiros no Tribunal Regional Federal da 1ª Região e as que posteriormente foram percebidas como denegatórias junto àquele órgão jurisdicional:

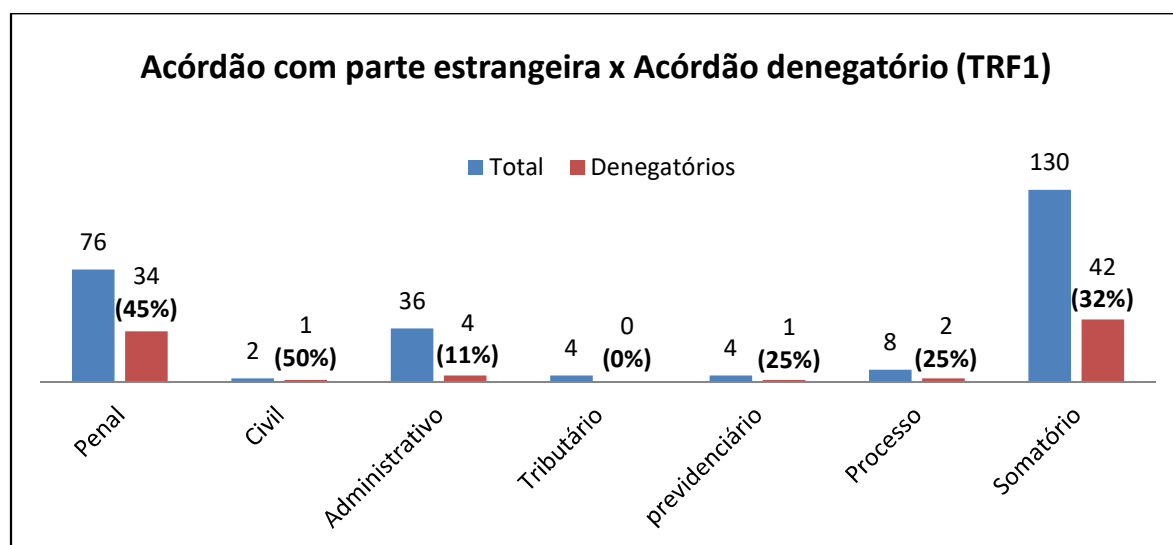


Figura 9: Gráfico que demonstra a relação entre a quantidade de acórdãos denegatórios de justiça ao estrangeiro no Tribunal Regional Federal da 1ª Região e a quantidade de acórdãos em que o estrangeiro é parte nesse tribunal, no período de 01/06/2013 a 01/10/2017.

Observando a Figura 9, percebe-se que ressalvados os litígios de natureza tributária, os demais tipos de demandas (penal, civil, administrativa, previdenciária e processual) apresentam percentual não desprezível de acórdãos em que há uma atuação denegatória do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em relação ao estrangeiro. Tais dados são preocupantes na medida em que a Corte em análise é um dos principais tribunais brasileiros no que se refere à apreciação de causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, de crimes previstos em tratado ou convenção internacional, de causas relativas a direitos humanos e de crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro²²⁰.

Além das causas referentes à prisão e a outras demandas de natureza penal já citadas, temas como a vedação à concessão da nacionalidade brasileira (natureza civil), o cerceamento à concessão de refúgio (natureza administrativa), a ausência de cômputo do tempo de serviço no estrangeiro para fins de aposentadoria (natureza previdenciária) e a ausência de nulidade

²²⁰ Nesse sentido, o art. 109, III, V, V-A e X da CRFB.

ante a inobservância de garantias judiciais internacionais (natureza processual) também estão entre os casos recorrentes na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região de uma atuação contrária ao direito do estrangeiro e que, portanto, são passíveis, ao menos em tese, de responsabilização internacional do Estado.

Os casos ilustrativos acima não esgotam, em uma análise qualitativa, as hipóteses denegatórias previstas na jurisprudência do órgão de cúpula da Justiça Federal da 1ª Região, tendo caráter meramente exemplificativo. Assim como realizado com os julgados do Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento da Corte Regional sobre o trato com o estrangeiro será analisado, em sua integralidade, no capítulo seguinte, o qual apresentará o exame das ementas e do inteiro teor dos acórdãos prolatados pelos desembargadores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em uma estrutura centralizada em torno dos temas em que foram percebidos, na execução da pesquisa, atos violadores ao direito do estrangeiro.

5 HIPÓTESES DENEGATÓRIAS DE JUSTIÇA AO ESTRANGEIRO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A denegação de justiça, conforme já assentado nos capítulos anteriores, corresponde a situações processuais ou pré-processuais em que não há o conhecimento do pedido da parte pelo Estado-juiz ou mesmo quando há uma decisão proferida, esta omite requisito legal, é contraditória, obscura ou viola direito expresso, não cumprindo normas legais, de índole processual ou material, em prejuízo do legítimo interesse do jurisdicionado. Essa atuação estatal descompromissada, a qual viola garantias mínimas do indivíduo, é objeto de análise, dentro do recorte proposto, com o fim de avaliar a maneira como o Poder Judiciário brasileiro lida com demandas envolvendo os não-nacionais, tendo em vista a necessidade de catalogar as hipóteses em que ocorre um tratamento discriminatório à pessoa humana pela sua simples condição de origem e nacionalidade,

Neste capítulo, buscar-se-á fazer uma análise qualitativa da denegação de justiça ao estrangeiro no sistema jurídico brasileiro por meio do estudo das hipóteses de cerceamento expresso a esse grupamento populacional encontradas no universo dos 230 (duzentos e trinta) acórdãos pesquisados no Superior Tribunal de Justiça e dos 130 (cento e trinta) acórdãos pesquisados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que o não-nacional é parte no litígio. As razões dessa investigação se fundamentam na existência de uma análise iniciada no capítulo anterior, a qual indica que aproximadamente 1/3 (um terço) dos acórdãos proferidos em ambos os tribunais acabam por se configurar denegatórios ao estrangeiro, representando um quantitativo significativo do universo de julgados.

Para a análise proposta, serão identificadas as hipóteses denegatórias de justiça ao estrangeiro na jurisprudência brasileira passíveis de configurar ilícito internacional. Será aproveitado o exame de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região utilizado no capítulo anterior, destacando-se inferências denegatórias em processos que contém parte estrangeira, como: a inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso; a ausência de nomeação de intérprete na língua do estrangeiro preso; a impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade; a decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo simples fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa; a impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro; entre outras.

5.1 Hipóteses denegatórias ao estrangeiro no Superior Tribunal de Justiça

Na análise dos 230 (duzentos e trinta) acórdãos selecionados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que contém parte estrangeira, 70 (setenta) foram identificados como denegatórios de justiça ao não-nacional. Nesses julgados, pode-se detectar 13 (treze) temas centrais em que a Corte Superior tem agido, de maneira reiterada, com preterimento ao jurisdicionado pela sua simples condição de origem e nacionalidade. Esses temas, que se tratam, em última análise, de hipóteses em que a ação ou a omissão do Poder Judiciário brasileiro pode desencadear a responsabilização internacional, serão tratados a seguir, individualmente, com as peculiaridades que a abordagem de cada um deles exige.

5.1.1 Inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº. 61.078/1967, institui em seu art. 36, 1, *b*:

CRC, Art. 36. Comunicação com os nacionais do Estado que envia.
 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: [...]
 b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Essa garantia processual de ter a comunicação de sua prisão informada à repartição consular competente, contida expressamente na Convenção sobre Relações Consulares, aplica-se a todo e qualquer estrangeiro, e não apenas a autoridades estatais ou representantes diplomáticos²²¹. A inobservância desse procedimento, quer na fase investigatória, quer na fase processual, importa em manifesto ato denegatório ao não-nacional, por lhe cercear o amparo de seu Estado natal ao exercício do seu direito de defesa, com agentes que partilhem a mesma língua e cultura do estrangeiro, que se encontra com a liberdade cerceada e em situação de vulnerabilidade em território alienígena.

Atos como a proteção aos interesses do estrangeiro (CRC, art. 5, *a*), a prestação de assistência consular à pessoa física (CRC, art. 5, *e*), a comunicação de decisões judiciais e extrajudiciais (CRC, art. 5, *f*) e a adoção de medidas para a representação desse indivíduo, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, a adoção de

²²¹ Embora a CRC também prescreva, em seu art. 42, que “Em caso de detenção, prisão preventiva de um membro do pessoal consular ou de instauração de processo penal contra o mesmo, o Estado receptor deverá notificar imediatamente o chefe da repartição consular. Se este último fôr o objeto de tais medidas, o Estado receptor levará o fato ao conhecimento do Estado que enviar, por via diplomática” (BRASIL, 1967).

medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses (CRC, art. 5, *i*) são ocorrências que advém dessa necessária comunicação da autoridade brasileira à repartição consular competente.

A fim de reafirmar a aplicação no Brasil dessa regra pró-comunicação insculpida na Convenção sobre Relações Consulares, o Conselho Nacional de Justiça, que detém competência constitucional para expedir atos regulamentares ou recomendar providências ao Poder Judiciário²²², deliberou, no ano de 2012, acerca da obrigatoriedade das instâncias judiciais nacionais cumprirem integralmente o dever de cientificar as autoridades consulares competentes em caso de prisão de estrangeiros, mediante a edição da Resolução nº 162/2012-CNJ, que aduz logo em seu art. 1:

Res. 162/2012-CNJ, Art. 1. A autoridade judiciária deverá comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias.

§ 1 A comunicação de que trata o *caput* deste artigo será acompanhada dos seguintes documentos:

I – na hipótese de prisão definitiva, de cópia da sentença penal condenatória ou do acórdão transitado em julgado;

II – na hipótese de prisão cautelar, de cópia da decisão que manteve a prisão em flagrante ou que decretou a prisão provisória.

A premissa básica do sistema jurídico brasileiro é, portanto, em observância às normas expostas, resguardar o direito do estrangeiro à comunicação de sua prisão às autoridades internacionais, a fim de tutelar o seu direito a assistência consular, sob pena do reconhecimento da nulidade do ato cerceador de liberdade proferido. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça tem suprimido esse direito em posicionamento tradicional²²³ que preserva alguns ranços na contemporaneidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRISÃO DE ESTRANGEIRO. DIREITO À ASSISTÊNCIA CONSULAR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FALTA DE COMUNICAÇÃO DA PRISÃO AO CONSULADO. ÔNUS DA PROVA E VIOLAÇÃO DO ART. 461 DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA (AgRg no AREsp 845931/SP, STJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016).

A não cientificação à repartição consular competente, quando da decretação da prisão do nacional de Estado estrangeiro, importa no cometimento de ilícito internacional

²²² CRFB, art. 103-B, § 4 Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

²²³ Vide sobre o tema o RHC 27067/SP, STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 12/04/2010, e o RHC 4582/RJ, STJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 19/09/1995, DJ 27/11/1995.

passível de responsabilização do Estado. Para a correção do problema, faz-se necessário que o Poder Judiciário determine à Polícia Judiciária que, nos casos de detenção de estrangeiro, seja ele imediatamente notificado do seu direito de solicitar assistência consular, antes de qualquer oitiva perante a autoridade brasileira, com o devido registro da providência nos autos da prisão em flagrante, sob pena de nulidade do ato prisional.

A simples fixação de multa diária por descumprimento do dever de comunicar à repartição consular, tal qual previsto no AgRg no AREsp 845931/SP²²⁴, serve apenas como mecanismo de oneração do Estado Brasileiro, não implicando a efetiva concessão de justiça ao estrangeiro, como se dá no caso de reconhecimento da nulidade do ergastulamento. Até mesmo porque a autoridade policial, embora não possa postergar a prática de qualquer ato processual penal em razão da ausência da autoridade consular na delegacia de polícia, se essa foi comunicada, deve adotar as cautelas necessárias para a efetivação material dessa comunicação, em proteção à garantia judicial do estrangeiro.

5.1.2 Decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa

A liberdade pessoal é uma garantia universal que se encontra consagrada em diversos diplomas internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos disciplina, em seu art. 9, que ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado, assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos apregoa, em seu art. 7, que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições ou leis do Estado dentro do seu exercício regular de competência, não podendo, ademais, qualquer pessoa humana ser submetida à detenção ou encarceramento arbitrários.

De acordo com o art. 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais, não podendo ninguém ser preso ou encarcerado arbitrariamente e nem privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. Acrescenta esse diploma normativo que a pessoa que é privada de sua liberdade pela prisão terá o direito de recorrer a

²²⁴ Consta na relatoria do AgRg no AREsp 845931/SP a ementa do *decisum* agravado, o qual infere em seus itens 9 e 12: “Ainda que a falta de comunicação da prisão ao consulado não implique, via de regra, em nulidade do flagrante, o que só pode ser aferido em cada caso concreto, certamente que não se pode fazer vista grossa ao descumprimento da norma”; A fixação de multa diária (astreintes) em face do poder público é amplamente admitida pelos pretórios [...] o cumprimento da obrigação de fazer imposta não demanda grandes projetos para sua execução e pode ser alcançada prontamente, com envio de instruções e orientações ao efetivo da Polícia Civil por meio eletrônico”.

um tribunal para que este decida sobre a legislação do encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

As condições de legalidade para a prisão preventiva, conforme fixado no texto dos tratados internacionais, são de competência do direito interno, estando indicadas, em âmbito nacional, no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro:

CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

No sistema jurídico nacional, circunstâncias um tanto vagas como a garantia da ordem pública, da ordem econômica e a aplicação da lei penal são motivos, ainda que discutíveis em um modelo garantista, para a decretação da prisão preventiva. O fato de o sujeito ter nacionalidade estrangeira não constitui, por si só, requisito legal para a manutenção ou decretação de um ergastulamento cautelar, em contrariedade ao que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA JUSTIFICADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. APREENSÃO DE MAIS DE 4 KG DE COCAÍNA. PACIENTE DO FLAGRANTE SEM VÍNCULO COM O PAÍS. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. INSANIDADE MENTAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. [...]

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, é válida a prisão preventiva para aplicação da lei penal, no caso de estrangeiro que não demonstre vínculo com o Brasil. [...]

5. Recurso Ordinário em habeas corpus desprovido (RHC 81897/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL E DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. [...]

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. [...]

4. Ademais, o recorrente é estrangeiro, residente em seu país de origem, não possuindo qualquer vínculo com o Brasil, o que reforça a necessidade da medida prisional, como forma de garantir a aplicação da lei penal. Precedentes.

5. O fato de possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva do recorrente. [...]

7. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente conhecido e desprovido (RHC 76458/DF. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)²²⁵.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. DETERMINAÇÃO NA ORIGEM PARA A REALIZAÇÃO DO ATO RECLAMADO. PREJUDICIALIDADE DA PRETENSÃO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. RÉU ESTRANGEIRO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE PONTO, IMPROVIDO. [...]

2. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária, dadas as circunstâncias em que ocorrido o delito, indicativas da periculosidade social do réu. [...]

4. A condição de estrangeiro do recorrente, sem vínculos com o país, é considerado fundamento idôneo a autorizar a ordenação e preservação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, improvido (RHC 73258/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)²²⁶.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGO 35 DA LEI 11.343/06. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL QUANTO A UM DOS RECORRENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DECRETADA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDAMENTADO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS. PROVIMENTO PARCIAL.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - No caso em tela, conforme se depreende da fundamentação contida no decreto prisional, os recorrentes tiveram a prisão convertida em preventiva em razão de dois deles terem nacionalidade estrangeira, buscando-se, dessa forma, assegurar a aplicação da lei penal. [...]

VI - Condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa não têm o condão de, só por si, garantir ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar. (Precedentes). Recurso Ordinário

²²⁵ No mesmo sentido, RHC 70080/AC. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016; RHC 65434/ SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016.

²²⁶ No mesmo sentido, RHC 79918/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 22/02/2017; HC 355395/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016; HC 350970/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 13/06/2016; HC 346218/ SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 25/05/2016; RHC 70111/ SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 09/05/2016; RHC 66340/PR. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 22/02/2016; RHC 56424/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 16/04/2015; RHC 54238/DF. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015; HC 312182/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 27/02/2015; HC 307433/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 04/03/2015; RHC 51646/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 18/11/2014; RHC 48473/MS. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014; RHC 40498/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 18/06/2014; RHC 36905/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013.

parcialmente provido a fim de revogar a prisão preventiva do acusado (Fábio Rogério Piacentini), com a imediata retenção de seu passaporte, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação, pelo d. Juízo de 1ª Instância, de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (RHC 50326/CE. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 15/10/2014)²²⁷.

Há posicionamentos similares aos acima colacionados nos julgamentos de relatoria da Ministra Laurita Vaz (RHC n. 47.145/RO, DJe de 24/6/2014; RHC 47145/RO, DJe 24/06/2014; HC 281285/SP, DJe 07/03/2014)²²⁸, do Ministro Joel Ilan Paciornik (RHC 71187/SP, DJe 01/08/2016)²²⁹, do Ministro Sebastião Reis Júnior (HC 304603/AC, DJe 23/02/2016)²³⁰, do Ministro Rogério Schietti Cruz (AgRg no AResp 403317/SP, DJe 25/11/2015; HC 325173/SP, DJe 12/09/2016)²³¹, do Ministro Marco Aurélio Bellizze (RHC 43788/MG, DJe: 02/05/2014)²³² e do Relator convocado Leopoldo de Arruda Raposo (RHC 55596/SP, DJe 17/08/2015; RHC 58695/RR, DJe 16/06/2015)²³³.

Exsurge, em contraponto, no Superior Tribunal de Justiça, um sucinto rol de decisões que busca desconstituir esse tratamento desigual entre o nacional e o estrangeiro. Trata-se de julgados que se voltam a observar a existência do primado da isonomia na proteção estatal, com expressivo teor não discriminatório, valendo-se, para a sua fundamentação, de normas internas de feição constitucional. Nessas deliberações, a Corte Superior tem reconhecido que a nacionalidade estrangeira do agente não deve ser considerada como um fator decisivo para a decretação ou manutenção de sua prisão preventiva, sob pena de fustigar as garantias mínimas da liberdade e igualdade e conformar ato segregatório em desfavor do não-nacional:

HABEAS CORPUS. PRISÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PROVIDO.

Como já pacificado em nossa jurisprudência, o fato de o réu ser estrangeiro e não possuir vínculos com o distrito da culpa não é suficiente para fundamentar decreto de prisão.

Recurso provido (RHC 66778/SP. Rel. Des. Conv. Ericson Maranhão (TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 21/03/2016)²³⁴.

²²⁷ No mesmo sentido, HC 324450/ SP. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016; RHC 65989/MT. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015; RHC 61771/SP. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015.

²²⁸ RHC n. 47.145/RO, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 10/06/2014, DJe de 24/6/2014; RHC 47145/RO. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 24/06/2014; HC 281285/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014.

²²⁹ RHC 71187/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016.

²³⁰ HC 304603/AC. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016.

²³¹ AgRg no AResp 403317/SP. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015; HC 325173/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016.

²³² RHC 43788/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/04/2014, DJe: 02/05/2014.

²³³ RHC 55596/SP. Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo (conv. TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015; RHC 58695/RR. Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo (conv. TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 16/06/2015.

²³⁴ Em sentido oposto, RHC 47778/SC. Rel. Min. Ericson Maranhão (desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. FURTO TENTADO. PRISÃO CAUTELAR. CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO SEM RESIDÊNCIA FIXA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MEDIDAS CAUTELARES ART. 319. CABIMENTO. PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA. [...]

3. Não foram apontados elementos concretos que pudessem justificar a custódia cautelar. A decisão está apoiada exclusivamente na ausência de comprovação de endereço fixo e no fato de o paciente, estrangeiro, estar desempregado.

4. Inexistindo condenação anterior, descumprimento de medidas protetivas ou dúvida sobre sua identidade, mostram-se ausentes os requisitos que autorizam a custódia cautelar, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal. [...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas a serem definidas pelo Juízo competente (HC 331750/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

A ausência de comprovação de endereço fixo do estrangeiro no Brasil não é motivo lícito para a chancela de sua prisão preventiva pelo Poder Judiciário. Acórdãos como o HC 285452/RJ (Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015) e o HC 219392/SP (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 28/10/2013) também adotam essa posição defendida, a qual melhor se coaduna com a não discriminação do forâneo, já que não se pode fazer mera conjectura presuntiva de frustração da aplicação da lei penal pelo simples fato de o réu ser estrangeiro.

5.1.3 Impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro

Outro ponto referente à prisão preventiva que vem sendo inobservado pelo Superior Tribunal de Justiça em desfavor do estrangeiro é a possibilidade de conversão dessa medida acautelatória em outra providência diversa do encarceramento. Para qualquer sujeito submetido à jurisdição brasileira, quer nacional, quer estrangeiro, o Código de Processo Penal prescreve a possibilidade de substituição da prisão preventiva por medida alternativa, desde que observados certos requisitos legais:

CPP, Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. [...]

§ A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Pelo sistema vigente, a prisão preventiva só pode ser mantida se não for cabível a sua conversão em outras medidas como o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a proibição de ausentar-se da Comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a internação provisória do acusado, a fiança, a monitoração eletrônica e até mesmo a proibição de ausentar-se do país.

O uso de medidas alternativas em prol do estrangeiro encontra amparo em compromissos internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual institui, em seu art. 9, que a prisão preventiva não deve consistir a regra para quem aguarda julgamento, podendo, no entanto, a soltura estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento a audiência, atos do processo e execução da sentença. Essa determinação legal é replicada no sistema interamericano de proteção pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

CADH, Art. 7. Direito à Liberdade Pessoal [...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais [...]. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Apesar da existência de comando normativo expresso em favor do estrangeiro, tanto em normas internas, quanto internacionais, o Superior Tribunal de Justiça nem sempre tem contemplado esse comando legal de substituição da prisão preventiva:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER ACOLHIDO.

1. Havendo fundamentação concreta para a manutenção da prisão preventiva a evidenciar a necessidade da rigorosa providência, não há falar em substituição da custódia cautelar por medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

2. No caso, as instâncias ordinárias destacaram, principalmente, a quantidade da droga apreendida (aproximadamente 176 kg de maconha) e o fato de ser o recorrente estrangeiro sem identificação confirmada. Elementos concretos suficientes para justificar a imposição da segregação cautelar.

3. Recurso em habeas corpus improvido (RHC 80613/RS. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017).

Nada obstante a prática da Corte Superior seja a não comutação da prisão preventiva ao estrangeiro, em casos estritamente pontuais ela tem se rendido a reconhecer a utilização de medidas cautelares alternativas em substituição ao ergastulamento. Trata-se das hipóteses em que o estrangeiro é alvo de tutela humanitária, ou quando não mais se encontra (ou sequer ingressou) no território nacional, ou quando não está hábil a frustrar o processo penal ou ofender a ordem pública:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. PRISÃO CAUTELAR. CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO SEM RESIDÊNCIA FIXA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. In casu, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, levando em consideração, tão somente, a condição de estrangeiro do ora recorrente, que afirmou ser morador de rua e não estar em condições regulares no país. Argumentou-se, ainda, que não consta nos autos o nome de seus genitores.

2. Recurso provido, para que o recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade (RHC 39580/DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 29/08/2013, DJe 19/09/2013).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CRIMES SUPOSTOS: FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO E RÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL (ARTS. 228 E 231 DO CP). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. REGULARIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. INADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

4. No caso dos autos, não existe, ou não existe mais, motivo para a segregação cautelar, na medida em que: (i) o réu é originário de país estrangeiro e lá reside, sem ter sequer ingressado em território brasileiro; (ii) nada há que indique tentativa de frustrar o processo penal ou de ofender a ordem pública; (iii) atribui-se ao paciente o papel de consumidor final do serviço de prostituição, e não de operador da estrutura de agenciamento; (iv) o órgão acusatório não indicou onde estaria o dolo específico de praticar cárcere privado contra as mulheres alegadamente traficadas, sendo o elemento subjetivo imprescindível para a tipificação da conduta, sem a qual sequer se configuraria o "tráfico de pessoas", para os fins do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Decreto 5.017/04); (v) as supostas vítimas iam voluntariamente ao encontro do ora paciente, a fim de receber determinada quantia, mesmo que não fossem "escolhidas" para prestar o serviço de prostituição, sendo que o pagamento poderia alcançar somas mais expressivas, de algumas centenas de milhares de reais, se fossem "escolhidas" e aceitassem não usar preservativos; e (vi) a prisão preventiva do impetrante foi revogada por decisão de 11/06/2014, proferida em âmbito liminar pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, então relator do feito, que garantiu ao paciente a suspensão dos efeitos da ordem de prisão preventiva mediante o cumprimento de medidas cautelares específicas, não se mostrando urgente a custódia preventiva. [...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para ratificar a decisão liminar que assegurara ao paciente B DOS S o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo da causa (HC 295458/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

Em uma melhor interpretação da norma internacional e de sua concatenação com o sistema jurídico brasileiro, verifica-se que a substituição da prisão cautelar em benefício do estrangeiro deve ser aplicada mesmo nos casos não enunciados pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não encontre óbice legal. Afinal, o *status* de nacionalidade do estrangeiro

não pode ser tomado como condição pessoal que traga a esse indiciado ou acusado um empecilho ao recebimento de medida acautelatória mais benéfica.

5.1.4 Impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade

A presunção de inocência é uma garantia judicial de qualquer indivíduo sujeito ao *jus persecuendi* e ao *jus puniendi* do Estado. É um cânone insculpido no direito de não ser preso arbitrariamente (DUDH, art. 9; PIDCP, art. 9; DADDH, art. XXV; CADH, art. 7, 3) e na própria garantia de não antecipação de pena à pessoa acusada de um ato delituoso até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as prerrogativas de defesa lhe sejam asseguradas (DUDH, art. 10; PIDCP, art. 14,2; DADDH, art. XXVI; CADH, art. 7, 2). Até mesmo porque toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito a recorrer da sentença condenatória a uma instância superior:

PIDCP, Art. 14. [...]

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

CADH, Art. 8. Garantias judiciais [...]

2. [...]

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

A regra é que, se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada, fundada em condenação penal recorrível, somente se justifica se motivada por fato posterior que se ajuste, concretamente, a uma das hipóteses referidas no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro. Fora disso, está-se diante de uma execução provisória indevida da prisão, verdadeira antecipação de pena, que conflita flagrantemente com o princípio da presunção de inocência emanado do art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

CADH, Art. 8. Garantias Judiciais. [...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas.

Em conformidade com essa previsão normativa, houve, no sistema jurídico nacional, a revogação do incongruente art. 594 do Código de Processo Penal brasileiro pela Lei nº. 11.719/2008, o qual instituía a necessidade do réu se recolher à prisão para recorrer²³⁵. Outrossim, antes mesmo da vigência dessa alteração legislativa no Brasil, já vigorava a Súmula nº. 347 do Superior Tribunal de Justiça, a qual indicava que o conhecimento da

²³⁵ CPP, art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto (BRASIL, 1941).

apelação do réu independeria da sua prisão, robustecendo a tese de que ao acusado é possível recorrer em liberdade²³⁶.

Não é de se imaginar que a regra em questão não se aplique ao estrangeiro, ante os preceitos de igualdade e não discriminação já indicados em rotunda gama de compromissos internacionais aperfeiçoados pelo Estado brasileiro. De todo modo, em alguns quadros, nem mesmo recursos ordinários para a segunda instância do mesmo tribunal, como é o caso da apelação criminal, são permitidos ao estrangeiro sem prévio encarceramento. No Superior Tribunal de Justiça perduram julgados nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS APLICADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. RÉU ESTRANGEIRO. RISCO DE FUGA. NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO DESPROVIDO. [...]

3. A constrição cautelar determinada na sentença condenatória encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a quantidade de substância entorpecente apreendida, o descumprimento das medidas cautelares alternativas e a condição de estrangeiro do recorrente, sem vínculos com o país, circunstâncias essas que apontam a gravidade concreta dos fatos, a periculosidade do acusado e o risco de aplicação da lei penal.

4. Condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere (Precedentes).

5. Recurso desprovido (RHC 55019/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015)²³⁷.

Um posicionamento mais coadunado com as garantias do estrangeiro e com a sua prerrogativa de recorrer em liberdade, tal qual o nacional, ressalvadas as hipóteses legais de configuração da prisão preventiva, pode ser vislumbrado em acórdãos com o teor dos colacionados abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ESTRANGEIRO CONDENADO NO REGIME ABERTO. VEDADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. [...]

2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da pena é incompatível com a negativa do apelo em liberdade. Precedentes.

3. A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. (HC n. 94.016,

²³⁶ No que se refere a recursos a tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal tem entendido, desde o icônico julgamento do HC 126292, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em 17 de fevereiro de 2016, que é possível a execução da pena de prisão após a condenação colegiada do réu em segunda instância.

²³⁷ No mesmo sentido, AgRg no AREsp 451319/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016.

Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/9/2008, publicado em 27/2/2009).

4. No caso, a despeito de o paciente ter sido condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, a prisão cautelar foi mantida sem qualquer referência às exigências legais, previstas no art. 312 do Código de Processo penal, mas, tão somente, porque o réu respondeu preso ao processo e em razão do suposto risco de fuga pelo fato de ser estrangeiro.

5. Recurso ordinário a que se dá provimento para assegurar ao recorrente o direito de recorrer em liberdade, ressalvada a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a serem estabelecidas pelo Juiz sentenciante (RHC 61664/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. [...]

2. Hipótese em que a segregação cautelar dos recorrentes não se funda, exclusivamente, no fato de serem estrangeiros, mas em elementos concretos, notadamente a quantidade de droga apreendida (175 kg de maconha) e o modus operandi (ocultação do entorpecente em veículo e uso de documento de identificação argentino para encobrir a verdadeira nacionalidade), o que demonstra a periculosidade dos recorrentes e obsta a revogação da medida constritiva para a garantia da ordem pública. [...]

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido (RHC 59385/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015).

A condição de nacionalidade do réu jamais pode configurar um pré-requisito para a imposição do dever de recolher-se à prisão após a prolação de uma sentença de base. O direito a recorrer e a presunção de inocência devem ser sempre baluartes a regular essa atuação cautelar do Poder Judiciário, que somente pode impor ao não-nacional o dever de retirar-se à prisão se configurados os requisitos concessivos da prisão preventiva, não servindo o fato de o réu ser estrangeiro para esse desiderato.

5.1.5 Vedação à progressão de regime ao estrangeiro em processo de expulsão

O sistema jurídico nacional apregoa que a progressão de regime é uma garantia do apenado. Os arts. 33 a 36 do Código Penal brasileiro e os arts. 110 a 119 da Lei de Execuções Penais disciplinam os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil e instituem que tal constrição será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

São requisitos para a progressão de regime o lapso temporal, o mérito do sentenciado, o parecer da comissão técnica de classificação, a realização de exame criminológico motivado e a oitiva do Ministério Público (MORAES; SMANIO, 2007). Entre

as normas que vedam ao preso a progressão de regime não está o fato de o apenado ser estrangeiro, constituindo parâmetro discriminatório a utilização de qualquer medida segregatória nesse sentido (CE, art. 5; DUDH, art. 2; PIDCP, art. 2,1; PIDESC, art. 2,2; CER, art. 3; DADDH, art. II; PSS, art. 3).

Em contrassenso aos cânones internacionais e instituindo vedação à progressão de regime não consolidada em norma positiva brasileira, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a condição de estrangeiro do preso é suficiente para lhe restringir o direito ao desenvolvimento progressivo do modo de cumprimento de pena, cerceando-lhe a possibilidade de gradação prevista na legislação penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. [...]

3. A Colenda Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento ou que já teve sua expulsão decretada.

3. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no decisum, deve ser a decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 285969/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014)²³⁸.

Acompanham, ainda, esse entendimento a Relatora convocada Marilza Maynard (HC 224581/SP, DJe 25/06/2013)²³⁹ e o Relator convocado Campos Marques (HC 248292/SP, DJe 24/06/2013)²⁴⁰, para quem, em se tratando de hipótese de concessão do benefício a estrangeiro com processo de expulsão²⁴¹ em andamento, esse impedimento à progressão de regime se faria ainda mais evidenciado. Contudo, não tem sido esse, Felizmente, um posicionamento unívoco no seio do Superior Tribunal de Justiça:

²³⁸ No mesmo sentido, HC 271380/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014; HC 272807/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 26/09/2013; Rcl 12071/MS. Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 11/09/2013, DJe 17/09/2013; HC 249883/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013.

²³⁹ HC 224581/SP. Rel. Des. Marilza Maynard (conv. TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 25/06/2013. Posicionamento revisto no ano de 2014, com o HC 283748/SP. Rel. Des. Marilza Maynard (conv. TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014; e o HC 274249/SP. Rel. Des. Marilza Maynard (conv. TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 24/02/2014.

²⁴⁰ HC 248292/SP. Rel. Des. Campos Marques (conv. TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 24/06/2013.

²⁴¹ De acordo o art. 54 da Lei nº. 13.445/2017, a expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, nos casos de condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de (a) crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão ou (b) crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. PROGRESSÃO DE REGIME. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. IMPEDIMENTO AO BENEFÍCIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, razão pela qual a existência de processo ou mesmo decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou do livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disto." (HC 324.231/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015)

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 321157/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016)²⁴².

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A progressão de regime de cumprimento da pena, tanto do nacional quanto do estrangeiro, deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela observância aos princípios da igualdade e da individualização da pena, com avaliação dos critérios objetivo e subjetivo a que alude o art. 112 da LEP.

2. O benefício não pode, assim, ser negado pelo simples fato de o apenado estar em situação irregular no país ou, mesmo, de haver decreto de expulsão expedido contra ele, motivos que, por si só, conforme jurisprudência uníssona desta Corte, não seriam idôneos para tanto.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão que deferiu a progressão ao regime semiaberto (HC 309825/SP. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)²⁴³.

Depreende-se, assim, que para parcela significativa dos ministros do Superior Tribunal de Justiça – Min. Assusete Magalhães (HC 275241/SP, DJe de 03/02/2014; HC 262597/SP, DJe 19/12/2013; HC 248441/SP, DJe 13/09/2013)²⁴⁴, Min. Felix Fischer (HC 362085/SP; DJe 10/02/2017; HC 330675/SP, DJe 02/02/2016; HC 284335/SP, DJe 03/11/2014)²⁴⁵, Min. Reynaldo Soares da Fonseca (HC 324231/SP, DJe 10/09/2015)²⁴⁶, Min. Sérgio Kukina (HC 311034/DF, DJe 05/03/2015)²⁴⁷, Min. Maria Thereza de Assis Moura

²⁴² No mesmo sentido, HC 299630/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 28/11/2014.

²⁴³ No mesmo sentido, HC 26572/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014; HC 305480/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014; HC 291086/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014.

²⁴⁴ HC 275241/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 03/02/2014; HC 262597/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Seta Turma, julgado 22/10/2013, DJe 19/12/2013; HC 248441/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 13/09/2013.

²⁴⁵ HC 362085/SP. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 10/02/2017; HC 330675/SP. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 02/02/2016; HC 284335/SP. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 03/11/2014.

²⁴⁶ HC 324231/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015.

²⁴⁷ HC 311034/DF. Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 25/02/2015, DJe 05/03/2015.

(AgRg no HC 287152/SP, DJe 15/05/2014)²⁴⁸, Min. Regina Helena Costa (HC 277912/SP, DJe 12/11/2013)²⁴⁹, Min. Moura Ribeiro (HC 247481/SP, DJe 24/10/2013)²⁵⁰, Min. Sebastião Reis Júnior (AgRg no HC 277139/SP, DJe 27/06/2014)²⁵¹, Min. Joel Ilan Paciornik (HC 345726/SP, DJe 20/04/2016)²⁵² e Rel. Conv. Ericson Maranhão (HC 305276/SP, DJe 19/12/2014; HC 294393/SP, DJe 19/12/2014)²⁵³ – é possível a concessão de progressão de regime ao estrangeiro, mesmo com processo de expulsão pendente de apreciação, em cumprimento a tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

5.1.6 Impossibilidade de reconhecimento de atenuante genérica ao estrangeiro pelo desconhecimento de legislação penal específica

Dentro do sistema jurídico brasileiro, o desconhecimento da lei é inescusável. Todavia, o Código Penal brasileiro prescreve, em seu art. 21, que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena, e, se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Trata-se a primeira parte da norma do erro de proibição, o qual incide sobre a licitude de um comportamento, uma vez que o agente, *in casu*, comporta-se supondo, por erro, ser lícita a sua conduta. Em tais casos, “o objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei” (BITENCOURT, 2007, p. 75).

Mesmo nas hipóteses em que o desconhecimento da lei não tiver o condão de afastar integralmente o caráter criminoso do fato, a ignorância acerca da licitude da norma incriminadora poderá funcionar como atenuante genérica, nos termos do art. 65, II, do Código Penal brasileiro²⁵⁴. Para Masson (2013, p. 686), a justificativa para a validade dessa atenuante está no fato do ordenamento jurídico brasileiro “ser composto por um emaranhado complexo

²⁴⁸ AgRg no HC 287152/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 15/05/2014.

²⁴⁹ HC 277912/SP. Rel. Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 12/11/2013.

²⁵⁰ HC 247481/SP. Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013.

²⁵¹ AgRg no HC 277139/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 27/06/2014.

²⁵² HC 345726/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 20/04/2016, no qual está indicado que: “[...] não constitui motivação idônea para justificar o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional o simples fato de se tratar de sentenciado estrangeiro, em situação irregular no país, ainda que exista processo de expulsão pendente. Assim, a análise do pleito deve levar em consideração, tão somente, o preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 112 da LEP – Lei de Execução Penal” (BRASIL, 2016).

²⁵³ HC 305276/SP. Rel. Des. Ericson Maranhão (conv. TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014; HC 294393/SP. Rel. Des. Ericson Maranhão (conv. TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014.

²⁵⁴ “A *ignorantia legis* não isenta de pena nem é causa de sua diminuição. No entanto, seu desconhecimento, *in concreto*, constitui esta atenuante” (BITENCOURT, 2007, p. 240).

de leis e atos normativos, constantemente revogados e em contínua modificação, dificultando por parte do cidadão a exata compreensão do seu significado e do seu alcance”.

Se existe para o nacional uma formal relativização acerca do conhecimento da licitude da norma incriminadora, que se dirá da pessoa estrangeira, que não está inserida na cultura brasileira e é desconhecidora das regras e valores da sociedade local. Ademais, se por um lado o forasteiro está sujeito, assim como os nacionais, à jurisdição e às leis locais (CE, art. 2), por outro, os Estados devem reconhecer aos estrangeiros em seu território as garantias individuais que reconhecerem a seus próprios nacionais (CE, art. 3), de maneira que a garantia penal do erro de proibição e a circunstância atenuante de desconhecimento da lei penal podem ser aplicadas ao não-nacional.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem negado a aplicação da atenuante genérica do desconhecimento da lei aos estrangeiros em geral, inclusive àqueles que sequer têm o seu domicílio no território brasileiro:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 6º DA LEI 7.492/86. INDUZIR OU MANTER EM ERRO INVESTIDOR. ESTELIONATO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. ABALO DA CONFIANÇA INERENTE ÀS RELAÇÕES NEGOCIAIS NO MERCADO IMOBILIÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME GRAVOSAS. DELITO PRATICADO EM DIVERSOS PAÍSES. ORGANIZAÇÃO ESTRUTURADA. DIVERSAS VÍTIMAS. ATENUANTE INOMINADA. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. ART. 288 DO CP. SUPERVENIÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...]

9. O mero fato de ser estrangeiro não pressupõe o desconhecimento da lei, desautorizando a aplicação da atenuante prevista no art. 65, II, do CP.

10. Na atenuante inominada, circunstância relevante, anterior ou posterior ao delito, não disposta em lei, mas que influencia no juízo de reprovação do autor, não são avaliados os antecedentes criminais, já previstos como circunstância judicial do art. 59 do CP. [...]

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Extinta a punibilidade dos três recorrentes, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação ao delito do art. 288 do CP (REsp 14059/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 23/09/2015).

Não é difícil imaginar, porém, que o extenso rol de leis brasileiras, que por vezes se mostram contraditórias e incongruentes, não são de conhecimento massivo dos estrangeiros que se encontram em visita no Brasil ou hajam migrado para o território nacional, carecendo esse nicho populacional de uma real ciência acerca da licitude de um rol de condutas que são proibidas apenas no inchado e ineficiente sistema normativo brasileiro. Deverá o Poder Judiciário agir, nessas situações, com a prudência e a razoabilidade necessárias à aplicação de uma circunstância atenuante não prosrita pela lei penal vigente.

5.1.7 Não reconhecimento de guarda ao estrangeiro com a configuração de sequestro internacional de criança

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980²⁵⁵, busca instituir regras para a proteção do infante, no plano internacional, em relação aos efeitos prejudiciais sobrevivendo da mudança de domicílio ou da retenção ilícitas e estabelece procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, assegurando a proteção do direito de visita. Esse tratado internacional estabelece alguns requisitos essenciais para a configuração de um rapto de criança passível de suscitar a intervenção do país de nacionalidade do genitor vitimado com o sequestro:

[...] a autoridade julgadora deverá observar quatro pontos fundamentais para a subsunção do pleito do genitor abandonado à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças: (a) os Estados envolvidos no pedido de retorno do menor devem fazer parte da Convenção, ou seja, devem ter assinado e ratificado esse documento previamente; (b) a criança deve, em momento anterior ao rapto internacional, possuir residência habitual no Estado requerente; (c) a transferência ou retenção ilícita deve violar, ao tempo do sequestro, o direito de guarda ou de visita de um dos genitores; e (d) a criança deve ter a idade limite de dezesseis anos incompletos para que seja alvo dessa proteção (SILVA; MADEIRA, 2016, pp. 44-45).

Cumpridos esses requisitos, a regra será a determinação do retorno imediato da criança ao domicílio do genitor que detém a sua guarda, independente da sua nacionalidade. Em situações excepcionais, esse regresso poderá ser mitigado, observando-se as hipóteses previstas nos arts. 12, 13 e 20 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, com destaque para a proibição de retorno do menor quando ficar comprovada a sua integração ao novo meio em que reside:

CACSIC, Art. 12. [...]

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, a aplicação da regra (retorno imediato do menor) ou da exceção (permanência do menor) se dão, historicamente, não em benefício do princípio do melhor interesse da criança, conforme dispõe o art. 12²⁵⁶ da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990²⁵⁷, mas em consonância com a nacionalidade

²⁵⁵ Ratificada pelo Brasil em 14 de abril de 2000, através do Decreto nº. 3.413.

²⁵⁶ CDC, art. 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

²⁵⁷ Ratificada pelo Brasil em 21 de novembro de 1990, através do Decreto nº. 99.710.

dos genitores envolvidos. Nesses julgados, há notória tendência de conceder ao nacional brasileiro a guarda do infante a fim de desconfigurar o sequestro internacional de criança:

DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DOIS IRMÃOS MENORES ALEGADAMENTE RETIDOS DE MODO INDEVIDO PELA MÃE NO BRASIL. PRIMOGÊNITO QUE JÁ COMPLETOU 16 ANOS. NÃO INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO IRMÃO MENOR QUE CONTESTA SEU RETORNO PARA O DOMICÍLIO ESTRANGEIRO PATERNO. OPINIÃO DEVIDAMENTE CONSIDERADA NOS TERMOS DOS ARTS. 13 DA CONVENÇÃO DE HAIA E 12 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DOS MENORES NO BRASIL. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Ainda que comprovada a conduta da genitora em reter indevidamente seus dois filhos menores no Brasil, deixando de retornar para a residência habitual na Argentina, onde residia o pai das crianças (circunstância rejeitada pelo acórdão recorrido), mesmo assim e em situações excepcionalíssimas, nos termos da Convenção de Haia e no propósito de se preservar o superior interesse dos menores, possível será o indeferimento do pedido de imediato retorno dos infantes.

2. No caso concreto, tal como avaliado pela Corte regional de origem, com base em idôneo acervo probatório, os menores já se encontravam adaptados ao novo meio, contexto confirmado, posteriormente, em audiência de tentativa conciliatória realizada neste STJ, ocasião em que os infantes manifestaram o desejo de não regressar para o domicílio estrangeiro paterno. Filho mais velho que, tendo completado 16 anos, não mais se submete à Convenção de Haia, nos termos de seu art. 4º.

3. Nos termos do art. 13 da Convenção de Haia e do art. 12 da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, deve-se levar em conta a manifestação da criança que revele maturidade capaz de compreender a controvérsia resultante da desinteligência de seus pais sobre questões de seu interesse.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido. Recurso especial da União conhecido e desprovido (REsp 1214408/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015).

Outros problemas enfrentados por esse tipo de demanda no Superior Tribunal de Justiça são: o não conhecimento seletivo do acervo probatório em prejuízo ao genitor estrangeiro (REsp 1390173/RJ, Rel. Juíza Federal Marga Tessler, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 28/10/2015); o conhecimento seletivo do acervo probatório em favor do genitor brasileiro, não considerando as regras do tratado internacional (REsp 1449560/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 14/10/2014); e o não conhecimento da resolução dada ao caso na jurisdição estrangeira (SEC 7331/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 02/10/2013, DJe 16/10/2013; SEC 4830/EX, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, julgado em 16/09/2013, DJe 03/10/2013).

5.1.8 Validação de expulsão de estrangeiro com filho menor brasileiro

A expulsão de estrangeiro no Brasil é disciplinada pela Lei nº. 13.445/2017, a qual também traz a repatriação e a deportação como medidas de retirada compulsória do território

nacional. De acordo com o art. 54 da referida lei, a expulsão consiste em medida administrativa que converge com a saída obrigatória do não-nacional dos limites territoriais brasileiros e o impedimento de reingresso por prazo determinado, nos casos de condenação com sentença transitada em julgado concernente à prática de crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de agressão ou crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, uma vez consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Existem algumas situações, entretanto, em que a Lei nº. 13.445/2017 não autoriza o Estado brasileiro a proceder com a expulsão do estrangeiro:

Lei nº. 13.445/2017, Art. 55. Não se procederá à expulsão quando:

I - a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira;

II - o expulsando:

- a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;
- b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente;
- c) tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País;
- d) for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão; ou
- e) (VETADO).

Entre as situações em destaque cabe consignar a hipótese em que o expulsando possui filho brasileiro sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva. Quadro esse já consagrado desde 1963 com a Súmula nº. 1 do Supremo Tribunal Federal, a qual aduz que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com Brasileira, ou que tenha filho Brasileiro, dependente da economia paterna” (BRASIL, 1963).

Apesar da clara dicção da norma protetiva nacional e da existência de garantias internacionais de que o Brasil se compromete a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas (CDC, art. 8) e de que toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requerer por parte da sua família, da sociedade e do Estado (CADH, art. 19), o Superior Tribunal de Justiça, em parte dos seus julgados, tem apresentado entendimento diverso acerca da matéria:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE LITISCONSÓRCIO OU INTERVENÇÃO DE TERCEIROS, EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTES DO STJ. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA E O DECRETO EXPULSÓRIO. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE EXCLUDENTE DE EXPULSABILIDADE. ART. 75, II, B, DA LEI 6.815/80. INADMISSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, NA VIA ANGUSTA DO WRIT. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. [...]

III. Do exame dos autos verifica-se que, embora o paciente comprove que é pai da menor, brasileira, não foram trazidos elementos de convicção acerca do preenchimento dos requisitos legais para a exclusão de expulsabilidade, porquanto - como admite o próprio impetrante - o paciente não tem a guarda da menor, além de não restar demonstrada, de forma inequívoca, a dependência econômica de sua filha, consoante disposto no art. 75, II, b, da Lei 6.815/80, e conforme entendimento do Ministério Público Federal, no caso.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, "a expulsão do estrangeiro pode ser evitada para proteger os interesses do filho brasileiro, menor de idade. As hipóteses inibitórias da expulsão do estrangeiro não estão caracterizadas na espécie, porquanto o filho do impetrante não está sob a sua guarda e tampouco dele depende economicamente" (STJ, HC 269.859/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/02/2014). Em igual sentido: STJ, HC 239.329/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/06/2014; STJ, AgRg no HC 276.884/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/10/2013.

V. Ordem denegada (HC 292527/SP, Rel. Min. Assuseta Magalhães, Primeira Seção, julgado em 10/09/2014 DJe 17/09/2014).

HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO.

A expulsão do estrangeiro pode ser evitada para proteger os interesses do filho brasileiro, menor de idade. As hipóteses inibitórias da expulsão do estrangeiro não estão caracterizadas na espécie, porquanto o filho do impetrante não está sob a sua guarda e tampouco dele depende economicamente. Habeas Corpus denegado (HC 269859/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 12/02/2014 DJe 18/02/2014).

Sobram no Superior Tribunal de Justiça acórdãos em que o princípio do melhor interesse da criança (CDC, art. 12) não é considerado para a validação do ato expulsório de seu genitor. Premissas como a manutenção da base familiar, a preservação da identidade do menor e a dependência socioafetiva do infante em relação aos pais, prescritas nas normas acima, nem sempre são levadas em conta pelo julgador na tomada de decisões, como parece ter ocorrido nos acórdãos de relatoria do Ministro Og Fernandes (HC 309982/DF, DJe 19/03/2015)²⁵⁸, do Ministro Arnaldo Esteves Lima (HC 239329/DF, DJe 02/06/2014)²⁵⁹ e do Ministro Mauro Campbell Marques (AgRg no HC 276884/DF, DJe 17/10/2013)²⁶⁰.

De outra sorte, parcela dos julgados da Corte Superior acerca do tema parece ter absorvido o caráter humanitário do art. 55, II, b da Lei nº. 13.445/2017 e dos tratados internacionais protetivos à unidade familiar de que o Brasil é parte. São julgados que consagram os princípios da proteção integral e da manutenção do convívio familiar, de índole constitucional e convencional, independentemente de verificação da dependência econômica do menor com o genitor alvo do processo expulsório e do momento do nascimento do infante:

²⁵⁸ HC 309982/DF. Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 19/03/2015.

²⁵⁹ HC 239329/DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 28/05/2014, DJe 02/06/2014.

²⁶⁰ AgRg no HC 276884/DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/10/2013, DJe 17/10/2013.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INTERNACIONAL. HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRA QUE CUMPRIU PENA POR CRIME DE FURTO NO BRASIL. INGRESSO DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTES DA CORTE. PACIENTE COM QUATRO FILHOS NASCIDOS NO PAÍS, UM DELES ANTES DO DECRETO EXPULSÓRIO. PRESUNÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E AFETIVA EM RELAÇÃO À MÃE, POR SE TRATAR DE FILHOS ENTRE 4 E 14 ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA AO CONVÍVIO FAMILIAR E À PROTEÇÃO INTEGRAL. CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, ENTRE OS QUAIS O DE MANTER RELAÇÕES PESSOAIS COM GENITORES. RECONHECIMENTO PELA AUTORIDADE IMPETRADA DE NÃO SER CASO DE EXPULSÃO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROLE. [...]

2. Preenche um dos requisitos da não-expulsão a existência de filhos, mesmo que o parto tenha ocorrido depois do decreto expulsório. No presente caso, porém, a primeira filha da paciente nasceu antes do decreto de expulsão.

3. Os princípios da proteção integral e da manutenção do convívio familiar a que se referem o art. 227 da Constituição Federal e o princípio da preservação das relações pessoais familiares a que se refere a Convenção da ONU sobre os direitos da criança correm o risco de violação se concretizada a expulsão da mãe de quatro crianças nascidas no Brasil, atualmente com idade entre 4 e 14 anos.

4. Reconhecimento pela autoridade impetrada, com base em posição do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, de que, independentemente da averiguação quanto à dependência econômica, não se promove a expulsão, quando se tratar de estrangeira com prole no Brasil.

5. O Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República, BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS, é pela concessão da ordem.

6. Habeas Corpus concedido para anular o Decreto de expulsão (HC 304112/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/10/2015 DJe 22/10/2015).

ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS CÍVEL. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. PACIENTE GENITOR DE FILHA BRASILEIRA DE TENRA IDADE. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADAS. INVIABILIDADE DA EXPULSÃO. EXEGESE DO ART. 75, II, b, DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO (LEI Nº 6.815/80). PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA NO ATENDIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 1º DO ECA). CONCESSÃO DO REMÉDIO HERÓICO.

1. Não se viabiliza a expulsão de estrangeiro quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira, que se encontre sob sua guarda e dependência financeira.

2. Revela-se desinfluyente a circunstância de o nascimento do filho ter ocorrido após o fato gerador do decreto de expulsão. Precedentes.

3. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos fundamentais concernentes à criança e ao adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF), direciona, in casu, para solução que privilegie a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, ademais, com a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA).

4. Habeas Corpus concedido, com a consequente revogação da portaria de expulsão. (HC 293634/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 22/10/2014, DJe 29/10/2014).

É válido acentuar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já veio a reconhecer outras excludentes de expulsabilidade, além da existência de filho menor, como passíveis de desconstituição do decreto expulsório. O grave estado de saúde do estrangeiro (HC 301498/SP. Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 09/08/2017, DJe

16/08/2017) e a sua condição de refugiado (HC 333902/DF. Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 22/10/2015) foram argumentos que se mostraram hábeis para manter o não-nacional em território brasileiro, mesmo estando submetido a medida administrativa de expulsão.

5.1.9 Vedação de trabalho ao estrangeiro

Consoante o art. 23, 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. O art. XIV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem adiciona que toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos preleciona, em seu art. 6, que toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. Segundo esse tratado, o Estado tem o compromisso de adotar medidas que garantam a plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aduz, em seu art. 6, que os Estados pactuantes reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito. Acrescenta esse tratado que compete às autoridades locais tomarem as medidas apropriadas para salvaguardar esse direito, devendo tais ações incluir a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que garantam aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Não obstante essa significativa gama de diplomas internacionais que asseguram o direito ao trabalho e ao livre desempenho profissional, o Superior Tribunal de Justiça, por vezes, denega o acesso do estrangeiro ao mercado laboral, instituindo barreiras impeditivas a melhores oportunidades de vida a esse não-nacional, especialmente em temas correlatos ao serviço público prestado pelo forâneo ao Estado brasileiro:

MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO AERONÁUTICA BRASILEIRA
NA EUROPA - CABE. AUXILIAR LOCAL. ADMISSÃO EM 1975.

REINTEGRAÇÃO. ENQUADRAMENTO REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 243, §6º, LEI 8.112/90. ESTRANGEIRO. NATURALIZAÇÃO BRASILEIRA NÃO EFETIVADA. ART. 37, I, CF. EFICÁCIA LIMITADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. De acordo com o §6º do art. 243 da Lei n. 8.112/90, os empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público, enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira, passarão a integrar tabela em extinção.

2. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a garantia de acesso a cargos, empregos e funções públicas aos estrangeiros prevista no art. 37, I, da CF, com redação dada pela EC 19/98, não é autoaplicável, porquanto tal norma constitucional tem eficácia limitada, necessitando de regulamentação por lei, o que ainda não ocorreu.

3. O art. 243, § 6º, da Lei 8.112/90 estava em consonância com a Lei Maior e permanece em vigor até que surja o diploma exigido pelo novo art. 37, I, da Constituição (STF, RE 346180 AgR, Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Dje 1/8/2011).

4. A teor do art. 114 da CF, os direitos trabalhistas decorrentes da relação contratual de trabalho devem ser pleiteados em ação própria na Justiça do Trabalho, órgão judiciário que detém a competência para tanto.

5. Segurança denegada. (MS 8883/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Turma, julgado em 12/08/2015 DJe 21/08/2015).

Há, contudo, temas alusivos às relações trabalhistas em que o Superior Tribunal de Justiça tem prestado importante resguardo ao direito do estrangeiro. Trata-se de hipóteses em que os conselhos profissionais exigem, sem base legal, certificado de proficiência em língua portuguesa para o registro do não-nacional na entidade de classe, o que vem sendo rechaçado, veementemente, pela Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. MÉDICO ESTRANGEIRO. OBTENÇÃO DE REGISTRO PROFISSIONAL. CERTIFICADO DE PROFICIÊNCIA EM LÍNGUA PORTUGUESA. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é ilegal a exigência de apresentação de certificado de proficiência na língua portuguesa por médico estrangeiro para a obtenção de registro profissional.

II - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83.

III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1403846 /SP, Rel. Min. Regina Gelena Costa, Primeira Turma, julgado em 19/12/2015 DJe 16/12/2015)²⁶¹.

5.1.10 Quebra da igualdade tributária prevista no GATT em desfavor do estrangeiro

O GATT foi um acordo geral sobre tarifas e comércio firmado, em 1947, na tentativa de harmonizar as políticas aduaneiras dos Estados signatários. Uma das suas premissas é impulsionar a liberalização comercial e combater práticas protecionistas, como forma de

²⁶¹ No mesmo sentido, AgRg no AREsp 620724/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 09/09/2015.

instituir regulamentos mais convidativos às relações comerciais internacionais. Desde a sua primeira rodada de negociações, o GATT implementou relevantes compromissos de não discriminação de origem de mercadorias ao Brasil:

GATT 47, Art. III. Tratamento nacional no tocante à tributação e regulamentação internas

1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.

2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos nacionais ou importados, contrariamente aos princípios estabelecidos no parágrafo 1.

Almejando contribuir para a consecução desses objetivos, o acordo assinado pelo Brasil promoveu a ideia de conclusão de obrigações recíprocas e mutuamente vantajosas aos Estados pactuantes, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional. E em que pese a posterior formulação de novos acordos no seio do GATT e da Organização Mundial do Comércio, esses valores de isonomia, reciprocidade e não-discriminação da origem da mercadoria continuaram norteando tais relações.

Na praxe brasileira, nem sempre o Estado tem observado essas prescrições, a ponto de ter sido condenado pela Organização Mundial do Comércio, no ano de 2017, em razão da adoção de práticas mercantis contrárias à liberdade do comércio internacional, em programas nacionais de subsídios industriais (OMC, 2017)²⁶². No âmbito do Poder Judiciário, a tônica do acolhimento de regras discriminatórias não tem sido diferente:

TRIBUTÁRIO. COFINS-IMPORTAÇÃO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA EM 1%. § 21 DO ART. 8º DA LEI Nº 10.865/04. VIOLAÇÃO AO ART. 98 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282 DO STF. CLÁUSULA DE TRATAMENTO NACIONAL. ART. III DO GATT. NÃO APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AO PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE NOS AUTOS DO RESP 1.437.172/RS. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. NÃO CUMULATIVIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DE CRÉDITO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Discute-se nos autos a legalidade ou não da majoração da alíquota de COFINS-Importação em 1% prevista no § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/04, com redação dada pela Lei nº 12.715/12, sem que haja o correspondente reconhecimento do direito ao crédito em etapa posterior em igual percentual, e se tal majoração implica tratamento

²⁶² O painel aberto pela OMC concluiu que programas estabelecidos pelo Brasil taxaram excessivamente produtos importados em comparação com os nacionais. O motivo é que o governo ofereceu isenções fiscais ou vantagens competitivas tendo como base regras de uso de conteúdo local ou desempenho em exportações.

desigual do produto estrangeiro em relação ao nacional, discriminação vedada pelo art. III do GATT que determina a igualdade de tratamento entre ambos os produtos.

3. A Segunda Turma desta Corte, na assentada de 15.9.2015, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.437.172/RS, Relator para acórdão, Min. Herman Benjamin, concluiu, por maioria, que a cláusula de "Obrigação de Tratamento Nacional" não se aplica ao PIS/COFINS-Importação, ressalvado meu entendimento pessoal em sentido contrário. Assim, despendendo a análise da existência efetiva de tratamento desvantajoso ao produto originário do exterior decorrente da majoração em 1% da alíquota da COFINS-Importação, visto que, ainda que se confirme tal desvantagem, não há que se falar em violação à referida cláusula, haja vista sua inaplicabilidade em relação às referidas contribuições.

4. O Tribunal de origem, ao interpretar o § 12 do art. 195 da Constituição Federal, conclui pela possibilidade de concessão parcial do crédito de PIS/COFINS decorrente da não cumulatividade, tendo em vista que o referido dispositivo constitucional não estabeleceu a sistemática de compensação a ser aplicada em relação às referidas contribuições, diferentemente da não cumulatividade do ICMS e do IPI, na qual a compensação ocorre em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. Dessa forma, não é possível a esta Corte conhecer do recurso especial no ponto, haja vista a índole constitucional que envolve o tema, cuja análise é da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1513436/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015).

Insta consignar, de resto, que nem sempre a tratativa do Superior Tribunal de Justiça para com a parte estrangeira, na seara tributária, se mostra discriminatória. Uma hipótese referencial para essa afirmação dá-se quando o não-nacional é possuidor de duplo domicílio, um no Brasil e outro no exterior, e possui veículo que transpassa com regularidade a fronteira nacional. Nesse contexto, a Corte Superior tem tendido a reconhecer a não incidência da pena de perdimento em desfavor do estrangeiro:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PROPRIETÁRIO COM DUPLO DOMICÍLIO. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não se aplica a pena de perdimento ao veículo automotor estrangeiro que trafega em território nacional, na hipótese de duplo domicílio do proprietário, em se tratando de país signatário do MERCOSUL.

2. Contudo, o Tribunal de origem concluiu, com fundamento fático-probatório dos autos, que não se trata de internação de veículo em caráter precário, mas definitivo, e que o real proprietário reside apenas no Brasil, não ficando comprovada a residência permanente em outro país do MERCOSUL, o que torna irregular a situação do veículo, sujeitando-o à pena de perdimento que foi aplicada.

3. Nesse contexto, revisar o juízo de valor na instância extraordinária, por seu turno, demanda o revolvimento dos aspectos fáticos da causa, o que atrai o óbice constante da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1545697/SC, Rel. Des. Diva Malerbi (conv. TRF3), Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016)²⁶³.

Os casos pontuais em que há, em sentido contrário, a decretação da punição administrativa, tem a denegação de justiça pautada, como visto no julgado acima, no não

²⁶³ No mesmo sentido, AgRg no REsp 1323198/RS. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 07/10/2013.

reexame de provas cerceado por entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça, o qual será objeto de exame detido no tópico 5.1.13 desta obra. Esse comportamento da Corte Superior, adianta-se, embora prestigie uma teórica celeridade processual, reveste-se de um veraz distanciamento da realidade fática que compromete o mais amplo acesso à justiça.

5.1.11 Citação de estrangeiro por edital válida em processo brasileiro e citação a brasileiro feita em processo estrangeiro obrigatoriamente por carta rogatória

Nem sempre a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros ocorre no cerne do processo civil brasileiro. A lei vigente traz algumas discriminantes no tratamento processual dispensado à parte a depender do seu domicílio e do local de julgamento da causa²⁶⁴, ainda que o Código de Processo Civil brasileiro estabeleça, expressamente, que deverá haver igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados (art. 26, II).

Esse contexto de igualdade em face da lei é robustecido pelo art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual institui que todas as pessoas são iguais perante a Lei e que, por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. Nada obstante, existe, no desenvolvimento da cooperação internacional, precedentes do Superior Tribunal de Justiça que sustentam a invalidade da citação de brasileiros no exterior que não tenham sido feitas na modalidade presencial e, estando esses no Brasil, exige-se para o outro Estado o uso de carta rogatória para essa finalidade, ao passo que se vem admitido a citação do estrangeiro por qualquer modalidade de cientificação:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. ARTIGO 15, "B", DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. FALTA, NO PROCESSO ESTRANGEIRO, DE CITAÇÃO VÁLIDA DE REQUERIDA DOMICILIADA NO BRASIL, SEGUNDO A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.

1. Nos termos do artigo 15, "b", da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, constitui requisito indispensável à homologação de sentença estrangeira "terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia".

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a homologação de sentença estrangeira, verifica-se a validade da citação de acordo com a lei estrangeira se o requerido era domiciliado, ao tempo da citação, no estrangeiro. E se o requerido, ao tempo da citação, era domiciliado no Brasil, sua citação haverá de ser válida segundo as normas do sistema jurídico brasileiro. Precedentes.

²⁶⁴ CPC, art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

3. Caso em que a requerida era e é domiciliada no Brasil. Situação na qual a validade de sua citação para responder ao processo no estrangeiro há de ser verificada de acordo com o sistema jurídico brasileiro, segundo o qual a citação por edital apenas é válida após tentada a citação por meio de Carta Rogatória. Não havendo sido tentada sua citação por Carta Rogatória, mas apenas por carta simples remetida pelo correio, inviável a homologação da sentença estrangeira. Precedentes.
4. Homologação indeferida (SEC 13332/EX. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 04/05/2016, DJe 19/05/2016).

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA DE PORTUGAL. REQUERIDO DOMICILIADO NO BRASIL. CARTA ROGATÓRIA. NECESSIDADE. CITAÇÃO POSTAL INVÁLIDA. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA.

1. No caso, especificamente no tocante ao ponto objeto da contestação, verifica-se que o requerido residia no Brasil à época da tramitação do processo estrangeiro, tendo a sua citação sido realizada pela via postal, conforme admitido em réplica, pela própria parte autora.
2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para homologação de sentença estrangeira proferida em processo que tramitou contra pessoa residente no Brasil, revela-se imprescindível que a citação tenha sido por meio de carta rogatória.
3. Pedido de homologação de sentença estrangeira indeferido (SEC 14851/EX. Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 05/04/2017, DJe 19/04/2017).

O Superior Tribunal de Justiça, responsável por rever decisões que contrariem tratado internacional ou lhes neguem vigência, não vem atuando, nesse pormenor, no âmbito de sua competência institucional. Acordos internacionais que apregoam a igualdade de tratamento e as normas internas que pregam o respeito às garantias do devido processo legal nem sempre são conservadas em prol do não-nacional. A exceção a essa prática fica por conta de alguns poucos julgados em que a preocupação com a formalidade e efetividade desse chamamento processual do estrangeiro é apresentada:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. ALIMENTOS. CONVENÇÃO DE NOVA YORK E LEI DE ALIMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA. TRADUÇÃO JURAMENTADA E CHANCELA CONSULAR. DISPENSA. REVISÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE HOMOLOGADA. [...]

5. Pelos documentos juntados na inicial, verifica-se que o requerido foi citado, tendo ciência da decisão que lhe foi imputada quanto ao pagamento da pensão alimentícia. Porém, essa conclusão não pode ser repetida quando analisados os documentos juntados com a decisão do juízo polonês que majorou a referida verba (e-STJ fls.75/106), uma vez que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado.
6. Quanto à homologação da segunda sentença em que o Tribunal estrangeiro majorou o valor da pensão alimentícia para cada filha, o pedido não deve prosperar. É que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado. Ademais, salienta-se que, neste período da tramitação da revisão de alimentos, ele residia no Brasil, o que torna imprescindível sua citação via carta rogatória, o que não ocorreu.

7. Homologação parcialmente deferida (SEC 10380/EX. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 18/03/2015, DJe 30/03/2015).

Mesmo para a hipótese de Sentença Estrangeira Contestada (SEC)²⁶⁵, como é o caso da classe processual das demandas colacionadas neste tópico, é certo que um juízo de delibação mínimo de faz necessário pelo Poder Judiciário brasileiro, através do qual é possível exercer a verificação da paridade de armas na relação processual submetida à homologação, mediante a observação de se partes foram citadas de maneira adequada e equânime para a composição da lide.

5.1.12 Pagamento de caução pelo estrangeiro para acesso à justiça

O direito ao acesso à justiça corresponde, em linhas gerais, a uma segurança da parte em ter um processo carregado de garantias processuais, com base em preceitos de equidade e que venha a terminar num prazo razoável e produza uma decisão eficaz. Esse direito encontra respaldo, no âmbito internacional, em normas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 8: toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1: toda pessoa tem o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XVIII: toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos).

A lei processual brasileira estipula, em contraponto, que o autor de uma ação judicial, brasileiro ou estrangeiro, que resida no exterior ou deixe de residir no Brasil ao longo da tramitação do processo deverá prestar caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, salvo estritas exceções²⁶⁶. Dentre elas, consta a possibilidade do Poder Judiciário aplicar tratado internacional que resguarde garantia judicial, com *status* hierárquico superior à referida norma legal, visando favorecer o acesso à justiça da parte. Embora o Superior Tribunal de Justiça também reconheça esse caráter não absoluto do dever de prestar caução, nem sempre vem aplicando essa regra às demandas que envolvem estrangeiro:

²⁶⁵ Vide, nesse sentido, os comentários na nota de rodapé nº. 217.

²⁶⁶ CPC, art. 83. O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento. § 1 Não se exigirá a caução de que trata o caput: I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte; II - na execução fundada em título extrajudicial e no cumprimento de sentença; III - na reconvenção.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGADA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUTORES ESTRANGEIROS. CAUÇÃO ÀS CUSTAS E HONORÁRIOS DE ADVOGADO. ART. 835 DO CPC. RESIDÊNCIA FORA DO BRASIL. AUSÊNCIA DE BENS IMÓVEIS NO BRASIL. CRITÉRIOS OBJETIVOS.

1. Na origem, trata-se de ação de indenização proposta por dois estrangeiros em virtude da alegada falha do serviço prestado por concessionária de distribuição de energia elétrica.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a prestação de caução prevista no artigo 835 do Código de Processo Civil é cogente/impositiva ou se pode ser dispensada pelo órgão julgador com base em critérios subjetivos.

3. O artigo 835 do Código de Processo Civil apresenta dois pressupostos objetivos e cumulativos a saber: (i) o autor não residir no Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda e (ii) não ter o autor bens imóveis no Brasil que assegurem o pagamento das custas e honorários de advogado da parte contrária em caso de sucumbência.

4. Segundo a doutrina especializada, a despeito de estar inserta no livro referente aos procedimentos cautelares, a caução às custas e honorários não ostenta natureza cautelar. O tema relaciona-se, de fato, com as despesas processuais. Logo, para a sua incidência não se exige a presença do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*, mas, sim, a configuração dos requisitos objetivos que elenca.

5. Não se exclui a possibilidade de, excepcionalmente, e diante das peculiaridades de determinado caso concreto, dispensar-se a caução quando se conclua categoricamente a existência de hipótese de efetivo obstáculo ao acesso à jurisdição. Tal situação, contudo, não se verifica no caso em apreço.

6. Recurso especial provido (REsp 1479051/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015 DJe 05/06/2015).

A tônica defendida neste estudo é que a exigência de caução não deve consistir em um empecilho ao acesso à justiça por parte do estrangeiro, especialmente na perspectiva restrita de acesso voltada ao acionamento do Poder Judiciário e à formulação de demandas judicializáveis. Mesmo porque a Corte Superior tem reconhecido, desde a égide do Código de Processo Civil anterior, a dispensabilidade dessa garantia ao estrangeiro em casos pontuais, cabendo a sua expansão, entende-se, para todos os demais pleitos em que o citado requisito procedimental possa ser configurado como denegatório de acesso:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CAUÇÃO PARA AS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS. AUTOR QUE NÃO RESIDE NO PAÍS. ART. 835 E 836 DO CPC/1973. SENTENÇA ARBITRAL. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DISPENSABILIDADE DA GARANTIA.

1. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e aos honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento (art. 835 do CPC/73).

2. O objetivo da caução é a garantia do recebimento dos honorários e o pagamento das custas do autor vencido, quando ainda indefinido o direito e consequentemente inexistente título executivo líquido, certo e exigível, dada a maior dificuldade, quiçá a impossibilidade, do recebimento dessas verbas de devedor não residente no país.

3. Apesar de o diploma processual dispensar a caução, expressamente, nos casos de execuções de título executivo extrajudicial e nas reconvenções, a exceção deve valer, também, para as execuções de título judicial, tendo em vista a certeza e a liquidez do direito.

4. Recurso especial não provido (REsp 1286878/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016 DJe 01/08/2016).

Nessa veia analítica, importa trazer, por fim que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o benefício da justiça gratuita, coirmão do acesso à justiça, pode ser aplicado a estrangeiro residente no Brasil ou no exterior, importando apenas que a parte com insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios comprove a sua condição de hipossuficiência, na forma da lei, para ter direito à gratuidade em questão (REsp 1225854/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 04/11/2016).

5.1.13 Não reexame de prova em solicitação de visto de permanência.

O visto de permanência, enquanto modalidade de admissão do estrangeiro em território nacional, estava previsto na legislação anterior que tratava sobre a matéria (Lei nº. 6.815/1980), não encontrando equivalente na norma que atualmente disciplina o ingresso de não-nacionais no Estado brasileiro (Lei nº. 13.445/2017). Tratava-se de espécie de visto conferido ao forasteiro que pretendia se fixar definitivamente no Brasil, desde que o mesmo obedecesse a algumas condições, como possuir filho brasileiro, ser casado ou ter união estável com brasileiro ou estrangeiro permanente no país, ser familiar brasileiro que assumisse a qualidade de chamante de um ente familiar que se enquadrasse na condição de dependente legal ou, ainda, ser imigrante nacional de país integrante do MERCOSUL.

Para a concessão do visto de permanência, era necessário produzir prova nos autos acerca dos requisitos acima colimados, a fim de que o juízo competente as analisasse e proferisse uma decisão satisfativa. Na medida em que o Superior Tribunal de Justiça não autoriza o reexame de provas nesses casos de solicitação de visto de permanência, torna-se esvaziado o pleito recursal do estrangeiro, já que matéria de fato precisa ser carreada para subsidiar o seu rogo, sob pena de exaurimento, tal qual verificado nos acórdãos abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ESTRANGEIRO FORMADO NO BRASIL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE VISTO PERMANENTE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/73. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, A DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. FALTA DE IMPUGNAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL, DE FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO COMBATIDO, SUFICIENTE PARA A SUA MANUTENÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO QUE EXIGE ANÁLISE DE RESOLUÇÃO. ATO NORMATIVO NÃO INSERIDO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. NOVA LEI DE IMIGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE

APRECIÇÃO, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. [...]

V. O entendimento firmado pelo Tribunal a quo - no sentido do não preenchimento, pelo autor, dos requisitos para que lhe seja expedido o visto permanente de estrangeiro no Brasil - não pode ser revisto, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ. [...]

VIII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1562697/SE. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. ESTRANGEIRO. SOLICITAÇÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. [...]

IV - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou estarem presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

V - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp 1410074/CE. Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 26/09/2016).

Essa aplicação automática, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula nº. 7²⁶⁷, com a análise restritiva de provas, pode levar à construção de um entendimento propenso a afastar todo um exame fático indispensável à solução da demanda, negando, de modo material, o acesso à justiça ao estrangeiro. Subjugar a interpretação probatória ao exercício jurisdicional apenas de um tribunal *a quo* tende a limitar a atuação da Corte Superior enquanto garantidora da eficácia dos tratados internacionais no Brasil. Por esse motivo, aliás, mostra-se ainda mais relevante analisar as decisões de tribunais inferiores como o Tribunal Regional Federal da 1ª Região para o deslinde do trato institucional com o estrangeiro.

5.2 Hipóteses denegatórias ao estrangeiro no Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Na análise dos 130 (cento e trinta) acórdãos selecionados na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que contém parte estrangeira, 42 (quarenta e dois) foram identificados como denegatórios de justiça ao não-nacional. Nesses julgados, pode-se detectar 10 (dez) temas centrais em que a Justiça Federal tem agido, de maneira reiterada, com preterimento ao jurisdicionado pela sua simples condição de origem e nacionalidade. Esses temas, que consistem, em última análise, em hipóteses nas quais o Poder Judiciário

²⁶⁷ STJ, Súmula nº. 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

brasileiro age mediante o cometimento de ilícitos internacionais hábeis a gerar a responsabilidade do Estado, serão tratados, a seguir, com as peculiaridades que a abordagem de cada uma dessas questões impõe.

5.2.1 Inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso

Assim como consignado quando da análise do tópico 5.1.1 deste estudo, observa-se que a não comunicação da prisão do estrangeiro à repartição consular competente fustiga importantes garantias processuais previstas na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em especial, a norma contida no art. 36 desse estatuto, que fixa o dever do Estado receptor informar, sem tardar, quando houver não-nacional preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Acrescenta o referido artigo que qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa presa deverá também ser transmitida, sem tardar, pelas autoridades estatais competentes, devendo as mesmas informar ao encarcerado esse direito (CRC, art. 36, b). Mesmo porque os funcionários consulares terão o direito de visitar o nacional de seu Estado que estiver detido, conversar e corresponder-se com ele e providenciar a sua defesa perante os tribunais ou acompanhar o processo de execução da pena, salvo oposição expressa do estrangeiro (CRC, art. 36, c).

Essas garantias judiciais, como regra, não são observadas nos julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Existem decisões denegatórias de justiça nessa Corte que não reconhecem nem mesmo a nulidade de um encarceramento imposto ao estrangeiro em desconformidade com a norma do art. 36 da Convenção sobre Relações Consulares, havendo, em verdade, a manutenção de prisões ilegais e arbitrárias pelo Poder Judiciário brasileiro, com a não informação dessa situação de preso do não-nacional ou a postergação dessa comunicação para o transcurso da instrução criminal²⁶⁸:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE SEM VÍNCULOS COM O DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. COMUNICAÇÃO A CONSULADO ESTRANGEIRO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não havendo demonstração de que o paciente, estrangeiro, preso em flagrante por tráfico transnacional de entorpecentes (art. 33 e 40, I - Lei 11.343/2006) e por uso de documento falso (art. 304 do CP), tenha algum vínculo objetivo com o Brasil - residência, trabalho fixo ou família constituída -, e constando, ainda, que responde a ação penal por conduta da mesma natureza, além de registrar condenação perante o

²⁶⁸ No mesmo sentido, HC 0057198-05.2015.4.01.0000/MT. Rel. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 23/02/2016.

juízo do processo, mostra-se justificada, si et in quantum, a sua prisão preventiva, para preservar a ordem pública, garantir de aplicação da lei penal, e ainda por conveniência da instrução processual, ante o temor fundado de que, em liberdade, venham a evadir-se do distrito da culpa ou reiterar a conduta delituosa. A comunicação da prisão do estrangeiro ao consulado do país de origem do preso poderá ser feita durante a instrução criminal.

2. Denegação da ordem de habeas corpus. (HC 0041549-97.2015.4.01.0000/MT, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, e-DJF1 12/08/2016).

Em situações mais acintosas, a Justiça Federal da 1ª Região, mesmo manifestando conhecimento acerca da norma internacional protetiva, tem reconhecido que a mesma não possui grande aplicabilidade no sistema jurídico nacional, ao consignar que a garantia de o estrangeiro ter a sua segregação comunicada à autoridade consular competente não constitui requisito de validade da prisão:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. CRIMES DE COMÉRCIO ILEGAL E TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS DE FOGO. ESTRANGEIRO. COMUNICAÇÃO À REPARTIÇÃO CONSULAR. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. CPP, ARTIGO 312. MATERIALIDADE DELITIVA, INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DESARTICULAÇÃO. REITERAÇÃO DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REGIÃO FRONTEIRIÇA. RISCO DE EVASÃO. CPP, ARTIGO 313, INCISO I. CRIME DOLOSO. PENA MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS. PRISÃO CAUTELAR. COMPATIBILIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA INADEQUADA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. RESIDÊNCIA FIXA. TRABALHO LÍCITO. IRRELEVÂNCIA. EVENTUAL CONDENAÇÃO. REGIME MENOS GRAVOSO. VIA INADEQUADA. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme estabelece o artigo 36, item 1, alínea "b", do Decreto Presidencial n. 61.078, de 26.07.1967, editado em face do pacto firmado por meio da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, o estrangeiro preso no Brasil, a qualquer título, tem direito de solicitar às autoridades competentes que informem sobre sua prisão à respectiva Repartição Consular.

2. A garantia do estrangeiro de ter sua segregação convidada a unidade consular de seu país não constitui requisito de validade de prisão preventiva.

3. Eventual ausência dessa comunicação ou se realizada a posteriori, não é suficiente para macular o auto de prisão em flagrante, mormente se disso não decorreu prejuízo para o exercício da ampla defesa, visto que o paciente foi assistido por seu advogado em sede policial. Preliminar de nulidade rejeitada. [...] (HC 0035799-17.2015.4.01.0000/AP, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 06/10/2015, e-DJF1 11/11/2015).

Para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em síntese, a eventual ausência de comunicação ao consulado sobre o ergastulamento do estrangeiro ou a sua realização *a posteriori* não seriam razões suficientes para macular o auto de prisão, não desencadeando esse fato nem mesmo a nulidade do ato viciado praticado. Ante a manutenção desse entendimento, verifica-se a existência de uma profunda afronta, pela Corte Regional, a texto expresso de tratado internacional assinado e ratificado pelo Brasil que reserva ao estrangeiro a faculdade de assistência consular célere.

5.2.2 Decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa

Em consonância com o indicado no tópico 5.1.2 deste estudo, a liberdade pessoal e a excepcionalidade da prisão preventiva são garantias universais do indivíduo que se encontram contempladas em diversos tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 9), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXV), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7). O conceito firmado nesses diplomas é o de que ninguém pode ser preso ou encarcerado arbitrariamente e nem privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

A lei processual penal brasileira institui a prisão preventiva como medida de exceção (CPP, art. 312), a qual somente poderá ser decretada ou mantida como mecanismo de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, em havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Nenhuma das hipóteses em questão sujeita a imposição de prisão cautelar ao indivíduo pelo simples fato de ser estrangeiro, ou de não manter vínculo com o Brasil, ou de ter residência fixa em seu país de origem.

Ainda assim, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem constrangido o não-nacional a um ergastulamento cautelar tão-somente em função dele não possuir nacionalidade brasileira ou não apresentar residência fixa no Brasil, inviabilizando a conversão da prisão preventiva em medida mais branda, tal qual é concedido, regularmente, a todo aquele que detém nacionalidade pátria:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. EVENTUAL IRREGULARIDADE SUPERADA. MATERIALIDADE DELITIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. SAÚDE PÚBLICA. MALEFÍCIOS. GRAVIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL RESIDÊNCIA EM PAÍS ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE VÍNCULOS. INQUÉRITO POLICIAL. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO. QUESTÃO SUPERADA. PRAZOS PROCESSUAIS. MITIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM DENEGADA. [...]

6. Não se mostra desarrazoada a manutenção de prisão preventiva para preservar a aplicação da lei penal quando o paciente reside em outro país. Precedentes STJ. [...]

10. Caso em que o paciente foi preso em flagrante na posse de cocaína transportada da Bolívia para o Brasil, por via fluvial. Prisão decretada com base nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, em face da natureza altamente lesiva da droga, quantidade e por se tratar de estrangeiro sem qualquer vínculo com o País (HC 0035928-

51.2017.4.01.0000/RO, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/09/2017, e-DJF1 29/09/2017)²⁶⁹.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O DISTRITO DA CULPA.

1. Na demonstração objetiva do envolvimento do paciente, estrangeiro, sem nenhum vínculo de moradia nem ocupação lícita definida no distrito da culpa (fatos não demonstrados pela impetração), aconselha-se a manutenção, si et in quantum, do decreto de prisão preventiva, em nome da segurança da aplicação da lei penal.
2. Ordem de habeas corpus denegada (HC 0022698-10.2015.4.01.0000 / AM, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 22/06/2015, e-DJF1 14/07/2015)²⁷⁰.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. ESTRANGEIRO. NECESSIDADE DE SE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. [...]

3. Embora o fato de a condição de estrangeiro(a) não constituir, por si só, fundamento para determinar a prisão preventiva, faz-se necessário mencionar que quando há ausência de vínculos do(a) paciente com o Brasil, como anotado no decreto de prisão preventiva, aliada à presença de autoria e materialidade delitivas, pode-se concluir pela presença de ameaça à aplicação da lei penal.
4. Não se verifica, in casu, fundamento jurídico hábil a ensejar a concessão da ordem.
5. Habeas corpus denegado (HC 0010746-05.2013.4.01.0000 / DF, Rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, julgado em 13/05/2014, e-DJF1 30/07/2014).

É fácil constar que, com tais julgados, a Justiça Federal da 1ª Região institui barreira ao estrangeiro não prevista na lei e ainda contraria acordos internacionais firmados pelo Brasil. Pratica tratamento discriminatório ao não-nacional em função da sua origem e nacionalidade, frustrando normas internacionais voltadas a tutelar o direito a igualdade, apregoadas na Convenção sobre os Estrangeiros (art. 5), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 7), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 2, 1), no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2,2), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 24) e no Protocolo de San Salvador (art. 3).

Diversamente, uma parte dos desembargadores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cumpre registrar, tem relativizado essa ideia de que a condição de estrangeiro serve, por si só, como fundamento idôneo para ensejar a decretação de uma prisão preventiva. Nesses julgamentos, tem-se entendido como desarrazoada a decretação ou manutenção desse tipo de prisão cautelar pelo único fato do indivíduo não ser nacional brasileiro e não possuir qualquer vínculo com o distrito da culpa:

²⁶⁹ No mesmo sentido, HC 0048674-53.2014.4.01.0000/AM, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 30/09/2014, e-DJF1 10/10/2014; HC 0034638-06.2014.4.01.0000 / MT, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, e-DJF1 29/08/2014.

²⁷⁰ No mesmo sentido, HC 0029017-23.2017.4.01.0000/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 25/07/2017, e-DJF1 03/08/2017.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA A ESTRANGEIRO. CONFIRMAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Constituição Federal assegura aos nacionais e estrangeiros os mesmos direitos, não sendo, pois, suficiente para o indeferimento da liberdade provisória o fundamento de que a acusada tem nacionalidade boliviana e não possui vínculos com o Brasil.

2. Há o receio de que a acusada, que reside em outro país, em liberdade, evada-se do distrito da culpa, mas, a ser assim, todo estrangeiro teria que responder ao processo preso cautelarmente! É preciso, pois, mesmo nas dificuldades, tentar evoluir no respeito às liberdades públicas.

3. Recurso desprovido (RSE 0041867-40.2016.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 08/08/2017, e-DJF1 16/08/2017)²⁷¹.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ACUSADO ABSOLVIDO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA PENA. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. RÉU ESTRANGEIRO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

6. No caso concreto, o fato de o réu ser de origem estrangeira não obsta à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tampouco para o regime inicial de cumprimento de pena, em face da isonomia de direitos assegurada pela Constituição Federal, no art. 5º, caput, quando dispôs que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal.

7. Apelação do Ministério Público Federal desprovida. Apelação do acusado parcialmente provida (ACR 0003825-74.2012.4.01.4200/RR, Rel. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, julgado em 17/11/2014, e-DJF1 10/12/2014).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. COVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ACUSADO ESTRANGEIRO E SEM VÍNCULOS COM O BRASIL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR DUAS MEDIDAS CAUTELARES. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A simples condição de estrangeiro do paciente e a inexistência de domicílio no Brasil não legitimam, por si só, a custódia cautelar que requer motivação idônea com base em elementos concretos para a sua decretação. Precedente do STJ.

2. No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada e mantida em razão da condição de estrangeiro do paciente, sem a indicação de qualquer outro elemento concreto.

3. Substituição da prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares previstas no art. 319, I e IV, do CPP.

2. Ordem concedida em parte (HC 0027594-67.2013.4.01.0000/RR, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, julgado em 19/06/2013, e-DJF1 26/07/2013)²⁷².

²⁷¹ No mesmo sentido, HC 0056278-65.2014.4.01.0000/RO, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 17/11/2014, e-DJF1 26/11/2014; HC 0052687-61.2015.4.01.0000/MG, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 17/11/2015, e-DJF1 09/12/2015; HC 0074127-50.2014.4.01.0000/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015, e-DJF1 27/02/2015.

A luz dos julgados acima e das garantias judiciais previstas nos tratados internacionais dantes referenciados, somente é possível a chancela do Poder Judiciário, num sistema pautado na responsabilidade institucional, quando a prisão preventiva do estrangeiro se der, no Brasil, de maneira excepcional, nos mesmos moldes aplicáveis ao cidadão brasileiro, não sendo possível a sua decretação em razão de caracteres pautados na origem e nacionalidade do sujeito submetido ao encarceramento, sob pena de responsabilização internacional do Estado brasileiro.

5.2.3 Impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro

Do mesmo modo como consignado no tópico 5.1.3, observa-se que qualquer jurisdicionado, inclusive o estrangeiro, tem o direito de fruir da substituição de sua prisão preventiva por outra medida cautelar diversa do ergastulamento. Esse direito encontra amparo no art. 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 7, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, exigindo-se o cumprimento dos requisitos indicados nos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal para a sua concessão.

A despeito dessa previsão normativa, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim como o Superior Tribunal de Justiça, vê na condição de estrangeiro um empecilho à outorga do benefício, sustentando que o não-nacional, em função da ausência de vínculo com o Estado brasileiro, não faria jus à substituição da prisão preventiva:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISOS I E V DA LEI N.º 11.343/2006 (DUAS VEZES), E ART. 35, C/C ART. 40, INCISOS I E V, DA LEI 11.343/2006, NA FORMA DO ART. 29, CAPUT, E ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ARTIGO 312 DO CPP. MATERIALIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. INSTRUÇÃO PROCESSUAL COMPLEXA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA/INÉRCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. DISCUSSÃO ACERCA DA (I)LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ORDEM DENEGADA.

1. A prisão preventiva somente pode ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade), indícios suficientes da autoria e quando presentes pelo menos um dos fundamentos que a autorizam: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

2. No caso, restou demonstrada a presença dos pressupostos da prisão cautelar, quais sejam, a prova da materialidade e da autoria, bem como a necessidade da segregação cautelar para a garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, não havendo, pois, ilegalidade na sua decretação pelo Juízo impetrado.

²⁷² No mesmo sentido, HC 0034817-71.2013.4.01.0000/RO, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, julgado em 23/07/2013, e-DJF1 02/08/2013.

3. Por outro lado, mostra-se insuficiente a aplicação de quaisquer medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, caso concreto, notadamente pelo risco de fuga existente, ante o fato de o Paciente ser estrangeiro e não ter residência fixa no distrito da culpa. [...]

7. Pedido de liminar prejudicado. (HC 0025723-94.2016.4.01.0000/MT, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, e-DJF1 28/08/2017)²⁷³.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COCAÍNA. ARTIGOS 33 E 40, I, DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGADAS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS DA PACIENTE. INSUFICIÊNCIA PARA CONCESSÃO DO WRIT. PACIENTE ESTRANGEIRO. REQUISITOS LEGAIS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR PRESENTES. MEDIDAS ALTERNATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. [...]

5. Pela análise da situação do paciente - possibilidade concreta de reiteração criminosa -, verifica-se ser incabível a aplicação das medidas alternativas à prisão, nos termos do art. 282 c/c o art. 319, ambos do Código de Processo Penal.

6. "Por outro lado, mostra-se insuficiente a aplicação de quaisquer medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, ao caso concreto, notadamente pelo risco fundado de o paciente, estrangeiro, evadir-se do distrito da culpa, dificultando a instrução criminal e a devida aplicação da lei penal.

Precedentes desta Corte" (TRF1. HC 0068242-21.2015.4.01.0000/DF, Quarta Turma, Rel. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado), e-DJF1 de 05/07/2016).

7. Ordem de habeas corpus denegada (HC 0067879-97.2016.4.01.0000/DF, Rel. Des. Ney Bello, Terceira Turma, julgado em 31/01/2017, e-DJF1 17/02/2017).

Há posicionamentos similares aos acima colimados nos julgados de relatoria do Des. Candido Ribeiro (HC 0034346-16.2017.4.01.0000/MT, e-DJF1 28/08/2017)²⁷⁴, do Des. Mário César Ribeiro (RSE 0001119-69.2016.4.01.3201/AM, e-DJF1 28/08/2017)²⁷⁵ e do Juiz Federal convocado Klaus Kuschel (ACR 0038513-46.2012.4.01.3300/BA, e-DJF1 02/12/2016)²⁷⁶. Sem embargo, persistem no Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendimentos que buscam melhor equacionar as garantias fundamentais da pessoa estrangeira, com base no primado da dignidade humana, e os motivos capazes de ensejar a decretação ou manutenção de uma prisão preventiva²⁷⁷:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ESTRANGEIRO. IMIGRAÇÃO IRREGULAR. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. [...]

2. Diante da singularidade do contexto fático que envolve a chegada maciça de imigrantes haitianos ao Brasil, que se lhe imputa crime que teria sido praticado sem

²⁷³ No mesmo sentido, HC 0068242-21.2015.4.01.0000/DF, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Quarta Turma, julgado em 27/06/2016, e-DJF1 05/07/2016.

²⁷⁴ HC 0034346-16.2017.4.01.0000/MT, Rel. Des. Federal Candido Ribeiro, Quarta Turma, julgado em 15/08/2017, e-DJF1 28/08/2017.

²⁷⁵ RSE 0001119-69.2016.4.01.3201/AM, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 14/03/2017, e-DJF1 28/08/2017.

²⁷⁶ ACR 0038513-46.2012.4.01.3300/BA, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (conv.), Terceira Turma, julgado em 26/10/2016, e-DJF1 02/12/2016.

²⁷⁷ Nesse sentido, RSE 0073382-84.2016.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Néviton Guedes, Quarta Turma, julgado em 21/08/2017, e-DJF1 04/09/2017.

violência ou grave ameaça à pessoa; e ausentes os motivos aptos a embasar a decretação da prisão preventiva, mostra-se adequado, na espécie, a aplicação de medida cautelar que favoreça a instrução criminal, bem como a aplicação da lei penal, conforme inteligência do art. 282, I, c/c § 5º, do Código de Processo Penal e do art. 321, do Código de Processo Penal.

3. A situação retratada nos presentes autos não se amolda à necessidade do encarceramento, mas sim à adoção de medidas de acolhimento (políticas públicas) ao estrangeiro que, premido pela necessidade de sobrevivência, vem para o Brasil valendo-se dos mais diversificados expedientes, mas unicamente em busca de uma vida melhor.

4. Ordem de habeas corpus concedida, para determinar a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no art. 282 do CPP (HC 0000035-67.2015.4.01.0000/MG, Rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, e-DJF1 12/06/2015).

Raciocínios como esse têm o condão de ultrapassar a esfera processual para conceder um mínimo de dignidade a um nicho populacional que, por vezes, encontra no Estado receptor toda sorte de adversidades que não podem ainda ser somadas à denegação de justiça pelo Poder Judiciário, ao por em risco a liberdade do sujeito não-nacional em situações nas quais não há indicativo de violação da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou há perigo à aplicação da lei penal.

5.2.4 Impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade

Em congruência com o apontado no tópico 5.1.4, o direito a recorrer em liberdade, ao menos de maneira ordinária e para a segunda instância do mesmo tribunal, é a regra vigente no sistema jurídico brasileiro. Essa garantia judicial, pautada em primados como a presunção de inocência e a não prisão arbitrária, encontra respaldo em compromissos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 9 e 10), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 9 e 14), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (arts. XXV e XXVI) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 7 e 8), que asseguram, ainda, o direito ao duplo grau de jurisdição.

Salvo a configuração das hipóteses de prisão preventiva, o mandamento legal é, pois, que o jurisdicionado não se recolha à prisão para recorrer. Preceito esse que não tem razão para ser alterado acaso o réu da ação penal seja um estrangeiro, em face do princípio humanitário da igualdade, a despeito de a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entender que a simples condição de não-nacional é premissa capaz de justificar a cominação constritora cautelar da prisão preventiva:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI N. 11.343/2006. RÉU PRESO DESDE O FLAGRANTE ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR E SEM VÍNCULO COM O PAÍS. PRECEDENTES. [...]

3. Em situação análoga, decidiu esta Turma: "A manutenção da prisão é recomendada, para garantia da aplicação da lei penal. No caso, o apelante se encontra custodiado desde a prisão em flagrante até a prolação da sentença condenatória; é estrangeiro; não possui qualquer vínculo efetivo com nosso país e encontra-se em situação que não lhe permite exercer atividade lícita"(ACR 0035784-13.2013.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL KLAUS KUSCHEL (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.402 de 18/07/2014). (HC 0021038-44.2016.4.01.0000/AC, Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (conv.), Terceira Turma, julgado em 24/05/2016, e-DJF1 03/06/2016)²⁷⁸.

A condição de nacionalidade do réu, conforme já assentado, não pode servir como pré-requisito para instituir o dever de recolhimento do estrangeiro à prisão após o julgamento de primeira instância. O direito a recorrer e a presunção de inocência devem sempre pautar a tutela do Poder Judiciário, que somente pode impor ao não-nacional o dever de recolher-se à prisão se configurados os requisitos concessivos da prisão preventiva, não servindo o fato de o réu ser estrangeiro para essa finalidade.

5.2.5 Fixação arbitrária do regime de cumprimento de pena ao estrangeiro e vedação à progressão de regime

A fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade ao réu condenado deve ser proporcionada pelo juiz, na sentença, observando os parâmetros fixados nos arts. 33 a 36 do Código Penal brasileiro, os quais indicam que esse tipo de pena deverá ser executada de forma progressiva, segundo o mérito do infrator, levando-se em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, conforme for necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Conforme já verificado no tópico 5.1.5 deste estudo, o sistema penal brasileiro institui a progressão de regime como uma garantia do apenado, desde que, para tanto, sejam observados os requisitos contidos na Lei de Execuções Penais, a qual estabelece, em seu art. 12, que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido parte da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Entre as condições para a progressão de regime do preso não está, decerto, o fato de o condenado ser brasileiro, uma vez que tal discriminação constituiria conduta vedada por

²⁷⁸ No mesmo sentido, HC 0017300-48.2016.4.01.0000/BA. Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 10/05/2016.

tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (CE, art. 5; DUDH, art. 2; PIDCP, art. 2,1; PIDESC, art. 2,2; CER, art. 3; DADDH, art. II; PSS, art. 3). Malgrada a existência dessas normas internacionais e de requisitos objetivos que asseguram a concessão do benefício a qualquer condenado, independente de nacionalidade, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem entendido que a condição de estrangeiro do preso é suficiente para lhe impor regime de cumprimento de pena mais gravoso:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MACONHA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA EM MAIS DE UMA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. BIS IN IDEM. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU ESTRANGEIRO. [...]

3. O fato, isolado, de cuidar-se de acusado estrangeiro não constitui razão jurídica suficiente para a fixação de regime prisional mais gravoso àquele decorrente da pena que lhe foi aplicada. Precedentes do STF e do STJ. (ACR 0028375-15.2015.4.01.3300/BA)

4. Não há que se falar na fixação de regime mais brando para o cumprimento da pena, diante da impossibilidade material de assegurá-lo a estrangeiro, sem qualquer vínculo com o país, e que se deslocou ao território nacional apenas para praticar o crime (ACR 0005632-72.2011.4.01.4101/RO).

5. Apelação provida em parte (ACR 0004393-85.2015.4.01.4200/RR, Rel. Des. Federal Ney Bello, Terceira Turma, julgado em 21/03/2017, e-DJF1 07/04/2017)²⁷⁹.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI N. 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTUM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 40, INCISO I. PERCENTUAL. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. PERTINÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. MANUTENÇÃO. APELAÇÕES DESPROVIDAS. [...]

2. No caso em tela não há que se falar na fixação de regime mais brando para o cumprimento da pena, diante da impossibilidade material de assegurá-lo a estrangeiro, sem qualquer vínculo com o País, a que se deslocou apenas para praticar o crime.

3. No que se refere ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que as condições pessoais do acusado - estrangeiro, sem vínculos com o país - não recomendam a aludida substituição.

4. Apelações desprovidas (ACR 0005632-72.2011.4.01.4101/RO, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 08/09/2014, e-DJF1 29/09/2014).

Partilha também desse posicionamento o Des. Hilton Queiroz (ACR 0002176-74.2012.4.01.4200/RR, e-DJF1 04/08/2014; ACR 0000766-87.2011.4.01.3400/DF, e-DJF1 12/07/2013)²⁸⁰, para quem não seria possível a fixação de regime de cumprimento de pena mais brando para o forasteiro ante a impossibilidade de assegurá-lo a quem não detém vínculo

²⁷⁹ Em sentido oposto, ACR 0003961-43.2016.4.01.3000/AC, Rel. Des. Federal Ney Bello, Terceira Turma, julgado em 08/08/2017, e-DJF1 18/08/2017.

²⁸⁰ ACR 0002176-74.2012.4.01.4200/RR, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, julgado em 22/07/2014, e-DJF1 04/08/2014; ACR 0000766-87.2011.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, julgado em 07/05/2013, e-DJF1 12/07/2013.

com o Brasil. Felizmente, esse juízo adotado por parte dos desembargadores federais não é unânime no órgão de cúpula da Justiça Federal da 1ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO QUE DESABONE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP. CRITÉRIO LEGAL. ALTERAÇÃO DO REGIME PARA ABERTO. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CONFIGURA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O paciente foi condenado a uma pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, tendo se estabilizado em 3 anos e 7 meses, em razão da aplicação da detração do período da prisão preventiva. Isso não obstante, a sentença fixou o regime fechado para cumprimento inicial da pena, em razão de ser o réu estrangeiro, não ter residência no país e ser portador de enfermidade. [...]

3. Não tipifica situação desfavorável às circunstâncias do art. 59 do CP, o fato de o réu ser estrangeiro, não ter, supostamente, residência no país e, menos ainda, ser possuidor de enfermidade, não havendo justificativa plausível a fixação de regime prisional mais gravoso daquele previsto na norma penal, sobretudo quando a própria sentença, ao fazer a dosimetria da pena, aponta como desfavorável apenas as circunstâncias do crime, em razão da nocividade da droga apreendida (856 gramas de cocaína).

4. Ordem de habeas corpus concedida para, alterando o regime prisional para aberto, determinar a soltura do paciente, para início de cumprimento da pena no regime aberto (HC 0020761-28.2016.4.01.0000/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 07/06/2016, e-DJF1 12/06/2015)²⁸¹.

Há inclusive casos na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, se cumpridos pelo sentenciado, mesmo que estrangeiro, os requisitos garantidores de conversão presentes no art. 44 do Código Penal brasileiro, tais quais a condenação não ser superior a 4 (quatro) anos, não haver reincidência em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, assim como os motivos e as circunstâncias, indicarem a suficiência da substituição:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. [...]

9. A condição de estrangeiro de um réu não impede a concessão do benefício de substituição de pena, porquanto a Constituição Federal assegura a igualdade com nacionais, ainda que esteja "preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena" (STF - HC 97147/MT, Relator Ministro Cezar Peluso).

10. Apelo dos réus parcialmente provido (ACR 2009.41.00.002361-6/RO, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, e-DJF1 04/09/2015)²⁸².

²⁸¹ No mesmo sentido, ACR 0028375-15.2015.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quinta Turma, julgado em 30/05/2016, e-DJF1 09/06/2016; EINACR 0000769-42.2011.4.01.340/DF, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Segunda Seção, julgado em 18/02/2015, e-DJF1 02/03/2015.

²⁸² No mesmo sentido, ACR 2009.38.00.021897-6/MG, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, e-DJF1 22/08/2014; ACR 0003730-62.2011.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, e-DJF1 22/08/2014; ACR 2009.41.01.003823-0/RO, Rel. Des. Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, julgado em 20/05/2014, e-DJF1 06/06/2014.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NACIONAIS E ESTRANGEIROS.

1. Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, faz-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a ser definidas pelo juízo da execução. O Senado Federal suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" constante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, conforme declaração de inconstitucionalidade proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 97.256/RS (Resolução n. 5/2012).

2. A negativa de penas alternativas tomando-se em conta apenas o fato de tratar-se de estrangeiro, sem residência ou relações lícitas conhecidas no Brasil, sem a indicação de circunstâncias concretas, com base nos autos, afigura-se arbitrário. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. [...]

4. Embargos infringentes parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos para fazer prevalecer o voto-vencido (EINACR 2010.36.00.003205-6/MT, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Segunda Seção, julgado em 22/01/2014, e-DJF1 30/01/2014)²⁸³.

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33 C/C 40, I, C/C ART. 33, § 4º, TODOS DA LEI 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REU ESTRANGEIRO. SUBSTITUIÇÃO. ART. 44, CP. POSSIBILIDADE. [...]

IV - Não há impedimento legal para que o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos seja aplicado a réu estrangeiro, tendo em vista que a Constituição da República em seu art. 5º, caput, assegurou aos estrangeiros isonomia de direitos em relação aos brasileiros.

V - Apelação do Ministério Público Federal desprovida.

V - Recurso do réu Ali Hamadi Ali parcialmente provido (ACR 0043825-89.2011.4.01.3800/MG, Rel. Des. Federal Candido Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 08/10/2013, e-DJF1 18/10/2013)²⁸⁴.

Desta feita, a nacionalidade do estrangeiro não pode servir como circunstância pessoal a ser considerada na fixação da pena-base pelo juiz singular, no momento da dosimetria da pena, nem tampouco pode ser alegada como empecilho à progressão de regime prisional para outro mais benéfico ou à conversão da pena privativa de liberdade para uma restritiva de direitos, no exercício da execução penal.

5.2.6 Ausência de nomeação de intérprete na língua do estrangeiro preso

Dentre as garantias asseguradas ao estrangeiro acusado de um delito estão o direito de ser informado, nem procrastinação, numa língua que compreenda, acerca dos motivos da acusação contra ele formulada, bem como de ser gratuitamente assistido, na fase processual, por um intérprete no caso de não compreender a língua empregada no julgamento. As

²⁸³ No mesmo sentido, ACR 0008787-18.2012.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 14/10/2014, e-DJF1 29/10/2014; ACR 0042230-03.2011.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgado em 07/10/2014, e-DJF1 16/10/2014.

²⁸⁴ No mesmo sentido, ACR 0003833-26.2012.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Candido Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/07/2013, e-DJF1 09/08/2013; EDAC 0007789-66.2011.4.01.3600/MT, Rel. Des. Federal Candido Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 02/07/2013, e-DJF1 09/07/2013.

referidas prerrogativas são inscritas de maneira expressa no art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

PIDCP, Art. 14. [...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; [...]

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

O tratado internacional referenciado ainda é claro ao instituir que no caso de condenação sem a verificação dos requisitos processuais acima, caberá a fixação de indenização a quem sofreu a pena indevida se houver a posterior anulação da sentença por comprovada existência de erro judicial. Caberá ressalva a esse dever de reparação, de acordo com o art. 14, 6 do Pacto Internacional, se ficar provado que é possível imputar àquela pessoa, total ou parcialmente, a não revelação em tempo útil de fatos desconhecidos que inviabilizaram o cumprimento dos comandos internacionais protetivos.

No sistema regional de proteção, também é assegurado ao acusado esse direito de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal (CADH, art, 8, 2, *a*). Ainda assim, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região nem sempre tem se dignificado a conceder esse benefício ao preso estrangeiro, ferindo garantia indispensável ao regular exercício do direito de defesa, sem nem sequer reconhecer, minimamente, a nulidade dos atos administrativos e processuais que desconsideram, na sua realização, o dever da autoridade policial ou judicial de fornecer intérprete ao estrangeiro:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISOS I e III, DA LEI Nº 11.343/06. NOMEAÇÃO DE INTÉRPRETE QUE NÃO DOMINA A LÍNGUA DO RÉU ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MANTIDOS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Uma vez que o réu, ora apelante, foi capaz de se fazer entender em seu depoimento, não há que cogitar, na ocorrência, in casu, de prejuízo, em face do que não se verifica a ocorrência da alegada nulidade, pela ausência de nomeação de um intérprete do idioma hebraico.

8. Apelação desprovida (ACR 0006800-91.2010.4.01.3601/MT, Rel. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, julgado em 08/10/2013, e-DJF1 21/01/2014).

Em casos como esses, a norma internacional, ao que parece, busca resguardar ao estrangeiro o direito à compreensão plena da acusação formulada contra si e assegurar a sua livre manifestação no exercício do direito de defesa. Quando não houver a preservação desse direito na fase da persecução penal, como, notadamente, no momento da conformação da prisão em flagrante junto ao distrito da culpa, caberá ao magistrado, obrigatoriamente,

determinar o relaxamento dessa medida cerceadora de liberdade, se não houver registro de que a prerrogativa examinada esteja assentada no auto de prisão lavrado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. PACIENTES COLOMBIANOS. USO DE ALGEMAS. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE TRADUTOR JURAMENTADO NO ATO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. LEGALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DENEGAÇÃO. [...]

3. Não há que se falar em nulidade, quando os direitos constitucionais do preso estrangeiro foram observados, sendo-lhes assegurada a prerrogativa de serem acompanhados por tradutor compromissado ao ensejo da lavratura do auto de prisão em flagrante, conforme se observa do interrogatório policial dos pacientes.

4. A Justiça Federal é competente para processar e julgar crime de tráfico transnacional de drogas.

5. Ordem de habeas corpus denegada (HC 0062981-12.2014.4.01.0000/AM, Rel. Des. Federal Ney Bello, Terceira Turma, julgado em 20/05/2015, e-DJF1 29/05/2015).

Para todas as hipóteses, urge lembrar, a homologação da prisão em flagrante de estrangeiro sem intérprete ou tradutor oficial se faz ilegal²⁸⁵, assim como a oitiva em juízo desse não-nacional sem essas mesmas garantias, uma vez que o cumprimento desses comandos normativos encontram-se previstos em reiterados compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na proteção dos direitos humanos e podem implicar a caracterização de ato ilícito passível de configurar a responsabilidade internacional do Estado por denegação de justiça ao estrangeiro.

5.2.7 Criminalização do pedido de refúgio

O refúgio consiste em um ato pelo qual o Estado concede proteção ao indivíduo que corre risco em outro país por motivo de guerra ou por perseguições de caráter racial, religioso, de nacionalidade ou de pertinência a um grupo social (PORTELA, 2015, p. 358), demandando a necessidade de atenção especial à pessoa refugiada e fazendo jus a normas peculiares de proteção enquanto o sujeito em situação de vulnerabilidade permanecer no território do ente estatal para o qual se deslocou (PORTELA, 2015, p. 950).

Tratados internacionais como a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados definem como refugiada a pessoa que sofre ou teme sofrer, em seu Estado de origem, perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou questão política e que, por esses motivos, procura proteção em outro Estado, por não poder voltar ao país de

²⁸⁵ Uma medida adotada pela Justiça Federal da 4ª Região, ante a insuficiência de tradutores oficiais das mais diversas línguas, nas mais diversas seções judiciárias daquela circunscrição, foi o programa desenvolvido no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, nos anos de 1999 a 2014, no qual os próprios estrangeiros presos em flagrante por tráfico internacional de drogas que tinham conhecimento da língua portuguesa e tiveram a sua prisão homologada serviam como tradutores para os indivíduos da sua mesma nacionalidade ou origem linguística (HARTMANN; BORGES; ARAÚJO, 2016).

onde veio, ante a sua situação de risco. O tema, no Brasil, também é objeto da Lei nº. 9.474/1997, a qual define as hipóteses de ingresso desse nicho populacional no território nacional e as regras do pedido de refúgio:

Lei 9.474/1997, Art. 7 O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1 Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

§ 2 O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.

Acrescenta o art. 8 da Lei nº. 9.474/1997 que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes. Essa solicitação terá o poder, inclusive, de suspender qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular do estrangeiro, quer tenha sido instaurado contra o peticionário, quer tenha sido formulado em desfavor de pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem. Ademais, com o reconhecimento da condição de refugiado, o procedimento em questão poderá ser arquivado, desde que demonstrado que a infração foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o reconhecimento do refúgio.

Em contrariedade a esses ditames normativos, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem proporcionado, em notória violação do direito humanitário, a criminalização do pedido de refúgio, mantendo sentenças teratológicas que revitimizam estrangeiros que buscam no Brasil um recanto para o exercício de sua dignidade:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E FALSA IDENTIDADE. ARTIGOS 304 C/C 209 E 308 DO CP. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ESTRANGEIROS. PEDIDO DE REFÚGIO. ART. 10 DA LEI 9.474/97. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Os pacientes, estrangeiros e naturais da Somália, foram presos em flagrante, pela prática, em tese, dos delitos previstos no art. 308 do CP (falsa identidade) e art. 304 c/c art. 299, ambos do CP (uso de documento falso e falsidade ideológica).

2. Após ter sido oferecida denúncia contra os acusados, ora pacientes, a Defensoria Pública da União requereram a suspensão da ação penal com base no art. 10 da Lei 9.474/97, o que foi indeferido pelo juízo a quo, ao fundamento de que não utilizaram passaporte extraviado e falsificado com o objetivo de entrar e permanecer no Brasil na condição de refugiados, mas apenas com o intuito de transitarem pelo território nacional, a fim de ingressarem nos Estados Unidos da América, local onde desejavam obter o refúgio. [...]

4. A prisão de estrangeiro, solicitante de refúgio, decorrente do suposto cometimento de crime contra a fé pública não se amolda à situação prevista no art. 10 da Lei nº 9.474/97, razão pela qual não deve ser deferida a suspensão da ação penal.

5. Ordem de habeas corpus denegada (HC 0056856-57.2016.4.01.0000/RO, Rel. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (conv.), Quarta Turma, julgado em 22/11/2016, e-DJF1 01/12/2016).

Fato é que, independente da qualidade de ingresso do refugiado no país, o art. 31 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados assegura a ele o direito a não criminalização, aplicando-se esse raciocínio às hipóteses de estada e trânsito irregular dentro das fronteiras nacionais, não obstante caiba ao Estado a fixação de prazo razoável para a regularização da situação do refugiado junto aos órgãos internos e internacionais:

CER, Art. 31. Refugiados em situação irregular no país de refúgio.

1. Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.

Pela concessão de refúgio ao estrangeiro em situação de vulnerabilidade, de maneira autônoma à existência de sanção penal correlacionada ao fato que motivou o pedido de refúgio, tem sido o entendimento de parcela dos julgados da Justiça Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. MENOR IMPÚBERE ESTRANGEIRO. EMISSÃO DE DOCUMENTO PROVISÓRIO DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. GENITOR REFUGIADO COM RESIDÊNCIA PERMANENTE NO BRASIL. EXTENSÃO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO AO FILHO MENOR. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. [...]

3. O óbice colocado pelo Comitê Nacional de Refugiados - CONARE à emissão do pretendido Registro Nacional de Estrangeiro - RNE ao impetrante, restringia-se tão somente à falta de comprovação da filiação do menor em relação a seus genitores, óbice esse que foi superado com a sentença, transitada em julgado, proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Família e das Sucessões do Estado de São Paulo, na qual se reconheceu a paternidade de Paciência Simão da Silva e Isabel João em relação ao menor Ailson José Teká.

4. O impetrante tem direito líquido e certo à emissão do pretendido Registro Nacional de Estrangeiros - RNE, uma vez que seu pai ostentava a condição de estrangeiro com residência permanente no Brasil, sendo devida, portanto, a extensão ao impetrante da condição de refugiado de seu genitor, nos termos da Resolução Normativa CONARE nº 04/98, mesmo porque se tratava, à época, de menor impúbere economicamente dependente, devendo-se, assim, privilegiar a proteção do menor e a preservação da unidade familiar, em observância ao princípio constitucional de proteção à família, insculpido no art. 226 da CF.

5. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento (AMS 2007.34.00.024288-0/DF, Rel. Des. Federal Néviton Guedes, Quinta Turma, julgado em 15/04/2015, e-DJF1 25/05/2015).

ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. CONDIÇÃO DE REFUGIADO. LEI 9.474/97, ART. 1º. CF/88, ART. 5º, XXXV. [...]

III - O art. 1º da Lei n. 9.474/97 reconhece como refugiado todo indivíduo que, "devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país", hipótese configurada nos autos.

IV - Sentença reformada.

V - Apelação do autor provida. Condição de refugiado reconhecida. Apelo da União e reexame necessário a que se nega provimento (AC 0019512-84.2012.4.01.3200/AM, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, julgado em 05/10/2015, e-DJF1 16/10/2015).

Nesse sentido, haverá refúgio se configurada a obrigatoriedade de sua concessão pelo Estado, em atendidas as exigências definidas nos tratados internacionais. São características dessa proteção: a motivação para a concessão se fundar em perseguições políticas, raciais, religiosas e por penúria; a irrelevância da discussão acerca do caráter político ou comum dos atos que motivaram o pedido; e o controle da aplicação das normas sobre refúgio restar a cargo de órgãos internacionais como o ACNUR, cabendo ao Poder Judiciário brasileiro cancelar a legalidade do pedido formulado quando observados tais critérios.

5.2.8 Denegação da concessão de nacionalidade brasileira.

A nacionalidade consiste em um vínculo jurídico-político que une um indivíduo a um Estado, fazendo dele um sujeito que passa a integrar a corporificação de povo daquela nação, de forma a que uma série de direitos e obrigações recíprocas decorra dessa união. Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa tem direito a ter uma nacionalidade (art. 15, 1), não podendo ninguém ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade e nem, tampouco, do direito de mudar de nacionalidade (art. 15, 2).

Assenta nesse mesmo sentido a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual endossa, em seu art. 20, que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e que a ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la, cabendo comutar ao indivíduo o direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. Sem embargo, apesar da clareza do texto convencional, os preceitos ali colimados nem sempre tem sido acolhidos de maneira uniforme pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. OPÇÃO DE NACIONALIDADE. FILHAS ADOTIVAS. MÃE BRASILEIRA. ARTIGO 12, I, ALÍNEA 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 227, § 6º, DA CRFB/88. EQUIPARAÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Trata de ação de jurisdição voluntária, por meio da qual buscam as autoras, filhas adotivas de brasileira, que nasceram nos Estados Unidos, com fundamento na alínea 'c' do inciso I do art. 12 da CF/88, a "transcrição do termo de nascimento em Cartório de Registro de Nascimento de Pessoas Naturais", em Belo Horizonte/MG, com opção provisória de nacionalidade, a ser ratificada após a maioridade.

2. O art. 12, I, alínea 'c' da CFRB/88 estabelece que são brasileiros natos, os nascidos de pai ou mãe brasileiros, em solo estrangeiro, o que restou comprovado que não é o caso das autoras, que se ligam a mãe brasileira pelo vínculo da adoção.

3. "O art. 227, § 6º, CRFB/88, bem como a legislação infraconstitucional (o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente), garantem tratamento sem discriminação aos filhos adotivos, equiparando-os aos biológicos, para fins civis e sucessórios. In casu, cuida-se de um direito público ligado à soberania do Estado, que a Carta Magna trata de forma particularmente restritiva." (Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros, DJU de 07/03/2008, p. 713).

4. Não há previsão constitucional para que seja concedida a condição de brasileiros natos aos filhos adotivos de brasileiros, que tenham nascido no exterior. Não há

assim, que se falar em relativização do critério do *ius sanguinis* adotado pelo Estado Brasileiro.

5. Apelação não provida. Sentença mantida (AC 0024007-54.2011.4.01.3800/MG, Rel. Des. Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, julgado em 17/08/2015, e-DJF1 11/09/2015).

O que causa maior perplexidade em julgados como o acima selecionado é que nem mesmo a norma brasileira impõe distinção entre filhos ou suas nacionalidades, estampando a Constituição nacional que a prole, havida ou não da relação do casamento, ou por adoção, terá os mesmos direitos e qualificações, com a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (CRFB, art. 227, § 6). Nesse sentir, o filho de um brasileiro, embora nascido no estrangeiro, não pode ter negada a nacionalidade brasileira se satisfaz os critérios objetivos para esse reconhecimento.

Até mesmo porque o art. 24 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos traz que toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de língua, origem nacional ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado, cabendo a ela, segundo o referido compromisso internacional, o direito de adquirir uma nacionalidade, que visando à manutenção da identidade familiar, pode perfeitamente ser a dos pais.

5.2.9 Aposentadoria e ausência de cômputo do tempo de serviço no estrangeiro

Fala-se muito no cenário político nacional acerca da importância da previdência oficial e de como manter um sistema sadio de receita e despesas sem violar direitos fundamentais. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê, em seu art. XV, que toda pessoa tem direito a previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

O direito à previdência social também encontra respaldo no art. 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 9 do Protocolo de San Salvador, o qual estabelece que toda pessoa tem direito a uma previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa, assegurando, no mais, que no caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes.

A lei que trata da matéria em âmbito interno (Lei nº. 8.212/1991) reconhece esses tratados, convenções e outros acordos internacionais celebrados entre o Brasil e Estado estrangeiro ou organismo internacional, e que versem sobre matéria previdenciária, como lei

especial²⁸⁶. E embora a tratativa do Estado brasileiro para com a previdência nem sempre se mostre a mais racional ou razoável ao contribuinte, a legislação em foco não veda o direito à aposentadoria ao estrangeiro, facultando a quem cumpre os requisitos fixados, mesmo que no exterior, a concessão do benefício:

Lei nº. 8.212/1991, Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado: [...]

c) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;

d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a ela subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular; [...]

f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional; [...]

i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;

Em se tratando de cidadão estrangeiro, a postura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região não vem destoando, em muito, desse parâmetro, mesmo para a concessão de benefícios assistencialistas da seguridade social²⁸⁷. Porém, em parcela de seus julgados, a Justiça Federal tem entendido, de maneira denegatória ao não-nacional, que o tempo de serviço no estrangeiro não pode servir de referência para o cálculo da aposentadoria:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COM RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. AGENTE AGRESSIVO RUÍDO. EXPOSIÇÃO EM PATAMARES SUPERIOR E INFERIOR AO PERMITIDO EM LEI. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO PELA MÉDIA DO RUÍDO. USO DE EPI. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO. FATOR DE CONVERSÃO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

1. Ainda que tenha sido deferida ao autor a aposentadoria por idade na seara administrativa no ano de 2011, não há que se falar em falta de interesse de agir nos presentes autos, onde se busca a aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do reconhecimento de vários períodos como laborados em atividade especial. [...]

8. Tratando-se de autor estrangeiro, cuja entrada no Brasil se deu em 10/11/1975, o tempo de serviço militar prestado quando ainda vivia em Portugal não há como ser computado para fins previdenciários.

9. Pedido julgado procedente em parte, para reconhecer a especialidade dos períodos de 02/02/1976 a 05/11/1977, 08/05/1978 a 02/05/1987 e 02/06/1987 a 05/03/1997, laborados pelo autor, os quais deverão ser multiplicados pelo fator 1.4.

10. Apelação do autor parcialmente provida (AC 2006.38.10.005567-3/MG, Rel. Des. Federal Hermes Gomes Filho, 2ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, julgado em 24/10/2016, e-DJF1 02/12/2016).

²⁸⁶ Lei nº. 8.212/1991, Art. 85-A. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e que versem sobre matéria previdenciária, serão interpretados como lei especial.

²⁸⁷ Nesse sentido, o REOMS 2004.38.03.005218-6/MG, Rel. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (conv.), 1ª Câmara Reg. Previd. de Minas Gerais, e-DJF1 07/05/2015 e o AMS 2008.36.02.001275-4/MT, Rel. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (conv.), Segunda Turma, julgado em 17/09/2014, e-DJF1 07/10/2014, o qual prescreve: “O estrangeiro tem direito à percepção do benefício assistencial, uma vez que a Constituição Federal não vincula o direito ao benefício à condição de nacional” (BRASIL, 2014).

As regras que balizam o assunto devem ser observadas caso a caso. Um primeiro ponto a descobrir é se o país em que o estrangeiro trabalhou possui acordo previdenciário com o Brasil, conforme dicção do art. 85-A da Lei nº. 8.212/1991. A partir daí, é preciso investigar o que aquele tratado efetivamente abrange, pois nem todo acordo previdenciário prestigia o tempo trabalhado no exterior²⁸⁸. Existem sistemas diferentes, com acordos que contemplam, desde a integralidade do tempo de contribuição a apenas a pensão por morte, e ainda há os que possuem validade somente se o estrangeiro trabalhar em multinacional brasileira.

Em algumas oportunidades, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já teve a possibilidade de avaliar esses acordos bilaterais em matéria previdenciária, reconhecendo a sua existência como suficientes à configuração do direito do estrangeiro de ter computado o tempo de serviço que se deu fora do território brasileiro para fins de concessão de aposentadoria ou pensão por morte:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA. ACORDO INTERNACIONAL PREVIDENCIÁRIO BRASIL/ESPANHA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. VINCULAÇÃO DO INSTITUIDOR AO RGPS. TERMO A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA ADVOCATÍCIA.

1. O tempo de serviço prestado no exterior à empresa não vinculada à Previdência Social Brasileira não pode ser computado, salvo tratado de reciprocidade entre Brasil e Estado Estrangeiro onde o trabalho, prestado num, seja contado no outro, para os efeitos dos benefícios ali previstos (Súmula 7 do Conselho Regional da Previdência Social).

2. Constada a existência de acordo internacional previdenciário entre o Brasil e a Espanha, que garante os direitos de seguridade social previstos em ambos os países aos trabalhadores e seus dependentes legais, é devida a pensão por morte pleiteada.

3. Devidamente comprovada nos autos a qualidade de segurado(a) do(a) instituidor(a) da pensão pretendida bem assim a condição de esposo(a) da parte autora em relação a ele(a), correta a sentença que assegurou o deferimento do benefício de pensão por morte requerido. [...]

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas (AC 2007.38.02.003447-6/MG, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, julgado em 24/07/2013, e-DJF1 23/08/2013).

Uma ferramenta hábil a exaurir qualquer dúvida acerca da existência de norma internacional regulando a demanda é o Sistema de Legislação da Previdência Social (SISLEX). Nele é possível verificar, em dados atualizados até 28/09/2017, que o Brasil assinou o Acordo Multilateral Iberoamericano de Segurança Social e o Acordo Multilateral de Segurança Social do MERCOSUL, mantendo, igualmente, acordos bilaterais com Alemanha,

²⁸⁸ No caso analisado na AC 2006.38.10.005567-3/MG, vige o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 1969, o qual institui que cabe a comutação de tempo de serviço cumprido em outro Estado, para todos os efeitos legais: “Artigo. 2º. 1. O presente Acordo aplicar-se-á: I - No Brasil, à legislação sobre o regime geral de Seguridade Social, relativamente a: [...] e) tempo de serviço” e “Artigo 9. [...] 3. No que se refere à concessão da aposentadoria por tempo de serviço, os períodos de tempo de serviço verificados no Brasil serão igualmente totalizados com os períodos de seguro cumpridos sob a égide da legislação portuguesa, desde que esses períodos correspondam ao exercício efetivo de uma atividade profissional em Portugal”.

Bélgica, Bulgária, Cabo Verde, Canadá, Chile, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo, Moçambique, Portugal e Suíça.

5.2.10 Inobservância consciente de norma internacional

Um tratado internacional, uma vez em vigor, tem o condão de obrigar as partes e deve por elas ser cumprido de boa fé (CVDT, art. 26), não cabendo a invocação das disposições do direito interno de um Estado para justificar o inadimplemento de um compromisso internacional (CVDT, art. 27). Tampouco caberá ao Poder Judiciário, enquanto órgão integrante da estrutura estatal, mensurar acerca da aplicação, ou não, daquela norma pactuada a uma situação em concreto que esteja vinculada a um direito ou garantia previsto em acordo internacional, sob pena de configurar a responsabilidade do ente soberano.

A Lei nº. 13.445/2017 reafirma essa necessidade de observação dos tratados internacionais pelo Brasil, definindo que as normas concernentes ao sistema jurídico interno não prejudicam direitos e obrigações estabelecidos por tratados em vigor e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante. Em contrariedade ao instituído, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem deixado de observar, de maneira consciente e consignada nos acórdãos dos próprios julgados, a aplicação de tratados internacionais em proveito da lei nacional, em conduta vedada pelo ordenamento jurídico vigente:

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. PREJUÍZO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. PRINCÍPIO PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CPP, ARTIGO 563. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA. NOVO TÍTULO. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA. [...]

4. A legalidade da prisão, sob a ótica dos requisitos e fundamentos do artigo 312 e da aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319, ambos do Código de Processo Penal, bem assim do princípio da presunção de inocência e das condições pessoais favoráveis do Paciente, já foram objeto de julgamento deste Órgão Fracionário quando do julgamento de impetração precedente.

5. O reconhecimento de eventual nulidade sob o argumento de não ter sido o Paciente conduzido à presença do Juiz, em suposta violação de disposições do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis, implica em necessária demonstração concreta do prejuízo, o que, na hipótese, não se verifica, tendo se limitado o Impetrante à considerações genéricas sobre a ocorrência de "insanável irregularidade" (HC 0052816-03.2014.4.01.0000/AM, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/10/2014, e-DJF1 07/11/2014).

O equívoco nesse tipo de julgamento está em entender que há necessidade da configuração de dano concreto para a observação da norma internacional e que a mesma pode ter a sua aplicação afastada, discricionariamente, segundo o arbítrio do Juízo. Em sentido diametralmente oposto, a simples violação de uma norma internacional tem a potencialidade de configurar um ilícito passível de responsabilização do Estado, cabendo ao magistrado agir

com a prudência necessária a fim de resguardar direitos e não vilipendiar acordos internacionais, como nos casos colacionados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO FUNDADA EM TRATADO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE HAIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. [...]

4. Muito embora a presença ou não da União, in casu, seja irrelevante para a fixação da competência da Justiça Federal, em virtude da matéria aqui discutida (ação fundada em tratado internacional), de fato, no caso concreto, ela deve integrar o pólo passivo da presente ação, isso porque no pedido do apelante existem demandas específicas que foram dirigidas contra a União. Além disso, ela atua na qualidade de representante do Estado brasileiro, na forma do disposto no artigo 21, inciso I, da CF, sendo dotada, portanto, de competência para se utilizar de medidas necessárias ao integral cumprimento das obrigações assumidas pelo país, por ocasião da adesão e ratificação dos preceitos contidos na Convenção da Haia.

5. Apelação provida para reconhecer a competência da Justiça Federal para julgamento da presente ação; bem como a legitimidade passiva da União (AC 0053775-90.2013.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Néviton Guedes, Quinta Turma, julgado em 04/03/2015, e-DJF1 03/06/2015).

PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A HONRA DE MENOR PRATICADO VIA INTERNET. ORKUT. PORNOGRAFIA INFANTOJUVENIL. ART. 16 DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. DECRETO 99.710/1990. ART. 241-A DA LEI 8.069/1990. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, INCISO V, DA CF/1988. RECURSO PROVIDO.

I - A teor do disposto no art. 109, inciso V, da Constituição Federal/1988, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

II - Tendo em vista ser o Brasil signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança e diante da antevisão da transnacionalidade de crime praticado contra a honra de menor, consistente na veiculação, via internet, de fotografias contendo pornografia infantojuvenil, a competência para processar e julgar o presente feito é da Justiça Federal. Precedentes.

III - Recurso em sentido estrito provido (RSE 0044010-23.2012.4.01.3500/GO, Rel. Des. Federal Candido Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/09/2013, e-DJF1 11/10/2013).

A não aplicação consciente de norma internacional é medida que merece ser combatida no seio do Poder Judiciário. Validar atos que ao mesmo tempo contrariam direitos da pessoa humana e violam obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro não parece ser a melhor política para assegurar uma atuação equânime e elevada de tão importante mecanismo de proteção ao estrangeiro e de suas garantias internacionais mínimas, como é a incumbência da insigne Justiça Federal da 1ª Região.

6 OS MEIOS INTERNACIONAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Na medida em que verificadas, na praxe dos tribunais brasileiros, extenso rol de condutas cerceadoras de direitos ao estrangeiro em função da sua estrita condição de origem e nacionalidade, é possível entender como configuradas uma gama de hipóteses passíveis de ensejar a responsabilidade da República Federativa do Brasil, no plano internacional, ante a apresentação, em tais casos, dos elementos imperativos do fato ilícito (cometimento da violação de uma norma internacional) e da atribuição (possibilidade da imputação desse ilícito ao Estado brasileiro).

Averiguado, desse modo, que fundamentos da responsabilidade internacional como a ilicitude do fato se encontram preservados nas hipóteses elencadas no capítulo anterior e que tais condutas são capazes de justificar, formalmente, a atribuição de sanções internacionais ao Estado brasileiro, importa destacar, neste capítulo, quais as consequências supranacionais resultantes desse cometimento de denegação de justiça pelo Poder Judiciário e quais os meios que a parte estrangeira dispõe para intentar essa responsabilização do Brasil no cenário internacional.

6.1 Consequências jurídicas da responsabilização internacional

Em concordância com o já assentado, é princípio enraizado na comunidade das nações que todo ato internacionalmente ilícito gera a responsabilização internacional. Sobrevindo tal obrigação, é certo que existirão consequências jurídicas em potencial para o Estado, pela prática de ato destoante do Direito Internacional. Arantes Neto (2008, p. 107) entende, aliás, que o próprio conceito de responsabilidade internacional subsume-se ao “conjunto de consequências jurídicas, ou de relações jurídicas novas surgidas de um ato internacionalmente ilícito”.

Na busca pela estruturação de um rol de consequências jurídicas aplicáveis a esse tipo de responsabilização, procura-se esclarecer, logo de início, que a concepção clássica de responsabilidade, que considera apenas o seu conteúdo reparatório, não se mostra suficiente para preservar os interesses da sociedade internacional (de ter restabelecida a norma internacional violada) e nem mesmo do Estado prejudicado (de não ter novos ilícitos praticados em face de seus nacionais) ou da parte estrangeira (de não se ver submetida, mais uma vez, a um sistema de denegação de justiça no Estado agressor).

Por essa razão, vale ater-se, novamente, ao Projeto de Codificação da CDI desenvolvido por Crawford (2003; 2010) a fim de agregar outros valores a essa consequência jurídica reparatória. Trata-se das hipóteses de cessação do ato ilícito e da continuidade no cumprimento da obrigação internacional, as quais se mostram indispensáveis ao completo rechaço internacional das práticas ilícitas dos Estados, juntamente com a pluralidade de inferências reparatórias que ultrapassam a mera possibilidade de indenizar a soberania vitimada por ultraje a seu nacional.

Pelo Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados²⁸⁹, são três as categorias de obrigações que surgem como resposta ao ilícito internacional: a continuidade do dever de cumprir a obrigação originária, a cessação ou não-repetição do ilícito e a reparação; sendo, para autores como Arantes Neto (2008, p. 108), a continuidade do dever de cumprir o encargo internacional a obrigação primária – por independente e anterior ao ilícito – e as demais obrigações (cessação e reparação), uma espécie de obrigação secundária – por surgirem com o ilícito e não afetarem a validade da norma primária, nem a continuidade do dever estatal de cumprir a obrigação violada.

A respeito da obrigação primária, cabe assinalar que nem mesmo as excludentes de responsabilidade têm o condão de eliminar esse imperativo internacional, já que tais circunstâncias excepcionais somente têm o poder de suspender temporariamente a exigibilidade da norma internacional, uma vez que o seu período de vigência disruptivo estará limitado ao prazo em que a excludente de ilicitude existir, retornando, logo após, a obrigação ao seu estado anterior.

Sob esse enfoque, a continuidade do dever de cumprir a obrigação originária pelo Estado, enquanto norma primária de subsunção, não poderá ser afetada por qualquer circunstância que atente contra ato internacionalmente ilícito. Não obstante, no que tange às obrigações secundárias, essas poderão ser afetadas pelas excludentes de responsabilidade de força maior, caso fortuito e perigo extremo durante o período em que estas irradiarem os seus efeitos aos atos internacionais vedados pela sociedade das nações, o que precisará ser trabalhado, diante de sua complexidade, nos tópicos subsequentes desta obra.

6.1.1 Do dever de cumprimento

A primeira dentre as consequências jurídicas advindas da violação de uma norma internacional é a continuidade do dever de cumprimento do compromisso assumido. Trata-se

²⁸⁹ Vide arts. 28 a 31 do Projeto da CDI da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

de obrigação primária, refletida no art. 29 do Projeto de Codificação da CDI²⁹⁰, que prescreve que as repercussões jurídicas de um ilícito internacional não prejudicam a manutenção do dever do Estado, que cometeu a violação, de cumprir as obrigações pelas quais é responsável. Perspectiva essa que consagra, ao mesmo tempo, o dever de cumprimento como um compromisso internacional inexorável do Estado, apesar do descumprimento pontual de uma obrigação, e remete-o a submeter seus órgãos e agentes internos a esse mesmo comprometimento com o ordenamento jurídico internacional.

O dever de continuidade do cumprimento da obrigação independe, portanto, do passado permissivo de dada soberania em não acatar o comando contido em uma norma internacional específica, de modo que, a partir do reconhecimento próprio (do Estado) ou externo (de outro Estado, organismo ou tribunal internacional) a respeito dessa inobservância, seja retomado, imediatamente, o adimplemento da obrigação que vinha sendo descumprida pelo ente estatal, através da mudança de comportamento de seus órgãos e agentes internos para como a execução do compromisso *in voga*.

O que importa, nesses casos, é a ciência do Estado transgressor de que o compromisso internacional por si assumido está sendo descumprido e, simultaneamente, a célere mudança de comportamento em prol da preservação da integralidade da norma internacional até então inobservada. Atos esses que se mostram indispensáveis à conservação dos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil e à harmonia das relações internacionais, de forma que, no caso de perpetuação desse descumprimento, caberá ensinar ao Estado brasileiro a adoção de obrigações secundárias como os deveres de cessação e de reparação, e mesmo a admissão de contramedidas²⁹¹.

Para os ilícitos internacionais cometidos pelo Poder Judiciário, a aplicação prática dessa consequência jurídica é a necessidade de o Estado preservar os atos internacionais em todos os seus julgados, independentemente do tribunal ao qual aquele juiz é vinculado fazê-lo ou de não terem sido asseguradas idênticas garantias em processos julgados anteriormente por aquele mesmo magistrado. A ideia a ser difundida é a continuidade do cumprimento da normativa internacional, ou seja, o retorno ou a implementação de sua execução em processos nos quais esta foi olvidada, a ser realizada por órgão jurisdicional revisor, ou a sua adoção pelo próprio juízo denegatório ao apreciar novas demandas que versem sobre temas ou garantias judiciais dantes denegados.

²⁹⁰ PRIE, art. 29. Continuidade do dever de cumprir a obrigação. As consequências jurídicas de um ato internacionalmente ilícito de acordo com esta Parte não afetam a continuidade do dever do Estado responsável de cumprir a obrigação violada.

²⁹¹ Vide a respeito das contramedidas, os arts. 49 a 54 do Projeto da CDI da ONU sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

6.1.2 Da cessação ou não-repetição

Acerta da obrigação secundária de cessação, prevista no art. 30 do Projeto de Codificação da CDI²⁹², importa destacar, de plano, que a mesma não se confunde com a reparação. Essencialmente porque os objetos de tais obrigações são contrapostos: a cessação foca-se na ilicitude da conduta internacional, considerada *per si*, enquanto fonte da responsabilidade jurídica, e a reparação visa propiciar consequências materiais ao ato internacionalmente ilícito.

Nessa perspectiva, em que pese a cessação, tal qual a reparação, decorra do ilícito internacional, aquela não se reduz a mensurar as consequências materiais do ato jurídico, como a segunda, mas sim se atine a combater a própria existência desse ato antijurídico²⁹³, voltando a sua preocupação para o pronto adimplemento da obrigação primária pelo Estado violador da normativa internacional.

A verdade é que a existência de distinção entre cessação e reparação nem de longe consiste em mera construção teórica. Os arts. 30 e 31²⁹⁴ do Projeto da CDI são explícitos ao dispor que o Estado responsável pelo ilícito internacional tem a obrigação dúplice de cessar o ato, se este continua, e de reparar integralmente o prejuízo causado. Conforme salienta Arantes Neto (2008, p. 110), a própria Corte Internacional de Justiça tem-se posicionado pela existência dessa diferença entre cessação e reparação:

No *decisum* da sentença do caso *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã* (1980), a CIJ distingue entre as duas consequências do ato internacionalmente ilícito, ao proferir ordens distintas para um e outro efeito: após declarar o caráter ilícito dos comportamentos imputáveis ao Estado iraniano, a CIJ primeiramente (i) determina a cessação do ato ilícito (consubstanciado na detenção ilegal do pessoal diplomático americano) para, então, (ii) estabelecer que o Irã tem a obrigação de reparar os Estados Unidos pelos prejuízos causados.

Essa diferenciação trazida acima é de suma importância, inclusive para questões de ordem prática. Ela permite distinguir a dimensão puramente legal, existente na cessação, da dimensão reparatória da responsabilidade internacional, presente na reparação. Ainda possibilita diferenciar a necessidade de proteção da integridade do direito, intrínseca à cessação, da salvaguarda dos interesses da vítima do ilícito, manifesta na reparação. Fato esse

²⁹² PRIE, art. 30. Cessação ou não-repetição. O Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de: a) cessar aquele ato, se ele continua; b) oferecer segurança e garantias apropriadas de não-repetição, se as circunstâncias o exigirem.

²⁹³ Razão pela qual, segundo Arantes Neto (2008, p. 110), a relação entre os institutos da cessação e da reparação seria a de que o primeiro, enquanto delimitador da fonte de dano, acabaria sendo, consequentemente, o balizador da obrigação de reparação.

²⁹⁴ PRIE, art. 31. Reparação. 1. O Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito. 2. O prejuízo compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado.

que reflete, de acordo com o art. 33 do Projeto da CDI²⁹⁵, a distinção entre a titularidade do direito à proteção da norma internacional, extensível a outros Estados que não o lesado²⁹⁶ (como é caso da cessação), e a titularidade do direito de ressarcimento, exclusivo do Estado lesado²⁹⁷ (como é o caso da reparação).

Feitas essas considerações, é válido ponderar que a cessação do ato ilícito pode ser conceituada, pontualmente, como “o aspecto negativo da obrigação de adimplemento futuro da obrigação internacional” (ARANTES NETO, 2008, p. 112), correspondendo à primeira condição para a eliminação das consequências do ato ilícito ante a sua função garantidora de validade e de efetividade da obrigação internacional.

As suas condições de existência podem ser resumidas ao caráter continuado e incompleto do ato ilícito e à vigência da antijuridicidade à época da responsabilização:

[...] a obrigação de cessação do ato ilícito tem uma importante limitação: ela só surgirá nos casos em que o ilícito está efetivamente ocorrendo, e só terá relevância enquanto o ato dure. Isso sem prejuízo de que a obrigação de cessação tenha existido nos atos continuados completos até o momento em que se completaram, mas tenha perdido sua razão de ser como obrigação independente desde o *momentum ad quem* (ARANTES NETO, 2008, p. 112).

Para a configuração dessas condições, é indiferente se a conduta alvejada pelo agente infrator é comissiva ou omissiva. Com a conformação da hipótese omissiva, existirá uma obrigação secundária de fazer do Estado transgressor. Em ocorrendo a proposição comissiva, a cessação equivalerá a uma verdadeira abstenção do sujeito estatal ao ato censurado pela normativa internacional.

Cuida-se, no contexto desta pesquisa, de incursão do Poder Judiciário que, se descumpre a norma internacional por omissão consentida ou por desconhecimento normativo, deverá passar a cumpri-la, a nível institucional, com as minudências que essa norma garantidora deve ser observada, e, se a cumpre em descompasso com a melhor exegese internacional, deverá promover essa alteração interpretativa em seus julgados, na busca de padrões resguardados pelo critério do mínimo internacional.

Conquanto, especificamente, à garantia de não-repetição, ela também se encontra respaldada no art. 30 do Projeto da CDI, o qual estabelece que o Estado será responsável por

²⁹⁵ PRIE, art. 33. Abrangências das obrigações internacionais enunciadas nesta. Parte 1. As obrigações do Estado responsável enunciadas nesta Parte podem existir em relação a outro Estado, a vários Estados ou à comunidade internacional como um todo, dependendo, particularmente, da natureza e conteúdo da obrigação internacional e das circunstâncias da violação. 2. Esta parte não prejudica qualquer direito que a responsabilidade internacional de um Estado possa gerar diretamente em benefício de qualquer pessoa ou entidade distinta de um Estado.

²⁹⁶ Pode-se estender ao Estado, a outros Estado, a vários Estados e à comunidade internacional, especialmente no caso das obrigações *erga omnes partes* e *erga omnes* que promovem interesses extra-estatais ou coletivos.

²⁹⁷ Corresponde ao modelo bilateral e civilista de responsabilidade, baseado na reciprocidade das obrigações internacionais.

oferecer segurança e garantias apropriadas de não repetição da ilicitude, se as circunstâncias assim o exigirem. Desse modo, se a cessação envolve o dever de interromper o fato internacional ilícito, na medida em que ele persiste, a não-repetição busca contemplar garantias de segurança para que esse ato não mais se renove.

A não-repetição tem, portanto, função preventiva e consiste em um “reforço positivo de adimplemento futuro” (ARANTES NETO, 2008, p. 113), voltado ao afugentamento do risco de uma violação obrigacional vindoura. Essa garantia refere-se aos casos excepcionais em que as circunstâncias sugerem que a mera cessação do comportamento ilícito e/ou a reparação não são suficientes para proteger a obrigação internacional. Nesse sentido, a exigência de não-repetição dependerá da norma primária violada e das circunstâncias objetivas da violação.

6.1.3 Da reparação

A necessidade de reparar o ato ilícito é a segunda dentre as obrigações secundárias atribuíveis ao Estado infrator. Trata-se de uma obrigação enraizada no costume internacional de que o ente responsável pelo descumprimento do acinte pactuado está obrigado a reparar integralmente o prejuízo causado pelo fato ilícito internacional, sendo considerado esse brocado, pela sociedade das nações, como verdadeiro princípio do Direito Internacional:

É princípio geralmente aceito pela doutrina o de que a responsabilidade do estado comporta a obrigação de reparar o dano causado e, eventualmente, dar uma satisfação adequada. Ao estado responsável cabe, pois, essa obrigação, ao passo que ao estado lesado, ou de quem nacional ou protegido tenha sido lesado, pertence o direito à reparação ou satisfação (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 365).

Reparar é, assim, a consequência prática, necessária e desejável da responsabilidade internacional. Esse dever de reparar competirá ao Estado que tenha causado dano a outro sujeito de DIP, mediata ou imediatamente, com base em ofensa à norma internacional. Seu respaldo finca-se na ideia de que todo dano provocado pelo inadimplemento de uma obrigação internacional tem que sofrer uma reparação justa, devida e completa, de ordem eminentemente civil:

O princípio essencial contido na verdadeira noção de ato ilegal – princípio que parece ser reconhecido pela prática internacional e, em particular, pelas decisões dos tribunais arbitrais – é o de que a reparação deve, tanto quanto possível, eliminar todas as consequências do ato ilegal [...]. A restituição em espécie ou, se tal não for possível, o pagamento de uma quantia correspondente ao valor que a restituição em espécie teria, e a atribuição, se tal for necessário, de uma indenização pelas perdas sofridas não incluídas na restituição em espécie ou no pagamento feito em sua substituição, são os princípios que devem ser utilizados para determinar o montante da indenização devida pelos atos contrários ao Direito Internacional (BROWNLIE, 1997, p. 483).

O conceito de reparação carrega, portanto, a premissa do dano, a ponto do Projeto de Codificação da CDI ratificar, em seu art. 31, a obrigatoriedade do Estado reparar integralmente o prejuízo causado por ato internacionalmente ilícito e indicar, ao mesmo tempo, que esse prejuízo corresponde a dano material ou moral. Mesmo porque, a regra geral é que os danos reparáveis sejam de ordem material, restando o dano moral (ou imaterial) subsumido a algumas hipóteses de indenização e à satisfação.

Saliente-se, nesse sentir, que, de acordo com Rezek (2006, p. 286), a reparação em questão terá, como regra, natureza compensatória, uma vez que o contencioso internacional, na sociedade internacional atual, é um contencioso de compensação, e não uma incursão punitiva²⁹⁸, sendo indiferente se a antijuridicidade internacional se der, nesses casos, através de um ato comissivo ou omissivo do Estado:

É de se considerar ainda a hipótese de resultar a responsabilidade do estado somente do fato de não haver procedido com a devida diligência, isto é, de não haver dotado as medidas que devia adotar, após a execução do ato lesivo. Nesse caso, de acordo com os princípios correntes, a obrigação do estado limitar-se-á à reparação do dano resultante da omissão total ou parcial dessas medidas (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 367).

A obrigação de reparar tem o fim precípua de restaurar o bem jurídico vilipendiado pela antijuridicidade estatal, através de qualquer meio de execução, pecuniário ou não. A forma pela qual o prejuízo deverá ser reparado apresenta diversas modalidades ressarcitórias e varia conforme a natureza do dano, em que pese o almejado seja, no mais das vezes, a restituição²⁹⁹ da coisa ao estado anterior ao ilícito:

A obrigação de reparar é, então, uma obrigação *subsidiária*, originária da violação de uma regra *primária* do Direito Internacional. Na verdade a expressão “reparar”, deve ser entendida como a de “restaurar”. A restauração é o objeto e o *objetivo* da responsabilidade internacional do Estado, que engloba o restabelecimento da ordem jurídica anterior ao fato ou ato contrários a uma norma tida e aceita como de Direito Internacional, com o fim de garantir a integridade do Direito ferido e a reparação dos prejuízos sofridos (ou não), salvaguardando, assim, o interesse da vítima (PEREIRA, 2000, p. 27).

Nesse escopo, tem-se que a forma de reparação há de corresponder ao prejuízo. Caso o dano tenha adquirido feição apenas moral e se dado em face diretamente do Estado, não há se falar numa compensação dedutível em dinheiro, mas em outra que melhor corresponda ao desagravo. De igual modo, se o dano obteve notória expressão econômica, a reparação há que se dar em dinheiro, sendo este, conforme defendido por Rezek (2006, p. 287), “o quadro que a prática internacional mais frequentemente apresenta”.

²⁹⁸ “Isto, entretanto, não significa que todo e qualquer ilícito internacional seja reparável sob forma estritamente pecuniária ou indenizatória” (REZEK, 2006, p. 286).

²⁹⁹ Um elemento basilar do ideal de reparação é o caráter preferencial do restabelecimento do objeto do ilícito ao estado anterior de licitude em detrimento de outras formas de composição.

Buscando delinear um rol de reparações aplicáveis ao Direito internacional, o Projeto de Codificação da CDI estabeleceu, em seu art. 34, que o ato internacionalmente ilícito deverá ser reparado por meio da restituição, da indenização e da satisfação, de acordo com os critérios da natureza do dano e da complementaridade das formas de reparação. Por esse último critério é possível, aliás, que as formas de reparação sejam utilizadas individualmente ou em combinação, de modo complementar, a depender do caso concreto.

No que tange, outrossim, à extensão da reparação, esta poderá ser direta (na hipótese de restituição) ou indireta (nas hipóteses de indenização e satisfação), ao talante da possibilidade de o sujeito lesado reaver ou não o bem jurídico originário. Contudo, independente da hipótese concreta, se direta ou indireta, tal extensão deverá ser proporcional ao prejuízo reparável, de forma que a vítima do ilícito seja colocada no estado em que se encontrava antes da ocorrência da antijuridicidade internacional.

Por essa hermenêutica, a reparação, em sua extensão, não poderá ultrapassar o prejuízo efetivamente sofrido pelo sujeito vitimado, “pois o autor do ato ilícito não pode ser obrigado a responder por conseqüências que ultrapassem a extensão do dano causado” (ACIOLLY; SILVA; CASELLA, 2008, p 366)³⁰⁰.

Um ponto polêmico, entretanto, a respeito desse aferimento da reparação é a determinação de sua abrangência em razão da contribuição do sujeito lesado³⁰¹ para a consumação do prejuízo. O projeto da CDI, em seu art. 39³⁰², assenta que tal conduta deve ser levada em consideração para motivar a reparação que se busca, mas não é claro se ela deve consistir numa minoração do *quantum* reparatório ou se caberá a exclusão da própria responsabilidade estatal quando comprovada a concorrência do estrangeiro para o ilícito.

Mediante a interpretação sistemática do Projeto em vislumbre, entende-se que, pelas causas de exclusão de ilicitude serem taxativas e a culpa da vítima não restar contemplada nessas hipóteses, caberá, numa melhor interpretação do art. 39 do Projeto da CDI, a influência da conduta da vítima apenas na dosagem da reprovação do ilícito estatal e na mensuração do dano correlato, quando da fixação do *quantum* reparatório.

Cumpre enfatizar, no mais, que a reparação em questão não precisará ter, necessariamente, feição jurisdicional, uma vez que é dispensável o acionamento de um órgão

³⁰⁰ Na circunstância prática, o prejuízo extrapatrimonial pode representar verdadeira exceção ao princípio da equivalência da reparação, pois, em alguns desses casos, o princípio em comento terá mitigada a sua aplicação pela extrema dificuldade em se determinar a extensão do dano.

³⁰¹ O sujeito em questão é, tanto o lesado imediatamente (Estado ou qualquer pessoa ou entidade em relação a qual se busca a reparação), quanto o lesado mediamente (Estado, por afronta a nacional).

³⁰² PRIE, art. 39. Contribuição para o prejuízo. Na determinação da reparação, deve ser levada em conta a contribuição para o prejuízo por ação ou omissão, intencional ou negligente, do Estado lesado ou de qualquer pessoa ou entidade em relação a qual se busca a reparação.

ou tribunal internacional pelo interessado para que venha a se consumar o ato reparatório, já que os próprios Estados têm plena autonomia para transacionarem de modo espontâneo a reparação por meios políticos, diplomáticos ou negociais. Ainda que o bem jurídico envolvido seja a tutela de direito do estrangeiro que deveria ter sido resguardos junto à jurisdição interna de dada soberania.

6.1.3.1 Da restituição

A restituição, também denominada de *restitutio in integrum* ou restituição integral, é a primeira dentre as formas de reparação que o Estado lesado pode-se valer para obter desforço por um ato internacionalmente ilícito. Essa espécie de reparação, a teor do disciplinado no art. 35 do Projeto da CDI³⁰³, consiste, basicamente, no restabelecimento pelo Estado infrator de uma situação que existiu antes do cometimento do fato ilícito.

Em que pese a clareza do artigo apontado, vige na doutrina certa controvérsia acerca da conceituação do instituto *in voga*. Para Accioly, Silva e Casella (2008, p 365), a restituição é o retorno ao *status quo ante*, o restabelecimento de uma situação jurídica cuja referência é uma circunstância fática que existiu no passado, mas que foi alterada pela ocorrência do ilícito. Já para Arantes Neto (2008, p 125), o propósito da restituição é restabelecer a situação que teria existido no presente se não houvesse ocorrido o ato ou a omissão ilícitos.

O dissenso entre essas duas acepções volta-se a um ponto fulcral: a primeira delas, defendida por Accioly, corresponde à restituição *stricto sensu*, a qual não ambiciona a reparação dos prejuízos resultantes do fato ilícito compreendidos no interregno temporal entre a ocorrência do ilícito e a sua cessação, ao passo que a segunda, sustentada por Arantes Neto, nominada de restituição *lato sensu*, compreende não só a restauração dantes mencionada, mas também uma compensação integrativa pelos danos decorrentes da situação anterior.

Para dar solução ao impasse, é válido observar que a Comissão de Direito Internacional da ONU optou, conforme assinalado, pela fórmula prescrita na restituição *stricto sensu*, o que, pugna-se, é o posicionamento mais acertado. Especialmente diante da imensa dificuldade de se fixar uma restituição pautada em situação que nunca existiu e da qual se tiraria uma presunção hipotética de um fato atual. Ainda mais se considerado que, para os casos de satisfação de interesses posteriores ao ilícito, há, na redação do Projeto da CDI

³⁰³ PRIE, art. 35. Restituição. Um Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de restituir, ou seja, de reestabelecer a situação que existia antes que o ato ilícito fosse cometido, desde que e na medida que a restituição: a) não seja materialmente impossível; b) não acarrete um ônus totalmente desproporcional com relação ao benefício que derivaria de restituição em vez dada indenização.

(art. 34), a possibilidade de cumular a restituição indicada com outro tipo de reparação que melhor satisfaça esse mérito compensatório.

De outro assento, não será permitido à parte lesionada pleitear restituição materialmente impossível³⁰⁴ ou excessivamente onerosa ao Estado agressor³⁰⁵, de modo que o benefício de sua adoção ocasione ônus desproporcional ao Estado infrator em detrimento da possibilidade de escolha da indenização como meio eficaz de reparação. Fato que, amparado na alínea *b* do art. 35 do Projeto da CDI, justifica, para parcela significativa da doutrina, a primazia dessa espécie de reparação em desfavor das demais:

[...] as demais formas de reparação (a indenização e a satisfação) são subsidiárias e só adquirem pertinência em casos de impossibilidade material ou ônus excessivo da restituição. O *dictum* da CPI no caso da *Usina Chorzów* (“*restitution in nature, ou, se elle n’est pas possible, paiement d’une somme correspondant à La valeur qu’aurait la restitution in nature*”) bem evidencia a proeminência da restituição em relação à indenização e à satisfação (ARANTES NETO, 2008, p. 124).

Nesse sentir, tem-se que a restituição é o instrumento preferencial dentre os mecanismos de reparação no ordenamento jurídico internacional³⁰⁶. Sempre que possível, essa espécie de reparação deverá ser a utilizada para extinguir as implicações do ato internacional e para restabelecer o estado anterior à antijuridicidade. Assim, somente se tal restabelecimento não for possível ou se só o for parcialmente é que deverão incidir outras formas de reparação, tal qual a indenização ou outra compensação equivalente:

Se, no entanto, se verifica a impossibilidade de restituição na mesma espécie – impossibilidade que tanto pode ser de ordem material quanto de ordem jurídica –, deve recorrer-se à concessão de uma indenização pelo dano causado, representada ordinariamente pelo pagamento de quantia equivalente (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 365).

É necessário ressaltar, por derradeiro, que a restituição poderá corresponder, tanto a uma restauração material, quanto a um restabelecimento que não traga esse viés material, se houver mera modificação de uma situação jurídica anterior, sendo possível, no último caso, segundo Brownlie (1997, p. 486), que os tribunais concedam uma “restituição jurídica” sob a forma de declaração, nos termos da qual dado ato jurisdicional venha a ser tido como inválido dentro do sistema jurídico interno.

³⁰⁴ “Por impossibilidade material, entende-se aqueles casos em que o bem a ser restituído foi destruído ou não mais existe, ou em que um indivíduo ilegalmente detido faleceu, de forma a tornar fisicamente impossível a restauração da situação anterior” (ARANTES NETO, 2008, pp. 126-127).

³⁰⁵ É necessário que haja um critério de equidade e razoabilidade para evitar que exista um desequilíbrio excessivo entre o ônus do Estado autor e a vantagem a ser obtida pela vítima, de forma que a proporcionalidade entre o dano e a reparação seja preservada.

³⁰⁶ “Sendo a restituição demasiado inflexível, é evidente que, em muitas situações, a reparação que satisfaz as necessidades internas dos governos, ao mesmo tempo que concede uma reparação aos prejudicados, deve ser preferida” (BROWNLIE, 1997, p. 486).

6.1.3.2 Da indenização

A indenização é a mais comum das modalidades de reparação. Ocorre nas hipóteses em que o Estado responsável pelo ilícito internacional não pode, por limitações legais ou de ordem técnica, promover a restituição:

Em face das limitações e dificuldades intrínsecas à restituição, o pagamento de indenização pecuniária torna-se a mais efetiva e usual das formas de reparação, inclusive porque o Estado vítima tende a preferi-la a uma restituição inadequada a seus interesses (ARANTES NETO, 2008, p. 129).

Haverá, nesse sentir, a obrigação estatal de indenizar em virtude de qualquer dano provocado ao não-nacional decorrente da prática de um ilícito internacional suscetível de mensuração financeira, ficando ressalvada da referida regra a primazia concedida pela norma internacional ao instituto da restituição integral, se melhor correlacionado ao objeto precípua da reparação (PRIE, art. 36)³⁰⁷.

É princípio, pois, aceito pelo Direito Internacional que a reparação de um mal ao estrangeiro pode-se dar através de uma indenização pecuniária. Situação essa que manifesta o caráter genuinamente compensatório do modelo em comento, por embasado na ideia de que a indenização busca reparar o ilícito³⁰⁸ por meio de uma dação em dinheiro, e não necessariamente tem por fim ingerir no ilícito praticado, o qual deverá, de outro modo, ser cessado, não repetido e ter mantido o cumprimento do objeto da obrigação originária.

Diante da feição eminentemente patrimonial do instituto da indenização, certo é que, uma vez comprovado o prejuízo econômico pela parte em consequência do descumprimento de uma norma internacional, deverá existir proporção entre o dano realizado e a reparação almejada³⁰⁹, de sorte que a indenização não venha a configurar nem um montante maior, nem menor do que o dano efetivamente ocasionado pelo ilícito³¹⁰, sob pena de “se transformar em fonte de enriquecimento para a vítima” (MELLO, 2004, p. 543).

Nessa busca pela fixação de critérios mais objetivos para a mensuração da indenização, dois pontos merecem uma análise mais rigorosa: (a) se tanto o dano direto

³⁰⁷ O art. 36 do Projeto da CDI estampa o caráter supletivo do instituto da indenização em face do da restituição integral. Circunstância essa que culmina com o fato da modalidade de reparação em comento voltar-se ao preenchimento de eventuais lacunas da *restitutio in integrum*, de forma a assegurar a completude da reparação.

³⁰⁸ Não caberá a composição pecuniária no caso de demanda internacional suscitada pelo país não afetado diretamente pelo dano e no caso de demanda visando tão-somente o cumprimento de norma internacional, pela comunidade internacional (sem dano advindo).

³⁰⁹ Arantes Neto (2008, p. 130) acentua que “o critério de proporcionalidade entre dano e reparação é mais estrito na indenização que nos casos de restituição e satisfação”.

³¹⁰ “A reparação deve ser proporcional ao prejuízo, de modo que a parte lesada encontre novamente sua integridade” (PEREIRA, 2000, p. 386).

quanto o indireto são contemplados pela indenização e (b) em qual categoria de dano o lucro cessante pode ser incorporado.

No tocante ao primeiro ponto, tem-se, embora de modo não pacífico, que somente o dano direto pode ser objeto de indenização no âmbito internacional, uma vez que ele é a única espécie de dano que se coaduna com a existência de um nexos causal concreto entre o fato ilícito e o prejuízo decorrente. Ademais, em comparação com o dano indireto, o dano direto é o mecanismo que mais se amolda ao anseio de segurança inerente a qualquer obrigação internacional e à razoabilidade de consumação do *quantum* indenizatório.

Em acréscimo ao exposto, é válido o panorama traçado por Mello (2004, p. 543) acerca da aplicação dessa espécie de dano na prática internacional:

Tem sido admitido pacificamente que a indenização abrange os danos diretos [...]. Já no tocante aos danos indiretos, que são acessórios, por repercussão e só produzem efeitos algum tempo depois do dano direto, as divergências surgem: a) quando os Estados Unidos, no caso “Alabama”, pediram indenização pelos danos indiretos [...], eles foram negados pelo Tribunal Arbitral: esta orientação parece ser a predominante; b) a orientação anterior tem sido criticada pela doutrina (Lapradelle, Politis, Sibert) e uma decisão do Tribunal Arbitral, Misto Alemão-português, em 1928, teria “aberto as portas” para o pagamento dos danos indiretos, no caso de o autor do ilícito poder prevê-los.

A regra geralmente aceita no meandro internacional é, portanto, a de que, no tocante aos danos advindos de ilícitos internacionais, deve-se conceder uma indenização apenas pelo prejuízo propriamente dito, ou seja, pelo dano direto, restando renegada a casos excepcionalíssimos a concessão de danos indiretos. Em todo caso, para que se cogite o dever de indenizar por dano, no plano internacional, será indispensável que se comprove a existência de uma relação certa, necessária e inevitável entre o ilícito e o dano no caso concreto. Dessa forma, para um hipotético reconhecimento de indenização por dano indireto no cenário internacional, caberá ao pleiteante o *plus* de demonstrar que esse dano está ligado de modo claro e inequívoco ao ilícito, sem qualquer solução de derivação ou continuidade.

Já quanto ao lucro cessante, parece não haver grande dissonância doutrinária acerca de sua inclusão dentre as hipóteses de dano direto. Nesse sentido é a posicionamento, inclusive, de Accioly, Silva e Casella (2008, p. 366):

Quanto ao *lucro cessante*, parece que se não deve incluí-lo entre os danos indiretos, pois, em geral, quando se trata de danos de ordem material, não será difícil demonstrar a relação de causa e efeito entre a infração e o lucro cessante, isto é, o ato ilícito e aquilo que o indivíduo lesado deixou de ganhar.

Não bastasse o entendimento alhures, o art. 36, 2, do Projeto de Codificação da CDI³¹¹ é explícito ao inserir os lucros cessantes enquanto legítimo elemento da indenização, o

³¹¹ PRIE, art. 36 [...]. 2. A indenização deverá cobrir qualquer dano susceptível de mensuração financeira, incluindo lucros cessantes, na medida de sua comprovação.

que não se coadunaria, de certo, com a inclusão desse instituto no quadro de excepcionalidade do dano indireto. Os lucros cessantes, enquanto prejuízos causados à parte pela interrupção de qualquer de suas atividades profissionais regulares, tem na responsabilidade internacional um consequente reparatório que visa a correção integral do ilícito.

Com essas premissas, fica claro que, para a indenização ser acobertada por preceitos básicos de justiça no plano internacional, será indispensável que ela advenha de um dano direto (dano emergente ou lucros cessantes) e, ainda, que sobre o montante alcançado a título de indenização venham a incidir juros moratórios durante o período em que configurado o inadimplemento lesivo da obrigação:

A esse respeito a jurisprudência internacional oferece algum préstimo no sentido de fazer entender o que seja uma *indenização justa*: esta deve compreender, sobre o montante básico, o correspondente ao que no Brasil chamamos de *juros moratórios*, resultantes do tempo de espera, pela vítima, do efetivo recebimento do que lhe é devido. Não de compensar também, se for o caso, os *lucros cessantes*. Não, porém os chamados *danos indiretos*, mas só aqueles que tenham sido o resultado imediato do ato ilícito (REZEK, 2006, p. 287).

Conforme aduzido por Rezek, o descumprimento da obrigação subsidiária de reparação, em especial o da indenização, pode ensejar a adição de juros moratórios ao valor do montante principal. Esse posicionamento se encontra subsidiado, igualmente, pelo art. 38 do próprio Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados:

PRIE, Art. 38. Juros

1. Pagar-se-ão juros sobre alguma soma principal devida em virtude deste Capítulo, na medida necessária para assegurar a reparação integral. A taxa de juros e o modelo de cálculo deverão ser fixados de maneira que se alcance esse resultado.
2. Os juros são computados desde a data em que a soma principal deveria ter sido paga até que a obrigação seja completamente quitada.

Ao balanço do reputado artigo, tem-se, não obstante alguma celeuma doutrinária³¹², que o cômputo dos juros moratórios apresenta, como termo *a quo*, a data em que a soma principal da obrigação deveria ter sido adimplida e, como termo *ad quem*, a data que a obrigação foi completamente quitada pelo Estado infrator.

Passando, pontualmente, à análise dos casos sensíveis em que haveria a possibilidade de configurar a indenização como um mecanismo hábil de responsabilização internacional, cumpre destacar, de início, que, tanto os danos sofridos pelos funcionários de um Estado, quanto os suportados por seus nacionais, têm o condão de imputar uma obrigação

³¹² O debate hermenêutico fica por conta do termo “data em que a soma principal deveria ter sido paga”, no item 2 do art. 38. Para Arantes Neto (2008, p. 133), a interpretação do trecho se daria como “a data de pagamento da indenização e não da ocorrência do ilícito”. Diferentemente, para Pereira (2000, p. 387), “o mais justo seria computar tais juros especiais [...] da data da ocorrência do evento danoso”.

indenizatória ao sujeito agressor³¹³, sendo indiferente ao Direito Internacional se o dano em questão tem natureza material (física) ou imaterial (moral).

A verdade é que, apesar de a indenização ser comumente associada a uma forma de reparação do dano material, vige a possibilidade dela se pautar em um dano imaterial, se este for suscetível de avaliação financeira, tal qual é o previsto no art. 31 do Projeto da CDI:

Art. 31. Reparação

1. [...]

2. O prejuízo compreende qualquer dano, quer material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado.

Tomando esse norte, a doutrina opta por diferenciar os danos morais sofridos pelo Estado – na sua honra, dignidade e prestígio – dos danos morais sofridos por particulares ou funcionários desse mesmo Estado, a mote de justificarem que os primeiros, pela essência de dano político, seriam reparados por meio de uma satisfação e, os segundos, por se constituírem em afronta à dignidade da pessoa humana, seriam reparáveis através da indenização. Nessa conjectura, é o julgado noticiado, *verbis*:

No caso *M/V Saiga* (1999), por exemplo, o Tribunal Internacional do Direito do Mar condenou o Estado da Guiné a pagar a São Vicente e Granadinas uma indenização de US\$ 2.123.357, não somente por danos materiais decorrentes do arresto da embarcação *Saiga* e da detenção de seus tripulantes, mas também por danos imateriais, consubstanciados na detenção do capitão e tripulantes, assim como a dor, o sofrimento e os danos psicológicos sofridos pelos indivíduos (ARANTES NETO, 2008, p 132).

A teor do exposto, entende-se que quaisquer atentados às garantias fundamentais da pessoa humana são passíveis de indenização pecuniária, e não somente os incumprimentos relacionados à violação de um direito material. Desde que, para tanto, seja possível o aferimento, por tribunal competente, do *quantum* indenizatório devido à parte estrangeira ou ao Estado agredido, por ato internacionalmente ilícito cometido em face de seu nacional (funcionário ou particular), e que, conjuntamente, a reparação ao ilícito não se possa dar de modo pleno pelo instituto da restituição *in integrum*.

6.1.3.3 Da satisfação

A satisfação é a forma de reparar prejuízos que, pela sua natureza, não são compensáveis por meio da restituição ou da indenização. Trata-se de uma modalidade de reparação de dano advinda de uma afronta ao Estado estrangeiro em sua honra, dignidade ou

³¹³ “[...] ainda que o pleito de indenização seja comum em danos imediatos causados ao Estado, os tribunais internacionais mostram-se mais inclinados em concedê-los nos casos de danos causados ao Estado por meio de particulares [...] ou por meio de seus funcionários” (ARANTES NETO, 2008, pp. 130-131).

prestígio, podendo apenas em face dele a correção do ilícito ser efetuada. Para a Comissão de Direito Internacional da ONU, a satisfação é, em essência, uma forma de reparação excepcional e subsidiária às demais (PRIE, art. 37)³¹⁴, no entanto, de acordo com Arantes Neto (2008, p. 133), a questão em tela é bem menos de subsidiariedade e mais de adequação:

[...] a satisfação pode mostrar-se mais pertinente como forma de reparação para prejuízos específicos, ou em situações que desaconselham a indenização. A própria reticência dos tribunais internacionais em acordar indenização em casos em que se considera que a satisfação é remédio suficiente parece indicar que a relação de subsidiariedade inexistente.

Não existe, na realidade, qualquer regra segundo a qual a alternativa do lesado pela satisfação exclua obrigatoriamente o seu direito a uma indenização internacional. Pelo contrário, o art. 34 do Projeto da CDI é claro ao prescrever a distinção e a complementaridade entre tais modalidades de reparação, aduzindo que restituição, satisfação e indenização deverão ser aplicadas em conformidade com a tipologia reparatória presente naquela norma orientadora de caráter internacional.

Com azo nesse brocado, certo é que existem diferenças significativas entre os institutos da satisfação e da indenização, dentre as quais destaca Brownlie (1997, p. 484):

Se existir uma distinção, esta parece estar na intenção subjacente do pedido. Se a intenção for, predominantemente, a de procurar obter um sinal de arrependimento e de reconhecimento da ilicitude, então estamos perante uma questão de satisfação.

Fica patente, assim, que o conceito de satisfação traz, em seu bojo, a ideia de dano imaterial e de compensação moral e proporcional ao dano. E uma vez que a sua finalidade é reparar danos puramente imateriais, fica claro que o alvo da satisfação é externar a desaprovação manifesta a atos contrários à honra e à dignidade do Estado, quando essas medidas afrontarem diretamente valores que envolvam o seu exercício soberano. Razão essa pela qual tais ações reparatórias deverão ser preferencialmente públicas (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 366).

No tocante ao *modus* de efetivação da satisfação, observa-se que esta espécie de reparação pode-se apresentar sob diferentes formas. As mais comuns são as disciplinadas no item 2 do art. 37 do Projeto da CDI: o reconhecimento da violação, ou uma expressão de arrependimento, ou uma desculpa formal, ou outra modalidade apropriada, de maneira que, em se tratando a hipótese de um tipo aberto, não existe vedação a que outras formas de satisfação sejam moralmente aceitáveis:

³¹⁴ PRIE, art. 37. Satisfação. 1. O Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de dar satisfação pelo prejuízo causado por aquele ato desde que ele não possa ser reparado pela restituição ou indenização. 2. A satisfação pode consistir em um reconhecimento da violação, uma expressão de arrependimento, uma desculpa formal ou outra modalidade apropriada. 3. A satisfação não deverá ser desproporcional ao prejuízo e não pode ser humilhante para o Estado responsável.

[...] *satisfação*, que pode abranger a publicação de pedido oficial de desculpas, manifestações de pesar, saudação à bandeira do Estado ofendido, sanções internas contra os indivíduos responsáveis, e outras manifestações tendentes a minimizar os efeitos deletérios do ato ilícito (DEL'OLMO, 2006, p. 146).

Do rol de hipóteses prescritas como de satisfação, tem-se que as mais comumente aplicadas são o reconhecimento da violação, o pedido formal de desculpas, a manifestação de pesar e, principalmente, a adoção de sanções penais e administrativas pelo Estado infrator contra os indivíduos responsáveis pelo ilícito, em âmbito interno. Nada impede, todavia, que, por se tratar de rol meramente exemplificativo, haja, na circunstância concreta, outra hipótese adequada a suprir o caráter teleológico da satisfação³¹⁵, inclusive cumulando-a com outros meios de reparação³¹⁶.

Não obstante, a dosagem para a adoção dessas espécies de satisfação deverá ser buscada na natureza e na gravidade da ofensa, a ponto de tal reparação não se mostrar desproporcional ao prejuízo causado e nem humilhante ao Estado responsável.

6.2 A imputação de responsabilidade ao Brasil perante os tribunais internacionais

A atribuição de responsabilidade internacional à República Federativa do Brasil, nas hipóteses em que configurado o descumprimento de norma internacional protetiva ao estrangeiro, pode ser dada perante os tribunais internacionais a cuja jurisdição o Estado brasileiro se submete voluntariamente. Embora esse tipo de responsabilização perante tribunais internacionais possa soar como usual ante a afronta a cânones do Direito Internacional, tal preceito não se mostra absoluto, na medida em que é dispensável a sujeição do ilícito internacional à apreciação desses órgãos decisórios em razão de caber aos envolvidos dar soluções ao impasse, a princípio, dentro do exercício soberano do Estado, desde que fique resguardada a efetividade dessas medidas.

Tanto a obrigação primária de continuidade do cumprimento da norma internacional, quanto as obrigações secundárias de cessação, não-repetição e reparação do fato ilícito, são consequências jurídicas possíveis para o descumprimento de um compromisso internacional

³¹⁵ “Em alguns casos, a declaração de um tribunal quanto à ilegalidade do acto do Estado-réu constitui uma medida de satisfação (ou de reparação no sentido lato). [...] casos em que é, ou em que é considerada pelas partes como sendo, o método apropriado e construtivo para lidar com um litígio cujo objecto não é, essencialmente, o de conceder ‘satisfação’ por um dano sofrido. Apesar de o Tribunal Internacional de Justiça se mostrar relutante em tratar de assuntos hipotéticos e de questões formuladas em abstracto, tem-se mostrado disposto a proferir decisões declarativas” (BROWNIE, 1997, p. 483).

³¹⁶ “[...] ela pode ser usada juntamente com a existência, também, do prejuízo material. Não acredito que basta um pedido formal de desculpas ou até mesmo uma declaração judicial do ilícito praticado (ou ilícito provocador de dano a terceiros), há que se reparar monetariamente o dano moral ou o dano sobre a honra do estrangeiro [...]” (PEREIRA, 2000, p. 387).

aplicáveis ao Brasil e, consequentemente, hábeis à responsabilização desse ente estatal junto a um tribunal supranacional. Esses mecanismos de restauração, no entanto, podem perfeitamente ser aplicados em âmbito interno, a fim de solver as celeumas criadas pelo Poder Judiciário brasileiro quando da denegação de justiça ao estrangeiro, desde que tais medidas se mostrem satisfativas e coadunadas com preceitos mínimos de justiça.

As proposições subsequentes trabalham, de outra via, com o pressuposto de que os mecanismos internos de implementação da norma internacional e de compensação pelo dano sofrido não foram eficazes ao estrangeiro ou a seu Estado para o pleno restabelecimento da situação de violação internacional experimentada. Afinal, em casos de denegação de direitos pelo próprio Poder Judiciário não é difícil imaginar que esse último defensor da legalidade não se mostrará tão propenso a solver impasses por si criados e amparados, por vezes, no manto da preclusão ou da coisa julgada.

Para o socorro internacional a esse tipo de denegação judicial, poderão ser adotados, defende-se, dois regimes distintos de responsabilidade internacional dos Estados: (a) o regime geral, que “envolve as relações Estado-Estado, em que a violação da obrigação internacional se dá em relação a uma obrigação assumida perante outro Estado ou relativa a interesse deste” (GONÇALVES *et al.*, 2017, p. 175), e (b) o regime objetivo dos tratados de direitos humanos, que “envolve relações Estado-indivíduo e a violação de uma obrigação assumida perante toda a comunidade internacional” (GONÇALVES *et al.*, 2017, p. 175).

6.2.1 Do regime geral

Dentro do regime geral de responsabilidade internacional, o Estado surge como o ente central e protagonista das relações jurídicas desenvolvidas. Segundo esse regime, em razão da ausência de um poder central com atuação coercitiva na sociedade internacional, caberia ao Estado vitimado agir para reivindicar as obrigações de cessar o fato ilícito e de reparar os prejuízos causados junto ao Estado infrator, se este não o fez espontaneamente. A teor do modelo exposto, essas ações de reivindicação ostentariam natureza instrumental, na medida em que a sua função primordial seria compelir o Estado agressor a adimplir suas obrigações secundárias de cessação do ato ilícito e de reparação do dano causado.

As ações de atribuição de responsabilidade internacional ao Estado passam a ser consideradas, ao menos no sistema introduzido pelo regime geral, como faculdades jurídicas exclusivas do ente político vitimado, por se tratarem de verdadeiros atos de discricionariedade

estatal com base nos quais se pode invocar a responsabilidade de outra soberania em função de ilícito cometido em desfavor do Estado reclamante.

Essas condições restritas de exercício e titularidade da invocação internacional vem sendo contempladas, por meio do regime geral, em tribunais como a Corte Internacional de Justiça³¹⁷, embora venham sofrendo alguma crítica no contexto do Direito Internacional contemporâneo por parte de autores como Arantes Neto (2008, p. 144), que apontam para uma necessária relativização do critério da bilateralidade estrita nessa construção:

O crescente avanço de um direito internacional mais multilateral, coletivo e formado por interesses extra-estatais implica a superação do modelo tradicional de invocação da responsabilidade, moldado pela exclusividade das relações bilaterais e dos interesses estatais nas relações internacionais. De acordo com o esquema clássico de invocação da responsabilidade internacional, somente o Estado bilateralmente lesado pela ocorrência do ilícito tem o direito de invocar a responsabilidade.

Duas são as inovações que buscam relativizar, no seio do regime geral, a estrita aplicação bilateral da responsabilidade estatal: (a) o reconhecimento gradual de obrigações interdependentes e integrais que, ao expandirem a noção de lesão jurídica a mais de um Estado, implementam um direito próprio de invocação a tais soberanias³¹⁸ e (b) o enaltecimento da proteção à legalidade internacional, por meio do direito de requerer a cessação do fato ilícito por qualquer soberania, ampliando a legitimidade de reclamação para Estados não lesados diretamente por dano moral ou material.

O aumento das legitimações, ainda que retirem do Estado agredido a exclusividade da invocação da responsabilidade internacional, não têm o condão de retirar dele, segundo o regime geral, a primazia da reclamação internacional³¹⁹. Mais do que isso, a regra acima preconizada em pouco muda o perfil adotado no sistema tradicional, preservando-se o enunciado da responsabilização Estado a Estado, uma vez que a invocação da responsabilidade deve-se dar, segundo esse regime, pelo ente soberano que mediata ou imediatamente teve o seu direito lesado, ainda que seja o indivíduo que tenha sofrido os resultados reais do ilícito.

³¹⁷ “A Corte é formada por 15 juízes, sendo o quórum mínimo para julgamento de 9 juízes. Não pode haver mais de um juiz da mesma nacionalidade. Os juízes são remunerados e exercem atividade exclusiva, durante os 9 anos de mandato, sendo vedado o exercício de outra atividade profissional. Os julgamentos são públicos e realizados nas 2 línguas oficiais (inglês e francês), além de outra língua se houver pedido de algum Estado parte no julgamento. As sentenças são motivadas e irrecorríveis, mas cabe pedido de interpretação do julgado” (GONÇALVES *et al.*, 2017, p. 80).

³¹⁸ “[...] cada Estado tem um direito próprio à invocação da responsabilidade porque as obrigações *erga omnes* são devidas a todos e a cada um deles” (ARANTES NETO, 2008, p.146).

³¹⁹ Nesse sentido, Arantes Neto (2008, p. 146), para quem há “[...] gradação, entre (i) um direito subjetivo violado, característico de uma lesão direta e individual a um determinado Estado, e (ii) um interesse jurídico mais genérico, independente de uma lesão direta e individual, no caso das obrigações *erga omnes*”.

Exemplos da utilização das regras do regime geral na Corte Internacional de Justiça podem ser observados nos casos *Avena* (México x Estados Unidos), *Lagrand* (Alemanha x Estados Unidos) e *Hissène Habré* (Bélgica x Senegal). Nos dois primeiros casos, sustentou-se que o governo norte-americano teria violado o direito de proteção consular dos Estados mexicano e alemão, previsto no art. 36 da Convenção sobre Relações Consulares, ao sentenciar à morte, respectivamente, 54 (cinquenta e quatro) e 2 (dois) cidadãos daquelas nacionalidades. Em ambos os casos a Corte Internacional de Justiça julgou o pedido e reconheceu a violação do Direito Internacional, determinando a revisão das sentenças e a concessão de reparação aos Estados por aqueles indivíduos que já haviam sido executados (GONÇALVES *et al.*, 2017, p. 82).

No *Caso Hissène Habré*, havia uma disputa acerca do cumprimento, por parte do Estado do Senegal, de sua obrigação de processar o ex-presidente da República do Chade ou de extraditá-lo para a Bélgica, com o propósito de ali se estabelecerem procedimentos criminais. A Corte Internacional de Justiça julgou a demanda e reconheceu que a proibição contra a tortura consiste em uma norma de *jus cogens* e em uma obrigação *erga omnes partes*, como base na qual qualquer Estado pode invocar a responsabilidade de outro perante aquela Corte (GONÇALVES *et al.*, 2017, p. 82).

Esse posicionamento, além de encontrar lastro na doutrina internacionalista, também é confirmado pelo Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, o qual apresenta, em seus arts. 42 e 48, expressa distinção entre os critérios de invocação de responsabilidade para os Estados lesados³²⁰ e de invocação de responsabilidade para os Estados que não sejam os imediatamente lesados. Nesse cenário, para que a invocação de responsabilidade seja feita pelo Estado lesado, a obrigação violada deverá existir: em relação a esse Estado, individualmente; em relação a um grupo de Estados do qual o requerente faça parte; ou em relação à sociedade internacional como um todo.

Nas duas últimas hipóteses, ainda restará indispensável que essa violação afete especialmente o Estado reclamante ou tenha a natureza de modificar radicalmente a situação de todos os outros Estados em relação aos quais exista a obrigação ulterior de cumprimento. Trata-se, assim, de um critério que, segundo Arantes Neto (2008, pp. 147-148), engloba: a lesão jurídica individual exclusiva, para o caso de obrigações bilaterais; a lesão jurídica individual interdependente, para o caso de obrigações interdependentes; e a lesão jurídica individual não-exclusiva, para as obrigações coletivas integrais.

³²⁰ Nos comentários do Projeto da CDI, define-se como *Estado lesado* o que teve direito individual negado ou comprometido por ato internacionalmente ilícito, ou que de outra maneira tenha sido especialmente afetado pelo ato (SALIBA, 2008, p. 574).

No caso dos ilícitos praticados pelo Poder Judiciário, a praxe sinaliza para que o estabelecimento da responsabilização estatal se dê pelo rompimento das obrigações coletivas integrais, já que dentre as hipóteses geradoras de responsabilidade por desvio na atividade jurisdicional, a denegação de justiça, enquanto forma mais corriqueira de lesão jurídica individual, tal como visto nos capítulos antecedentes, é um instrumento que prescreve a afronta a uma norma imperativa de Direito Internacional e, nesses casos, o interesse na sua preservação tem o poder de ultrapassar o ânimo exclusivo do Estado lesado.

Não existe vedação, no entanto, a que possa ser configurada, em situações concretas, a responsabilização do Estado agressor por lesão jurídica individual exclusiva ou por lesão jurídica individual interdependente, como ocorre, por exemplo, no caso de descumprimento de tratado internacional que discipline normas processuais para a homologação de decisões estrangeiras que não forem observadas em favor do não-nacional.

De outro viés, no que se refere à possibilidade de invocação da responsabilidade por um Estado que não fora especialmente afetado pela violação da obrigação internacional, será necessário que haja, segundo o art. 48 do Projeto de Codificação da CDI, uma obrigação *erga omnes partes* – num regime do qual o Estado participe – ou uma obrigação *erga omnes*. A teor do artigo supracitado, os Estados não especialmente afetados pelo ilícito internacional passam a ter legitimidade para requerer a cessação do ato antijurídico, exigir garantias de não-repetição e pleitear o adimplemento da obrigação de reparação, no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.

Em todo caso, a ampliação da legitimidade internacional preconizada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas não desautoriza, conforme visto, a regra basilar do regime geral de responsabilidade internacional de que a incidência da responsabilização deva se dar de Estado a Estado. De forma que, se um indivíduo ou uma entidade privada forem os sujeitos imediatamente lesados pelo ilícito judicial, será imperioso, para que o direito vindicado tome corpo de internacionalmente oponível, que o Estado nacional desses sujeitos os protejam no cenário exterior, através do endosso de suas reclamações.

O endosso é, por conseguinte, o mecanismo pelo qual o Estado torna sua a reclamação de um particular (teoria do endosso), que se dá, num viés prático, através do instituto da proteção diplomática. Essa afirmação não significa, todavia, que a imputação supranacional de responsabilidade resume-se, no regime geral, a esse instituto de proteção, já que não existe óbice legal à apresentação de uma reclamação internacional pelo Estado, diretamente, sem o pedido de seu nacional, em resposta a um ato atentatório contra a sua soberania.

Certo é que, tanto na hipótese de legitimação indireta (com endosso), quanto no caso de legitimação direta (sem endosso), o Estado não terá a obrigatoriedade de se utilizar de mecanismos jurisdicionais para promover a solução do litígio internacional, podendo-se valer, por exemplo, de canais arbitrais ou diplomáticos. Nesse sentido, é interessante ressaltar que a jurisprudência internacional já tem pacificado o entendimento de que a existência de negociações diplomáticas prévias não é um requisito necessário ao conhecimento da demanda internacional por um tribunal competente:

A jurisprudência recente do Tribunal estabelece o princípio claro de que a existência de negociações activas entre as partes não constitui um impedimento ao exercício da competência do Tribunal. Contudo, o recurso prévio a negociações diplomáticas pode constituir uma prova significativa da existência de um litígio jurídico, podendo uma cláusula de jurisdição incluída num tratado conter essa condição (BROWNLIE, 1997, p. 502).

Em que pese, no entanto, a anterioridade da negociação diplomática não ser um requisito indispensável à apresentação da reclamação internacional, existem outros elementos que devem ser observados pelo Estado interessado a fim de confirmar a viabilidade do pedido de responsabilização formulado.

Para os casos de demandas judiciais, em se tratando do regime geral, a pretensão reclamatória, além de conter a fundamentação material do pedido de responsabilização internacional, deve observar a competência do órgão supranacional a que o pleito é encaminhado³²¹ e a admissibilidade da reclamação³²². Em não sendo rejeitada a reclamação com fundamento em incompetência ou inadmissibilidade, ainda caberá ao tribunal “recusar-se a exercer a sua competência com fundamento em falta de oportunidade jurídica” (BROWNLIE, 1997, p. 501).

Adentrando, pontualmente, na análise das condições de procedibilidade da reclamação internacional, importa traçar, logo de plano, um vislumbre do requisito da competência. Tem-se, de maneira sintética, que qualquer corte internacional, em sentido amplo, é competente para apreciar uma demanda promovida pelo Estado, desde que observada a pertinência temática entre a sua atribuição – firmada por tratado internacional – e a reclamação ajuizada (Ex.: causas que envolvem direitos do estrangeiro por denegação de justiça podem ser oponíveis, no regime geral, junto à Corte Internacional de Justiça, a teor do caso concreto, mas nunca junto ao Tribunal Internacional do Direito do Mar).

³²¹ No caso de aceite de uma exceção de competência, o processo será, de pronto, levado a fim, uma vez que atingira a capacidade do tribunal para decidir quanto ao mérito ou quanto à admissibilidade da reclamação.

³²² São elementos distintos do mérito que levam o tribunal a rejeitar a reclamação, como, por exemplo, a sua apresentação extemporânea (BROWNLIE, 1997, p. 501).

No que tange, por sua vez, ao requisito da admissibilidade da reclamação, cabe destacar que o mesmo comporta diferentes elementos como a tempestividade, o interesse jurídico, a personalidade jurídica das partes, a nacionalidade do requerente e a exaustão das vias de recurso internas. Todos apresentando relevância singular na análise da subsunção da demanda, pelo Estado, ao regime geral de imputação da responsabilidade internacional.

O requisito da tempestividade da reclamação se coaduna, no Direito Internacional, com o conceito de prescrição. Consiste, portanto, no não-exercício, durante determinado lapso temporal, do direito de reclamação por parte do Estado vitimado. Tal preceito, embora reste apostado em alguns julgados internacionais, não é passível de um maior consenso jusinternacionalista acerca da sua aplicabilidade:

Os doutrinadores positivistas negam a sua existência no DI, alegando que não existe norma internacional consagrando-a [...]. A jurisprudência internacional não é uniforme. A orientação mais recente é no sentido de admiti-la; todavia, de modo restrito, se ela for invocada por uma das partes e quando houver fortes argumentos para aceitá-la (MELLO, 2004, p. 534).

As maiores críticas à aplicação da prescrição como um instituto balizador da tempestividade em demandas internacionais são que o alcance desse período prescricional ainda não está bem estabelecido perante a jurisprudência internacional (PEREIRA, 2000, p. 295; DEL'OLMO, 2006, p. 140) e que, em face dessa lacuna, tal fixação caberia à competência discricionária do juiz ou do árbitro internacional (MELLO, 2004, p. 534), impondo ao requisito da tempestividade um caráter oscilante, à luz do regramento de cada órgão internacional responsável pelo julgamento.

A respeito do requisito do interesse jurídico, maior uniformidade de entendimento não prospera na doutrina. O interesse em questão se amolda, dentro da teoria geral do processo, como intimamente associado à utilidade da prestação jurisdicional, cabendo ao postulante demonstrar que o provimento pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, a ponto de ensejar a movimentação institucional:

[...] o Tribunal tratou da questão da existência de um interesse jurídico por parte dos requerentes como uma questão de oportunidade jurídica. Apesar disso, alguns membros do Tribunal trataram-na como uma questão de admissibilidade, e o juiz Wellington Koo referiu-se à existência de um interesse jurídico como “a base indispensável de um litígio passível de resolução judicial” (BROWNLIE, 1997, p. 503).

No sentir dessa explanação, a qual se funda no entendimento da Corte Internacional de Justiça, o interesse jurídico acabaria consistindo em um dos sustentáculos à admissibilidade de uma reclamação internacional, na medida em que se amoldaria ao instituto do interesse processual e corresponderia à necessidade de satisfação, pelo reclamante, do binômio utilidade-adequação, indispensável à consecução de qualquer litígio judicial. Na

teoria fundada no regime geral, trata-se, pois, de elemento favorável à satisfação de uma necessidade, que tem o interesse do homem como sujeito e o bem jurídico como seu objeto.

Acerca do requisito da personalidade jurídica, tem-se que, para a sua configuração, o autor da reclamação precisa ser reconhecido como um sujeito de DIP na sociedade internacional à época do ajuizamento da ação. É igualmente necessário que a entidade alzo seja reconhecida como sujeito de DIP, nesta mesma sociedade, à época do cometimento do ilícito. Além mais, para a hipótese de responsabilização indicada no regime geral, é imperioso que o sujeito detentor da personalidade jurídica em questão seja o Estado, tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da demanda.

Quanto aos requisitos da nacionalidade do requerente e da exaustão das vias de recurso internas, eles acabam imiscuídos em um importante componente do regime geral da responsabilidade internacional: a proteção diplomática. Os requisitos em referência, ante a necessidade de uma abordagem mais profunda e dialogada do seu conteúdo e das particularidades que carregam, serão objeto de análise conjunta no bojo do exame do instituto da proteção diplomática.

A proteção diplomática se trata de um instituto de formação costumeira e jurisprudencial por força do qual o Estado endossa a reclamação de um nacional que sofreu dano no estrangeiro, com a finalidade de obter uma reparação ou outra consequência jurídica decorrente do ilícito internacional. Em casos tais quais esse, o Estado não pretenda ver-se ressarcido por prejuízos causados diretamente à sua dignidade ou ao seu patrimônio, mas por uma ilicitude cometida ao seu nacional:

A proteção que agora estudamos nada tem de essencial a ver com a diplomacia. Seu objeto é o particular – indivíduo ou empresa – que, no exterior, seja vítima de um procedimento estatal arbitrário, e que, em desigualdade de condições frente ao governo estrangeiro responsável pelo ilícito que lhe deu causa, pede ao seu Estado de origem que lhe tome as dores, fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades de direito internacional público (REZEK, 2006, p. 276).

A razão de ser dessa medida protetiva funda-se na ausência de legitimidade do indivíduo para postular, em nome próprio, junto a um tribunal internacional. Exatamente porque, dentro do regime geral, somente Estados e Organizações Internacionais têm sido admitidos como sujeitos ativos e passivos nessas cortes. Com essa episódica, tem-se condicionado pessoas físicas ou jurídicas ao uso do instituto da proteção diplomática para o ingresso em cortes internacionais, quando vítimas de ilícitos imputáveis a um sujeito de DIP.

Para que haja a proteção diplomática é necessário que o Estado nacional da vítima, fazendo uso do seu poder discricionário, endosse a reclamação do seu súdito. Dessa sorte, ao assinalar a sua disposição em tratar do assunto de interesse do particular junto ao Estado

agressor, o Estado da vítima passa a exercer, plenamente, o controle da demanda, no exercício de um direito próprio, podendo até mesmo escolher o meio mais adequado de solução do litígio³²³ e, inclusive, dispor do processo, transigir ou desistir como e quando lhe aprouver (DEL'OLMO, 2006, p. 142).

Não será, no entanto, em todo caso de ofensa ao nacional que o Estado mediatamente lesado poderá se valer do endosso da reclamação para subsidiar uma pretensão internacional. Existem algumas condições a serem cumpridas pelo interessado a fim de viabilizar o consentimento da proteção diplomática:

a) o indivíduo que sofreu o dano terá de apresentar, no lapso temporal compreendido entre o evento danoso e a solução final do litígio, uma nacionalidade clara e contínua e um vínculo jurídico ou político com o Estado que o irá proteger;

b) o pleiteante terá que comprovar o esgotamento de todos os recursos internos, judiciais e administrativos, no território do Estado que praticou o evento danoso;

c) é necessário observar, para parte da doutrina (MELLO, 2004, p. 530; PEREIRA, 2000, p. 295; DEL'OLMO, 2006, p. 142), se houve uma conduta limpa (*clean hands*), por parte do solicitante, em comparação à lei interna do seu Estado de origem.

Dentre as condições apontadas³²⁴, a nacionalidade da reclamação consiste em um requisito importante, tanto para a conformação da proteção diplomática, quanto para a admissibilidade da reclamação internacional. Ele leva em consideração a condição patrial do indivíduo, relacionando a nacionalidade do sujeito imediatamente lesado ao seu Estado natal, a fim de permitir o exercício da proteção reportada em face de outro ente político.

A grande função da regra de nacionalidade na proteção diplomática é a presunção de interesse do Estado cujos súditos sofreram perdas às mãos de outra soberania em receber uma reparação justa e equitativa em seu favor. E por essa razão, se o Estado-autor não conseguir provar de modo cabal a nacionalidade da reclamação ajuizada, esta será inadmitida por ausência de interesse jurídico do requerente³²⁵.

Nesse sentir, sobram requisitos a serem observados pelo sujeito privado que pretende provar o seu vínculo de nacionalidade com o Estado a cuja proteção diplomática foi requerida. Dentre eles, o caráter contínuo de sua nacionalidade, o qual implica na imprescindibilidade de

³²³ “O endosso não significa necessariamente que haverá instância judiciária ou arbitral; é sempre possível que uma composição resulte do entendimento direto, ou de outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias entre Estados” (REZEK, 2006, p. 77).

³²⁴ “Alguns autores têm acrescentado, com razão a existência de mais uma condição para a proteção diplomática, isto é, a reclamação não deve constituir já coisa julgada no plano internacional” (MELLO, 2004, p. 34).

³²⁵ Para Brownlie (1997, p. 504), há exceções ao princípio indicado: “se a parte lesada se encontrava ao serviço do Estado requerente, pode-se dizer que o interesse jurídico deste Estado sofreu um dano, embora a vítima fosse um estrangeiro”.

o interessado possuir, à época da violação do direito, a nacionalidade do Estado reclamante, ou a qualidade de seu protegido, e permanecer nessa situação até, minimamente³²⁶, o momento da apresentação da reclamação:

[...] para que o endosso seja válido, é preciso que o vínculo patril entre o Estado reclamante e o particular protegido tenha sido *contínuo*. É preciso que o particular tenha sido um nacional do Estado reclamante no momento em que sofreu dano decorrente de ato ilícito de potência estrangeira, e que, sem qualquer quebra de continuidade, permaneça na condição de nacional desse mesmo Estado quando da reclamação (REZEK, 2006, p. 279).

Há que ser enfatizado, nesse ínterim, que tal critério para a fixação da nacionalidade não tem se mostrado uniforme na doutrina e na jurisprudência internacionalista, conforme colacionado por Mello (2004, p. 530):

A jurisprudência internacional sobre essa regra não é uniforme. Ora tem considerado que o particular não precisa ter a nacionalidade do Estado que o protege no momento do ilícito, mas basta tê-lo no momento em que o Tribunal foi constituído (Tribunais Arbitrais Mistos após a 1ª Guerra Mundial); ora considera como devendo ter o indivíduo a nacionalidade do Estado no momento em que sofreu o dano; ora, que basta ele ter a nacionalidade do Estado quando for apresentar a demanda.

Na perspectiva adotada neste tópico, o princípio da continuidade, embora alvo de alguma crítica³²⁷, deve ser aplicado na esfera internacional como meio de impedir que o indivíduo, através da mudança de sua nacionalidade, escolha um Estado protetor mais poderoso para subsidiar a sua reclamação internacional. Situação essa que, se não combatida pelo princípio aventado, desestabilizaria a consistência do próprio requisito da nacionalidade presente no regime geral da responsabilidade internacional.

Outro primado que encontra guarida na preocupação acima é o de que, em se tratando da proteção diplomática, a nacionalidade do sujeito imediatamente lesado deve-se mostrar efetiva. Mesmo porque, apesar de o Estado ser o ente incumbido pela fixação dos critérios para o aferimento da nacionalidade (CCLN, arts. 1 e 2), ele não poderá abusar de sua prerrogativa para conceder o *status* de nacional à pessoa que com ele não tenha o mínimo vínculo social e político, a ponto de, uma vez comprovado o ilícito, caber aos demais Estados e aos foros internacionais recusarem esse vínculo patril³²⁸, por falta de efetividade.

No mais, a observância desse requisito soma-se, obrigatoriamente, a outro de natureza inexorável: o esgotamento dos recursos internos. Uma reclamação não pode ser

³²⁶ Diz-se “minimamente” em função de alguns julgados internacionais indicarem a data do proferimento da decisão ou do acórdão como o termo *ad quem* de prova da continuidade da nacionalidade do representado.

³²⁷ “O princípio da continuidade foi alvo de críticas porque permite que questões incidentais, e.g., uma mudança de nacionalidade *ope legis*, incluindo a que ocorre por cessão de território, afectam reclamações razoáveis, e também porque, se o acto ilícito em causa for contra o Estado de origem, a ilicitude é fixada no momento o prejuízo, não sendo afectada por mudanças subseqüentes do estatuto do indivíduo” (BROWNLIE, 1997, p. 505).

³²⁸ O indivíduo em favor de quem se faz a reclamação internacional não deve possuir a nacionalidade do Estado contra o qual é dirigido o pedido de reparação – tal qual nos casos de dupla nacionalidade –, pois a proteção diplomática não será exercida em face do Estado do qual o indivíduo é nacional.

admitida no plano internacional a menos que o indivíduo estrangeiro tenha esgotado, sem êxito, os recursos judiciais a sua disposição no território do Estado reclamado. Esse parâmetro norteador serve, tanto como requisito de admissibilidade da reclamação internacional, quanto como imperativo para a concessão da proteção diplomática.

Nessa conjuntura, em sendo regra universalmente aceita a necessidade de esgotamento prévio dos recursos internos para a outorga da proteção diplomática, tem-se, no bojo dos ensinamentos de Accioly, Silva e Casella (2008, p. 360), que esse critério recursal se justifica por ter a força de afastar a responsabilidade internacional se demonstrado que não houve, juridicamente, dano ou ofensa ao estrangeiro; ou que existiram meios adequados de defesa e reparação de dano no direito interno; ou que foi possível a obtenção da reparação sem a necessidade da reclamação internacional.

Amparado nessas premissas, há que se consignar que os fundamentos basilares da exaustão recursal defendida acabam sendo dois: evitar reclamações prematuras por parte do Estado agredido e respeitar a presunção de que os órgãos estatais internos são capazes de dar satisfação adequada ao estrangeiro. Tudo de modo a resguardar ao máximo a autonomia do desempenho das jurisdições internas:

Trata-se de uma regra que se justifica por considerações práticas e políticas, e não por qualquer necessidade lógica derivada do Direito Internacional como um todo. As considerações práticas mais persuasivas apresentadas são as de maior adequabilidade e conveniência dos tribunais nacionais como foros para as reclamações de indivíduos e sociedades; a necessidade de evitar a multiplicação de pequenas reclamações ao nível de proteção diplomática; o modo pelo qual os estrangeiros, através da residência e da atividade empresarial, estão ligados à jurisdição interna; e a utilidade de um processo que pode levar à classificação dos factos ao pagamento de indenizações (BROWNLIE, 1997, p. 518).

Nesse intento, só haverá a viabilidade da proteção diplomática quando as mais altas instâncias judiciais dos Estados desconsiderarem, em seus julgados, uma norma de Direito Internacional ou uma obrigação estatal internacionalmente oponível. E para os casos de julgados que violarem normas estritamente de direito interno, somente caberá a proteção diplomática se efetivamente comprovada a denegação de justiça ao estrangeiro. Desse modo, a exaustão das vias internas implica, em síntese, a utilização dos processos disponíveis naquele Estado para proteger os interesses que correspondam, tanto quanto possível, aos interesses envolvidos numa subsequente reclamação internacional.

Por via de exceção, a regra do esgotamento dos recursos internos não será aplicável em algumas situações: quando o ilícito for praticado diretamente contra um Estado estrangeiro; quando não existir recurso interno a ser esgotado; quando o recurso em questão

for ilusório ou inoperante (BROWNLIE, 1997, p. 521); e quando os responsáveis pelo ilícito são as mais altas autoridades do Estado (MELLO, 2004, p. 533).

Para Rezek (2006, p. 283), entretanto, a Comissão de Direito Internacional da ONU tem-se posicionado pela imperatividade do requisito do esgotamento recursal apenas quando existir algum vínculo entre o Estado infrator e o indivíduo agredido, a fim de facilitar a exaustão, pelo estrangeiro, das vias impugnatórias internas:

[...] no entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a necessidade do prévio esgotamento dos recursos internos pressupõe que o particular tenha alguma conexão voluntária com o Estado estrangeiro a quem se atribui o ilícito: residência, propriedade, comércio.

Em relação ao esgotamento dos recursos internos, é importante consignar, ainda, que existem duas teorias opostas a respeito da relevância dessa exaustão recursal para a configuração da responsabilidade internacional:

As diversas teorias a esse propósito têm geralmente seguido duas correntes de pensamento: sustenta a primeira que a responsabilidade internacional se configura uma vez esgotados os recursos internos, enquanto a segunda defende seu início imediato a partir do momento da violação do direito internacional (sem o esgotamento dos recursos internos). Tal violação constitui naturalmente pressuposto do nascimento da responsabilidade, mas, enquanto ela acarreta a responsabilidade de imediato, para outros tal não ocorre até se tenham esgotado devidamente os recursos do direito interno (TRINDADE, 2002, pp. 372-373).

De acordo com os ensinamentos de Trindade (2002), as duas correntes em comento apresentam distinção quanto à natureza jurídica da regra de esgotamento: se de direito substantivo ou processual. Admitida que se trata de uma regra de direito substantivo, tanto a responsabilidade do Estado, quanto a possibilidade de sua implementação, só se configurarão com o esgotamento dos recursos internos. Se acolhida a tese de que se trata de direito processual, tem-se que, embora coincida o nascimento da responsabilidade do Estado com o ato internacionalmente ilícito, não se permitirá a implementação da responsabilidade através da proteção diplomática até que se esgotem os recursos internos.

Para a hipótese da responsabilização do Estado por danos causados ao estrangeiro, entende-se que a adoção da corrente processual melhor se adéqua à proteção internacional de direitos individuais, essencialmente por permitir a separação entre o direito violado e o critério processual da reclamação internacional, de maneira a viabilizar, em caso de violação dos direitos humanos, a utilização de outros mecanismos de composição internacional, que não a proteção diplomática, para responsabilizar o Estado infrator³²⁹.

³²⁹ Nesse sentido, Accioly, Silva e Casella (2008, p. 361): “[...] enquanto os primeiros experimento outorgando capacidade processual internacional aos indivíduos minimizaram até certo ponto o princípio da reparação interna ou local, no contexto dos experimentos contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos, a regra do esgotamento dos recursos internos tem operado como objeto dilatatório ou temporal de natureza processual”.

No que se refere, todavia, ao último requisito para a concessão da proteção diplomática, à luz do regime geral da responsabilidade internacional, tem-se que o critério das mãos limpas (*clean hands*), referenciado majoritariamente pela doutrina, merece algumas ponderações específicas:

[...] para que o súdito reclamante possa solicitar do seu Estado o exercício da proteção diplomática é observar se houve uma conduta limpa (*clean hands*), quer dizer, que ele tenha atuado com produção de provas de forma ilegal, ou que tenha produzido fatos que não aconteceram efetivamente. [...] A doutrina dita que não pode o reclamante violar lei interna de seu Estado, para tentar obter uma proteção diplomática. (PEREIRA, 2000, p. 295).

A conduta do nacional, na qual se pauta a ideia de mãos limpas, é para Pereira (2000) uma condição de existência da proteção diplomática, ou seja, se o indivíduo incorreu em violação do direito interno ou internacional, a ele não deve assistir o direito de provocar a proteção estatal. Sem embargo, a matéria em destaque é polêmica e a jurisprudência, de acordo com Mello (2004, p. 533), não se mostra inclinada a consagrar o requisito das mãos limpas na hipótese de violação ao direito interno e em escassas decisões tem pugnado pela observância desse requisito quando há violação do Direito Internacional.

O que há de concreto é que, uma vez obedecidas às condições de concessão da proteção diplomática, será facultado ao particular requerer a proteção de seu Estado pátrio. Situação essa que de nenhuma sorte implica no direito objetivo da parte de obtê-la, já que o Estado é livre, dentro do seu exercício de soberania, para conceder o endosso, recusá-lo ou até mesmo intentar a reclamação internacional à revelia do nacional prejudicado ou sem qualquer solicitação dele (DEL'OLMO, 2006, p. 142).

Ressalte-se, ademais, que, pelas normas internacionais do regime geral de responsabilização internacional, eventual indenização ou qualquer outra forma de reparação que resulte da reclamação pertencerá necessariamente ao Estado, e não à vítima³³⁰. Contudo, a prática internacional tem se mostrado benévola a que esse resultado reparatório venha a beneficiar a vítima, havendo até mesmo normas internas, em alguns países, disciplinando a destinação desses ressarcimentos (PEREIRA, 2000, p. 297).

Fato é que impeditivos de natureza não estatal, como as decorrentes de obrigações contratuais que restringem a possibilidade de reclamação do estrangeiro a seu Estado de origem, tem dificuldade de reconhecimento junto ao Direito Internacional. A renúncia prévia e expressa do estrangeiro a qualquer proteção diplomática por parte do seu Estado nacional,

³³⁰ “[...] para acabar com esse perigo iminente [...] seria o caso do próprio súdito aparelhar o devido processo judicial ou arbitral, sem a intermediação do Estado, ou ao menos, que permitisse ao súdito endossado, que participasse da lide, como testemunha” (PEREIRA, 2000, pp. 296-297).

como no caso da Cláusula Calvo³³¹, nem sempre é aceita ou considerada válida pela jurisprudência internacional, sob a alegação de que a proteção diplomática não é direito próprio do qual o particular possa dispor, mas sim é direito do ente estatal:

A jurisprudência internacional não tem tido uma orientação uniforme: a) raramente admite a sua validade; b) declara a nulidade da cláusula; c) a aceita, mas restringindo seus efeitos, como afirmando que ela não seria válida nos casos de denegação de justiça (MELLO, 2004, p. 541).

Uma posição prudente acerca do tema parece ser a adotada por Del’Olmo (2006, p. 144), para quem o direito a que o estrangeiro renuncia em situações como a da Cláusula Calvo não é necessariamente o da proteção diplomática, mas sim a faculdade de apresentar ao seu Estado natal uma reclamação válida que torne possível o exercício do instituto protetivo em seu favor. Esse fato não teria, para aquele autor, o condão de privar o reclamante de solicitar a proteção de seu governo quando sofresse uma denegação de justiça nos tribunais internos:

[...] se o estrangeiro, no seu processo se esgotar os recursos internos, “sofreu uma denegação de justiça ou se lhe cometeu uma injustiça notória, pode (ele) reclamar sobre essa base, alheia ao contrato em si”, concluindo que “as únicas reclamações que podem ser excluídas são aquelas que têm como título jurídico a violação de um contrato” (DEL’OLMO, 2006, p. 144).

Sopesadas as considerações alhures, é de se comungar que a validade da Cláusula em epígrafe, se existente, restringe-se aos direitos de natureza contratual, o que, à obviedade, não se aplica aos casos de denegação de justiça ao estrangeiro ou a outro ilícito empreendido pelo Poder Judiciário, por se constituir em direito alheio ao objeto do contrato.

Além mais, é bom reafirmar que, uma vez cumpridos os requisitos objetivos da competência e da admissibilidade – com a observância das elementares da tempestividade, do interesse jurídico, da personalidade jurídica, da nacionalidade do requerente e da exaustão dos recursos internos –, o mero desrespeito ao regulamento do tribunal em que é apresentado o pedido de reclamação internacional não constitui fundamento à rejeição sumária da demanda, uma vez que esses próprios tribunais já teriam se mostrado relutantes em atribuir demasiada importância à questão da forma (BROWNLIE, 1997, p. 529).

Perpassados, portanto, todos os parâmetros expostos, é possível assentar que, no regime geral da responsabilização internacional, o litígio deve ser entendido como um conflito de interesses entre Estados, sobre uma questão de direito ou de fato, que poderá ser solvido por um tribunal internacional competente³³², desde que tenham sido observados determinados

³³¹ A Cláusula Calvo foi elaborada pelo internacionalista argentino Carlos Calvo e foi, durante o século XX, um instituto comumente inserido em contratos de concessão celebrados entre governos latino-americanos e estrangeiros, pela qual restava declarado que qualquer reclamação do estrangeiro derivada de obrigação contratual deveria ser resolvida obrigatoriamente pelos tribunais internos do Estado contratante.

³³² Nada obsta a existência de pedidos reconventionais no litígio internacional, desde que observados os requisitos indicados e tenha ligação suficiente com a própria reclamação.

requisitos de admissibilidade, como o uso do instituto da proteção diplomática, se o indivíduo vitimado pelo ilícito for nacional do Estado que pleiteia as consequências jurídicas da responsabilização no plano internacional.

6.2.2 Do regime objetivo dos tratados de direitos humanos

Ao lado do regime geral, que se preocupa com a disciplina da tradicional relação Estado a Estado, vige um regime especial de responsabilidade internacional, voltado a tutelar o direito contido nos tratados de direitos humanos. Essa espécie de ordenação pressupõe a existência de relações Estado-indivíduo no cenário jurídico corrente e advém da violação de obrigações assumidas por uma soberania perante toda a sociedade internacional. Trata-se, em essência, da ampliação da legitimidade internacional para novos sujeitos que outrora eram desconsiderados na vertente padrão.

Tocante aos tratados de direitos humanos, “existe o consenso acerca de uma obrigação de caráter objetivo dos Estados na sua proteção” (GONÇALVES *et al.*, 2017, P. 174). Isso significa que tais tratados não envolvem apenas obrigações multilaterais entre Estados e nem tem relação direta com a regra de reciprocidade. Ao firmarem esses compromissos internacionais, o interesse dos Estados passa a ser a proteção dos seres humanos em sua integralidade, havendo um caráter objetivo nessa proteção internacional e uma convergência da responsabilidade internacional por essa violação.

Para Ramos (2005), a responsabilidade internacional dos Estados por violações de direitos humanos é consequência dessa natureza especial dos tratados sobre essa matéria. Segundo esse autor, há uma visível diferença, no sistema proposto, entre o alcance das consequências judiciais para o indivíduo e para o Estado ante a violação de norma de proteção dos direitos humanos, podendo ocorrer duas implicações em função do descumprimento dessa norma protetiva:

A reparação é destinada ao indivíduo, que teve sua dignidade violada, e a coação contra o Estado-infrator não pode implicar em novas violações aos direitos humanos. [...] a violação de um tratado multilateral de proteção a direitos humanos não afeta a obrigação dos demais Estados-partes, que continuam obrigados à sua observância (RAMOS, 2005)

Não se trata, em todo caso, de afirmar que o regime objetivo dos tratados de direitos humanos tem por finalidade substituir o regime geral ou desautorizar os parâmetros ali preconizados, mas sim que possui o intento de agregar uma nova possibilidade de subsunção do Estado infrator à jurisdição supranacional, com a autorização para o indivíduo provocar,

diretamente, os tribunais internacionais, sem a necessidade do encampamento de sua reclamação pelo seu Estado nacional.

No caso dos ilícitos cometidos pelo Estado brasileiro no exercício da atividade jurisdicional, é possível ao estrangeiro recorrer, como regra, tanto ao regime geral (através da formulação de pedido de proteção diplomática), quanto ao regime objetivo dos tratados de direitos humanos, que, no contexto da República Federativa do Brasil, implica o acionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos:

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. Foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Apenas Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana, que, até janeiro de 2014, contava com 24 Estados-partes (PIOVESAN, 2015, pp. 339-340).

É válido observar, outrossim, que não são em todas as situações que será possível ao indivíduo escolher a utilização de um ou de outro regime de responsabilização internacional. Quando o Estado da nacionalidade do estrangeiro não estiver vinculado à Organização dos Estados Americanos ou não houver ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos essa opção ficará prejudicada. Mesmo porque o art. 1 do tratado em comento acaba por restringir o dever de respeito aos direitos contidos nesse compromisso internacional aos seus Estados-partes:

CADH, Art. 1. Obrigação de respeitar os direitos
1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição [...].

O dispositivo citado traz um importante preceito que norteia todo o sistema regional de proteção à pessoa humana no qual o Brasil está inserido: a obrigação do Estado respeitar os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos³³³. Nessa ambiência, o dever de respeitar materializa-se sob um aspecto negativo (abstenção estatal de lesionar direitos humanos) e outro positivo (imposição ao Estado de medidas concretas que protejam e garantam o exercício de tais direitos). No caso de o Estado signatário do tratado não respeitá-lo ou deixar de proteger e garantir direitos, poderá responder internacionalmente pela negação de tal garantia, bem como por não implementar ou se omitir em investigar lesões ao pactuado.

No regime objetivo dos tratados de direitos humanos, há, portanto, uma atuação geográfica restritiva de sua atuação, ante a inexistência de um sistema global que abranja de modo uniforme a questão. O sistema global de proteção, também chamado de universal ou

³³³ “A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) é o principal instrumento normativo de tutela do indivíduo no continente, prevendo, basicamente, direitos civis e políticos, pois os direitos sociais, em sua maioria, foram reservados ao Protocolo de San Salvador” (GONÇALVES *et al.*, 2017, p. 258).

onusiano, corresponde a um conjunto de mecanismo de defesa dos direitos humanos geridos por órgãos da ONU ou por órgãos previstos em tratados internacionais apoiados pela ONU, sendo a sua atuação direta dada por meio do Conselho de Direitos Humanos, dos Relatores Especiais de Direitos Humanos e do Alto Comissariado de Direitos Humanos (RAMOS, 2017, p. 351). Todos sem competência jurisdicional contenciosa.

Apenas em sistemas de proteção regionais, como no caso dos sistemas europeu, africano e americano de direitos humanos, é possível vislumbrar o regime de preservação do estrangeiro discutido neste tópico. *In casu*, a propositura formulada pelo indivíduo, para o eficaz acionamento do Estado brasileiro ante os ilícitos internacionais praticados por seu Poder Judiciário, deve-se dar, por critérios geográficos e voluntários de submissão, junto ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o qual possui regras próprias para a implementação do regime especial indicado.

Dentro do sistema americano de proteção, o regime objetivo dos tratados de direitos humanos encontra-se previsto em dois diplomas principais: a Carta da OEA e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambas ratificadas pelo Brasil e exigíveis junto à estrutura regional. A Carta da OEA traz parcas definições acerca dos meios de proteção internacional e do regime a eles aplicado, aduzindo, em seu art. 53, *e*, apenas que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um dos órgãos da Organização dos Estados Americanos, que tem por finalidade realizar os fins previstos naquele instrumento.

Na Carta da OEA também consta, expressamente, que esse documento delega a uma convenção interamericana de direitos humanos, posteriormente instituída, o estabelecimento da competência, da estrutura e das normas de funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, restringindo-se a Carta Americana a elencar as funções desse órgão:

COEA, Art. 106. Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.
Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

O tratado internacional em contexto foi adotado na Conferência Interamericana de Direitos Humanos, realizada na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e posteriormente foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Por esse documento, que traz os meios de proteção dos direitos humanos a partir do seu art. 33³³⁴, os principais órgãos³³⁵ encarregados

³³⁴ CADH, art. 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

da implantação do regime especial no sistema regional são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH)³³⁶ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)³³⁷, facultando-se a submissão do membro da OEA a essa última.

No âmbito da Comissão IDH, a análise dos procedimentos para o exercício da responsabilização internacional por parte do indivíduo a que foi denegada justiça passa pelo vislumbre de aspectos como a função e a competência desse órgão internacional, a legitimidade para apresentação de petição ou comunicação pelo interessado, os requisitos de admissibilidade das peças protocoladas e o processamento junto a essa instituição. Elementos que precisam ser analisados, detidamente, para a compreensão do regime objetivo dos tratados de direitos humanos aplicável ao Brasil.

Acerca das funções da Comissão IDH, estas estão relacionadas, como visto, no art. 106 da Carta da OEA e também se apresentam nos arts. 41 a 43 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como principal função da Comissão IDH destaca-se promover a observância e defesa dos direitos humanos, sendo ainda funções complementares desse órgão estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; formular recomendações aos Estados, no sentido de adotarem medidas progressivas em prol dos direitos humanos em suas normas internas; solicitar aos Estados que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; atender às consultas que por meio da OEA lhe formularem os Estados sobre questões relacionadas a direitos humanos; e atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade.

Uma importante função da Comissão IDH é, portanto, propiciar a defesa dos direitos humanos junto aos membros da Organização dos Estados Americanos, resguardando o direito da parte interessada a ter a sua petição ou comunicação autuada e examinada com as cautelas regulares, desde que observada a submissão dessas peças pré-processuais àquele órgão internacional, com amparo em requisitos de competência e legitimidade indicados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³³⁵ Para Gonçalves *et al.* (2017, p. 258), “A Comissão Americana pode exercer suas atribuições quer com base na Declaração Americana (estudada anteriormente), quer com suporte na Convenção Americana. Por sua vez, a Corte tem atuação restrita à Convenção Americana, o que demonstra a existência de dois microssistemas relativamente independentes no âmbito regional”.

³³⁶ “[...] a Comissão é integrada por sete membros ‘de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos’, que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Os membros da Comissão são eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez” (PIOVESAN, 2015, p. 343).

³³⁷ “Quanto à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema regional, é composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados partes da Convenção” (PIOVESAN, 2015, p. 350).

A fixação do núcleo de competência da Comissão IDH, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos insitos no sistema americano de proteção, está bem delineada, abaixo, por Piovesan (2015, p. 343):

A competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados. Alcança ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

Em contrapartida, é possível assinalar que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos dedica, nos arts. 44 a 47, espaço para delinear a competência da Comissão IDH. São indicados, basicamente, os mecanismos de petições individuais e comunicações interestatais albergados nesse tratado internacional. O art. 44 traz, por exemplo, a competência da Comissão IDH para o sistema de petições individuais, afirmando que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da OEA, pode apresentar petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção Americana por um Estado parte.

Acrescenta o art. 45 desse compromisso internacional, de maneira complementar, a existência de um sistema de comunicações interestatais que estabelece a todo Estado membro da OEA o poder de declarar que reconhece a competência da Comissão IDH para receber e examinar as comunicações em que um Estado parte alegue haver outro Estado parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana. Essa sistemática, todavia, diferentemente do sistema das petições individuais, não foi instituída de maneira obrigatória no contexto interamericano de proteção, constituindo-se uma faculdade do Estado parte (RAMOS, 2017, p. 389; BARRETTO, 2013, p. 207)³³⁸.

Dentro do quadro de legitimação do regime objetivo dos tratados de direitos humanos, verifica-se que o indivíduo é parte ativa para mover a atuação da Comissão IDH em defesa dos seus direitos. Poderá o indivíduo se valer de advogado constituído para esse mister e mesmo de organização não-governamental que encampe a sua pretensão, afastando a lógica do regime geral de que a responsabilização internacional não possa ser iniciada pela pessoa humana, sem a intervenção estatal, junto a organismos supranacionais.

São requisitos de admissibilidade dessas petições individuais, de acordo com o art. 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: (a) hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna; (b) seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da

³³⁸ CADH, art. 45. [...] 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.

data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; (c) a matéria da petição não esteja pendente de outro processo de solução internacional; (d) a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Tais elementares, essenciais para a validação do pleito do indivíduo junto à Comissão IDH, acabam por instituir o esgotamento dos recursos internos, o cumprimento de prazo decadencial, a ausência de litispendência internacional³³⁹ e a qualificação completa do pleiteante com requisitos básicos para a admissibilidade das petições individuais. Ademais, autores como Ramos (2017, p. 390) acrescentam, ainda, a ausência de coisa julgada internacional como pressuposto procedimental ao caso, em função do impedimento do “uso sucessivo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos”.

A respeito do requisito do esgotamento dos recursos internos, exigido tanto para o regime objetivo dos tratados de direitos humanos, quanto para o regime geral, observa-se que o peticionário deve comprovar que esgotou os mecanismos internos de reparação judicial antes que a sua controvérsia possa ser apreciada perante o Direito Internacional. Nesse sentido, fica estabelecido o respeito à soberania do Estado ante a subsidiariedade da jurisdição internacional, que somente pode ser acionada, como regra, após o esgotamento da jurisdição interna:

O esgotamento dos recursos internos exige que o peticionário prove que tenha esgotado os mecanismos internos de reparação [...]. Contudo, os Estados têm o dever de prover recursos internos aptos a reparar os danos porventura causados aos indivíduos. No caso de inadequações destes recursos, o Estado responde *duplamente*: pela violação inicial e também por não prover o indivíduo de recursos internos aptos a reparar o dano causado (RAMOS, 2017, p. 390).

No caso da jurisdição interna não se mostrar eficaz, como nas hipóteses em que há denegação de justiça ao estrangeiro pelo Poder Judiciário, o art. 46, 2 da Convenção Americana relativiza a aplicação desse requisito³⁴⁰. Não será exigido o esgotamento dos recursos internos e também o requisito da observância do prazo de 6 (seis) meses para a provocação da Comissão IDH quando: (a) não existir, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a proteção do direito que se alegue tenha sido violado; (b) não se houver permitido ao presumido

³³⁹ “[...] ausência de litispendência internacional, o que impede o uso simultâneo de dois mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos” (RAMOS, 2017, p. 390).

³⁴⁰ “O dever de provimento pelos Estados-partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no Direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos jurisdicionais. Com efeito, é precisamente porque os tratados de direitos humanos impõem aos Estados-partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos, que, reversamente, requerem de todo reclamante o prévio esgotamento dos recursos de Direito interno como condição de admissibilidade de suas petições a nível internacional” (TRINDADE, 2002, p. 44).

prejudicado o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; ou (c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Para Ramos (2017, pp. 390-391), podem ser apontadas como situações habituais em que existirá a dispensa do prévio esgotamento dos recursos internos:

1) não existir o devido processo legal para a proteção do direito violado; 2) não se houver permitido à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; 3) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (artigo 46.2); o recurso disponível for inidôneo (por exemplo, o recurso não é apto a reparar o dano); 5) o recurso for inútil (por exemplo, já há decisão da Suprema Corte local em sentido diverso) ou 6) faltam defensores ou há barreiras de acesso à justiça.

Haverá o reconhecimento da inadmissibilidade das petições individuais pela Comissão IDH, a teor do art. 47 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sempre que não for preenchido algum dos requisitos de admissibilidade enunciados, assim como quando a peça não expuser fatos que caracterizem violação de direitos humanos, for manifestamente infundada, for evidente a sua total improcedência ou for substancialmente reprodução de petição anterior, já examinada pela Comissão ou organismo internacional.

O procedimento para que o indivíduo provoque a Comissão IDH também se aplica majoritariamente ao Estado, no caso de comunicação interestatal, excetuando-se a necessidade de qualificação da parte (CADH, art. 46, 1, *d*). A configuração de um pleito nesse órgão internacional poderá se dar, dessa forma, num modelo Estado-indivíduo ou Estado-Estado, não havendo significativas alterações no procedimento a ser desenvolvido na Comissão IDH para ambos os casos, que, apesar de não receberem uma decisão com caráter jurisdicional, poderão ter viabilizadas importantes soluções ao impasse.

Recebida a petição ou a comunicação na Comissão IDH e realizado o juízo inaugural de admissibilidade, aquele órgão solicitará informações ao governo do Estado acusado de violar a Convenção Americana, as quais deverão ser apresentadas em prazo razoável³⁴¹. Com o retorno das informações ou na hipótese de transcorrido *in albis* o prazo fixado, a Comissão IDH analisará se os motivos da acusação subsistem e, em caso negativo, arquivará o procedimento. Acaso o feito não seja arquivado, será procedido o exame do assunto exposto e, se aquele órgão entender necessário e conveniente, poderá promover uma investigação, solicitando ao Estado que lhe proporcione as informações e facilidades necessárias³⁴².

No embate trazido, é possível à Comissão IDH propor às partes uma solução amistosa ao pleito. Ocorrendo esse desfecho, será redigido um relatório com a exposição dos

³⁴¹ “[...] não há prazo específico, apenas se impõe que seja razoável” (BARRETTO, 2013, p. 208).

³⁴² “Vale lembrar que o Brasil, ao depositar a Convenção, fez uma reserva no sentido de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos somente pode realizar visitas e inspeções *in loco* mediante anuência expressa do Estado brasileiro” (BARRETTO, 2013, p. 208).

fatos e a indicação da solução adotada, a ser encaminhado ao peticionário, aos Estados partes da Convenção Americana e ao Secretário-Geral da OEA (CADH, art. 49). Não sendo alcançada a solução amistosa, a Comissão IDH redigirá um relatório com a exposição do fato e suas conclusões, que será remetido às partes interessadas, cabendo, ainda, a formulação de proposições e recomendações por aquele órgão internacional (CADH, art. 50).

Passados 3 (três) meses do recebimento desse relatório pelos Estados interessados sem que o assunto tenha sido solucionado ou haja submissão à Corte IDH, caberá à Comissão IDH, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, emitir opinião e as suas conclusões sobre a questão submetida à consideração, fazendo as recomendações pertinentes e fixando prazo para o Estado agressor tomar as medidas que lhe competirem a fim de remediar a situação examinada. Encerrado o prazo assinalado, a Comissão IDH decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Será uma faculdade, portanto, da Comissão IDH, e não do indivíduo que teve direitos violados, submeter à Corte IDH o pleito de responsabilização internacional do Estado. Por esse fato, em decorrência da Corte IDH só poder ser acionada pelos Estados e pela Comissão IDH, aduz-se que essa última “exerce a função similar à do Ministério Público brasileiro” (RAMOS, 2017, p. 389), ante o seu poder restringir-se à investigação do fato e à propositura da demanda, não possuindo competência para emitir decisões de cunho jurisdicional. Ratifique-se, desse modo, que a pessoa humana, embora possua o direito irrestrito de petição junto à Comissão IDH, tem a sua atuação limitada junto à Corte IDH, que é o órgão jurisdicional de proteção no sistema interamericano.

Na esfera da Corte IDH, para que esse órgão venha a conhecer qualquer caso envolvendo denegação de justiça ao estrangeiro, é necessário que o indivíduo tenha esgotado os procedimentos previstos no cerne da Comissão IDH. Será de competência da Corte IDH conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que lhe seja submetido, desde que os Estados partes na controvérsia tenham reconhecido ou reconheçam a sua competência³⁴³, por declaração ou convenção especial (CADH, art. 62, 3).

A Corte IDH possui competência contenciosa e consultiva, restando essa última limitada aos Estados membros da OEA e aos órgãos que integram a estrutura da Organização. A competência contenciosa busca resolver os litígios submetidos à sua apreciação enquanto

³⁴³ “O Brasil declarou que reconhece a competência da Corte em 10 de dezembro de 1998, tendo a declaração sido promulgada na ordem interna pelo Decreto presidencial 4.463, de 8 de novembro de 2002. [...] Nos termos da declaração emitida, o Brasil reconheceu a competência da Corte por prazo indeterminado e para todos os casos envolvendo a interpretação e aplicação da Convenção, mas sob a reserva de reciprocidade e apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (BARRETTO, 2013, p. 218).

tribunal, ao passo que a competência consultiva tem por finalidade responder a questionamentos acerca da interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados de direitos humanos que integrem o sistema interamericano de proteção, cabendo a emissão de pareceres sobre a compatibilidade das leis internas dos Estados com os instrumentos normativos mencionados.

No caso de demandas envolvendo o direito do estrangeiro, o procedimento a ser materializado na Corte IDH passa pela verificação da legitimidade de subsunção e dos demais requisitos de admissibilidade, já examinados neste estudo. A pessoa humana, dentro da sua atuação restritiva de *locus standi*, pode apenas se habilitar no processo para apresentar, de forma autônoma, escritos de petições, argumentos e provas, atuando como assistente da Comissão IDH ou como *amicus curiae* (RAMOS, 2017, pp. 396-397). Em todo caso, o processo seguirá o seu curso, assegurando-se as garantias processuais de ampla defesa, contraditório e devido processo legal aos envolvidos.

Como resultado dessa atuação processual, a Corte IDH poderá tomar medidas provisórias que considerar pertinentes, no caso de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas. Em sede de análise de mérito do litígio, se a Corte IDH decidir pelo reconhecimento da violação de direito amparado pelo sistema interamericano de proteção, poderá determinar: que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados; que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos; e que haja o pagamento de indenização justa à parte lesada com o ilícito internacional. Nessa conjuntura, caberá, inclusive, a concessão dessas medidas cumulativamente.

A sentença proferida deverá ser fundamentada, definitiva e inapelável, cabendo apenas em caso de divergência sobre o sentido ou alcance do julgado interpelar a Corte IDH, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da notificação, por meio de pedido da parte, a fim de que o *decisum* possa ser interpretado (CADH, art. 67). Ultrapassado esse momento processual, haverá o trânsito em julgado da sentença, impondo-se ao Estado condenado cumprir a decisão da Corte IDH em todos os seus aspectos³⁴⁴, de maneira que não se mostra facultativo o exercício da submissão estatal ao resultado desse julgamento internacional³⁴⁵.

O momento que o Estado dispõe para analisar, soberanamente, o seu interesse na submissão à norma internacional ocorre quando esse ente político firma o compromisso internacional com a sua assinatura e posterior ratificação, não sendo o momento da condenação

³⁴⁴ CADH, art. 68. 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

³⁴⁵ A parte da sentença que determinar indenização compensatória ao sujeito vitimado poderá ser executada, de acordo com o art. 68, 2 da CADH, no país em que a obrigação deva ser adimplida, seguindo o processo interno utilizado para a execução contra o Estado (Fazenda Pública).

em um tribunal supranacional pela violação de norma internacional pactuada o contexto adequado para se discutir a executividade da medida. Afinal, a sentença internacional não se confunde com a sentença estrangeira, já que não precisa sequer de homologação para gerar efeitos no sistema jurídico interno e é proferida por órgão jurisdicional a que o Estado se submeteu, voluntariamente, por meio de um tratado internacional.

No regime objetivo dos tratados de direitos humanos, a sentença da Corte IDH proferida em desfavor da República Federativa do Brasil que reconheça a existência de denegação de justiça pelo Poder Judiciário brasileiro não precisará ser homologada perante o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer outro órgão jurisdicional para ter efetividade. Trata-se de *decisum* prolatado em processo internacional cuja participação é concedida ao Brasil, em procedimento revestido por todas as garantias processuais contumazes, e que teve como resultado a prolação de uma sentença por tribunal a cuja competência o Estado brasileiro se submeteu, oportunamente, para ter averiguada a sua responsabilidade pelo descumprimento de norma internacional de direitos humanos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as proposituras formuladas neste estudo, pretendeu-se examinar a capacidade de a República Federativa do Brasil responder junto à sociedade internacional, enquanto ente dotado de soberania, por ações ou omissões de órgãos do Poder Judiciário que viessem a afrontar norma de Direito Internacional no exercício típico da função jurisdicional ou gerassem dano ao estrangeiro por meio de um julgamento temerário de ações judiciais. Buscou-se debater as bases jurídicas para a adoção de uma efetiva teoria da responsabilidade internacional do Estado pautada na conduta de agentes nacionais que, no exercício de suas atribuições institucionais, viessem a afetar compromissos supranacionais assumidos livremente pelo Brasil ou praticassem ilícito rechaçado pela normativa internacional.

Apoiando-se em concepções aparentemente antagônicas como a soberania estatal e a responsabilização extraterritorial do Estado, o problema de pesquisa proposto visou desnudar os limites para a atribuição de responsabilidade internacional à República Federativa do Brasil no caso de descumprimento de norma de *jus gentium* dentro do exercício jurisdicional e buscou investigar, nessa moção, quais os ilícitos praticados pelo Estado brasileiro em tais hipóteses e como seria a dinâmica para a imputação de responsabilidade se os julgamentos proferidos em âmbito interno viessem a contrariar, dolosamente, tratado ratificado e em vigor no país ou se o Poder Judiciário não julgasse com base em acordo internacional que deveria conhecer e aplicar, em notória denegação de justiça ao estrangeiro.

A investigação da responsabilidade em questão teve por alicerce um estudo com recorte específico, voltado à análise do instituto no âmbito jurídico, dentro da seara civil, junto a tribunais internacionais permanentes como a Corte Internacional de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência da imputação de ilícito a órgão, ente ou agente que integre a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, em situações nas quais o desempenho da atividade judicial contrariasse norma prevista em tratado internacional ou compromisso estatal equivalente, com expresse demérito ao reconhecimento de direitos ao estrangeiro em razão de sua condição de origem e nacionalidade.

Fora examinada a existência de uma teoria da responsabilidade internacional do Estado no ordenamento jurídico vigente, a qual se vale da observância do ilícito internacional como parâmetro prático para a desaprovação de condutas produzidas por um tribunal interno que implicassem cerceamento de direitos. Nesse íterim, pretendeu-se estruturar, no decorrer da pesquisa, os aspectos fundamentais da teoria em comento, com esteio na utilização dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e dialética de implicação-complementariedade,

além de técnicas de pesquisa voltadas ao processamento de dados bibliográficos e à estruturação de um posicionamento crítico que será destacado nas conclusões que se seguem.

Num primeiro momento, verificou-se que, apesar do estágio de desenvolvimento da sociedade internacional no século XXI e da consagração de novos sujeitos no cenário exterior, o Estado permanece com destaque como o ator internacional por excelência, ainda que a pessoa humana venha ganhando espaço para o desempenho de sua atuação imediato no cenário internacional, como nos casos de acionamento direto de órgãos de proteção a direitos humanos. Nada obstante, a regra é que o Estado centralize no exercício de suas atribuições as competências associadas ao desenvolvimento das relações internacionais e ao ônus advindo da atuação dos povos no exercício de suas funções institucionais típicas.

Com base nesse aporte, pretendeu-se consignar a plena aplicabilidade da teoria da responsabilidade do Estado à conjuntura internacional vigente, por se tratar de um mecanismo de resguardo da licitude nas relações internacionais. Apontou-se, nesse sentir, para a superação do antigo sistema de irresponsabilidade irrestrita do Estado, reinante até a Idade Moderna, em benesse de modelos mais contemporâneos de responsabilização baseados na teoria da culpa, e ainda se sinalizou o avanço da sociedade internacional hodierna, a contar do século XX, em prol da consolidação de uma teoria objetiva da responsabilidade do Estado que consagrasse, embora excepcionalmente, matéria de direitos difusos e coletivos.

A ressignificação de conceitos como o de soberania, até então ortodoxos, servem como indicadores de um cenário internacional em transformação, em que se discute as novas estruturas de poder e o seu exercício por meio de critérios de responsabilização internacional. Nesse panorama, a adoção de uma maior integração política e cultural entre Estados, com implicações que repercutem em fatores como a reestruturação dos arranjos institucionais das soberanias a fim de promover obrigações internacionais previstas em tratados por si celebrados ou valores deles emprestados ao ordenamento nacional é indispensável à manutenção dos corolários da boa-fé e da *pacta sunt servanda*.

A ideia de responsabilidade é, conforme defendido nesta pesquisa, inerente a qualquer modelo jurídico, sob pena de não sendo observada, inviabilizá-lo. Sob esse aspecto, tem-se que a responsabilidade internacional preserva em seu conceito a noção de vínculo jurídico desenvolvido entre o Estado que praticou, comissiva ou omissivamente, a violação de uma norma ou obrigação internacional e a vítima do ilícito, que pode ser um Estado ou o próprio indivíduo, de maneira a desencadear a atribuição de um ilícito internacional a esse sujeito estatal transgressor e a consequente geração de reflexos obrigacionais de cessação do fato ilícito e de reparação do dano ao imputado.

É intrínseco, portanto, a qualquer teoria da responsabilidade o fato de a pessoa a quem é atribuído um ilícito auferir a obrigação de arcar com o encargo dele decorrente, em função do direito correlato do sujeito lesado de ver o seu dano ressarcido. Premissa que, dentre outros desígnios, serve para validar a atribuição e o fato ilícito como elementos suficientes à configuração da responsabilização internacional do Estado, já que o dano, à luz da propositura defendida, trata-se de mera exauriente da infração jurídica praticada, uma vez que tal elemento serve tão-somente como balizador de uma das consequências secundárias da ilicitude, que é a sua reparação.

O marco conceitual para tais ilações estrutura-se em construção teórica apregoadá pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas no início do século XXI, especialmente através de vertente do Projeto sobre Responsabilidade Internacional dos Estados desenvolvido por James Crawford. Embora o texto em questão não tenha alcançado, no sistema jurídico em vigor, a estirpe de tratado internacional em sentido estrito, defende-se que o mesmo pode servir de parâmetro, na qualidade de *soft law*, para a aplicação de seus institutos e conceitos consuetudinários de responsabilidade internacional na conjuntura vigente, por corresponder a um mecanismo genuíno de resguardo da licitude nas relações internacionais.

Sob esse prisma, mais do que simplesmente estratificar a teoria da responsabilidade como um fator característico do sistema jurídico internacional, a teoria defendida busca exteriorizar toda a preocupação da sociedade contemporânea com a efetivação de preceitos de justiça no plano supranacional, precipuamente através do desenvolvimento de uma imputação imparcial de responsabilidade aos Estados e da implementação de um sistema de executoriedade que consagre a responsabilidade como o eixo central da ordem internacional. Sem os quais se mostrariam inócuos os próprios compromissos internacionais assumidos pelos entes políticos.

Nesse sentido, é latente a diferença entre a acepção de responsabilidade internacional do Estado e o ideal de responsabilidade jurídica geral previsto na legislação interna. A responsabilidade internacional apresenta um caráter prioritariamente interestatal, com uma finalidade reparatória de natureza civil, preservando a sua orientação de instituto consuetudinário e o aspecto político-jurídico inerente ao ilícito praticado, bem como resguarda a possibilidade, diante da gravidade do fato, do interesse de reparação não ficar limitado ao Estado vitimado.

A tutela jurisdicional apregoadá no sistema de responsabilização interno não pode ser tida, outrossim, como absoluta ou irrepreensível. É inegável que o jurisdicionado deve ter

direito a um julgamento justo, razoável e amparado na lei, bem como ter resguardado o direito de recorrer à proteção do Direito Internacional nos casos em que houver o descumprimento desses parâmetros. Trata-se de situações em que é possível responsabilizar o Estado, no plano supranacional, por ação ou omissão que seja atribuída a órgão ou agente a ele vinculado e do qual resulte violação a norma ou obrigação internacional em prejuízo, inclusive, do estrangeiro.

Acerca desses atos geradores de responsabilidade, em espécie, destacou-se, neste estudo, todas as situações previstas no Projeto sobre Responsabilidade Internacional dos Estados: o ato de órgão do Estado, o ato *ultra vires* de órgão do Estado, o ato de órgão *de facto* do Estado, o ato de órgão de outro Estado, o ato decorrente de abuso de direito, o ato decorrente de insurreição, o ato reconhecido pelo Estado e o ato de particular. Rol esse que levou à compreensão de que, dentre as condutas estatais passíveis de reflexo na ordem internacional, o ato de órgão do Estado é o de maior eminência na prática jusinternacionalista. Exatamente porque, diferente de sua nomenclatura aparente, esse tipo de conduta fomenta quase a totalidade dos ilícitos internacionais imputáveis ao ente estatal, já que, além dos atos específicos de órgãos do Estado, engloba os atos de entidades e agentes internos no exercício habitual ou não de sua competência (ato *ultra vires*).

Esclareceu-se, nesse contexto, que a atribuição de ilícito ao Estado por atos de órgãos e agentes internos que desconsiderassem em sua atividade laboral os princípios basilares do Direito Internacional ou as obrigações advindas de regramentos internacionalmente pactuados pode configurar a responsabilidade desse sujeito político. Defendeu-se que, para a estruturação de um sistema jurídico eficaz, a nível internacional, faz-se mister o fortalecimento da concepção de responsabilidade a ele inerente – inclusive como engenho de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e das coletividades –, importando rechaçar as argumentações doutrinárias fincadas na impossibilidade dos países perpetrarem injustiças e na temeridade da criação de uma instância superior a do Estado, usadas para afastar a viabilidade da responsabilização internacional.

Num segundo momento desta pesquisa, passou-se a analisar, com base nos parâmetros gerais da teoria da responsabilidade internacional então fincados, a viabilidade da responsabilização do Estado, em âmbito supranacional, por ilícitos praticados pelo Poder Judiciário durante o seu exercício judicante. Elucidou-se, nesse cenário, que a atribuição de ilícito ao Estado por atos de órgãos e agentes internos que desconsideram em sua atividade laboral os princípios basilares do Direito Internacional ou as obrigações advindas de

regramentos internacionalmente pactuados é fato hábil a configurar a responsabilidade internacional desse sujeito político, independentemente de o ato em questão importar dano.

Tomando por base tal consecução, defendeu-se que, para a configuração de um verdadeiro sistema jurídico eficaz a nível internacional, faz-se mister o fortalecimento da concepção de responsabilidade a ele inerente, inclusive como engendro de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Nesse pormenor, foram rechaçadas as argumentações doutrinárias da independência do Poder Judiciário, da impossibilidade da Administração Pública promover injustiças, da criação de uma instância superior ao cenário interno do Estado e da inobservância da coisa julgada enquanto fundamentos pífios em defesa da irresponsabilização por ilícito judicial.

Ficou aclarado sobre a temática que o ato de um tribunal interno, enquanto ato de órgão do Estado, tem a força de imputar responsabilidade internacional à soberania a qual está vinculado e, ainda, que as decisões de tribunais internacionais têm, como regra, apenas o poder de declarar a antijuridicidade internacional daquele ato violador e de instituir uma reparação proporcional e adequada ao sujeito vitimado, e não o poder de reformar o julgado proferido em âmbito interno, tal qual o faz um tribunal de instância superior. Ponderou-se, todavia, que em casos excepcionais alguns órgãos internacionais podem se valer de medidas cautelares com efeitos internos a fim de resguardar o bem jurídico tutelado, não havendo ingerência à soberania do Estado nessas circunstâncias, já que esse item fora objeto prévio de deliberação nacional por meio da assinatura e ratificação de um tratado internacional.

Defendeu-se, assim, a incursão dos atos judiciais dentre as condutas passíveis de responsabilização internacional do Estado, passando a esmiuçar, igualmente, os princípios gerais de tal inculpação. Partiu-se, nesse azo, para a análise dos critérios do tratamento nacional e do mínimo internacional enquanto meandros principiológicos da ilicitude praticada em face do estrangeiro. Desse modo, restou esclarecido, pelo critério do tratamento nacional, que ao estrangeiro não se deve fornecer um tratamento nem em sobra, nem em demérito ao que se dá ao nacional da soberania receptora, ao ponto que, pelo critério do mínimo internacional, tal tratamento deverá pautar-se num *standard* internacional hábil a subsidiar os direitos e as garantias fundamentais desse não-nacional.

Nessa conjuntura, desnudou-se a existência de normas especiais de Direito Internacional, nominadas normas imperativas ou de *jus cogens*, as quais, se violadas, ensejam, por sua estreita proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, toda uma repressão diferenciada por parte da sociedade internacional. São os casos em que há a ampliação da legitimidade para a propositura de uma reclamação internacional; o afastamento das

excludentes de responsabilidade firmadas por ato volitivo do Estado; e, para alguns, a dispensa do pressuposto do esgotamento dos recursos internos para a propositura de um pedido de responsabilização internacional *lato sensu*. Preceitos os quais se mostram plenamente aplicáveis às hipóteses de atos judiciais denegatórios de justiça.

Ao se indicar a base de configuração dos ilícitos judiciais, foram destacados como elementos de sua constituição a transigência das teorias do mínimo internacional e do tratamento nacional pelo sujeito estatal, a inobservância de dever internacional pelo agente agressor imediato e o fato de a atividade ilícita não restar inserida no domínio reservado da jurisdição do Estado infrator.

No que concerne aos atos deflagatórios, em espécie, coube enfatizar o não-cumprimento de sentenças judiciais ou arbitrais internacionais por meio de órgão judicial competente para homologá-las ou executá-las; a existência de ato judicial que mesmo pronunciado de boa-fé e por tribunal competente tenha a sua fundamentação lastreada em lei interna contrária ao Direito Internacional; a ocorrência genérica de responsabilização internacional do Estado por atos administrativos de seus tribunais; as hipóteses de inobservância de tratados e convenções internacionais pelos tribunais locais; e os casos de denegação de justiça, consubstanciados na vedação ao acesso formal ou material do estrangeiro a tribunal interno e a uma decisão justa.

Insero nesse contexto, foram vislumbradas, ainda, certas circunstâncias legais que têm o condão de excluir a ilicitude das condutas estatais *susu* mencionadas. Tratam-se das excludentes de responsabilidade do Estado que, no atinente aos atos judiciais, contemplam tão-somente a aplicabilidade das hipóteses de caso fortuito, força maior e perigo extremo, não sendo aproveitáveis as causas genéricas de exclusão previstas no Projeto sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, correspondentes ao consentimento, à legítima defesa, às contramedidas e ao estado de necessidade, por dependerem, para a consecução do ato, de uma conduta livre e voluntária do Estado infrator, incoadunável com o caráter imperativo das normas de proteção aos direitos essenciais do estrangeiro.

Num terceiro momento desta investigação, a pesquisa fora centrada no estudo da denegação de justiça pelo Poder Judiciário brasileiro em face de direitos instituídos em tratados internacionais protetivos ao estrangeiro. Acabou-se por constatar, nesse ensejo, que a ideia de denegação de justiça está intimamente ligada à vedação do acesso formal ou material dos tribunais do Estado ao estrangeiro, por meio de uma atuação descompromissada para com as garantias judiciais do não-nacional e de um tratamento discriminatório à pessoa humana

pela sua simples condição de origem e nacionalidade, comprometendo toda uma prestação jurisdicional justa e imparcial em âmbito forense.

Buscou-se delinear as razões para esse tratamento discriminatório no Brasil, observando os conceitos gramatical, social e jurídico de estrangeiro, assim como a sua inserção atual e histórica no cenário brasileiro. Verificou-se que o estrangeiro é a pessoa humana que não apresenta a nacionalidade do Estado em que está inserido geograficamente ou cuja referência de nacionalidade não converge, em uma perspectiva normativa, com a concedida aos cidadãos pátrios, razão pela qual, importa observar, de maneira empática, que cada indivíduo, ainda que detentor de nacionalidade, será sempre um forasteiro sob a perspectiva do ordenamento jurídico de outra soberania.

Fora diferenciada, assim, com lastro na Lei nº. 13.445/2017, que o estrangeiro imigrante corresponde àquele que tem por objetivo se estabelecer temporária ou definitivamente no Brasil, ao passo que o estrangeiro visitante corresponde àquele que vem ao território nacional para estadas de curta duração, sem o *animus* de se estabelecer. Essa distinção, esclareceu-se, não pode implicar qualquer diferenciação quanto ao cerceamento de direitos humanos, devendo ser assegurados direitos fundamentais indistintos, na ordem interna, a estrangeiros residentes ou não em solo brasileiro.

Demonstrou-se que a pessoa do estrangeiro e as migrações não são temas distantes da realidade brasileira. Os estrangeiros visitantes estiveram presentes no Brasil, massivamente, nos últimos 5 (cinco) anos, em eventos esportivos de aporte internacional como a Copa das Confederações FIFA (2013), a Copa do Mundo FIFA (2014), os Jogos da XXXI Olimpíadas de Verão (2016) e os Jogos Paralímpicos (2016). Houve também, na última década, um incremento significativo do número de estrangeiros migrantes para o Brasil, em particular os refugiados, ante a crise humanitária vivida na Síria e no Haiti, assim como pelo histórico envio de expatriados da África e a recente crise democrática vivida na América do Sul em países como Venezuela, Bolívia e Paraguai.

A simples condição de pessoa humana, é o que se pugna, traz a premissa ao jurisdicionado, ainda que estrangeiro, de ter observada uma gama de direitos que ultrapassam a mera possibilidade de acionamento do Poder Judiciário. Há direitos consagrados em tratados internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se voltam a tutelar tanto a busca por um tratamento igualitário ao estrangeiro, sem preconceitos ou discriminação em face do nacional, quanto visam resguardar essa sua especial qualidade de sujeito que está sob o manto de outra soberania e que precisa responder ou pleitear uma demanda em um ordenamento jurídico alienígena.

A amplitude dessas garantias se espalham por normas como a Convenção sobre os Estrangeiros; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; a Convenção sobre Asilo Diplomático; a Convenção sobre Asilo Territorial; a Convenção sobre Relações Consulares; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; o Protocolo de San Salvador; e até mesmo por normas brasileiras de índole constitucional ou legal (Lei nº. 13.445/2017), que asseguram direitos ao indivíduo não-nacional.

Com esse aporte, fora utilizada metodologia própria, pautada na estruturação de marcos normativos e empíricos para a escolha de julgados e na utilização de critérios objetivos que viabilizassem uma análise imparcial das decisões selecionadas, a fim de verificar, na prática, se o Poder Judiciário brasileiro se mostra denegatório de justiça à pessoa do estrangeiro e, portanto, se está suscetível à responsabilização internacional. No recorte proposto, foram eleitos o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região como órgãos jurisdicionais representativos da realidade brasileira no trato para com o estrangeiro, firmando-se o período de 01 de junho de 2013 a 01 de outubro de 2017 como razoável para verificar a evolução do comportamento da jurisprudência desses tribunais acerca da matéria.

Para a análise de dados, buscou-se identificar, nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com base em análise quanti-qualitativa, o total de demandas, dentro do marco temporal fixado, que envolviam estrangeiros em ambas as Cortes, a fim de: (a) enumerar quantos desses acórdãos se mostravam denegatórios ao direito do estrangeiro e quantos se inseriam em cada um dos ramos do Direito identificados por categorias como mais recorrentes dentro do universo da denegação de justiça e (b) reconhecer os argumentos políticos, morais e jurídicos trazidos pelos magistrados para essa denegação de justiça ao não-nacional, visando a categorizar temas em que haveria uma maior atuação do Poder Judiciário brasileiro em contraponto a cânones de índole internacional que resguardam o acesso irrestrito e igualitário do estrangeiro à jurisdição.

Dentre os 469 (quatrocentos e sessenta e nove) acórdãos encontrados com base nos critérios metodológicos indicados e com suporte na chave de pesquisa “estrangeiro” no site do Superior Tribunal de Justiça, 230 (duzentos e trinta) continham efetivamente uma parte estrangeira em um dos polos da demanda. Destes, 70 (setenta) acórdãos foram reconhecidos como denegatórios de justiça ao não-nacional. Puderam ser detectados, nesses julgados, 13 (treze) temas centrais em que a Corte Superior tem agido, de maneira reiterada, com

preterimento ao jurisdicionado pela sua simples condição de origem e nacionalidade. Dentro desse total, 78% ou 55 (cinquenta e cinco) acórdãos dentre os listados como denegatórios versavam sobre temas de natureza penal.

Somado a esses números, também existiam demandas denegatórias de justiça no Superior Tribunal de Justiça nas áreas civil – 4 (quatro) acórdãos viciados do total de 12 (doze) julgados; administrativa – 4 (quatro) acórdãos viciados do total de 25 (vinte e cinco) julgados; tributária – 1 (um) acórdão viciado do total de 8 (oito) julgados; e processual – 6 (seis) acórdãos viciados do total de 45 (quarenta e cinco) julgados, as quais foram igualmente comprovadas como excludentes de direitos de estrangeiros previstos em compromissos internacionais firmados pelo Brasil e, portanto, passíveis de ensejar a responsabilização internacional do Estado pelo mau funcionamento do Poder Judiciário.

Por sua vez, dos 422 (quatrocentos e vinte e dois) acórdãos encontrados com base nos critérios metodológicos indicados e com suporte na chave de pesquisa “estrangeiro” no site do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 130 (cento e trinta) continham efetivamente uma parte estrangeira em um dos polos da demanda. Destes, 42 (quarenta e dois) acórdãos foram reconhecidos como denegatórios de justiça ao não-nacional. Puderam ser detectados, nesses julgados, 10 (dez) temas centrais em que a Corte Superior tem agido, de maneira reiterada, com preterimento ao jurisdicionado em razão da sua condição de origem e nacionalidade. Dentro desse total, 81% ou 34 (trinta e quatro) acórdãos dentre os indicados como denegatórios versavam sobre temas de natureza penal.

Ao largo desses números, existiam também demandas denegatórias no Tribunal Regional Federal da 1ª Região nas áreas civil – 1 (um) acórdão viciado do total de 2 (dois) julgados; administrativa – 4 (quatro) acórdãos viciados do total de 36 (trinta e seis) julgados; previdenciária – 1 (um) acórdão viciado do total de 4 (quatro) julgados; e processual – 2 (dois) acórdãos viciados do total de 8 (oito) julgados, as quais foram igualmente comprovadas como excludentes aos direitos do estrangeiro contemplados em compromissos internacionais firmados pelo Brasil e, portanto, passíveis de ensejar a responsabilização internacional do Estado por cerceamento de justiça protagonizado pelo Poder Judiciário.

Num quarto momento deste estudo, foram trazidas, pontualmente, as hipóteses denegatórias de justiça ao estrangeiro no Poder Judiciário brasileiro, valendo-se da pesquisa iniciada no capítulo anterior. Procurou-se fazer uma análise qualitativa da denegação de justiça ao estrangeiro no sistema jurídico brasileiro por meio do estudo das hipóteses de cerceamento expresso a esse grupamento populacional encontradas no universo dos 230 (duzentos e trinta) acórdãos pesquisados no Superior Tribunal de Justiça e dos 130 (cento e

trinta) acórdãos pesquisados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que o não-nacional é parte no litígio.

As razões dessa investigação se fundamentaram na existência de aproximadamente 1/3 (um terço) dos acórdãos proferidos em ambos os tribunais que acabaram por se configurar como denegatórios ao estrangeiro, representando um quantitativo significativo do universo de julgados exarados no país. Desse modo, para a análise intentada, foram identificadas as hipóteses denegatórias ao estrangeiro na jurisprudência passíveis de configurar um ilícito internacional e, conseqüentemente, a responsabilização supranacional da República Federativa do Brasil por julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região cujas inferências denegatórias contenham parte estrangeira.

No cerne do Superior Tribunal de Justiça foram encontradas hipóteses denegatórias como: a inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso; a decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo simples fato de não manter vínculo com o país ou ter residência fixa; a impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro; a impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade; a vedação à progressão de regime ao estrangeiro em processo de expulsão; e a impossibilidade de reconhecimento de atenuante genérica ao estrangeiro pelo desconhecimento de legislação penal específica.

Além das circunstâncias de natureza penal, ainda foram consideradas como hipóteses denegatórias ao estrangeiro nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: o não reconhecimento de guarda ao estrangeiro com a configuração de sequestro internacional de criança; a validação de expulsão de estrangeiro com filho menor brasileiro; a vedação de trabalho ao estrangeiro; a quebra da igualdade tributária prevista no GATT em desfavor do estrangeiro; a citação de estrangeiro por edital válida em processo brasileiro e citação a brasileiro feita em processo estrangeiro obrigatoriamente por carta rogatória; o pagamento de caução pelo estrangeiro para acesso à justiça; e o não reexame de prova em solicitação de visto de permanência.

Para os acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foram encontradas algumas hipóteses denegatórias ao não-nacional compatíveis com as contidas nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, o que sinaliza, de maneira clara, a existência de uma atuação sistêmica do Poder Judiciário brasileiro em perpetrar, inclusive nas alçadas inferiores, entendimentos contrários à observância de tratados internacionais protetivos ao estrangeiro. Tratam-se de casos como: a inobservância do direito a assistência consular ao estrangeiro preso; a decretação ou manutenção de prisão preventiva ao estrangeiro pelo simples fato de

não manter vínculo com o país ou ter residência fixa; a impossibilidade de substituição de prisão preventiva por medida alternativa em razão de o réu ser estrangeiro; a impossibilidade de o estrangeiro recorrer em liberdade; e a fixação arbitrária do regime de cumprimento de pena ao estrangeiro e a vedação à progressão de regime.

Outras hipóteses denegatórias de direitos ao estrangeiro identificadas na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foram: a ausência de nomeação de intérprete na língua do estrangeiro preso; a criminalização do pedido de refúgio; a denegação da concessão de nacionalidade brasileira; a ausência de cômputo do tempo de serviço no estrangeiro para fins de aposentadoria; e a inobservância consciente de norma internacional, a qual traz uma gravidade ainda maior em relação às hipóteses anteriormente elencadas por mostrar que nem sempre é o desconhecimento da norma de *jus gentium* que impede ao magistrado a sua melhor aplicação.

Num último momento desta obra, procurou-se abordar as consequências jurídicas da responsabilização estatal por ilícitos judiciais e os procedimentos internacionais para a sua atribuição à República Federativa do Brasil. Nesse aspecto, esclareceu-se que as sanções internacionais por atos antijurídicos de tribunais internos podem ser resumidos como: o dever de continuar cumprindo a obrigação originária; as obrigações de cessação e de não repetição do ato ilícito; e a efetuação de uma reparação justa, completa e de ordem eminentemente civil. Para a hipótese de reparação, restou abalizado que ela ocorrerá, em regra, mediante a restituição integral do ilícito a seu quadro anterior de licitude ou, ainda, de modo subsidiário, pelos institutos da indenização e da satisfação. Tudo cumulado com a incidência de juros moratórios desde a data em que a obrigação deveria ter sido adimplida até o efetivo pagamento pelo Estado agressor.

Consoante aos mecanismos supranacionais para a atribuição de responsabilidade ao Estado no cenário internacional, foi desmistificado que somente o país do sujeito violentado teria legitimidade para o acionamento da jurisdição internacional. Explicou-se, nesse corolário, que vigem dois regimes jurídicos com poder para disciplinar a questão: o regime geral e o regime objetivo dos tratados de direitos humanos. O primeiro tem por aporte a teoria tradicional e envolve as relações Estado-Estado, em que a violação da obrigação internacional se dá em relação a uma obrigação assumida perante outro Estado ou relativa a interesse deste, e o segundo envolve relações Estado-indivíduo e a violação de uma obrigação assumida perante toda a sociedade internacional.

Dentro do regime geral de responsabilidade internacional, preconizado pela Corte Internacional de Justiça, o Estado surge como o protagonista das relações jurídicas

desenvolvidas. Para esse regime, em razão da ausência da atuação de um poder central na sociedade internacional, caberia ao Estado agir, em nome do seu nacional, para reivindicar as obrigações de cessar o fato ilícito e de reparar os prejuízos causados junto ao Estado infrator, se este não o fizer voluntariamente. A teor do modelo exposto, essas ações de reivindicação ostentariam natureza instrumental, na medida em que a sua função primordial seria compelir o Estado agressor a adimplir suas obrigações secundárias de cessação do ato ilícito e de reparação do dano causado.

Dentro do regime objetivo dos tratados de direitos humanos, preconizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a óptica conceitual da responsabilidade internacional se volta a tutelar o direito contido nos compromissos internacionais que asseguram direitos humanos. Essa espécie de ordenação pressupõe a existência de relações Estado-indivíduo no cenário jurídico internacional e advém da violação de obrigações assumidas por um ente soberano perante toda a sociedade das nações. Trata-se, em essência, de ampliar a legitimidade internacional para novos sujeitos que outrora eram desconsiderados no regime geral, com a fixação de consequências reparatorias distintas para o Estado e o indivíduo.

Cabe elucidar, ademais, que, segundo o Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, os mecanismos internacionais para a atribuição de responsabilidade ao Estado podem não ficar restritos ao país do sujeito violentado. Em se tratando de normas de *jus cogens*, se o fato ilícito trouxer repercussões para um grupo de países ou para a sociedade internacional como um todo, a responsabilidade do ente agressor poderá ser suscitada por um terceiro Estado, o que, de outra face, não implicará na derrogação da primazia do Estado vitimado em exercer o seu direito de reclamação internacional.

A aplicação da responsabilidade internacional ao Estado brasileiro, frise-se, não precisa ser dada obrigatoriamente pela via judicial. Se esta for, no entanto, a opção eleita pela vítima do ilícito, deverão ser observados os critérios da competência do tribunal internacional, da tempestividade do pleito, do interesse jurídico na demanda, da personalidade jurídica do reclamante, da nacionalidade do requerente mediato e da exaustão das vias de recurso internas, enquanto critérios de admissibilidade da reclamação internacional. No mais, nesses casos de ilícitos praticados em face do estrangeiro, é possível que a reclamação do não-nacional seja tomada por seu Estado de origem, através do instituto da proteção diplomática, desde que obedecidos os requisitos da nacionalidade contínua e efetiva, do esgotamento dos recursos internos e não tenha havido qualquer renúncia a direito disponível pelo particular.

Nesse cenário, é possível perceber que a responsabilidade internacional, mais que mera abstração ou um conceito intangível, é instrumento hábil a proteger o jurisdicionado que foi alvo de denegação de justiça em qualquer demanda submetida ao Poder Judiciário na qual houve um tratamento discriminatório. É indiferente, para esse contexto, que o julgamento denegatório tenha se dado em decorrência do desconhecimento técnico da norma pelo magistrado ou de outra questão pontual que inviabilize ao estrangeiro ter melhor sorte no resguardo processual das suas garantias enquanto pessoa humana. Será, em todo caso, um mecanismo supranacional para restaurar a dignidade de um sujeito que, por vezes, parece ter seus direitos obscurecidos pelo Estado receptor.

As normas internacionais, afinal, não podem ser associadas a regras com importância secundária no ordenamento jurídico interno ou com eficácia limitada na praxe estatal, em especial aquelas que trazem garantias judiciais ao indivíduo. Mesmo porque, não obstante a peculiaridade da fonte de sua criação, tais normas se tratam de compromissos voluntariamente assumidos pelo Estado nacional, que perpassam por uma gama de atos complexos de exercício de soberania para a sua exigibilidade, os quais ultrapassam a chancela dos diversos Poderes da República e não podem ser incumpridos exatamente por quem tem o dever legal de protegê-las.

Os magistrados não podem, sob nenhuma hipótese, deixar de aplicar os compromissos internacionais ratificados pelo Brasil. Menos ainda voluntariamente. Em havendo essa situação, deverá ser propiciada, ao lado da imputação de responsabilidade internacional ao Estado brasileiro, a adoção de mecanismos internos de responsabilização *intuito personae* do juiz togado, a serem instituídos pelas corregedorias dos tribunais a que aquele magistrado pertence ou pelo Conselho Nacional de Justiça, sem qualquer prejuízo ou embaraço à mecânica da responsabilização internacional da República Federativa do Brasil junto aos tribunais supranacionais pela denegação de justiça ao estrangeiro.

É grave, portanto, o reiterado desconhecimento da norma internacional pelo Poder Judiciário brasileiro, amplamente demonstrado nos julgados reunidos no curso desta pesquisa. A verdade é que, ainda nos casos em que ao estrangeiro não é denegada justiça, propriamente, os tribunais pátrios não tem fundamentado as suas decisões em tratados internacionais protetivos à pessoa humana, mas sim em norma interna de cunho legal ou constitucional. Tal distanciamento pode vir a ser solvido, em parte, com uma melhor qualificação dos julgadores, assessores e do corpo de servidores públicos a respeito de temas que se voltem ao conhecimento do Direito Internacional, por meio da implementação de cursos de capacitação obrigatórios sobre essa temática e com a adoção de uma postura inclusiva em prol do

tratamento igualitário do estrangeiro, afastando-o de ser considerado como um ser estranho, indigno de tutela jurídica ou como um criminoso.

A postura de cordialidade tão reconhecida internacionalmente ao nativo brasileiro não se pode transformar em preconceito institucionalizado à pessoa estrangeira, transformando-a, em 40% dos casos em que o não-nacional é parte em um processo no Superior Tribunal de Justiça e em 45% dos casos em que é julgado no Tribunal Federal da 1ª Região, em um fora da lei, sem direito a qualquer garantia instituída em tratados internacionais de direitos humanos na persecução penal. Negar a esse conjunto populacional, quer migrante ou visitante, o acesso à justiça é o mesmo que reconhecer a falta de políticas judiciais do Estado brasileiro para com o trato de vulneráveis, o que repercute em um verdadeiro acinte aos preceitos da igualdade material e da paridade de armas no decurso dos processos aos cuidados do Poder Judiciário nacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

AGO, Roberto. Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados. In: _____. **Anuario de la Comisión de Derecho Internacional**. La Haya: CDI, 1972, vol. II.

_____. **Yearbooks of the International Law Commission**. The Hague: ILC, 1969, v. 2.

_____. **Yearbooks of the International Law Commission**. The Hague: ILC, 1970, v. 2.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Tendências globais sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR**, 2017. Disponível em <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em 9 nov 2017.

AMADOR, F. V. García. International responsibility. Second report. In: _____. **Yearbook of the International Law Commission**. The Hague: CDI, 1957, vol. II.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito Internacional Privado**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2003.

ANZILOTTI, Dionisio. **Teoria generale dela responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale**. Florence: Lumache, 1902.

APÓS 13 anos, Brasil retira tropas do Haiti. **Jornal do Brasil**. Agência ANSA, 28 ago 2017. Disponível em <<http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2017/08/28/apos-13-anos-brasil-retira-tropas-do-haiti/>>. Acesso em 30 ago 2017.

ARANA, Josyler; e CACHPUZ, Rozane da Rosa (coord.). **Direito Internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARANTES NETO, Adelino. **Responsabilidade do Estado no Direito internacional e na OMC**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANCO MUNDIAL. **Documento técnico número 319: elementos para reforma**. Washington, EUA: Banco Mundial, 1996.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2009.

BARRETO, Eduardo. Tropas brasileiras deixarão missão de paz no Haiti até 15 de outubro. **Jornal O Globo**, Brasília, 15 out 2017. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/tropas-brasileiras-deixarao-missao-de-paz-no-haiti-ate-15-de-outubro-21135325>>. Acesso em 21 nov 2017.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Vinculação de Estado-membro pelo Direito Internacional: reflexões acerca do cumprimento de recomendações oriundas da Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA. In: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Direito Internacional na Constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Editor Jorge Zahar, 1999.

BIERRENBACH, Ana Maria. **O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOECKEL, Cristina. Rio recebeu 1,17 milhão de turistas na Olimpíada; 410 mil são do exterior. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 23 ago 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/olimpiadas/rio2016/noticia/2016/08/prefeitura-faz-balanco-da-olimpiada-e-paes-diz-que-o-rio-calou-criticos.html>>. Acesso em 24 ago 2017.

BORIES, Clémentine. The Hague Conference of 1930. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The law of international responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BRASIL prorroga por dois anos emissão de vistos especiais para refugiados sírios. **Portal Brasil**, 21 set 2015. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/09/brasil-prorroga-por-dois-anos-emissao-de-vistos-especiais-para-refugiados-sirios>>. Acesso em 24 ago 2017.

BRASIL. Comitê Nacional para os Refugiados. **Resolução Normativa n. 17**, de 20 de setembro de 2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Breve histórico da Justiça Federal**. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/atlas/hist.htm>>. Acesso em 10 ago 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 126**, de 13 de novembro de 2012. Brasília: 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Casa Civil, 1988.

_____. **Decreto n. 1.570**, de 13 de setembro de 1937. Promulga a Convenção sobre os Direitos e Deveres do Estado, assinada em Montevideu, em 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferência Internacional Americana. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1937.

_____. **Decreto n. 18.956**, de 22 de outubro de 1929. Promulga a Convenção de Havana sobre os Estrangeiros. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1929.

_____. **Decreto n. 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1945.

_____. **Decreto n. 21.798**, de 6 de setembro de 1932. Promulga a Convenção da Haia concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade, de 12 de abril de 1930. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1932.

_____. **Decreto n. 3.321**, de 31 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", assinado em San Salvador, em 17 de novembro de 1988. Brasília: Casa Civil, 1999.

_____. **Decreto n. 3.413**, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília: Casa Civil, 2000.

_____. **Decreto n. 4.246**, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 28 de setembro de 1954. Brasília: Casa Civil, 2002.

_____. **Decreto n. 42.628**, de 13 de novembro de 1957. Promulga a 1ª Convenção sobre Asilo Diplomático, assinada em Caracas, em 28 de março de 1954. Brasília: Casa Civil, 1957.

_____. **Decreto n. 50.215**, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília: Casa Civil, 1961.

_____. **Decreto n. 55.929**, de 19 de abril de 1965. Promulga a Convenção sobre Asilo Territorial de 1954. Brasília: Casa Civil, 1965.

_____. **Decreto n. 56.435**, de 8 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. Brasília: Casa Civil, 1965.

_____. **Decreto n. 591**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Brasília: Casa Civil, 1992.

_____. **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966. Brasília: Casa Civil, 1992.

_____. **Decreto n. 61.078**, de 26 de julho de 1967. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Brasília: Casa Civil, 1967.

_____. **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Casa Civil, 1992.

_____. **Decreto n. 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília: Casa Civil, 2009.

_____. **Decreto n. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Casa Civil, 2009.

_____. **Decreto-lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Casa Civil, 1941.

_____. **Lei n. 13.445**, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Brasília: Casa Civil, 2017.

_____. **Lei n. 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília: Casa Civil, 1980.

_____. MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947 - Mdic. Disponível em: <www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1197486062.doc>. Acesso em: 12.11.2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Secretaria de Segurança Pública. Refúgio em Números. 2016/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1410074/CE**. Relatora Min. Regina Helena Costa. Primeira Turma, julgado em 13/09/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1562697/SE**. Relatora Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma, julgado em 19/09/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em AResp n. 451319/SP**. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 04/08/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em AResp n. 845931/SP**. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma, julgado em 08/03/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 285969/SP**. Relatora Min. Laurita Vaz. Quinta Turma, julgado em 18/06/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 321157/SP**. Relator Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma, julgado em 05/04/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1403846 /SP**. Relatora Min. Regina Helena Costa. Primeira Turma, julgado em 19/12/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1545697/SC**. Relatora Des. Diva Malerbi (conv. TRF3). Segunda Turma, julgado em 10/03/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 248441/SP**. Relatora Min. Assusete Magalhães. Sexta Turma, julgado em 06/08/2013.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 262597/SP**. Relatora Min. Assusete Magalhães. Sexta Turma, julgado em 22/10/2013.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 269859/SP**. Relator Min. Ari Pargendler. Primeira Seção, julgado em 12/02/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 289637/DF**. Relator Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção, julgado em 11/06/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 292527/SP**. Relatora Min. Assusete Magalhães. Primeira Seção, julgado em 10/09/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 293634/DF**. Relator Min. Sérgio Kukina. Primeira Seção, julgado em 22/10/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 295458/SP**. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 23/08/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 299630/SP**. Relator Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma, julgado em 11/11/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 301498/SP**. Relator Min. Og Fernandes. Primeira Seção, julgado em 09/08/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 304112/DF**. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção, julgado em 14/10/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 309825/SP**. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 05/03/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 331750/SP**. Relator Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma, julgado em 17/11/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 333902/DF**. Relator Min. Humberto Martins. Primeira Seção, julgado em 14/10/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 345726/SP**. Relator Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma, julgado em 12/04/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 362085/SP**. Relator Min. Felix Fischer. Quinta Turma, julgado em 13/12/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Mandado de Segurança n. 8883/DF**. Relator Min. Nefi Cordeiro. Terceira Turma, julgado em 12/08/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 39580/DF**. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma, julgado em 29/08/2013.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 47778/SC**. Relator Des. Ericson Maranhão (conv. TJ/SP). Sexta Turma, julgado em 04/02/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 50326/CE**. Relator Min. Felix Fischer. Quinta Turma, julgado em 23/09/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 55019/SP.** Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 10/12/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 59385/PR.** Relator Min. Gurgel de Faria. Quinta Turma, julgado em 24/11/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 61664/RJ.** Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 05/11/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 66778/SP.** Relator Des. Conv. Ericson Maranhão (TJ/SP). Sexta Turma, julgado em 23/02/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 70080/AC.** Relator Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma, julgado em 07/06/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 73258/SP.** Relator Min. Jorge Mussi. Quinta Turma, julgado em 09/08/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 76458/DF.** Relator Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma, julgado em 13/12/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus nº 79918/SP.** Relator Min. Jorge Mussi. Quinta Turma, julgado em 16/02/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 80613/RS.** Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, julgado em 14/03/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus n. 81897/SP.** Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 28/03/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1214408/RJ.** Relator Min. Sérgio Kukina. Primeira Turma, julgado em 23/06/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1225854/RS.** Relator Min. Marco Buzzi. Quarta Turma, julgado em 25/10/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1286878/SP.** Relator Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 21/06/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1390173/RJ.** Relatora Juíza Federal Marga Tessler (conv. TRF 4). Primeira Turma, julgado em 15/09/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 14059/SP.** Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Quinta Turma, julgado em 18/08/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1449560/RJ.** Relator Min. Marco Buzzi. Quarta Turma, julgado em 19/08/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1479051/RJ.** Relator Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Terceira Turma, julgado em 26/05/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1513436/RS**. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 01/12/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 1989.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença Estrangeira Contestada n. 10380/EX**. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Corte Especial, julgado em 18/03/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença Estrangeira Contestada n. 13332/EX**. Relator Min. Benedito Gonçalves. Corte Especial, julgado em 04/05/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença Estrangeira Contestada n. 7331/EX**. Relator Min. Humberto Martins. Corte Especial, julgado em 02/10/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 94016 MC/SP**. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 7/4/2008.

_____. TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. **Resolução n. 1**, de 6 de outubro de 1988.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Civil n. 0019512-84.2012.4.01.3200/AM**. Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian. Sexta Turma, julgado em 05/10/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Civil n. 0024007-54.2011.4.01.3800/MG**. Relator Des. Federal Kassio Nunes Marques. Sexta Turma, julgado em 17/08/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Civil n. 0053775-90.2013.4.01.3400/DF**. Relator Des. Federal Néviton Guedes. Quinta Turma, julgado em 04/03/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Civil n. 2006.38.10.005567-3/MG**. Relator Des. Federal Hermes Gomes Filho. 2ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, julgado em 24/10/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Civil n. 2007.38.02.003447-6/MG**. Relatora Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva. Segunda Turma, julgado em 24/07/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0000766-87.2011.4.01.3400/DF**. Relator Des. Federal Hilton Queiroz. Quarta Turma, julgado em 07/05/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0003730-62.2011.4.01.3300/BA**. Relatora Des. Federal Monica Sifuentes. Terceira Turma, julgado em 12/08/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0003833-26.2012.4.01.3400/DF**. Relator Des. Federal Candido Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 23/07/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0003961-43.2016.4.01.3000/AC**. Relator Des. Federal Ney Bello. Terceira Turma, julgado em 08/08/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0004393-85.2015.4.01.4200/RR**. Relator Des. Federal Ney Bello. Terceira Turma, julgado em 21/03/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0005632-72.2011.4.01.4101/RO**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 08/09/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0006800-91.2010.4.01.3601/MT**. Relator Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes. Quarta Turma, julgado em 08/10/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0028375-15.2015.4.01.3300/BA**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quinta Turma, julgado em 30/05/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0042230-03.2011.4.01.3300/BA**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 07/10/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 0043825-89.2011.4.01.3800/MG**. Relator Des. Federal Candido Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 08/10/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 2009.38.00.021897-6/MG**. Relatora Des. Federal Monica Sifuentes. Terceira Turma, julgado em 12/08/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 2009.41.00.002361-6/RO**. Relatora Des. Federal Monica Sifuentes. Terceira Turma, julgado em 25/08/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação Criminal n. 2009.41.01.003823-0/RO**. Relatora Des. Federal Monica Sifuentes. Terceira Turma, julgado em 20/05/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.34.00.024288-0/DF**. Relator Des. Federal Néviton Guedes. Quinta Turma, julgado em 15/04/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação em Mandado de Segurança n. 2008.36.02.001275-4/MT**. Relator Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (conv.). Segunda Turma, julgado em 17/09/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 0007789-66.2011.4.01.3600/MT**. Relator Des. Federal Candido Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 02/07/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2010.36.00.003205-6/MT**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Segunda Turma, julgado em 22/01/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0000035-67.2015.4.01.0000/MG**. Relator Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes. Quarta Turma, julgado em 02/06/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0020761-28.2016.4.01.0000/BA**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 07/06/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0021038-44.2016.4.01.0000/AC**. Relatora Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (conv.). Terceira Turma, julgado em 24/05/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0022698-10.2015.4.01.0000/AM**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 22/06/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0025723-94.2016.4.01.0000/MT**. Relatora Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva. Quarta Turma, julgado em 21/06/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0034346-16.2017.4.01.0000/MT**. Relator Des. Federal Candido Ribeiro. Quarta Turma, julgado em 15/08/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0034817-71.2013.4.01.0000/RO**. Relatora Des. Federal Monica Sifuentes. Terceira Turma, julgado em 23/07/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0035799-17.2015.4.01.0000/AP**. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 06/10/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0035928-51.2017.4.01.0000/RO**. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 20/09/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0041549-97.2015.4.01.0000/MT**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 02/08/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0048674-53.2014.4.01.0000/AM**. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 30/09/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0052687-61.2015.4.01.0000/MG**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 17/11/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0052816-03.2014.4.01.0000/AM**. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 21/10/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0053780-25.2016.4.01.0000/RO**. Relator Des. Federal Ney Bello. Terceira Turma, julgado em 09/11/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0056278-65.2014.4.01.0000/RO**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 17/11/2014.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0056856-57.2016.4.01.0000/RO**. Relator Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (conv.). Quarta Turma, julgado em 22/11/2016.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0062981-12.2014.4.01.0000/AM**. Relator Des. Federal Ney Bello. Terceira Turma, julgado em 20/05/2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Habeas Corpus n. 0067879-97.2016.4.01.0000/DF**. Relator Des. Federal Ney Bello. Terceira Turma, julgado em 31/01/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito n. 0001119-69.2016.4.01.3201/AM**. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 14/03/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito n. 0041867-40.2016.4.01.3300/BA**. Relator Des. Federal Olindo Menezes. Quarta Turma, julgado em 08/08/2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito n. 0044010-23.2012.4.01.3500/GO**. Relator Des. Federal Candido Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 24/09/2013.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito n. 0073382-84.2016.4.01.3400/DF**. Relator Des. Federal Néviton Guedes. Quarta Turma, julgado em 21/08/2017.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução: Maria Manuela Farrajota *et al.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

CAMPAGNOLO, Umberto; KELSEN, Hans. **Direito Internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional pós-moderno**. Porto Alegre: Quartier Latin, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em 24 ago 2017.

CONSELHO de Segurança da ONU aprova encerramento de missão de paz no Haiti. **G1**, 13/04/2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/conselho-de-seguranca-da-onu-aprova-encerramento-de-missao-de-paz-no-haiti.ghtml>>. Acesso em 24 ago 2017.

CRAWFORD, James. **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**: introduction, text and commentaries. New York: Cambridge University Press, 2003.

_____. The system of international responsibility. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The law of international responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DE VATTEL, Emerich. **O direito das gentes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Márcio P. P. Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

GONÇALVES, Eduardo Rodrigues *et al.* **Legislação internacional comentada**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

HARTMANN, Érica de Oliveira; BORGES, Guilherme Roman; DE ARAÚJO, Jorge Alberto Araújo. Tráfico internacional de entorpecentes: o fluxo no maior aeroporto internacional do Brasil – Aeroporto de Guarulhos. **Instituto de Filosofia do Direito e Direitos Humanos**. Curitiba/PR, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito Internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KOSHIBA, Luiz. **História: origens, estruturas e processos**. São Paulo: Atual, 2000.

KRAKOVICS, Fernanda; FARIELLO, Danilo; FIGUEIREDO, Janaina. Paraguai será afastado do Mercosul e da Unasul até eleições presidenciais em 2013. **Jornal O Globo**, Brasília, Assunção e Caracas, 09 nov 2017. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/mundo/paraguai-sera-afastado-do-mercosul-da-unasul-ate-eleicoes-presidenciais-em-2013-5301933>>. Acesso em 24 nov 2017.

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LAITHIER, Lucie. Private Codificationan Efforts. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The law of international responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MANGE, Flávia Foz. Aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras pelos tribunais brasileiros. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. vol. 2, n. 1, jan/jun. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vols. I e II.

_____. **Responsabilidade internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 25 n. 97 jan./mar. 1988.

NÚMERO de turistas estrangeiros da Copa supera expectativa do governo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 jul 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/07/1484790-numero-de-turistas-estrangeiros-da-copa-supera-expectativa-do-governo.shtml>>. Acesso em 24 ago 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

_____. **Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados**. Tradução: SALIBA, Aziz Tuffi. 2001. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>>. Acesso em 10/10/2016.

_____. **Resolução n. 1.686**. 1961.

_____. **Resolução n. 174**. 1947.

_____. **Resolução n. 58/63**. 2001.

_____. **Resolução n. 799**. 1954.

_____. **Statute of the International Law Commission**. 1947.

_____. **The work of the International Law Commission**. 5 ed. New York, 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **DS472: Brazil – certain measures concerning taxation and charges**. 28 set. 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Alguns conceitos que poderiam melhorar o mundo caso fossem reavaliados. In: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Direito Internacional na Constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PALLET, Alain. The definition of responsibility in International Law. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The law of international responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Luís Cezar Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000.

PINHEIRO, Silvia Marina. **Responsabilidade internacional dos Estados na OMC**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

POR QUE há uma guerra na Síria: 10 perguntas para entender o Conflito. **BBC Brasil**. 7 abr 2017. Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37472074>>. Acesso em 24 ago 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 7 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos. **Revista do CEJ**, Brasília, n. 29, p.53-63, abr/jun 2005.

_____. Direitos humanos e responsabilidade internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade; PEREIRA, Antônio Alves Celso (orgs.). **Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Rossana Barros Pinheiro. A globalização como fator intensificador de integração supranacional: impactos no Estado do Maranhão. In: RAMOS, Edith Maria Barbosa; SENA, Jaqueline Prazeres de (orgs.). **Direito Internacional em perspectiva**: estudos em homenagem à professora Maria Eugênia Serra Costa Aguiar. São Luís: EDUFMA, 2015.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 9 ed. São Paulo: RT, 2010.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Legislação de Direito Internacional**. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

SILVA, Artenira da Silva e; MADEIRA, João Bruno Farias. O sequestro internacional de crianças e a proteção aos interesses do menor: a integração da criança a novo meio como exceção à aplicação da Convenção da Haia de 1980. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba. v. 2. n. 2. Jul/Dez. 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SLOBODA, Pedro. A Responsabilidade internacional do Estado não depende de dano. **Jus Gentium**, 12 set 2017. Disponível em < <https://jusgentium.com.br/2017/09/12/a-responsabilidade-internacional-do-estado-nao-depender-de-dano/>>. Acesso em 17 set 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STRENGER, Irineu. **Direito processual internacional**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Responsabilidade civil no direito interno e internacional**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Manual de Direito Internacional Público**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York, London; New York University, 1995.

TIBURCIO, Carmem. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. In: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Direito Internacional na Constituição**: estudos em homenagem a Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOKARNIA, Mariana. Brasil é o segundo país que mais recebe refugiados venezuelanos, diz Acnur. **Agência Brasil**. Brasília, 18/ jul 2017. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-07/brasil-e-o-segundo-pais-que-mais-recebe-refugiados-venezuelanos-diz>>. Acesso em 24 ago 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A determinação do surgimento da responsabilidade internacional. **Revista da Faculdade de Direito**. n. 19-20. Belo Horizonte: UFMG, 1978.

_____. A incorporação das normas de direitos humanos no direito brasileiro. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.). **A incorporação das normas de Direitos Humanos no Direito brasileiro**. Brasília: IIDH, 1996.

_____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados. **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antônio Alves Celso. **Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELASCO, Clara; MANTOVANI, Flávia. Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF. **G1 Mundo**. São Paulo. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em 10/10/2016.

ZEMUMER, Adiloar Franco. Breve (re)leitura da Corte Interamericana de Direitos Humanos no limiar do século XXI. In: ARANA, Josycler; e CACHPUZ, Rozane da Rosa (coord.).

Direito Internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos. Curitiba: Juruá, 2007.

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Madeira, João Bruno Farias.

O Poder Judiciário e a responsabilidade internacional : uma interface entre a denegação de justiça ao estrangeiro e a sujeição do Estado brasileiro à jurisdição supranacional / João Bruno Farias Madeira. - 2018.

273 f.

Orientador(a): Mônica Teresa Costa Sousa.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Denegação de justiça. 2. Estado. 3. Estrangeiro. 4. Poder Judiciário. 5. Responsabilidade internacional.

I. Sousa, Mônica Teresa Costa. II. Título.