

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO AMAURY VASCONCELOS

SOBERANIA BRASILEIRA NO ÂMBITO DE SUA ZONA ECONÔMICA
EXCLUSIVA (ZEE): O CASO SOUTHERN STAR 136

NATAL/RN
2014

RICARDO AMAURY VASCONCELOS

**SOBERANIA BRASILEIRA NO ÂMBITO DE SUA ZONA ECONÔMICA
EXCLUSIVA (ZEE): O CASO SOUTHERN STAR 136**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte como requisito final
para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Ms. Paulo Renato
Guedes Bezerra.

NATAL/RN
2014

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Vasconcelos, Ricardo Amaury.

Soberania brasileira no âmbito de sua zona econômica exclusiva (ZEE) : o caso Southern Star 136. / Ricardo Amaury Vasconcelos. – Natal, 2014.
81 f.

Orientador: Prof^o. Me. Paulo Renato Bezerra.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito – Soberania Econômica - Monografia. 2. Zona Econômica Exclusiva - Monografia. 3. Southern Star 136 - Monografia. I. Bezerra, Paulo Renato. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 34:33(81)

BIBLIOTECA UNI-RN

347.7 V331s - RB: 37624 (M002166)

Título: Soberania brasileira no âmbito de sua ...

Autoria: Vasconcelos, Ricardo Amaury
2014, ex. 1

RICARDO AMAURY VASCONCELOS

**SOBERANIA BRASILEIRA NO ÂMBITO DE SUA ZONA ECONÔMICA
EXCLUSIVA (ZEE): O CASO SOUTHERN STAR 136**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito do
Centro Universitário do Rio Grande do
Norte como requisito final para obtenção
do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 26/05/2014

BANCA EXAMINADORA

Prof.Ms. Paulo Renato Guedes Bezerra
Orientador

Prof. Dr. Marcus Vinicius Fernandes Andrade da Silva
Membro

Prof. Dr. Antônio Vaz Pereira do Rego Neto
Membro

Ao mar, de tantos encantos e insondáveis enigmas, cuja voz tanto acalanta as noites dos navegantes quanto fere o coração de quem, sem escolha, entregou aos seus abraços sem sonhos a própria vida em forma de sentimento, na pessoa de pais, irmãos, esposos e filhos. Ao mar, que acaricia a alma silente daquele que se extasia diante da beleza de suas areias enlazaradas e enche de prazer barulhento as horas de lazer dos que buscam renovar-se em suas ondas que vão e vêm, numa dança cíclica que nunca termina. A esse mar, ao mesmo tempo perigo e salvação, morte e vida, começo e fim, por encher de magia os dias de quem ousa sonhar com um tempo em que todos, igualmente, possam nutrir-se e suprir-se desse universo líquido com o qual Deus presenteou a humanidade.

AGRADECIMENTOS

Nada se constrói sozinho, e a consciência de que este trabalho, que ora apresento à comunidade acadêmica, é resultado das ações, únicas e/ou continuadas, recentes e/ou antigas, de um conjunto de pessoas que o acaso permitiu que partilhassem comigo parte ou toda a minha existência, me enche de gratidão, que manifesto agora nestes agradecimentos.

A minha querida esposa, Licélia, que, com senso de amor igual à leveza de uma seda e à firmeza de um diamante, me fez ver que poderia existir algo mais além, que nem eu poderia enxergar. Descobri, depois de anos, que é possível amar alguém mais ainda.

Às minhas queridas filhas, Rayana e Rayssa, que, mais do que presentes que Deus me deu, são e sempre serão o meu maior motivo de orgulho.

A minha mãe, Maria Alzira, que mesmo sem estar entre nós (e de quem sinto uma saudade enorme), é o meu querido anjo da guarda. Mainha, a senhora me deu o mais importante na vida de um homem, o caráter, a personalidade e um firme conceito do que é justo e moralmente correto.

Ao meu pai, Betinho, sempre meu melhor amigo, cuja mão tão zelosa na minha condução por entre os meandros da existência nem todas às vezes fui capaz de entender.

À Dra. Conceição Vasconcelos, que mais do que minha querida prima, foi minha confidente e entusiasta de primeira hora deste trabalho. A preciosidade de seus conselhos jurídicos foi decisiva para a sua conclusão.

Ao Dr. Paulo Renato, meu orientador acadêmico, que nas voltas do destino fez-me crer em não deixar a esperança na porta, mas aprender a encontrá-la. As palavras de incentivo desse respeitado docente, de espírito acolhedor, olhar atento às características de cada aluno e sorriso sempre estampado no rosto, que a todos encantou com suas precisas lições jurídicas, tornaram possível a realização deste trabalho. Seu magistério lapidar, com que nos encantava nas aulas de Direito Processual Civil e de Direito Eleitoral, ia muito além do que a interpretação fria da letra da Lei podia permitir. Sua visão humanística do mundo me fez ver que pode existir muito mais do que as normas jurídicas. Considero-o modelo de ética, simplicidade e sabedoria dos sábios. A frase do Digesto "*Iuris praecepta sunt haec*.

honerevivere; alterum non laderesuum cuique tribuere", que se traduz como "Viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu", marcou em mim o seu postulado acadêmico. Por tudo isso, posso lhe oferecer minha eterna amizade e gratidão.

“Um direito de soberania é um mecanismo de disciplina: é dentro destes limites que se dá o exercício do poder.”.

(Michel Foucault).

RESUMO

Os interesses marítimos só crescem e a regulação dos espaços marítimos tem sido alvo de intensa discussão desde que a humanidade começou a navegar e a vislumbrar todas as possibilidades que os oceanos ofereciam. A Convenção de Montego Bay, celebrada em 1982 e vigendo apenas em 1995, estabelece a soberania do Estado costeiro sobre a Zona Econômica Exclusiva (ZEE) apenas sobre exploração, aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, renováveis ou não, das águas, do leito do mar e de seu subsolo, e jurisdição quanto à colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, investigação científica marinha e proteção ao meio marinho, enquanto os demais Estados podem navegar, sobrevoar e colocar cabos e oleodutos submarinos livremente em toda a extensão de 188 milhas marítimas e capturar os recursos vivos excedentes. Este estudo objetivou refletir acerca do real comando legal incidente sobre a ZEE e das possíveis aplicações das normas de direito brasileiro sobre as águas que estão além das 12 milhas de jurisdição constitucional, inclusive por ocasião do cometimento de ilícitos com envolvimento penal, a partir da apreensão do barco pesqueiro (BP) *Southern Star* 136, em 2004. Desenvolveu-se um estudo exploratório-descritivo, mediado pelas investigações bibliográficas e documentais e o estudo de caso. Utilizou-se da técnica da análise de conteúdo para o tratamento dos dados obtidos. Obteve-se que o Brasil, após a Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar, admitiu limitações ao poder soberano do Estado em sua ZEE, de modo que o comandante do BP *Southern Star* 136 considerava-se no direito de pescar, embasado na convenção, que permite a exploração da pesca nessa área. Concluiu-se, com base no critério de que lei posterior revoga lei anterior, a Lei nº 8.617/93 deveria ter deixado de existir no momento em que a CNUDM entrou em vigor. E que a lei penal não se aplica nas águas que ultrapassarem o mar territorial (12 milhas náuticas).

Palavras-chave: Brasil. Soberania. Zona Econômica Exclusiva (ZEE). *Southern Star* 136. Estudo de caso.

ABSTRACT

Maritime interests only grow and the regulation of maritime spaces has been the subject of intense debate since mankind started to browse and see all the possibilities that the oceans offer. The Montego Bay Convention, held in 1982 and effecting only in 1995, establishes the sovereignty of the coastal State over the Exclusive Economic Zone (EEZ) just on exploration, exploitation, conservation and management of natural resources, renewable or not, the waters, the seabed and its subsoil, and jurisdiction regarding the placement and use of artificial islands, installations and structures, marine scientific research and protection of the marine environment, while the other States can navigate, fly over and put cables and submarine pipelines freely throughout the extension of 188 nautical miles and to capture the living resources surpluses. This study aimed to reflect about the real legal incident command on ZEE and the possible applications of the Brazilian law rules upon the waters that are beyond the 12 miles of constitutional jurisdiction, including in connection with the commission of illicit criminal involvement, from the seizure of the fishing boat (BP) Southern Star 136, in 2004. Developed a descriptive exploratory study, mediated by the bibliographic and documentary investigations and case study. It was used the technique of content analysis for the treatment of the data obtained. It was obtained that Brazil, after the Montego Bay Convention on the Law of the Sea, admitted the sovereign power of the State limitations in its EEZ, so that the Commander of the Southern Star BP 136 considered himself the right to fish, based on the Convention, which allows the exploitation of fishing in that area. It is concluded that, on the basis that subsequent law revokes previous law, law No. 8.617/93 should have ceased to exist at the time when the CNUDM entered into force. And that the criminal law does not apply in waters that exceed the supported limit of the territorial sea (12 nautical miles).

Keywords: Brazil. Sovereignty. Exclusive Economic Zone (EEZ). Southern Star 136. Case study.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AFN	Arquipélago de Fernando de Noronha
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BP	Barco Pesqueiro
CNUDM	Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
CODERN	Companhia Docas do Rio Grande do Norte
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
FAB	Força Aérea Brasileira
GP	Grupo de Presa
IAFN	Inquérito Administrativo de Fato de Navegação
MN	Milhas Náuticas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ZEE	Zona Econômica Exclusiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	REFERENCIAL TEÓRICO.....	19
2.1	DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	19
2.1.1	Da norma constitucional e do ordenamento jurídico.....	19
2.1.2	Classificação das normas jurídicas.....	24
2.1.3	Direito adquirido e ato jurídico perfeito dentro da visão constitucional.....	26
2.1.4	Tratados internacionais e sua aceitação no sistema de direito positivo interno brasileiro.....	30
2.1.5	Soberania.....	33
2.1.6	Território.....	36
2.1.7	Jurisdição.....	37
2.1.8	Lei penal no espaço.....	38
2.1.9	Bens públicos nacionais.....	39
2.2	CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR – CONVENÇÃO DA JAMAICA – MONTEGO BAY/1982.....	40
2.2.1	Zona Econômica Exclusiva.....	45
2.2.2	Direitos de soberania e jurisdição no âmbito da ZEE.....	46
3	ESTUDO DE CASO: APREENSÃO DO BARCO DE PESCA (BP) <i>SOUTHERN STAR</i> 136 EM 20/10/2004.....	53
3.1	PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	53
3.1.1	Tipologia da pesquisa.....	54
3.1.2	Unidade de análise.....	58
3.1.3	Fontes de coleta de dados.....	58
3.1.4	Análise dos dados e categorias de análise.....	59
3.2	APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS.....	60
3.2.1	O caso <i>Southern Star</i> 136: principais aspectos.....	60
3.2.2	Categoria de análise 1: Abrangência e extensão das zonas marítimas brasileiras.....	68
3.2.3	Categoria de análise 2: Aplicabilidade da norma penal no âmbito da ZEE.....	69

3.2.4	Categoria de análise 3: Questão legal (aplicabilidade da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e da Lei nº 8.617/93).....	70
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
	REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

“Homem liberto, hás de estar sempre aos pés do mar!” (BAUDELAIRE, 1992, p. 10). Com esse primeiro verso do poema “O homem e o mar”, Charles Baudelaire põe em evidência a importância que o mar exerce, desde sempre, na vida e na história do Homem, e continua a fazê-lo, não obstante todas as conquistas e realizações que o tornaram livre e poderoso.

O mar tem sido fonte de alimento, recreação e trabalho para muitos povos e os avanços científicos e tecnológicos da segunda metade do século XX, que sobrepujaram as descobertas havidas em toda a História, intensificaram o comércio internacional e a circulação de pessoas entre as nações, inclusive pela via marítima, contribuindo, dessa forma, para fomentar ainda mais os interesses marítimos, que só crescem desde que os antigos se lançaram corajosamente ao mar rumo ao desconhecido.

As navegações, antes baseadas apenas no empirismo, o que as caracterizava, no mínimo, como aventureiras e perigosas, foram, aos poucos, sendo objeto de regulamentação em vários diplomas, a exemplo do Código de Hamurabi, datado de 1780, que disciplinava a construção e o fretamento de barcos, a contratação de tripulação, a remuneração desses serviços e a responsabilidade por serviços mal feitos e danos à embarcação (artigos 234 a 240); do Código de Manu, do século XIII a.C., que legislava sobre câmbio marítimo; e da *Lex Rhodia de Jactu* (Lei de Rodas), de 900 a.C., segundo a qual os prejuízos decorrentes do lançamento de parte do carregamento do navio ao mar em caso de perigo iminente seriam assumidos, proporcionalmente, pelo proprietário do navio e pelos proprietários da carga (BOISSON, 1999), só para mencionar algumas das mais conhecidas compilações normativas precursoras do Direito Marítimo.

Vários outros documentos foram produzidos para regulamentar as questões marítimas desde que as pirogas dos povos neolíticos ousavam tráfegar nas águas marinhas até o advento dos transatlânticos, submarinos e túneis construídos sob o mar, cuja apresentação não interessa a este estudo, que se propõe a refletir acerca da regulação dos espaços marítimos apenas a partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, tratado internacional celebrado em Montego Bay, cidade turística da Ilha de Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, avaliando as

implicações de suas disposições, de sua inserção tardia no ordenamento jurídico brasileiro e de sua convivência com a Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993 para a soberania nacional, sobretudo no que diz respeito à Zona Econômica Exclusiva (ZEE), assim denominada a faixa de mar adjacente ao mar territorial que se estende a partir de suas linhas de base até o limite máximo de 200 milhas.

Isso porque, no Brasil, nação continental cujo litoral se estende por quase oito mil quilômetros, de norte a sul do País, o que favoreceu tanto a sua descoberta, quanto a colonização, as invasões e o comércio – nacional e internacional –, os interesses sobre o mar também são expressivos e se intensificam na medida em que se ampliam as possibilidades de sua utilização, atualmente contemplando, além da pesca, da navegação e do transporte de pessoas e mercadorias, os esportes náuticos, a extração de petróleo e a exploração turística.

O domínio sobre o mar territorial pelos países costeiros, como o Brasil, esbarrou, desde sempre, na delimitação dessa área, somente estatuída no século XVIII a distância de três milhas marítimas a contar da linha da costa, correspondente ao alcance de um tiro de canhão, à época, quando somente se dispunha desse tipo de armamento para a defesa das fronteiras.

Na falta de parâmetros outros esse limite manteve-se em vigor até o início do século XX, não obstante o desenvolvimento de tecnologias cada vez mais avançadas tanto no tocante à artilharia, cujo alcance transcendeu a distância entre continentes, quanto ao aproveitamento dos recursos naturais marinhos.

A “Doutrina Truman”, assim denominada a orientação unilateral, composta de duas proclamações dos Estados Unidos da América (EUA) emitidas em setembro de 1945, que afirmavam, respectivamente, a jurisdição exclusiva sobre os recursos da plataforma continental, ressaltando a não afetação, por parte dessa jurisdição, do alto mar das águas situadas sobre a plataforma, e que a pesca nesse alto mar deveria acontecer sob a égide de um regime especial, ficando, por conseguinte, “[...] sob jurisdição e controle exclusivos dos Estados Unidos onde só operassem, habitualmente, pesqueiros norte-americanos, [...] [e] conjuntos dos Estados Unidos e de outro Estado, quando os pesqueiros deste último já operassem tradicionalmente naquelas águas” (DALLARI, 1974, p. 96-97), incentivou alguns Estados, dentre eles o Brasil, a estender os limites de seu mar territorial, iniciativa constante do Decreto-Lei nº 1.098, de 25 de março de 1970, cujo artigo 1º assim dispunha: “Art. 1º O mar

territorial do Brasil abrange uma faixa de 200 (duzentas) milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro adotada como referência nas cartas náuticas brasileiras.”.

Em 10 de dezembro de 1982 é celebrada a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), de natureza multilateral e abrangência global, em Montego Bay, Jamaica, aprovada pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 5, de 9 de novembro de 1987 e ratificada em 22 de dezembro de 1988. Referido Ato entrou em vigor internacionalmente e para o Brasil em 16 de novembro de 1994, como previsto em seu artigo 308, I¹ e declarado pelo Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995. Nesse ínterim, o Brasil ganhou uma nova Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, e uma Lei Federal, de nº 8.617, publicada em 4 de janeiro de 1993, que dispõe sobre o mar territorial, substituindo o até então vigente, de 200 milhas marítimas de extensão, por um de apenas 12 milhas marítimas, em atenção ao estabelecido pela Convenção e por meio da revogação expressa do Decreto-Lei nº 1.098/70, a zona contígua, a zona econômica exclusiva, e a plataforma brasileira.

Ocorre que, como se pode verificar a partir da cronologia aqui apresentada, o Decreto Legislativo que declara a entrada em vigor da Convenção de Montego Bay, como ficou popularizado esse Tratado, somente foi publicado em 1995, portanto, sete anos após a promulgação da Constituição e dois anos após a publicação da Lei nº 8.617/93.

Ocorre também que, na Zona Econômica Exclusiva (ZEE), de acordo com a Convenção, o Estado costeiro é detentor de direitos soberanos sobre a exploração, o aproveitamento, a conservação e a gestão dos recursos naturais, renováveis ou não, das águas, do leito do mar e de seu subsolo (artigo 56, 1, “a” CNUDM), e exerce jurisdição no tocante à colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, à investigação científica marinha e à proteção ao meio marinho (“c”), enquanto os demais Estados são livres para navegar, sobrevoar e colocar cabos e oleodutos submarinos (artigo 58, 1, CNUDM) em toda a sua extensão real de 188 milhas marítimas (de acordo com o artigo 57, a extensão da ZEE é de 200 milhas marítimas, mas contada a partir das linhas de base a partir das quais se delimita o mar territorial de 12 milhas marítimas) e podem obter acesso ao aproveitamento de

¹ Artigo 308.º Entrada em vigor 1 - A presente Convenção entra em vigor 12 meses após a data de depósito do sexagésimo instrumento de ratificação ou de adesão. [...]

recursos vivos que excedam a capacidade dos Estados costeiros de captura (artigo 62, CNUDM).

Ocorre, ainda, que o artigo 60, 2, da Convenção, estabelece apenas a jurisdição exclusiva do Estado costeiro sobre essas ilhas artificiais, instalações e estruturas, e que é possível que se venha a encontrar novas reservas de petróleo pré-sal além das que ocupam aproximadamente 800 quilômetros de comprimento do litoral brasileiro, que vão desde o norte da Bacia de Campos ao sul da Bacia de Santos e desde o Alto Vitória, no Espírito Santo, até o Alto de Florianópolis, em Santa Catarina, dentro, portanto, da ZEE, fora dessa área, embora ainda na Plataforma Continental, o que permitiria ao Brasil reivindicar os direitos de exploração sobre elas.

O cenário que aqui se apresenta suscitou os seguintes questionamentos: 1) Se a jurisdição é a manifestação da soberania, pode um Estado exercer jurisdição sem ser detentor de soberania sobre uma determinada área? 2) E se a soberania é o império do Estado sobre um território geográfico, como se evidencia a soberania brasileira no âmbito de sua Zona Econômica Exclusiva (ZEE)?

Com o intuito de elucidar essas inquietações, decidiu-se pelo desenvolvimento de um estudo destinado a refletir acerca do real comando legal que pode incidir sobre a zona econômica exclusiva e das possíveis aplicações das normas de direito brasileiro sobre as águas que estão além das 12 milhas de jurisdição constitucional, inclusive por ocasião do cometimento de ilícitos com envolvimento penal. Como etapas a serem cumpridas para o alcance desse objetivo, pretendeu-se delimitar a abrangência e a extensão das zonas marítimas brasileiras; identificar a natureza jurídica da zona econômica exclusiva; e analisar a aplicabilidade da norma penal na ZEE.

Várias são as razões pelas quais uma determinada indagação, entre muitas que habitam a mente de um pesquisador, às vezes por uma vida inteira, desperta e se desloca de sua zona de conforto em busca de respostas. Neste caso, um dos argumentos capazes de legitimar a escolha dessa temática como objeto deste estudo foi a nomeação deste pesquisador para a função de Secretário do Conselho de Autoridade Portuária da Companhia Docas do Rio Grande do Norte (Codern) no ano de 2008, o que lhe permitiu entrar em contato, já por ocasião da primeira reunião do Conselho, com conversas de bastidores que envolveram a apreensão do

barco pesqueiro *Southern Star* 136, em 2004, pela Marinha do Brasil, e sua retenção, atracado no porto de Natal.

O que inicialmente não passou de mera curiosidade foi, ao longo dos meses, se transformando em dúvidas jurídicas que o levaram, no espaço de três anos, a pesquisar e desenvolver o arcabouço do que viria a constituir este trabalho.

Nesse percurso, foi percebendo a relevância social, econômica e política das questões que sua inquietação o levou a formular, notadamente porquanto dizem respeito à necessidade de segurança jurídica para um Estado que se proponha a realizar investimentos financeiros expressivos em uma determinada exploração, como é o caso do Brasil no campo de libra, localizado na área do Pré-Sal.

Seu empenho na busca por respostas às indagações jurídicas que permeavam sua curiosidade cresceu quando teve a grata oportunidade de encontrar o professor Mohamad Ale Hasan Mahmoud, sendo por ele carinhosamente recebido em sua sala, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), em Brasília, que, numa tarde chuvosa de abril de 2012, lhe mostrou, de maneira didática, que suas indagações e dúvidas tinham, sim, um cunho de amplitude concreta para as pesquisas que originaram este trabalho, afinal, essa também havia sido sua tese de Doutorado, o que se evidencia como mais um argumento a justificar a eleição desse tema.

Toda investigação se inicia a partir de uma pergunta sobre um determinado objeto cuja existência, da forma como se manifesta, de alguma forma inquieta o perguntador. Nesse sentido, inquietar-se diante do que desconhece é próprio do ser humano, que não sabe tudo por ser incompleto, inacabado, condição que o leva a estar sempre em busca (FREIRE, 1979).

No entanto, no entendimento de Paulo Freire (1979) também não existem homens totalmente ignorantes, porquanto sua existência no mundo fornece-lhes experiências que, por sua vez, permitem-lhes compreender e transformar a realidade que os cerca.

A partir dessas considerações, crê-se pertinente a afirmação de Martin Heidegger (2012) de que qualquer questionamento que se faça deve ser precedido de certa compreensão acerca do que é questionado. Dito de outra forma, não há como se proceder a uma investigação sobre qualquer objeto partindo-se da estaca zero, sem que se tenha uma noção, ainda que mínima, sobre o que se pode encontrar.

Por essa razão, são hipóteses norteadoras desta investigação as que seguem: 1) Quer-se crer que o exercício da jurisdição sem que se detenha soberania sobre uma determinada área abre um espaço vazio que precisa ser muito bem ocupado, sob pena de que, no futuro, a Soberania venha a ser questionada, não sob a ótica da segurança nacional, mas sob a ótica patrimonialista global, sob a perspectiva sempre perigosa do interesse econômico. 2) A soberania brasileira no âmbito da ZEE é relativizada, porquanto o Brasil não dispõe de autoridade e de seus elementos nessa área e a Convenção de Montego Bay permite a exploração da pesca nessa área.

A trilha metodológica a ser percorrida para a concretização dos objetivos consiste na realização de um estudo exploratório-descritivo, de natureza qualitativa, mediado pelas investigações bibliográfica e documental e o estudo de caso, na apreensão da embarcação *Southern Star* 136, em 20 de outubro de 2004 (fora do mar territorial). Após a coleta, os dados obtidos serão tratados com a utilização da técnica da análise de conteúdo.

De posse dos resultados e após a sua organização passa-se a sua distribuição em quatro capítulos, que compõem a parte textual desta monografia, iniciando-se com esta introdução.

O capítulo dois reúne um referencial teórico que se pretende suficientemente consistente para conduzir o leitor por entre os meandros da investigação, de modo a lhe fornecer as informações necessárias ao bom entendimento da tese que se pretende defender.

Inicia-se a abordagem com alguns delineamentos constitucionais envolvendo a conceituação da norma constitucional e a função do ordenamento que por seu intermédio se constitui, após o que se apresentam alguns critérios utilizados pelos operadores do Direito para classificar as normas e facilitar a sua aplicação, com destaque para a hierarquia, a subordinação entre normas que a torna possível, a classificação das normas quanto à matéria, que permite entender as regras de revogação das normas e a repristinação, fenômeno não acolhido pelo Direito brasileiro, que consiste na restauração de uma lei revogada em razão da cessação da vigência do diploma que a revogou, a irretroatividade/retroatividade das normas, sua vigência e validade.

Ainda na mesma seção, trata-se de avaliar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito diante da ameaça que podem sofrer por força do poder constituinte originário, de atuação ilimitada e incondicionada, posto que instituidor de uma nova ordem, que não se prende ao que vigia antes de sua convocação.

Por último, discorre-se sobre os tratados internacionais e os procedimentos por meio dos quais são internalizados pelo ordenamento pátrio, sobre soberania, território e jurisdição, lei penal no espaço e bens públicos nacionais, encerrando-se, nesse momento, a discussão acerca dos aspectos constitucionais que permeiam esta investigação.

Na segunda parte do referencial teórico, dedica-se a uma abordagem mais específica do objeto deste estudo, a Convenção de Montego Bay e suas disposições, com destaque para as implicações de sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro à soberania nacional, em especial, na ZEE.

No capítulo três, na continuidade, realiza-se o estudo de caso propriamente dito, contemplando um primeiro momento, quando se descrevem os passos percorridos para a sua elaboração e aplicação, e um momento final, no qual são apresentados os resultados obtidos, devidamente sistematizados, seguidos da análise respectiva.

No capítulo quatro, por derradeiro, tecem-se algumas observações, a título de encerramento, extraídas da pesquisa, que se pretende, se não conclusivas, pelo menos elucidativas dos resultados alcançados, coroando-as com algumas recomendações que se entende necessárias para orientar investigações futuras.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Neste capítulo, constrói-se uma abordagem teórica da matéria objeto deste estudo que se pretende capaz de conduzir aqueles que manifestarem interesse por entre os caminhos trilhados por este pesquisador para defender sua tese. Sua trajetória inicia-se com alguns delineamentos dos principais aspectos das questões constitucionais que permeiam esta investigação e finaliza debruçando-se mais especificamente sobre a Convenção de Montego Bay e suas disposições, buscando descrever as implicações de sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro à soberania nacional, em especial, na Zona Econômica Exclusiva.

2.1 DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Apresentam-se, aqui, alguns conceitos relativos à norma constitucional, sua relação com o ordenamento jurídico e um elenco bastante resumido dos critérios utilizados pelos operadores do Direito para classificar as normas e facilitar a sua aplicação (hierarquia, subordinação entre normas, classificação quanto à matéria, regras de revogação das normas, repristinação, irretroatividade/retroatividade das normas, vigência e validade). Também se avaliam o direito adquirido e o ato jurídico perfeito diante da possibilidade de serem desrespeitados ante a elaboração de uma nova Carta Constitucional, por força do poder constituinte originário, de atuação ilimitada e incondicionada. Ao final, explica-se o procedimento de internalização dos tratados e convenções internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, recorrendo-se, ainda, acerca de soberania, território e jurisdição, lei penal no espaço e bens públicos nacionais, por pertinência com a temática em estudo.

2.1.1 Da norma constitucional e do ordenamento jurídico

O estudo da norma, aqui entendida como célula *mater* do Direito enquanto organismo jurídico, que se caracteriza por enunciar, de forma objetiva e para cumprimento obrigatório, os modos como devem se organizar ou se conduzir as sociedades e os indivíduos, respectivamente (REALE, 2007), interessa a esta investigação porquanto parte de um sistema dinâmico, complexo e abrangente de

regras que se organizam ou *ordenam* para fornecer as soluções a toda e qualquer questão emergente das relações mantidas pelos indivíduos no âmbito do seu existir.

O ordenamento a que aqui se refere está lastreado na norma jurídica constitucional, estruturante do organismo estatal e hierarquicamente superior às demais, responsável pela delimitação do seu campo de validade, em razão da possibilidade que o Direito traz em si de estabelecer os critérios a serem adotados na produção das normas que o compõem.

A Constituição foi criada com o intuito de garantir o indivíduo contra o poder do Estado, limitando este e assegurando àquele o exercício de seus direitos, consagrando "o primado da lei como a garantia dos governados" (BULOS, 2010, p. 64). Após o período de guerras mundiais, em que o maciço envolvimento de diversos países resultou em paralisação parcial na adoção de constituições nas incipientes democracias que surgiam, ou dos regimes totalitários que eram impostos por convicções políticas, na sempre polarizada discussão entre capitalismo e comunismo, um rico debate emergiu, dominado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, em torno dos instrumentos de proteção da Constituição, medida que se julgava necessária em razão da crise político-jurídica do final do século XIX e início do século XX. A Justiça Constitucional revelou-se o instrumento por excelência para esse fim, por compreender diversas instituições e procedimentos destinados a resguardar sua efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, de disposições vinculadas e obrigatórias, recém-conquistada, por meio de mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.

A justiça constitucional se alastrou pela Europa, na medida em que os seus países se democratizaram. Aos poucos, tornou-se patente que não havia lugar para a produção de norma contrária à Constituição, porquanto se estaria usurpando, dessa forma, a competência do poder constituinte. Esse, sim, passa a ser a voz primeira do povo. A Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem, por ser o fruto do poder constituinte originário, referência obrigatória de todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, não obstante o controle de constitucionalidade pela via incidental estar presente desde a Constituição de 1891, foi somente a partir da Constituição de 1988 que se evidenciou a verdadeira expansão da Justiça Constitucional, em razão da ampliação do direito de propositura e da criação de novos mecanismos de

controle concentrado da constitucionalidade (BARROSO, 2005).

O reconhecimento da força normativa da Constituição resultou em nova modalidade de interpretação jurídica, a interpretação constitucional, visto que a existente não mais dava conta da realidade cada vez mais complexa da época. Essa nova técnica tanto abrange as categorias tradicionais de interpretação jurídica, quanto se vale de princípios desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência que a ela se aplicam, a exemplo dos da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade (BARROSO, 2005).

O Quadro 1, na sequência, apresenta as principais diferenças entre a interpretação jurídica tradicional e a nova interpretação constitucional, que permitem dimensionar as transformações havidas no âmbito do Estado e do Direito Constitucional, impulsionadoras da constitucionalização do Direito:

Quadro 1 – Diferenças entre a interpretação jurídica tradicional e a nova interpretação constitucional

Características	Interpretação jurídica	Interpretação constitucional
Elementos de interpretação do Direito	Gramatical, histórico, sistemático e teleológico.	Além dos tradicionais, vale-se de cláusulas gerais, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação
CrITÉRIOS de solução de eventuais conflitos normativos	Hierárquico (lei superior prevalece sobre a lei inferior), temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e especial (lei especial prevalece sobre a geral).	O critério por excelência passa a ser a ponderação no caso de colisão de normas constitucionais.
Premissa quanto ao papel da norma	Cabe-lhe, mesmo em seu relato abstrato, oferecer a solução para os problemas jurídicos.	A solução do problema nem sempre se encontra na norma, mas também na análise do caso concreto.
Premissa quanto ao papel do juiz	Cabe-lhe tão somente identificar a norma aplicável (mediante subsunção) ao problema, que se encontra dentro do ordenamento jurídico.	O juiz deixa de ser um técnico e passa a ser copartícipe do processo de criação do Direito, realizando escolhas entre alternativas possíveis para a solução do problema e preenchendo as lacunas porventura existentes por meio de valoração do sentido que foi deixado a descoberto.

Fonte: Adaptado de Barroso (2005).

Na esteira das afirmações antagônicas de que a legislação apresenta lacunas e o Direito, na concepção de ordenamento, jamais pode deixar de encontrar uma

solução para cada conflito de interesses que a ele se apresente, Miguel Reale (2007, p. 291, grifos do original) afirma que

[...] o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, *representa um trabalho construtivo de natureza axiológica*, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presentes os da mesma espécie existentes em outras leis: [...] [Assim], o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico.

Essas transformações constituem o neoconstitucionalismo, concepção moderna do constitucionalismo que, segundo assertiva lapidar de Paulo Gustavo Gonet Branco, reconhece a:

[...] superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. [...] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012, p. 59-60).

Uadi Lammêgo Bulos (2010), a título de esclarecimento, afirma que o neoconstitucionalismo não tem, em essência, nada de novo, consistindo tão somente em um termo cunhado para designar o constitucionalismo contemporâneo. Uma das características a ele atribuídas pelos defensores desse viés teórico no campo constitucional, rechaçada, no entanto, pelo constitucionalista em comento, sob a alegativa de se tratar, tão somente, de uma "[...] evolução do constitucionalismo contemporâneo, algo que independe de rótulos, nomes, expressões ou terminologias para existir [...]" (p. 80), é a que o considera como inaugurador de uma nova era da hermenêutica constitucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 11) leciona, acerca do conceito de Constituição, considerando "[...] evidente que o termo se aplica a todo grupo, a toda sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é. Evidentemente, nesse sentido geral, jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição".

A Constituição, nessa perspectiva, assume lugar de relevo incontestável em

qualquer ordenamento jurídico que preze a lei maior de seu país. Essa envergadura visa à convivência livre e harmoniosa, não somente dos cidadãos do país, mas também - e em igual importância - das relações normativas básicas do Estado, delineando suas atribuições e relações com o povo nacional e a afirmação do seu território como expressão máxima do Estado.

No tocante à finalidade do Texto Constitucional de perseguir a harmonia e a liberdade nas relações, entre os diversos conceitos produzidos, todos lapidarmente elucidativos quando se procura a definição do tema, surge o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 62), segundo o qual "Compõem a Constituição também sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político".

Evidencia-se, assim, que compete à Constituição não apenas regulamentar e distribuir competências, mas instituir as bases para que se instale essa convivência - harmoniosa e livre - entre as pessoas e dessas com o Estado, como leciona Konrad Hesse (2009), para quem consiste condição de existência do Estado e sua tarefa primordial a de solucionar conflitos, cujo cumprimento não pode prescindir da Constituição, porquanto além de conceber o procedimento a ser adotado para a superação desses conflitos, desenha os princípios fundamentais que permitirão aos operadores das normas do ordenamento conhecer os critérios para a sua aplicação e manutenção.

O relevo constitucional não se limita apenas às relações entre o Estado e os nacionais, espraiando-se, do mesmo modo, sobre outras relações tão importantes quanto os assuntos internos do País. Estende-se para a definição de conceitos amplos como os de Soberania e Estado, a serem oportunamente apresentados, e a delimitação da amplitude de aplicação dos seus preceitos definidos constitucionalmente.

A demarcação de sua abrangência faz parte da atuação do poder constituinte originário, a quem compete criar a Constituição, que, em irretocável lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, "[...] em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012, p. 64), situando-as no topo da hierarquia das normas jurídicas como normas constitucionais.

A hierarquia é apenas um dos critérios das muitas classificações das normas jurídicas existentes, sobre as quais este trabalho se debruça brevemente na continuidade.

2.1.2 Classificação das normas jurídicas

Com base nos muitos estudos sobre as normas jurídicas já produzidos, evidencia-se a inexistência de uniformidade na elaboração de uma classificação que dê conta de todos os critérios por meio dos quais se pode distingui-las. Nesse sentido, afasta-se deste subtópico a pretensão de se imiscuir em matéria já exaustivamente discutida por juristas de renome e dedica-se, apenas, a apresentar alguns critérios de classificação de relevância inquestionável para a tese em construção.

Inicia-se com o ensinamento de Michel Temer (1998, p. 146) sobre hierarquia, segundo o qual “[...] para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior.” É a hierarquia que, de certa forma, fornece o estofo que vai conferir coerência a um texto normativo e, por via de consequência, ao regramento jurídico, porquanto permite que, em sede de confronto entre duas normas antagônicas (antinomia ou conflito de normas), a norma superior seja mantida, em detrimento da norma inferior.

A classificação das normas jurídicas, quanto à subordinação, entre normas-origem (primeiras de uma série) e normas-derivadas (as que se seguem a essas) (FERRAZ JUNIOR, 2003), dessa forma, torna possível a hierarquia e oferece as condições para que se solucionem os conflitos entre normas.

Interessa a este estudo, também, a classificação das normas, quanto à matéria, em gerais-abstratas (genéricas), especiais (que regulamentam o tipo genérico de forma diferenciada) e excepcionais (integram as primeiras, mas excepcionam seu conteúdo), tendo em vista a importância de sua aplicação quando se está diante de regramentos que se encontram no mesmo nível hierárquico (por exemplo, lei geral não revoga lei especial) (FERRAZ JUNIOR, 2003).

Analisando a questão de revogação da norma, o professor Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 197-199) assim se posiciona:

[...] uma norma perde a validade se revogada por outra. Essa regra especifica-se em três outras: a *lex superior* (a norma superior revoga a inferior na hierarquia), a *lex posterior* (a que vem por último, no tempo, revoga a anterior) e a *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta regra tem de especial, a geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída). [...] [Entre as formas de revogação – expressa, tácita e global], a revogação global ocorre por meio de uma norma revogadora implícita, sem a necessidade de incompatibilidade, bastando que a nova norma, por exemplo, discipline integralmente uma matéria repetindo certas disciplinas da norma antiga. [...] A norma revogadora, manifesta ou implícita, pode revogar *todas* as normas de um diploma normativo, por exemplo, de uma lei, ou apenas *parte* delas. No primeiro caso, ocorre revogação total; no segundo, parcial. Para distinguir os dois casos a dogmática fala em *ab-rogação* (revogação total) e *derrogação* (revogação parcial).

Essa questão assume extrema relevância para que conflitos entre normas possam ser iluminados, visto que não existe revogação tácita presumida, como no caso das outras modalidades (expressa e global), cabendo a quem a apontar responsabilizar-se por demonstrar sua incompatibilidade (FERRAZ JUNIOR, 2003).

A lei brasileira proíbe o fenômeno da repristinação, no artigo 2º, parágrafo 3º do Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, transcrito *in verbis*: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue [...] § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”.

Exemplificando, se uma determinada norma *x* revoga uma norma *a* e, tempos depois, uma norma *y* revoga essa norma *x*, a norma *a* não volta a valer por conta dessa revogação da lei que a revogou. Em síntese, Ferraz Junior (2003, p. 198) observa que “A proibição da repristinação significa, pois, que uma norma revogadora não pode revalidar as normas antes revogadas pela norma que ela revoga.”.

Sob o critério espacial, as normas podem incidir nacionalmente, nos estados, nos municípios, e localmente. Em relação à vigência, um dos aspectos do critério temporal, as normas podem ser permanentes (sem prazo de vigência), provisórias ou temporárias (já nascem com um prazo estabelecido de vigência), e incidirem imediatamente (quando o início da vigência ocorre já a partir de sua publicação) ou mediatamente (quando o prazo inicial de vigência é posterior à promulgação, resultando em um período de latência denominado *vacatio legis*).

No que diz respeito à validade da norma, só acontece quando ela se encontra integrada ao ordenamento jurídico, o que remete ao seu processo de constituição – originário ou derivado. Nesse sentido, como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco

(MENDES; COELHO; BRANCO, 2012), o que torna uma norma constitucional é o processo que a constitui, que não se curva diante de nenhum regramento já existente, ou a altera, independentemente do conteúdo sobre o qual verse.

Ainda no tocante ao critério temporal, as normas podem ser não retroativas (por princípio, nenhuma das normas retroage) ou retroativas (no caso de seus efeitos virem a beneficiar o agente que, de outra forma, seria penalizado pelo ato praticado). No entanto, a retroatividade obedece a alguns limites, previstos no próprio Texto Constitucional, que garante o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ocorre que o poder constituinte originário é considerado anterior a tudo, posto que inaugura a ordem jurídica, ilimitado em sua atuação e jamais sujeito a condição de qualquer espécie para realizar o que lhe compete, ameaçando, inclusive, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito no exercício de seu mister. Essa questão é discutida logo em seguida.

2.1.3 Direito adquirido e ato jurídico perfeito dentro da visão constitucional

Segurança jurídica *versus* necessidade de mudança são as duas pontas do cabo de guerra que sempre se instala quando se inicia discussão acerca da aplicabilidade de lei nova em face de situações jurídicas já constituídas, notadamente por força da disposição já petrificada no Texto Constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”.

A título de esclarecimento, Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 77) afirma que esses desdobramentos do princípio da segurança jurídica, no momento de constitucionalismo contemporâneo que se vive, “[...] têm sido relegados ao último plano, mediante o império da interpretação distorcida, casual e imediatista dos problemas deduzidos em juízo”.

Essa questão da retroatividade da lei levou ao desenvolvimento de duas doutrinas, conferentes de lastro aos ensinamentos constitucionais: a Teoria objetiva e a Teoria subjetiva. Para o fato passado aplica-se a teoria objetiva, para o direito adquirido, a teoria subjetiva. Para melhor se entenderem que consiste cada uma, buscam-se as lições de João Baptista Machado sobre a matéria (2000, p. 232):

Resumidamente, para a primeira doutrina seria retroactiva toda lei que violasse direitos já constituídos (adquiridos); para a segunda seria retroactiva toda lei que se aplicasse a factos passados antes de seu início de vigência. Para a primeira, a Lei nova deveria respeitar os direitos adquiridos, sob pena de retroactividade; para a Segunda, a lei nova não se aplicaria (sob pena de retroactividade) a factos passados e aos seus efeitos (só se aplicaria a factos futuros).

Destaca-se o comentário do jurista Gilmar Ferreira Mendes afirmando que “a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido [...] não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública”, proferido em razão do entendimento que atrai cada vez mais adeptos de que as leis de direito público (de ordem pública) poderiam retroagir. Referido constitucionalista traz à colação o voto do eminente ministro Moreira Alves em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 493 (RTJ 143, p. 724), que, com fulcro nos ensinamentos de Reynaldo Porchat, considera falsa essa assertiva, primeiramente porque aponta como tarefa hercúlea a de enquadrar adequadamente o que é de ordem pública e o que pertence à esfera do privado, porquanto “O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los”. Na continuidade, assevera o risco que os operadores do Direito correm de aparecerem direitos adquiridos no momento em que se assumir que essas leis podem retroagir e se resolver aplicá-las aos factos passados, e recomenda que esses aplicadores identifiquem a existência ou não desses direitos nos casos concretos e, em caso afirmativo, não a apliquem, tendo em vista que “[...] a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público (GABBA apud MENDES, 2003, p. 27-28).

O grande civilista pátrio Pontes de Miranda também ensina que a mesma garantia se aplica ao direito privado. Nesse sentido, a lei nova não retroage, tampouco investe contra direitos adquiridos, a depender do seu processo de constituição. E conclui, afirmando que “Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei.” (apud MENDES, 2003, p. 28).

José Afonso da Silva (2003), em Parecer Jurídico emitido em resposta à Consulta formulada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

(Conamp) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) acerca das modificações introduzidas pela Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 67, de 28 de agosto de 2003 (Reforma da Previdência), transformada na Emenda Constitucional nº 41/2003, no texto da Constituição de 1988, define direito adquirido como um direito subjetivo (manifestação da faculdade de agir) do indivíduo, que pode ser exercido imediatamente ou em momento posterior, segundo a vontade de seu titular, e ser exigível, quando violado, pela via jurisdicional, que se transforma em direito adquirido com o advento de lei nova, porquanto incorporado ao seu patrimônio.

Quando o direito subjetivo em comento já foi exercido não se fala mais em direito adquirido, mas em direito consumado, realizado, satisfeito, que resultou na extinção da relação jurídica que o consubstanciava. Nessa situação, como explica o constitucionalista em apreço (SILVA, 2003):

[...] o direito subjetivo recebeu consagração definitiva por meio de um ato do Poder Público, gerando uma situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque se dá o encontro entre o direito subjetivo, direito já incorporado no patrimônio do titular, e um ato jurídico do Poder Público que o consagra em definitivo, ato jurídico esse que, expedido regularmente, consolida definitivamente a situação jurídica subjetiva de vantagem no patrimônio do titular com a força inderrogável do ato jurídico perfeito e acabado.

Em suas próprias palavras:

A lei nova não pode prejudicá-lo [o direito adquirido] só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. Direito adquirido é, pois, o direito já incorporado no patrimônio do titular no momento da entrada em vigor de lei nova, que não pode prejudicá-lo, porque ele recebe proteção direta e plena do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, quando estatui: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. [...] [Do mesmo modo] lei nova não tem o poder de desfazer o direito assim exercido [pela via do ato jurídico perfeito]; não pode desaposentar o aposentado nem os efeitos jurídicos dela, só porque estabeleceu regras diferentes para a aposentadoria.

O estudioso e renomado constitucionalista pátrio Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012, p. 403), na esteira desse posicionamento, discorrendo sobre o direito adquirido, em magistral lição define que "o direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas construídas a *posteriori* possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico".

O entendimento prevalente antes da promulgação da Carta Magna de 1988 era o de que o direito adquirido não se mantinha quanto confrontado por norma constitucional de qualquer origem, o que não ocorre na atualidade, porquanto resta pacificado que somente não se exige respeito ao direito adquirido no caso de normas constitucionais constituídas pelo poder originário. Para justificar esse entendimento, José Afonso da Silva (2003, grifos do original) traz à colação as palavras de Pontes de Miranda, segundo o qual *"A Constituição é rasoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que for compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais."*

No caso do ato jurídico perfeito, nem o próprio poder constituinte originário, não obstante a impossibilidade de sofrer limites em sua atuação, em um primeiro momento, teria o condão de produzir efeitos sobre situações jurídicas consumadas.

Quanto às Emendas à Constituição, no entanto, normas constitucionais derivadas, existe vedação expressa à violação dos direitos adquiridos desde o atual diploma, que integram o Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, com previsão no inciso IV do parágrafo 4º do seu artigo 60, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

[...]

Essas emendas, como decorrem do processo reformador da Carta Constitucional, constituem fontes formais do Direito Constitucional, que também abriga em suas fronteiras outras formas de formatação de comportamentos jurídicos (complementares) que, desde que não se confrontem com o que contém o texto escrito, podem contribuir para a sua atualização, tendo em vista que, como esclarece Konrad Hesse (2009, p. 9) sobre certos parâmetros para a utilização de fontes do Direito Constitucional: *"A Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento aberto."*

Deve-se, contudo, alerta Jorge Miranda (2002, p. 387) em magistério irretocável, cuidar para que não se valorize em demasia o tempo em que o costume deve se repetir para que seja aceito como fonte, afirmando que “A gravidade e a publicidade dos atos dos órgãos do poder político, quando tornados efetivos, tendem a refletir-se quase imediatamente no sentido de normas constitucionais”.

Do mesmo modo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 3º, prevê que tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos, quando “aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, consubstanciam normas constitucionais, com relevo de fontes do Direito Constitucional pátrio.

A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional é matéria cuja discussão acontece na continuidade.

2.1.4 Tratados internacionais e sua aceitação no sistema de direito positivo interno brasileiro

O tratado, definido no artigo 2, 1, “a” da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como “[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; [...]”, vem de há muito sendo utilizado pelas nações para abordar questões as mais diversas de seu interesse e, principalmente, do interesse da humanidade, em geral, porquanto sua finalidade mais evidente consiste em estabelecer acordos e dirimir conflitos destinados à proteção dessa humanidade contra práticas ofensivas a sua dignidade. Atualmente, não há limite para o que se pode discutir e regulamentar em um tratado.

No Brasil, de acordo com o disposto no artigo 84, inciso VIII da Carta Federativa, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. A força hierárquica de um tratado internacional no Brasil é idêntica à das demais normas primárias. Unicamente no caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos é que o Congresso Nacional poderá entender por bem submeter sua aprovação ao procedimento especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da

Constituição, com votação em dois turnos e exigência de três quintos dos votos em cada casa do Congresso Nacional a fim de que se incorporem ao ordenamento pátrio com o *status* de emenda constitucional.

A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI - MC) nº 1.480/DF, relatada pelo ministro Celso de Mello em 04/09/1997, apresenta, de maneira elucidativa, o entendimento do jurista sobre o procedimento constitucional de incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico nacional:

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. 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, acordo 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. O *Inter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (STF. ADI 1480 MC / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(A): min. Celso de Mello. Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-05-2001 Pp-00429 Ement Vol-02031-02 Pp-00213)

Celso de Mello, em sua explanação, enfatiza a subordinação hierárquica desses atos internacionais à autoridade normativa da Carta Constitucional, alertando para o fato de que, em caso de confronto, motivado pela transgressão de algum dispositivo constitucional por parte desses tratados ou convenções já incorporados ao ordenamento brasileiro, nenhum deles produzirá efeitos. Também esclarece que compete ao Poder Judiciário realizar o exame de constitucionalidade, abstrato ou difuso, dos atos internacionais já incorporados.

Sobre a posição que ocupam no direito interno, os tratados e convenções internacionais incorporados “situam-se [...] nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”, excetuando-se quando, em caso de antinomia, a solução do

conflito requerer que seja aplicado o critério temporal – lei posterior revoga lei anterior – ou o critério da especialidade – lei especial revoga lei geral – quando for o caso.

Também não se identifica concorrência entre os tratados e convenções e a Constituição Federal, em face de que a superioridade desta se opõe ao princípio de que àqueles se deve respeito e cumprimento (*pacta sunt servanda*).

Finalizando, o eminente jurista colaciona que:

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo de lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (STF. ADI 1480 MC / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(A): min. Celso de Mello. Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-05-2001 Pp-00429 Ement Vol-02031-02 Pp-00213)

Existe, portanto, posição perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) segundo a qual os tratados internacionais comuns, aprovados por decreto legislativo ordinário, em que se exige a maioria simples em cada casa do Congresso Nacional, incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de lei ordinária, independentemente da matéria de que cuidem.

Em nota de rodapé Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012, p. 67) aponta a ausência de disposição constitucional que verse sobre a denúncia dos tratados e convenções internacionais, citando, para corroborar seu raciocínio, José Francisco Rezek (2000, p. 60-61), segundo o qual

[...] a gênese de normas constitucionais costumeiras, numa ordem jurídica encabeçada por constituição escrita - e não exatamente sumária ou concisa -, pressupõe o silêncio, ou, no mínimo, a ambigüidade do diploma fundamental. Assim, a carta se omite de abordar o desfazimento, por denúncia, de compromissos internacionais, e de partilhar, a propósito, a competência dos poderes políticos. Permite, destaque, que um costume constitucional preencha – com muita nitidez, desde 1926 – o espaço normativo vazio.

É de se recusar, porém, ante os termos expressos da Constituição em vigor (artigo 49, I), que se possa falar de um costume autorizador de criação de compromissos internacionais gravosos ao patrimônio nacional.

Os interesses apanhados pela fixação do entendimento de um preceito da Lei Fundamental tendem a ser mais amplos e de projeção estrutural mais avultada, se comparados com os interesses que ordinariamente estão em jogo, quando se cuida de definir normas de setores outros do mundo jurídico. A atividade de interpretação da Constituição, máxime em um Estado de direito democrático, em que a Constituição não é meramente semântica, mas aspira a plena força normativa, se torna, assim, propensa a controvérsias, que se estendem desde as técnicas que lhe são adequadas até os limites a que se deva ater.

O ilustre jurista Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003), em seu magistério, que tanto ensinamento sempre traz, afirma:

Os tratados são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados. As convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, vêem seus atos normativos repercutirem no âmbito interno dos Estados. Este é o caso, por exemplo, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujas convenções aprovadas são submetidas às autoridades competentes dos Estados participantes (por exemplo, devem ser ratificadas pelo Congresso), passando a ter força legal. (p. 233).

A soberania é um poder superior ao qual nenhum outro poder pode se sobrepor e, diante de sua importância para este estudo, será objeto de esclarecimentos no próximo subtópico.

2.1.5 Soberania

No magistério de Marcelo Caetano (1987, p. 169), a soberania consiste em

um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.

De acordo com Jellinek, citado por Jorge Miranda (2002), a existência do Estado não pode prescindir da existência desse poder, que dele emana e que guarda harmonia com o ordenamento do qual se vale para exercê-lo sobre a população de um determinado território, com a finalidade de promover o bem comum.

Dito de outro modo, quando se tem um povo que dispõe desse poder primeiro e que o exerce sobre seu território e seus membros, em obediência aos regulamentos por ele mesmo criados, tem-se um Estado.

Nessa perspectiva, a soberania nada mais representa do que um atributo do Estado, ou, como explicita Kelsen (1995, p. 17 e ss.), citado por Jorge Miranda (2002, p. 225),

[...] a soberania é uma qualidade de Direito, da vontade do Estado considerada como ordem jurídica na sua esfera específica de validade. Um Estado é soberano quando a ordem nele personificada é uma ordem suprema, insuscetível de ulterior fundamentação, quando é uma ordem jurídica total, não parcial.

Conceito dos mais obscuros e controvertidos de que se tem notícia no mundo jurídico, por isso mesmo, dos mais estudados no âmbito da Teoria Geral do Estado, como se depreende da fala do professor Mohamad Mahmoud, para quem “De tão esquadrinhada, [a soberania] culminou por receber tratamentos muito variados, às vezes ao sabor de interesses mais políticos do que científicos.” (2010, p. 22), a soberania é fundamento do próprio conceito de Estado (SILVA, 2001). Uadi Lammêgo Bulos (2010), ao se referir a esse conceito, informa que não comporta gradações – ou o Estado é soberano ou não é.

A Carta Federativa de 1988, em seu artigo 1º, Inciso I, relewa o destaque da soberania:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

[...]

Para o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos (2010), são duas as formas de manifestação da soberania – externa e internamente. No âmbito externo, a soberania tem o condão de impedir que o Brasil “[...] fique à mercê de quaisquer injunções internacionais ou estrangeiras, cerceadoras ou subjugadoras do Direito Interno do País” (p. 497), estabelecendo, portanto, a independência nacional. Em seu território, no entanto, o Estado brasileiro é detentor de autoridade suprema, não sendo tolhido por qualquer outro poder em seu exercício. Nesse diapasão, a soberania abrange os seguintes aspectos:

[...] capacidades de *auto-organização* (poder do Estado de editar suas próprias normas, a começar pela Carta Magna), *autogerenciamento financeiro* (poder do Estado de gerir negócios próprios no âmbito das relações, econômicas – CF, ar. 170, I) e *autogoverno* (poder do Estado de se auto administrar) (BULOS, 2010, p. 497, grifos do autor).

A independência da ordem internacional e a supremacia na ordem interna, portanto, no entendimento de André Ramos Tavares (2008), são os dois elementos considerados inafastáveis da noção tradicional de soberania.

Ocorre que o tempo contribui para flexibilizar as mais petrificadas situações, e com a soberania não podia ser diferente. Regis Fernandes Oliveira (1998) acentua que a soberania já não possui a mesma força vital que lhe era atribuída em épocas passadas, tendo em vista sofrer limitações e relativizações em suas manifestações, tampouco persiste como elemento inafastável da conceituação de Estado, nos moldes professados por Bodin.

Essa percepção já se encontra em Celso Bastos (1995, p. 27) que, em lição balizada, questiona a utilidade do termo soberania para dimensionar o poder do Estado, respondendo, ao mesmo tempo, que restará ultrapassado esse conceito “[...] se por ele entendermos uma quantidade certa de poder que não possa sofrer contraste ou restrição. [Em contrapartida,] Será termo atual se com ele estivermos significando uma qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal”.

Julga-se oportuno tomar emprestados os ensinamentos primorosos de Machado Paupério (1958), que tanto continua a defender a supremacia da vontade do Estado soberano, quanto preconiza a humanização desse conceito para que o “Direito do futuro” possa ser construído tendo como foco e fim “[...] os supremos interesses da Humanidade sem nos esquecermos, contudo, das competências particulares, mas nem por isso menos respeitáveis, dos grupos que integram a comunidade internacional [...]” (p. 186).

Em complemento, assevera o prof. Mohamad Mahmoud (2010, p. 28) que o Estado só poderá exercer seu poder soberano de forma legítima se o fizer intentando a proteção dos direitos. Isso significa dizer que “À medida que o Estado deixa de realizar as tarefas para as quais foi constituído, deixa também de ser protegido pelas prerrogativas da soberania.”.

A questão que toma vulto na atualidade é que a noção de soberania como um poder absoluto vai perdendo espaço em razão da proliferação de acordos internacionais.

Como ensina Reinhold Zippelius (1997), a soberania só cessa quando o Estado perde o poder de decisão. E isso não está longe de ocorrer, no momento presente. Apenas há que se desvendar o caminho que esse poder irá trilhar até se alojar e criar outra instância decisória, outro centro de comando, que tanto pode ser decorrente de uma comunidade de estados como de um estado global, já agora num futuro mais longínquo.

O poder soberano se exerce sobre um território, um dos elementos constitutivos do Estado, sobre o qual se tecerá algumas considerações na sequência.

2.1.6 Território

Viu-se que onde há um poder soberano forçosamente há um Estado e, do mesmo modo, um território. O constitucionalista José Afonso da Silva (2001, p. 102) conceitua território como “[...] o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens”.

Nesse sentido, depreende-se do magistério em comento que o Estado, nos limites de seu território, é absolutamente soberano. Assim, de acordo com as lições de Jorge Miranda (2002), levando-se em conta a noção de território como um espaço jurídico que pertence ao Estado e sobre o qual ele exerce seu poder, tem-se que um Estado alienígena apenas pode atuar de forma impositiva nesse espaço se for previa e formalmente autorizado. Do mesmo modo, o território funciona como uma delimitação da autoridade do Estado diante dos demais.

O professor Mohamad Mahmoud (2010, p. 32-33, grifos do autor), em importante lição, afirma que “A doutrina costuma distinguir entre *soberania territorial*, como titularidade do poder sobre o território, de *supremacia territorial*, como posse do território.”.

Transcreve-se, por pertinência ao tema deste estudo, a definição de território cunhada pelo professor Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 184):

O território nacional – efetivo ou real – compreende: a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas territoriais (fluviais, lacustres e marítimas) e o espaço aéreo correspondente. Entende-se, ainda, como sendo território nacional – por extensão ou flutuante – as embarcações e as aeronaves, por força de uma ficção jurídica.

Sintetizando esse entendimento, Julio Fabbrini Mirabete (1990, p. 73) descreve que “Em sentido estrito, território abrange solo (e subsolo) contínuo e com limites reconhecidos, águas interiores, mar territorial (plataforma continental) e respectivo espaço aéreo.”.

A soberania materializa-se, dentre outras formas por meio do exercício da jurisdição, tema a ser desenvolvido no próximo subtópico. O professor Mohamad Ale Hasan Mahmoud, em seu sempre irretocável magistério, ensina que isso acontece porquanto o mesmo Estado que estabelece as regras está sujeito ao seu cumprimento, para o que disponibiliza o processo. Dessa forma, “O exercício da soberania por meio da jurisdição encontra, pois, seus limites gizados no âmbito de vigência das normas jurídicas [...]” (2010, p. 23).

2.1.7 Jurisdição

Pode-se entender a jurisdição como o meio pelo qual a soberania se manifesta, tanto internamente, de forma absoluta, quanto externamente, restringindo-se diante das limitações havidas em razão dos dispositivos de direito internacional.

De acordo com Antonio Carlos Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco (1995, p 125-127),

[...] a jurisdição que é ao mesmo tempo, poder, função e atividade, foi criada para garantir que as normas de direito material alcançassem resultados práticos. Trata-se da teoria de Chiovenda, segundo a qual a norma concreta nasce antes, e independente do processo.

Juntamente com as funções legislativa e administrativa, a função jurisdicional compõe o poder do Estado e tem como atribuição específica dizer – ou declarar – o direito. Em outras palavras, trata-se de função do Estado que objetiva fazer valer a vontade do direito no caso concreto.

Do mesmo modo que a soberania, a jurisdição foi atingida, em sua essência, com a relativização desse conceito, resultando em alterações na forma como o Estado tratava seus membros, que antes só a ele dizia respeito, por se tratar de questão de jurisdição local, em decorrência de seu poder soberano.

2.1.8 Lei penal no espaço

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2007, p. 106), "o estudo da lei penal no espaço visa a descobrir qual é o âmbito territorial de aplicação da lei penal brasileira bem como de que forma o Brasil se relaciona com outros países em matéria penal". A relevância de se determinar o lugar exato em que o delito teve ocorrência está em que o conhecimento desse fato permite identificar quem é competente para processá-lo e julgá-lo.

O professor Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 184), em lição balizada afirma que "a lei penal, em decorrência do princípio da soberania, vige em todo o território de um Estado politicamente organizado".

Acerca do conceito de territorialidade, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 76) observa que diz respeito "[...] à aplicação das leis brasileiras aos delitos cometidos dentro do território nacional [...]", a critério do Estado.

Sobre o princípio da territorialidade, um dos que rege a aplicação da lei no espaço, sempre são claras as palavras do mestre Damásio de Jesus (2008, p. 184), para quem "[...] a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a determinou, sem atender à nacionalidade do sujeito ativo do delito ou do titular do bem jurídico lesado". Esse princípio também recebe a denominação de *princípio territorial exclusivo ou absoluto*, por excluir a aplicação da lei penal de um determinado país fora dos limites do seu território.

O criminalista brasileiro explica que, caso não fosse levado em conta esse princípio, restaria excluída a função intimativa da pena e se poria em risco a função punitiva do Estado, que não admite a interferência de terceiros "dentro de casa", por força de sua soberania. Dada a rigidez desse critério, as legislações penais permitem a aplicação de outros princípios como forma de mitigar o seu rigor, desde que o princípio da territorialidade prevaleça como fundamental (JESUS, 2008).

Assim, aponta-se como outro dos princípios regulamentadores da lei penal ao espaço o princípio da justiça universal ou cosmopolita,

[...] característico da cooperação penal internacional, porque permite a punição, por todos os Estados, de todos os crimes que forem objeto de tratados e de convenções internacionais. Aplica-se a lei nacional a todos os fatos puníveis, sem levar em conta o lugar do delito, a nacionalidade de seu autor ou do bem jurídico lesado (ex. art. 7º, II, a do CP). A competência aqui é firmada pelo critério da prevenção. (BITENCOURT, 2009, p. 176).

O Brasil pode, se assim for de seu interesse, abrir mão da aplicação do princípio da territorialidade por meio da subscrição a um tratado internacional, como efetivamente o fez, por ocasião da assinatura da Convenção de Viena que trata das imunidades diplomáticas, de forma que nenhum diplomata que cometa crime no País será preso ou processado em território nacional, o que constitui uma exceção à regra (NUCCI, 2006).

A noção de território nacional, espaço sobre o qual o Brasil exerce a sua soberania, abrange o solo propriamente dito e os espaços aéreo, marítimo e fluvial, estes últimos considerados bens públicos, cuja definição e principais aspectos serão apresentados a seguir.

2.1.9 Bens públicos nacionais

Os entes públicos, assim como os particulares, são também titulares de propriedade. Alguns bens são públicos por natureza ou definição constitucional, como as vias de circulação, praças, logradouros, o mar territorial, os terrenos de marinha, as águas de forma geral, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 98, define bens públicos como “[...] os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Importa citar o ordenamento constitutivo dos bens públicos à luz do Código Civil pátrio, preconizado no artigo 99:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A Constituição admite expressamente o exercício de atividade econômica por parte do Estado, desde que destinada a atender aos imperativos de segurança

nacional ou relevante interesse coletivo, mesmo nas áreas elencadas no rol de bens públicos, na forma do preconizado em seu artigo 173, o que envolve necessariamente a titularidade de bens por parte do Poder Público.

Consagra-se, igualmente, que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantindo-se ao concessionário o produto da lavra, como disposto no artigo 176 da Carta Magna.

Em qualquer matiz que se analise o que vem a ser definido como Bens públicos, sempre será observado o princípio da supremacia do interesse público, que "[...] proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último" (MELLO, 2009, p. 69), que não se encontra enunciado no Texto Constitucional, mas extrai-se da conformação do Brasil como Estado Democrático de Direito e da adoção da representação política como princípio.

Encerra-se, nesta ocasião, a discussão dos aspectos constitucionais mais relevantes para a tese em curso e passa-se, no próximo tópico, a tratar mais especificamente do objeto deste estudo, a Convenção de Montego Bay e suas disposições, com destaque para as implicações de sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro à soberania nacional, em especial, na ZEE.

2.2 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR – CONVENÇÃO DA JAMAICA – MONTEGO BAY/1982

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) foi celebrada na cidade de Montego Bay, na Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Participaram da conferência mais de 160 Estados. O principal objetivo da Convenção era a definição do mar territorial, da zona econômica exclusiva, da plataforma continental e dos principais aspectos da exploração dos recursos naturais do mar, como os recursos vivos, os do solo e os de subsolo. Também foi criado o Tribunal Internacional do Direito do Mar.

Para atingir seu objetivo principal, e levando em consideração o respeito à soberania dos Estados, a Convenção estabeleceu o regime jurídico relativo a três faixas marítimas: o mar territorial, a zona contígua e a zona econômica exclusiva.

Definiu, ainda, normas relativas a estreitos utilizados para navegações, águas dos arquipélagos-estados e outras situações.

Em vigor no Brasil por intermédio do Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995, a Convenção das Nações Unidas foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional apenas 13 anos após a sua assinatura e sete anos depois da promulgação da Carta Federativa de 1988.

Para a devida abordagem e necessária análise dos aspectos que envolvem a adoção da Convenção da Jamaica – Montego Bay pelo ordenamento jurídico pátrio, lapidar é a lição do professor Mohamad Ale Hasan Mahmoud (2010, p. 83-84):

Retrocedemos um pouco no tempo para melhor compreender, cronologicamente, as alterações no espectro de atuação do nosso ordenamento jurídico relativamente às diversas faixas marítimas. Com o Decreto-lei n. 1.098/70, o Brasil alinhou-se com outras nações da América Latina que vinham buscando maximizar a extração de recursos em suas costas, estabelecendo-se, então, que o nosso mar territorial alcançaria duzentas milhas marítimas. Contudo, com o advento da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, o Brasil viu-se na necessidade de restringir o seu mar territorial até doze milhas marítimas, acolhendo a existência da zona econômica exclusiva. Então, notamos que o universo axiológico brasileiro era plenamente tutelado até duzentas milhas marítimas, mas a fim de ajustar-se à nova ordem *jusmaritima*, o ordenamento jurídico nacional manteve a tutela de um trecho da constelação dos valores, encolhendo a defesa no tocante a tantos outros, até mais importantes, enfocando-se, ao menos, os respectivos preceitos secundários que cominam penas mais graves a outros delitos.

Acrescente-se que, enquanto Brasil, Chile, Peru e Argentina alteram os limites territoriais dos seus respectivos mares territoriais, os Estados Unidos não ratificam a CNUDM, permanecendo com um mar territorial de 200 milhas marítimas de extensão.

Da lição de José Carlos Magalhães (1999, p. 54), que leciona sobre Direito Internacional, se extrai que

[...] a Convenção de Montego Bay acabou por rever todo o Direito do Mar, estabelecendo normas que resguardam e atendem tais aspirações [de comunidade nacional coincidentes com as da comunidade internacional] [...] claro, assim, que os atos unilaterais dos Estados, que visam alterar o direito internacional, provocam o nascimento de controvérsia, diante das pretensões que encerram, conflitantes com as de outros países, nem sempre concordes com as modificações, tal com propostas. Daí a necessidade de analisá-las sob a ótica do interesse maior da humanidade, que deve prevalecer sobre os interesses particulares de determinado Estado. [...] A coincidência das aspirações seria o maior aproveitamento econômico e a proteção do meio marinho contra a exploração predatória, como o alegado pelo Brasil quando do aprisionamento de navios pesqueiros de lagostas franceses, nas nossas costas.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) fixou a extensão do mar territorial em 12 milhas marítimas e, ao ratificá-la, o Brasil recuou em 188 milhas marítimas nesse espaço, avanço obtido com o Decreto-lei nº 1.098/70, que estabeleceu o alcance de 200 milhas marítimas para o mar territorial brasileiro.

Art. 3 Largura do mar territorial

Todo Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse 12 milhas.

Na esteira da Convenção das Nações Unidas, da qual o Brasil foi signatário em 1982, o presidente Itamar Franco sancionou a Lei nº 8.617, em 4 de janeiro de 1993, que disciplina o mar territorial pátrio:

Art. 1º O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.

Parágrafo único. Nos locais em que a costa apresente recortes profundos e reentrâncias ou em que exista uma franja de ilhas ao longo da costa na sua proximidade imediata, será adotado o método das linhas base retas, ligando pontos apropriados, para o traçado da linha base, a partir da qual será medida a extensão do mar territorial.

Art. 2º A soberania do Brasil estende-se ao mar territorial, ao espaço aéreo sobrejacente, bem como ao seu leito e subsolo.

Com o fim de apresentar a cronologia temporal do ordenamento jurídico a respeito do mar territorial tem-se a seguinte ordem de entrada em vigor de cada regramento (Quadro 2):

Quadro 2 – Ordem de entrada em vigor dos normativos relativos ao mar territorial

Ato Jurídico	Número do ato	Entrada em vigor	Objeto do ato
Decreto-Lei	1.098/70	1970	Disciplina o mar territorial em 200 milhas
Decreto Legislativo	05/1987	16/11/1994	Aprova a Convenção das Nações Unidas da Jamaica, assinada em Montego Bay
Lei ordinária	8.617/93	1993	Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma brasileira
Decreto Legislativo	1.530/95	1995	Declara a entrada em vigor da Convenção da Jamaica
Lei Ordinária	9.605/98	1998	Dispõe sobre as sanções administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente

Fonte: Elaboração própria (2014).

Da simples leitura deduz-se, com clareza irretocável, que o Brasil, antes da promulgação da Carta Federativa, por meio de Decreto Legislativo, conferiu vigor jurídico à Convenção da Jamaica, subscrita em 1982, com um lapso temporal de cinco anos para que a pudesse ser aceita no ordenamento jurídico nacional, e que se levou, na verdade, 11 anos para se estabelecer com clareza o que vinha a ser disposto acerca da largura do mar territorial brasileiro. Importante que entre o primeiro ato jurídico e os demais houve a promulgação da Carta Federativa, em 1998.

Vale destacar o que disciplina a Carta Magna brasileira a respeito dos tratados internacionais

Art. 49 É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordo ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A dicotomia se faz necessária para que se entenda que o patrimônio nacional está diretamente inserido no que vem a ser considerado bens da União:

Art. 20. São bens da União (EC n.º 46/2005)

[...]

VI – o mar territorial;

[...]

A questão passa então a ser analisada, de *per si*, a partir do que vem a ser o Estado, e do que a ele se subordina.

Em sempre preciosa lição, o ilustre ministro Francisco Rezek (2008, p. 224) define com quilate o que se entende por Estado e sua relação com a ordem internacional.

Identificamos o Estado quando seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo.

Em trabalho apresentado na Área XVII – Segurança e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, o consultor legislativo João Ricardo Carvalho de Souza

(2001) assim define os principais regimes jurídicos adotados pela Convenção da Jamaica – Montego Bay:

- a) Mar territorial de 12 milhas marítimas de extensão;
- b) Linha de base normal consistente na linha de baixa-mar (ou de maré mais baixa) que algumas cartas náuticas que os Estados reconhecem oficialmente sinalizam;
- c) Soberania do Estado “[...] **em relação à faixa correspondente ao seu mar territorial**, bem como em relação **ao espaço aéreo sobre o mar territorial e ao leito e subsolo sob o mar territorial.**” (grifos nossos);
- d) Zona Contígua de 24 milhas marítimas de extensão, contadas a partir da mesma linha de base utilizada para demarcar o mar territorial, no âmbito da qual é permitido ao Estado fiscalizar o que ocorre em seu território e mar territorial “[...] para prevenir e sancionar infrações às suas leis [...]e reprimir infrações às leis e regulamentos no seu território ou no seu mar territorial (art. 22.1 “a” e “b”), o que inclui leis penais e ambientais”.
- e) Zona Econômica Exclusiva de 200 milhas marítimas de extensão, mensuradas da mesma forma que as das outras faixas;
- f) Na ZEE, de acordo com a Convenção, o Estado costeiro detém direitos soberanos sobre a exploração, o aproveitamento, a conservação e a gestão dos recursos naturais, renováveis ou não, das águas, do leito do mar e de seu subsolo (artigo 56, 1, “a” CNUDM), e exerce jurisdição no tocante à colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, à investigação científica marinha e à proteção ao meio marinho (“c”), sendo permitido aos demais navegar, sobrevoar e colocar cabos e oleodutos submarinos livremente (artigo 58, 1, CNUDM) em toda a sua extensão real de 188 milhas marítimas, podendo, ainda, obter acesso ao aproveitamento de recursos vivos que excedam a capacidade dos Estados costeiros de captura (artigo 62, CNUDM).

O consultor conclui sua explanação afirmando que a soberania que o Estado brasileiro exerce sobre seu mar territorial é relativizada em face da passagem inocente, denominação que recebe o direito de que as embarcações de todo o mundo gozam de navegar nessa área, desde que o façam de forma contínua e rápida e sem prejuízo à paz, à boa ordem ou à segurança nacional.

2.2.1 Zona Econômica Exclusiva

Celso de Albuquerque Mello (2004) analisa com simetria a Natureza Jurídica da Zona Econômica Exclusiva, objeto de polêmica mesmo estando consagrada na Convenção de 1982, que não se pretende reproduzir neste texto. Trata-se, aqui, apenas de apresentar algumas das muitas afirmações colhidas pelo jurista em seus estudos, descrevendo-a como zona de natureza *sui generis*, prolongamento do mar territorial adjacente, espaço marítimo independente, que nem se enquadra como mar territorial, tampouco como alto-mar.

A Convenção estabeleceu que o Brasil exerce soberania sobre essa área, que, no entanto, não se manifesta plenamente, o que daria ensejo ao seu enquadramento como pertencente ao alto-mar. Ocorre que o mesmo ato internacional exclui a ZEE do alto-mar, criando, dessa forma, um espaço marítimo independente, *sui generis*.

Celso de Albuquerque Mello (2004, p. 1.023) cita Queneudec, para quem

a natureza da zona econômica vai depender da atividade que for enfocada: a) do ponto de vista dos recursos, ela é patrimônio do Estado; b) do ponto de vista da navegação, ela é alto-mar; c) do ponto de vista da pesquisa e proteção do meio marinho, ela é um complemento dos direitos do Estado sobre os recursos, mas o Estado não tem uma competência territorial. Nas comunidades Européias tem-se considerado a zona econômica como incluída no território dos Estados-membros.

Na esteira das colocações de Celso de Albuquerque Mello, Mohamad Mahmoud (2010, p. 40-41), citando Jete Jane Fiorati, ensina que

A despeito da discussão existente entre territorialistas e zonistas, os primeiros a defender a inclusão da zona econômica exclusiva como parte do território e, os segundos, como um trecho geográfico apartado, verificamos que prepondera, entre os internacionalistas, o entendimento, à luz de uma interpretação autêntica decorrente dos debates dos convencionais de Montego Bay, que se trata de um espaço marítimo independente, materializando-se em um regime jurídico "sui generis".

Arremata o professor Mohamad Mahmoud (2010) confirmando a inexistência, nos regramentos pátrios, de disposições penais que se debrucem especificamente sobre a ZEE, constatando apenas a utilização da expressão águas jurisdicionais, que já teria sido empregada como substituta para mar territorial, até o ano de 1993, quando a Lei nº 8.617, publicada em 4 de janeiro, desfez a confusão terminológica em comento ao abraçar algumas das determinações da CNUDM. O entendimento

outrora vigente de que a expressão águas jurisdicionais poderia ser sinônima de mar territorial é afastado pelo magistério do professor, sob o argumento de que, em se agindo de forma diferente, "[...] abastardar-se-ia o conteúdo da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e o teor do art. 8º da Lei nº 8.617/93, que estabelecem que o Brasil dispõe de jurisdição para preservação do meio marinho [...]" (p. 41).

Em entendimento sublimar o professor Mohamad Mahmoud (2010) considera, à luz dos incisos V e VI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, que a ZEE não pertence ao Estado brasileiro, constituindo bens da União, apenas, "[...] V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; [e] VI - o mar territorial; [...]". Nesse sentido, a ZEE seria, na verdade, área pertencente à humanidade como um todo, na qual o Brasil possuiria direitos de soberania e jurisdição, embora restritos.

De acordo com Maria Helena Rolim (1998), os direitos de soberania encontrados na CNUDM, longe de representarem os conceitos de soberania como poder absoluto do Estado sobre seu povo e seu território já aqui estudados, dizem respeito a negociações movidas por interesses econômicos que exercem pressão sobre o Direito, relativizando-o. Sobre esses direitos, tecem-se algumas considerações no próximo tópico.

2.2.2 Direitos de soberania e jurisdição no âmbito da ZEE

A CNUDM, em seu artigo 55, refere-se a um regime jurídico específico estabelecido para a ZEE, em que tanto os direitos e a jurisdição do Estado costeiro, quanto os direitos e liberdades dos demais Estados, são disciplinados pela Convenção.

O artigo 56 elenca os direitos, a jurisdição e os deveres do Estado costeiro na ZEE, fixando, no primeiro momento, seus direitos de soberania para exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais, vivos ou não, encontrados nas águas sobrejacentes ao leito do mar, no leito do mar e seu subsolo, e exploração e aproveitamento da ZEE para fins econômicos em atividades como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos, e, na continuidade, o exercício de jurisdição no tocante à colocação e utilização de ilhas

artificiais, instalações e estruturas, à investigação científica marinha e à proteção e preservação do meio marinho.

De acordo com o magistério do professor Mohamad Mahmoud (2010, p. 43, grifos do autor):

[...] de pronto, notamos que a Convenção criou uma distinção entre *direitos de soberania e jurisdição*. Dá-se a entender que dispõe o Estado costeiro de poder soberano no que se refere à tutela econômica relativa aos frutos que a natureza ali lhe fornece. Por outro lado, verificamos que, afora a exploração e exploração de recursos vivos e não vivos, o Estado deteria apenas a jurisdição, sem competência regulamentar, sobre a pesquisa científica marinha e a preservação do ambiente marinho. Apesar de haver entendimento em outro sentido, esta é a posição adotada por Jete Jane Fiorati.

Portanto, teria razão Fiorati (1990) quando afirma que o país costeiro não tem competência regulamentar, no sentido de que não lhe é possível editar leis (comandos normativos superiores, criadores de regras novas), remanescendo, entretanto, apenas poder para editar normas que esmiúcem comandos oriundos de conferências diplomáticas ou das organizações internacionais competentes.

Eliane M. Octaviano Martins (2004, p. 103-104) esclarece que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar estabeleceu uma "gradação decrescente, nos direitos do Estado costeiro [...] [resultando em que] a soberania do Estado costeiro na zona econômica exclusiva é de índole finalística: só diz respeito ao aproveitamento econômico exclusivo e à jurisdição preservacionista e investigatória".

A limitação constante da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, relativa à ausência de "poder regulamentar" acerca de questões científicas e da proteção ambiental, não se encontra reproduzida, ao menos não de maneira idêntica, na Lei nº 8.617/93. Consta expressamente em seu artigo 8º que, na zona econômica exclusiva, "[...] o Brasil, no exercício de sua jurisdição, tem o direito exclusivo de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marítimo, bem como a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas".

Verifica-se, pois, a existência de conflito entre as duas normas que se encontram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, caso se entenda que a locução "direito exclusivo de regulamentar" represente a capacidade de o Estado brasileiro legislar sobre proteção ambiental e investigação científica na zona econômica exclusiva. Em sendo assim, justifica-se a distinção entre *direitos de*

soberania e jurisdição, à luz do conteúdo do artigo 8º da Lei nº 8.617/93 e do artigo 56 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, justamente porque, de acordo com a Convenção, claramente o Estado não teria ampla capacidade de editar normas sobre proteção ambiental e investigação científica, podendo apenas aplicar o direito, remanescendo na dependência da edição de normas internacionais para, somente, poder editar normas secundárias.

A respeito do conflito entre tais normas vale reforçar, com cuidado, a sua sucessão cronológica. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar foi elaborada mais de dez anos antes que a Lei nº 8.617/93. No entanto, o diploma internacional somente ingressa no ordenamento jurídico dois anos após, por meio do Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995.

Assim, a prevalecer o cânone de que a lei posterior revoga a anterior, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar teria revogado a Lei nº 8.617/93. Fica então confirmada a impossibilidade de o Brasil regulamentar a pesquisa científica marinha e a proteção dos recursos marinhos presentes na zona econômica exclusiva.

No esforço para entendimento da questão é preciso examinar a relação entre os textos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e os ordenamentos nacionais. Assim, tem-se que consta do artigo 193 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Brasil, 2010) o seguinte:

ARTIGO 193

Direito de soberania dos Estados para aproveitar os seus recursos naturais.

Os Estados têm o direito de soberania para aproveitar os seus recursos naturais de acordo com a sua política em matéria de meio ambiente e de conformidade com o seu dever de proteger e preservar o meio marinho.

Logo em seguida, transcreve-se o artigo 211 do mesmo Ato Internacional:

ARTIGO 211

Poluição proveniente de embarcações.

[...]

5. Os Estados costeiros podem, para fins de execução do estabelecido na seção 6, adotar relativamente às suas zonas econômicas exclusivas, leis e regulamento para prevenir, reduzir e controlar a poluição proveniente de embarcações, de conformidade com e em aplicação das regras e normas internacionais geralmente aceitas estabelecidas por intermédio da organização internacional competente ou de uma conferência diplomática geral.

De acordo com Mohamad Mahmoud (2010), a impressão que se tem com a análise desses últimos comandos é que oferecem ao Estado costeiro a possibilidade de criar normas para tutelar os recursos do meio ambiente marinho, resultando em conflito com o artigo 56, por força da dicotomia direitos de soberania e jurisdição, já estudada. Na prática, o que ocorre é que, com base em outras disposições do Tratado em estudo, verifica-se que o Estado costeiro somente é autorizado a internalizar o regramento oriundo de organizações internacionais, a exemplo do que se encontra no artigo 220, 3:

ARTIGO 220

Execução pelos Estados costeiros

[...]

3. Quando um Estado tiver motivos sérios para acreditar que uma embarcação que navegue na sua zona econômica exclusiva ou no seu mar territorial cometeu, na zona econômica exclusiva, uma violação das regras e normas internacionais aplicáveis para prevenir, reduzir e controlar a poluição proveniente de embarcações ou das leis e regulamentos desse Estado adotadas de conformidade com e que apliquem tais regras e normas, esse Estado pode exigir à embarcação que forneça informações sobre a sua identidade e o porto de registro, a sua última e próxima escala, e outras informações pertinentes, necessárias para determinar se foi cometida uma infração.

Nesse sentido, cresce o entendimento de que não é possível ao Brasil editar normas específicas destinadas a tutelar os recursos marinhos que se encontram na ZEE, mas tão somente adotar as que vierem dispostas em atos internacionais (MAHMOUD, 2010).

O professor, em magistério irretocável, tende a crer que a medida de estabelecer uma reserva jurisdicional teria como objetivo impedir a aplicação dos comandos penais de forma branda, pelos Estados costeiros, em crimes ambientais, e a crítica, na medida em que acredita que “[...] na lacuna de comando internacional, a incriminação com uma pena pequena seria uma melhor tutela do que o vácuo legislativo. A não ser que se trate de cominação tão irrisória que possa levar a descrédito tanto o Direito quanto a Justiça Criminal do Estado costeiro” (MAHMOUD, 2010, p. 50).

Passa-se, na sequência a analisar o disposto nos artigos 60, 2 e 208, 1 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar na zona econômica exclusiva, transcritos na sequência:

ARTIGO 60

Ilhas artificiais, instalações e estruturas na zona econômica exclusiva

[...]

2. O Estado costeiro tem jurisdição exclusiva sobre essas ilhas artificiais, instalações e estruturas, incluindo jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e de segurança.

ARTIGO 208

Poluição proveniente de atividades relativas aos fundos marinhos sob jurisdição nacional

1. Os Estados costeiros devem adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, proveniente direta ou indiretamente de atividades relativas aos fundos marinhos sob sua jurisdição e proveniente de ilhas artificiais, instalações e estruturas sob sua jurisdição, nos termos dos artigos 60 e 80.

[...]

Evidencia-se, como bem assevera o professor Mohamed Mahmoud (2010), que os Estados costeiros, também aqui, não são detentores de direitos de soberania, somente jurisdição, o que implica permissão para produzirem regramento protetivo destinado aos espaços a que se destinam, embora não possam fazê-lo especificamente para o espaço ocupado pelas ilhas artificiais, instalações e estruturas. De todo modo é-lhes permitido, em caso de constatação de prática de ilícitos penais, determinar que a embarcação se desloque para o mar territorial para que seja fiscalizada. Nesse caso, a incidência da lei penal só ocorrerá nas situações previstas no artigo 27 da CNUDM, transcrito *in verbis*:

ARTIGO 27

Jurisdição penal a bordo de navio estrangeiro

1. A jurisdição penal do Estado costeiro não será exercida a bordo de navio estrangeiro que passe pelo mar territorial com o fim de deter qualquer pessoa ou de realizar qualquer investigação, com relação à infração criminal cometida a bordo desse navio durante a sua passagem, salvo nos seguintes casos:

- a) se a infração criminal tiver conseqüências para o Estado costeiro;
 - b) se a infração criminal for de tal natureza que possa perturbar a paz do país ou a ordem no mar territorial;
 - c) se a assistência das autoridades locais tiver sido solicitada pelo capitão do navio ou pelo representante diplomático ou funcionário consular do Estado de bandeira;
- ou
- d) se essas medidas forem necessárias para a repressão do tráfico ilícito de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas.

Jete Jane Fiorati (1990) discorre sobre a diferença entre a zona econômica exclusiva e a zona contígua, atribuindo-a aos papéis exercidos pelo Estado em cada uma. Assim, enquanto na zona contígua o Estado é detentor de poderes tendentes à tutela de sua segurança, no âmbito da zona econômica exclusiva sua atuação se restringe à exploração e exploração de recursos vivos e minérios do mar, função, portanto, eminentemente econômica.

Acerca da natureza jurídica da ZEE, a conclusão a que chega o professor Mohamad Mahmoud (2010) é que se trata de um trecho geográfico que apresenta conformação jurídica *sui generis*, o que dificulta sobremaneira o seu enquadramento numa ou noutra categoria jurídica já doutrinariamente consagrada.

Por outro lado, arrematando todo o exposto com maestria singular, com especial atenção ao dispositivo constante no artigo 20 da Constituição Federal de 1988, o artigo em apreço decreta "[...] que a zona econômica exclusiva encontra-se fora do nosso território nacional, mas com ele mantém relações jurídicas, mais ou menos intensas, a depender da matéria disciplinada" (MAHMOUD, 2010, p. 57).

Em síntese, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar inseriu no ordenamento jurídico nacional um novel conceito de zona econômica exclusiva, que resultou na ressignificação do conceito de soberania e na emergência de situações conflitantes entre direitos de soberania e jurisdição, contribuindo, também, para dificultar a fixação de sua natureza jurídica.

Nessa perspectiva, o que efetivamente acontece é que a soberania brasileira sobre a ZEE é apenas uma sombra do que deveria ser, o que compromete, só para mencionar um exemplo, a exploração do pré-sal, que vai requerer vultosos investimentos sem que se detenha a segurança jurídica necessária para poder dispor dos frutos dessa exploração, porquanto a Convenção permite que outros Estados também possam pesquisar em sua ZEE.

Uma Convenção, há que se convir, elaborada na esteira do "jurismo"² de Nestor Duarte (1939, p. 221-222), citado por Raymundo Faoro (1975, p. 744), que se constrói, ora de forma desproporcional, ora artificialmente, no vazio, no vácuo. Para Balmaceda, "A base são teses, e não fatos; o material, idéias, e não homens; a

² O jurismo de Nestor Duarte, do mesmo modo "como o amor a concepções doutrinárias, com que modelamos nossas constituições e procuramos seguir as formas políticas adotadas, é bem a demonstração do esforço por construir com a lei, antes dos fatos, uma ordem política e uma vida pública que os costumes, a tradição e os antecedentes históricos não formaram, nem tiveram tempo de sedimentar e cristalizar". (1939, p. 221-222 *apud* FAORO, 1975, p. 744).

situação, o mundo, e não o país; os habitantes, as gerações futuras, e não as atuais." (1949, p. 17 apud FAORO, 1975, p. 744), tendo por finalidade primeira o atendimento à modernização e ao desenvolvimento do país, em detrimento das reais necessidades dos indivíduos.

3 ESTUDO DE CASO: APREENSÃO DO BARCO DE PESCA (BP) *SOUTHERN STAR* 136 EM 20/10/2004

Neste capítulo, apresentam-se a trilha metodológica percorrida para a elaboração e aplicação do estudo de caso e os resultados obtidos, devidamente sistematizados, seguidos da análise respectiva.

3.1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Essa etapa do trabalho acadêmico reveste-se da maior importância, porquanto oportuniza que o conhecimento, fim primordial de qualquer investigação que se propõe científica, possa ser alcançado de modo sistematizado e em obediência ao rigor metodológico necessário a sua legitimação pela comunidade científica.

Consiste em descrever, do modo mais detalhado possível, cada um dos procedimentos, dentre os muitos existentes, adotados para o atingimento dos objetivos destinados a lançar luz sobre os questionamentos que a realidade social em que se insere duplamente este pesquisador (como acadêmico e futuro operador do Direito e como Secretário do Conselho de Autoridade Portuária da Companhia Docas do Rio Grande do Norte - Codern) suscitou. Esses questionamentos, também denominados de problemas, importa esclarecer, consistem na base de qualquer discussão científica e emergem em razão da existência de várias teorias desenvolvidas acerca da mesma temática, que conflituam entre si (POPPER, 1975 apud VERGARA, 2004), sendo solucionados pela via da pesquisa, como esclarece Vergara (2004, p. 21):

A afirmação de que da formulação de um problema científico depende a construção de dissertações e teses significa que: (a) dissertações e teses, bem como relatórios de pesquisa em geral, surgem da existência de problemas científicos, porque dissertações, teses, monografias, relatórios de pesquisa em geral são as respostas a esses problemas; [...]

O conjunto desses procedimentos compõe o que os vários autores que se dedicam ao seu estudo denominam de "método científico", considerando-o o caminho, o guia, a trilha que vai possibilitar o estudo racional e sistemático dos

referidos questionamentos mediante a realização de uma pesquisa (GIL, 2002; MINAYO, 2010; VERGARA, 2004, 2005).

Cervo e Bervian (2002, p. 23) definem método como “[...] a ordem que se deve impor aos diferentes processos necessários para atingir um fim dado ou um resultado desejado [...]”, acrescentando que no âmbito das ciências “[...] entende-se por método o conjunto de processos que o espírito humano deve empregar na investigação e demonstração da verdade”, esclarecendo que sua abrangência e especificidade vão depender da pesquisa que se deseja empreender.

Na continuidade, apresentam-se a tipologia da pesquisa que se identificou como a mais adequada para a obtenção das informações desejadas, sua classificação quanto aos objetivos e o delineamento, as fontes e os instrumentos elaborados para a coleta de dados, bem como as unidades, categorias e procedimentos para a análise desses dados.

3.1.1 Tipologia da pesquisa

A compreensão da realidade vivenciada pelos humanos em suas interações sociais constitui o fim maior da Ciência Social (MINAYO, 2010) e objeto deste estudo, porquanto se dedica a investigar, a partir da análise de um caso real, a forma como o Direito, ciência eminentemente social, cuja existência se justifica na dinâmica perene de condicionar o comportamento social e ser por ele condicionado, de modo a dotar os indivíduos do regramento necessário à solução dos conflitos por eles mesmos deflagrados, vem interferindo nas relações entre as nações e os indivíduos que se dedicam a atividades marinhas.

De acordo com Minayo (2010), o fato de a realidade, por sua riqueza de conteúdo e diversidade de modelos e configurações situacionais, impossibilitar que qualquer teoria, pensamento ou discurso que se produza com o intuito de explicá-la dela dê conta adequadamente, a torna apta a ser objeto de estudo da pesquisa social, de cunho essencialmente qualitativo.

A adoção de uma pesquisa qualitativa para o estudo da temática relativa à soberania e jurisdição de uma nação sobre os mares que a circundam apoia-se, entre outros aspectos, no fato de que a realidade vigente, em que se evidencia a “pluralização de estilos de vida e de padrões de interpretação” (FLICK, 2004, p. 21),

favorece a conformação de novos contextos e perspectivas sociais com os quais os pesquisadores sociais não estão familiarizados e cujo manuseio requer o abandono dos métodos tradicionais de investigação e a sua substituição “[...] por métodos tão abertos que façam justiça à complexidade do objeto em estudo” (p. 21). O autor, no mesmo entendimento já aqui descrito de Cervo e Bervian (2002), considera que o “[...] objeto em estudo é o fator determinante para a escolha de um método e não o contrário” (FLICK, 2004, p. 21).

Também se considera relevante a utilização desse tipo de pesquisa para o estudo em questão por sua orientação “[...] para a análise de casos concretos em sua particularidade temporal e local, partindo das expressões e atividades das pessoas em seus contextos locais” (FLICK, 2004, p. 28).

Além da classificação das pesquisas a partir de sua natureza, vários autores estabelecem o seu enquadramento com base em critérios próprios. Interessa a este estudo a classificação proposta por Vergara (2004), que se apoia em dois critérios básicos, os objetivos que as norteiam e os meios de que se valem para a obtenção dos dados, para subdividi-las da seguinte forma (Quadro 3):

Quadro 3 – Tipos de Pesquisa

Tipos de Pesquisa	
Quanto aos fins a que se destina	Quanto aos meios de investigação
a) exploratória;	a) pesquisa de campo;
b) descritiva;	b) pesquisa de laboratório;
c) explicativa;	c) documental;
d) metodológica;	d) bibliográfica;
e) aplicada;	e) experimental;
f) intervencionista.	f) <i>ex post facto</i> ;
	g) participante;
	h) pesquisa-ação;
	i) estudo de caso.

Fonte: Vergara (2004, p. 46-47).

Esta pesquisa, quanto aos objetivos, consiste em um estudo exploratório-descritivo, que se utiliza dos meios de investigação bibliográfico, documental e estudo de caso para a coleta dos dados necessários à solução dos problemas propostos, pelas razões que se apresentam na sequência.

O estudo é exploratório porquanto destinado a dotar o pesquisador de maiores informações acerca do fenômeno observado, a familiarizá-lo com o problema.

É descritivo, porque permite a exposição de características de determinado fenômeno sem, no entanto, o compromisso de explicá-lo. Os dados coletados podem oportunizar a realização de um estudo de caso sobre determinada situação, sem que o pesquisador interfira na realidade estudada. Marconi e Lakatos (1999, p. 87), no tocante aos estudos exploratório-descritivos combinados, caso deste estudo, afirmam que consistem em:

[...] estudos exploratórios que têm por objetivo descrever completamente determinado fenômeno, como por exemplo o estudo de um caso para o qual são realizadas análises empíricas e teóricas. Podem ser encontradas tanto descrições quantitativas e/ou qualitativas quanto acumulação de informações detalhadas como as obtidas por intermédio da observação participante. Dá-se precedência ao caráter representativo sistemático e, em consequência, os procedimentos de amostragem são flexíveis; [...]

No tocante ao seu delineamento, consistente no planejamento da pesquisa envolvendo cada uma das etapas a serem cumpridas, dentre as quais a mais significativa é a relativa aos procedimentos definidos para a realização da coleta de dados (GIL, 2002), este estudo é bibliográfico, porquanto se realiza sobre tudo aquilo que já foi produzido e tornado público a respeito do tema, sobretudo no âmbito da doutrina, legislação e jurisprudência, de modo a permitir ao pesquisador tanto solucionar problemas ainda não resolvidos, quanto se aventurar por áreas nas quais não se encontrem tão enraizados. Importa, por pertinência, transcrever o entendimento de Lakatos e Marconi (1991, p. 183) sobre a pesquisa bibliográfica, defendendo-a como não consistindo em "[...] mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia[ndo] o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras", ao contrário do que ainda se acredita.

É documental, em razão de que a coleta dos dados restringe-se a documentos jurídicos, como os autos do Inquérito Administrativo instaurado pela Capitania dos Portos do Estado do Rio Grande do Norte (Portaria nº 33, de 25 de outubro de 2004), que documentou a situação sobre a qual recai o estudo. Gil (2002) observa como vantagens da pesquisa documental o fato de os documentos representarem fonte substancial e estável de dados, o seu custo reduzido e a não

obrigatoriedade de manutenção de contato com sujeitos, embora, por outro lado, não possuam representatividade e sejam marcados pela subjetividade. No mesmo sentido apresenta-se o entendimento de Lakatos e Marconi (1991, p. 178), para quem os documentos oficiais, embora constituam a fonte mais fidedigna de dados, devem ser manuseados com bastante cuidado por parte do pesquisador, tendo em vista que não exerce controle algum sobre a forma como foram produzidos, razão pela qual deve "[...] não só selecionar o que lhe interessa, como também interpretar e comparar o material, para torná-lo utilizável".

E é mediado pelo estudo de caso, considerado por Vergara (2004, p. 49) como aquele "[...] circunscrito a uma ou poucas unidades, entendidas essas como pessoa, família, produto, empresa, órgão público, comunidade ou mesmo país [...] [que] Tem caráter de profundidade e detalhamento [...] [e] Pode ou não ser realizado no campo."

O estudo de caso se aplica quando o objetivo do pesquisador requer o uso das conjunções "como" e "por quê" para ser atingido, quando o controle que exerce sobre os eventos objeto do estudo é baixo, ou ainda, quando o estudo recai sobre fenômenos atuais e que se inserem no contexto da vida real em que se evidenciou alguma intervenção, principalmente quando os resultados dessa intervenção não estão de todo claros (YIN, 2001). Aplica-se ainda, como acrescenta o autor, quando o que se tem em mente, como no caso deste estudo, é "[...] tenta[r] esclarecer uma decisão ou um conjunto de decisões; o motivo pelo qual foram tomadas, como foram implementadas e com quais resultados" (p. 31), ação que define por excelência o que o estudo de caso é e para o que se presta.

No caso da pesquisa jurídica, de cunho eminentemente bibliográfico e documental, Monteiro e Savedra (2001) consideram que o estudo de caso vem cada vez mais se afirmando como técnica de pesquisa das mais relevantes, porquanto permite que os pesquisadores lancem seus olhares para questões reais no âmbito das relações sociais que requerem soluções que apenas a Ciência Jurídica pode apresentar, ainda que não defendam exatamente sua possibilidade de atuar como pesquisa autônoma, como entende Yin (2005), integrando, dessa feita, uma doutrina que se encontra mais à frente de seu tempo. Nesse sentido, o estudo de caso pode servir como fundamento para generalizações e explicações mais consistentes e não

apenas como um meio de produzir hipóteses a serem testadas em uma pesquisa posterior.

3.1.2 Unidade de análise

Denomina-se unidade de análise cada um dos casos que será objeto de estudo, podendo ser considerado como tal desde uma pessoa, um grupo familiar, uma instituição, uma comunidade inteira, até um evento, um produto, um processo, um documento ou uma situação conflitante, só para mencionar algumas possibilidades. (GIL, 2002; MINAYO, 2010; VERGARA, 2004).

Para este estudo, elegeu-se como unidade de análise o Inquérito Administrativo instaurado pela Capitania dos Portos do Estado do Rio Grande do Norte (Portaria nº 33, de 25 de outubro de 2004) a fim de apurar possível transporte ilegal de mercadoria (descaminho) da embarcação de pesca *Southern Star* 136.

3.1.3 Fontes de coleta de dados

Do mesmo modo como ocorre com o método científico, cuja escolha vai depender do tipo de pesquisa que será desenvolvida (CERVO; BERVIAN, 2002), o planejamento da coleta de dados relaciona-se diretamente às técnicas selecionadas para que a verdade que se busca encontrar o seja da forma mais objetiva possível.

Assim, as fontes utilizadas neste estudo no âmbito da pesquisa bibliográfica (fontes secundárias de dados) foram livros, artigos científicos, teses, dissertações, periódicos diversos e doutrina jurídica de um modo geral, tornados públicos tanto de modo impresso quanto em meio virtual, cujo teor permitiu que se construísse um referencial teórico consistente acerca da temática relativa à soberania e jurisdição de uma nação sobre os mares que a circundam.

Em relação à pesquisa documental (fontes primárias de dados), as fontes eleitas para a obtenção dos dados sobre a realidade estudada consistiram nos autos do Inquérito Administrativo instaurado pela Capitania dos Portos do Estado do Rio Grande do Norte (Portaria nº 33, de 25 de outubro de 2004) a fim de apurar possível transporte ilegal de mercadoria (descaminho) da embarcação de pesca *Southern Star* 136, bem como na legislação e jurisprudência já produzida sobre o assunto.

3.1.4 Análise dos dados e categorias de análise

O processo de análise dos dados coletados requer a identificação dos procedimentos a serem adotados e o planejamento criterioso de sua utilização, incluindo-se, aqui, a forma como será realizada a sua interpretação, definida por Gil (2002) como o estabelecimento das relações existentes entre os resultados encontrados e os produzidos em estudos anteriores sobre o mesmo assunto, que compõem o referencial teórico do estudo.

Minayo (1992 apud MINAYO, 2010) alerta para alguns cuidados que o pesquisador deve ter nessa fase de extrema importância para o seu estudo: a) de não achar que as conclusões obtidas sejam óbvias e incorrer na simplificação dos dados e na consequente superficialidade da pesquisa; b) de não se envolver demasiadamente com os métodos e técnicas e se descuidar dos significados presentes em seus dados; e c) de não articular adequadamente as conclusões obtidas com a fundamentação teórica realizada.

Para Gil (2002), uma técnica de análise de dados que vem se disseminando entre os pesquisadores como bastante adequada à descrição do conteúdo, tanto o manifesto quanto o latente, dos inúmeros documentos produzidos acerca das temáticas as mais diversas é a análise de conteúdo, de Bardin (1977 apud VERGARA, 2005, p. 15), definida pela autora como:

[...] um 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 permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens.

A eleição da análise de conteúdo como a técnica de análise de dados neste estudo deveu-se, sobretudo, à identificação que apresenta com a pesquisa documental, porquanto ambas se utilizam da análise categorial ou temática para alcançar os fins a que se propõem, embora o campo de atuação da análise de conteúdo seja mais amplo e abranja também a função inferencial (BARDIN, 2009).

Categorização é o processo em torno do qual a maioria dos procedimentos de análise se organiza, consistindo em uma "[...] operação de classificação de elementos constituintes de um conjunto, por diferenciação e, seguidamente, por reagrupamento segundo o gênero (analogia), com os critérios previamente

definidos" (BARDIN, 2009, p. 117). Categorias, por sua vez, são classes de elementos que recebem uma denominação genérica a partir de suas características comuns.

Bardin (2009) explica que a categorização se utiliza de critérios diferenciados a depender da realidade que pretende estudar. Com base nesse entendimento, e munidos do interesse de refletir acerca do real comando legal que pode incidir sobre a zona econômica exclusiva e das possíveis aplicações das normas de direito brasileiro sobre as águas que estão além das 12 milhas de jurisdição constitucional, inclusive por ocasião do cometimento de ilícitos com envolvimento penal, adota-se, neste estudo, a categorização semântica, em que todos os temas que apresentam o mesmo significado são reunidos em uma mesma categoria (por exemplo, todas as informações e análises referentes à decisão nos autos do Inquérito Administrativo em estudo serão agrupadas na categoria "Decisão").

Assim, as categorias de análise construídas para este estudo foram as seguintes: 1) Abrangência e extensão das zonas marítimas brasileiras; 2) Aplicabilidade da norma penal no âmbito da ZEE; e 3) Questão legal (aplicabilidade da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e da Lei nº 8.617/93).

3.2 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Apresentam-se, neste subtópico, os dados obtidos com a pesquisa documental, distribuídos e devidamente analisados nas categorias eleitas para esse fim, precedidos da descrição do caso *Southern Star* 136.

3.2.1 O caso *Southern Star* 136: principais aspectos

O Barco de Pesca (BP) *Southern Star* 136 deixou o porto de Dakar em 28 de setembro de 2003. No dia 20 de outubro de 2004, a embarcação foi observada navegando a cerca de 70 milhas náuticas do Arquipélago de Fernando de Noronha, PE, portanto, em águas jurisdicionais brasileiras, pela aeronave P-95B, indicativo visual (prefixo) da Força Aérea Brasileira (FAB) 7100, pertencente ao 2º/7ºGAv³,

³ 2º Esquadrão do 7º Grupo de Aviação – Esquadrão Phoenix da Força Aérea Brasileira, baseado em Florianópolis, SC.

baseado em Florianópolis. SC, quando em cumprimento de missão de patrulha Patnav Atlântico⁴, realizada no período de 18 a 22 de outubro de 2004.

O oficial observador naval embarcado na aeronave, Segundo-Tenente Wesley Almeida Fornaciari, identificou seis contatos no radar, sendo cinco navios mercantes e uma embarcação pesqueira, e em seu Relatório Fim de Comissão do Observador Naval, datado de 16 de novembro de 2004, assim descreve a execução:

Não foi verificada nenhuma ocorrência anormal com os navios mercantes identificados. A única ocorrência anormal identificada foi com o pesqueiro, o qual foi detectado pelo Radar às 09h30 e visualmente às 09h40. Navegando no Rumo 175º Velocidade de 10 nós, tomou comportamento operativo suspeito. Desligou seu radar de navegação, logo identificado pelo MAGE⁵ da aeronave que opera varrendo a frequência de 1 Ghz e fez sucessivas variações de rumo. A embarcação não respondeu à chamada quando interrogado nos idiomas inglês e português. Conforme previsto, a aeronave desceu para fazer o reconhecimento mais próximo e foi obtido o nome da embarcação "SOUTHERN STAR". Verificou-se que ela não constava na relação de embarcações estrangeiras de pesca autorizadas a operar em Águas Jurisdicionais Brasileiras. A ação tomada foi participar ao Navio-Patrulha "Grajaú", que se encontrava aproximadamente 20 milhas do pesqueiro, o ocorrido, de forma que se tomassem as providências necessárias.

O Navio-Patrulha "Grajaú"(NPa "Grajaú"), subordinado ao Grupamento de Patrulha Naval do Nordeste sediado em Natal, RN, estava realizando Patrulha Naval⁶ nas Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB)em cumprimento ao Decreto nº 5.129, de 6 de julho de 2004, cujo artigo1º, parágrafo único, assim determina:

A Patrulha Naval, sob a responsabilidade do Comando da Marinha, tem a finalidade de implementar e fiscalizar o cumprimento de leis e regulamentos, em águas Jurisdicionais brasileiras, na Plataforma Continental brasileira e no alto-mar, respeitados os tratados, convenções e atos internacionais ratificados pelo Brasil.

O Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 navegava, no momento de sua identificação visual pelo observador naval embarcado na aeronave FAB 7100, na posição latitude 04º46'S e longitude 031º55'W, estando, portanto, dentro da Zona Econômica Exclusiva (ZEE),à velocidade de 5 nós. Ao receber o contato via rádio oriundo da aeronave de patrulha P-95B, prefixo FAB 7100, informando que o Barco

⁴ Patnav consiste em uma operação da Patrulha Aérea Naval realizada no Atlântico Norte, utilizando equipagem da Força Aérea Brasileira (FAB). Para a missão em questão o grupo de aviação escalado foi o esquadrão do 2º/7º GAv - Esquadrão Phoenix, baseado em Florianópolis, SC.

⁵ Mage significa Medidas de Apoio à Guerra Eletrônica, consistindo (no caso) em um radar magnético de uso Militar que analisa a energia eletromagnética irradiada de outro radar, detectando-o.

⁶ Denominação que assume a antiga Patrulha Costeira com a edição do Decreto em comento.

Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 navegava em comportamento operativo suspeito, o NPa "Grajaú" rumou para 320° a uma velocidade de 15 nós. Pouco tempo depois, observou-se contato intermitente no radar do Navio Patrulha. Às 11h31, o comandante do NPa "Grajaú", Capitão-Tenente Marcos André Silva Araújo, realizou chamadas nominais ao Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 pelo canal de rádio 16, sem resposta. O oficial observou pelo binóculo o nome da embarcação de pesca *Hsiang Changnr* 136 no costado do casco do navio de pesca abaixo do nome *Southern Star* 136. Foi solicitada a parada de máquinas pelo canal de rádio 16, sem resultados. Seguiram-se mais 10 minutos de insistentes contatos pelo rádio e visuais, e o Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 continuou a navegar, seguindo o rumo verdadeiro 135° com 10 nós de velocidade, sem obedecer ao comando determinado pelo navio patrulha brasileiro de parar máquinas.

Às 11h41, o comandante do navio de patrulha brasileiro determinou o guarnecimento dos Postos de Combate do NPa "Grajaú". Em posição de combate, os militares brasileiros continuaram a avisar da necessidade de paralisação das máquinas do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136, sob a ameaça de realizarem tiro de advertência. Às 11h51, e considerando que a embarcação de pesca decidiu não parar suas máquinas, o comandante do NPa "Grajaú", também em cumprimento ao Decreto nº 5.129/2004, cujo artigo 4º, parágrafo 1º, determina que "Na hipótese de não-atendimento da ordem de "parar", a Patrulha Naval disparará um tiro de advertência, utilizando exclusivamente o armamento fixo de bordo", ordenou que se abrisse fogo a 500 jardas da proa do Barco de Pesca. O disparo foi realizado na posição latitude 04°57'S e longitude 031°50'W. A embarcação parou suas máquinas e a tripulação do barco de pesca se concentrou na proa do *Southern Star* 136. O comandante do NPa "Grajaú" ordenou que o Grupo de Visita e Inspeção (GVI), comandado pelo Primeiro-Tenente Fabio Kenji Arakaki, e mais quatro militares componentes da tripulação do NPa "Grajaú" se deslocassem para bordo do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136, com a finalidade de verificar se as legislações internacional e brasileira estavam sendo cumpridas. O comandante do NPa "Grajaú" comandou a sua tripulação alertando-os de que deveriam ser adotados os procedimentos de "Arriar Bote" e "GVI Embarcar". O GVI, embarcado no bote, dirigiu-se ao Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 para realizar a inspeção.

Minutos antes, a embarcação de pesca içou no mastro de vante⁷ o pavilhão nacional brasileiro. Durante o trajeto entre o navio de patrulha da Marinha Brasileira e a embarcação pesqueira a tripulação do NPa "Grajaú" permaneceu em seus postos de combate. Às 12h15 os militares brasileiros abordaram o Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136. Subiram a bordo, além do oficial responsável pelo GVI, Primeiro-Tenente Kenji, o Segundo-Tenente Douglas (armado com pistola 9mm) e o Suboficial Santos. Permaneceram no bote enviado pelo NPa "Grajaú" o Sargento Ezequiel (armado com pistola 9mm) e o Cabo Nivaldo. Durante a inspeção, o responsável pela segurança dos militares brasileiros a bordo foi o Segundo-Tenente Douglas, que tão logo embarcou no *Southern Star* 136 posicionou-se de maneira a provê-la adequadamente.

O Primeiro-Tenente Kenji encontrou grande dificuldade para estabelecer comunicação, tendo em vista que nenhum tripulante falava outro idioma além do Chinês e do Vietnamita, apelando para o gestual em todo o período da visita. A tripulação do *Southern Star* 136 se encontrava no convés de proa. Segundo o relatório do Grupo de Visita e Inspeção (GVI) elaborado pelo Primeiro-Tenente Kenji, da Marinha Brasileira, todos pareciam menores de idade, na faixa entre 16 e 18 anos de idade, à exceção do comandante e do imediato.

O encarregado do GVI, Primeiro-Tenente Kenji, após inspecionar a embarcação *Southern Star* 136 informou, via rádio, ao comandante do Navio Patrulha "Grajaú" as seguintes irregularidades identificadas:

- a) existência de dois passaportes cujos titulares não estavam presentes;
- b) existência de algumas cartas náuticas, dentre as quais uma em que estava traçada uma derrota⁸ passando nas proximidades do Arquipélago de Fernando de Noronha, a cerca de 30 milhas;
- c) constatação de que toda a documentação da embarcação era antiga e estava vencida;
- d) inexistência de regularidade na navegação: a embarcação não cumpria nenhuma norma de navegação;
- e) inexistência de documento de autorização de pesca em local específico expedida por nenhum país;
- f) existência de dúvidas quanto à veracidade dos documentos apresentados;

⁷ Mastro de vante é o mastro mais próximo da proa do navio.

⁸ Caminho (rota) seguido numa viagem realizada por mar.

- g) existência de diversas cartas náuticas internacionais do litoral brasileiro, algumas delas bem detalhadas, como as do Rio Amazonas e de parte do litoral do Nordeste;
- h) inexistência de controle confiável de navegação;
- i) existência de quantidade considerável de peixes congelados (atum de grande porte) num porão frigorífico, numa temperatura que sugeria que o congelamento estivesse acontecendo muito rapidamente.

Informou, ainda, que o comandante tentou explicar que estava apenas de passagem, indo para um ponto no meio do Atlântico, e que no momento da interceptação não navegava em águas jurisdicionais brasileiras.

Após ter se inteirado da situação da embarcação *Southern Star* 136, por seu oficial encarregado do GVI, o comandante do NPa "Grajaú" ponderou sobre as informações recebidas e determinou a apreensão da embarcação de acordo com o artigo 2º do Decreto nº 5.129, que dispõe sobre a Patrulha Naval, segundo o qual "As embarcações estrangeiras em atividades não autorizadas nas águas jurisdicionais brasileiras serão apresadas e encaminhadas pelo Comando da Marinha às autoridades competentes", fundamentando o procedimento em quatro tópicos, constantes em seu Relatório de Apreensão:

1 – O BP não estava exercendo o simples direito de liberdade de Navegação; 2 – O BP estava operando em Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB) sem autorização; 3 – O BP estava com seus documentos desatualizados e sem credibilidade; 4 – O BP estava com grande quantidade de peixe, atum na sua frigorífica.

Transcreve-se, na sequência, a conclusão a que chegou o comandante e que consta em seu depoimento:

No quadro de pesca ilegal, que para mim ficou configurado, a embarcação de pesca estava na área da Zona Econômica Exclusiva Brasileira, apresentou características suspeitas para o piloto da aeronave na FAB, que não tinha como efetuar pela força a parada e a verificação do pescador; não parou voluntariamente suas máquinas para a inspeção do navio da Marinha do Brasil; não apresentava registros de navegação que caracterizassem o direito de liberdade de navegação; não possuía documentos que atestassem a sua legalidade, legalidade de sua carga ou legalidade de sua tripulação; e estava com grande quantidade de pescado, pescado este que tem características migratórias da área em que nos encontrávamos.

Após a decisão de apreender a embarcação, o comandante do NPa "Grajaú" determinou ao oficial encarregado do GVI que informasse ao comandante do

Southern Star 136 sobre a sua decisão, orientando-o a adotar o rumo verdadeiro 255°, em direção à cidade de Natal. O oficial do GVI concluiu que se fez entender, por meio de gestos e escritos, quando o imediato mudou com suas mãos o indicador de rumo do piloto automático da embarcação para o rumo 255°. Ao explicar a situação ao comandante do *Southern Star* 136, este não concordou com a apreensão e pediu para entrar em contato com a empresa armadora do navio, o que foi autorizado. Uma funcionária com fluência na Língua Espanhola intermediou a comunicação entre os oficiais da Marinha e o comandante da embarcação, muitas vezes questionando os procedimentos. As comunicações via telefone se encerraram. O comandante da referida embarcação tomou um compasso e, traçando na carta náutica arcos de 200 milhas náuticas (MN), tentou indicar aos oficiais do GVI que estava fora dessa faixa. O oficial encarregado do GVI, tomou o compasso e traçou um círculo em volta do Arquipélago de Fernando de Noronha (AFN), mostrando que a derrota traçada passava a cerca de 30 milhas náuticas (MN) de distância do Arquipélago de Fernando de Noronha, portanto, dentro da Zona Econômica Exclusiva (ZEE).

Após a saída do GVI de bordo, a embarcação não seguiu o rumo determinado, variando algumas vezes e parando as máquinas, sendo necessária nova abordagem para enviar a guarnição de presa (GP)⁹, com a finalidade de garantir que a embarcação rumasse em direção a Natal.

Às 15h30, o Primeiro-Tenente Kenji recebeu a ordem, emitida pelo comandante do NPa "Gajaú", de controlar a área do passadiço e adjacências do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 com a determinação de garantir a adoção do rumo 255 e a manutenção da velocidade máxima até a atracação no porto de Natal.

O Grupo de Presa (GP) embarcou no Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 às 15h40 do dia 20 de outubro de 2004. Todos os seus integrantes estavam armados. O Primeiro-Tenente Kenji portava uma pistola 9mm, o Sargento Fernando estava equipado com uma submetralhadora 9mm, o Sargento Israel portava pistola 9mm, o Cabo Jesus estava armado com fuzil 7,62mm (Parafal) e o Cabo Vladimir, com outro fuzil 7,62mm (Parafal). Todos estavam com dois carregadores

⁹ Guarnição de Presa (GP) consiste em um grupo de militares que entra a bordo de outro navio para apreendê-lo. Diferencia-se do grupo de inspeção náutica, porquanto atuam armados e com mantimentos para ocupar pontos chaves do navio, como o comando e a casa de máquinas (motor).

municiados. Os outros dois militares a bordo portavam facas de marinharia. O GP também levou a bordo do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 rancho frio (lanche rápido), dadas as condições de higiene do navio apreendido.

Não houve resistência da tripulação embarcada no *Southern Star* 136 para que o GP assumisse o controle. Primeiramente reuniu-se a tripulação no tombadilho até que a manobra do navio estivesse sob o controle do Grupo de Presa (GP); após, a tripulação foi conduzida à coberta do rancho, ali permanecendo até a estabilização da navegação. Dois integrantes da tripulação do *Southern Star* 136 iniciaram o serviço de vigilância na proa por ordem do comandante do *Southern Star* 136, revezando-se a cada período de uma hora. O comandante explicou brevemente o funcionamento dos controles, efetuando a programação do piloto automático. Todos os comandos estavam em outro idioma, tornando-os ininteligíveis para o GP. Foi determinado que o Grupo de Presa (GP) estabelecesse comunicações no canal 16 com o NPa "Grajaú" a cada 30 minutos, a fim de manter o navio informado acerca da situação a bordo da embarcação apreendida.

Por determinação do Grupamento Naval do Nordeste, sediado em Natal, deslocou-se em apoio à apreensão da embarcação pesqueira o Navio Patrulha "Graúna" e uma aeronave da FAB para escoltar, durante a noite, o deslocamento do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 ao porto de Natal. Destaque-se que o Navio Patrulha "Graúna", deslocado em apoio à apreensão da embarcação, tinha em sua tripulação embarcada, 11 Fuzileiros Navais, que foram disponibilizados ao comandante do "Grajaú", responsável pela escolta do *Southern Star* 136.

O Grupo de Presa foi dividido em dois subgrupos de três componentes, que renderiam um ao outro a cada seis horas, sendo o descanso feito no próprio passadiço. O Primeiro-Tenente Kenji manteve-se em ambos os subgrupos.

Durante todo o percurso, o telefone Inmarsat¹⁰ do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 tocou inúmeras vezes, sendo atendido pelo seu comandante, cuja voz era facilmente ouvida no passadiço da embarcação. Durante a noite ocorreram vários contatos visuais com o NPa "Graúna" e com a aeronave de patrulha da FAB.

No contato visual com o NPa "Graúna", um dos vigias acordou o comandante do *Southern Star* 136. Este veio ao passadiço acreditando estar diante de um navio

¹⁰Telefone de alcance internacional que funciona via satélite.

mercante, mas foi informado de que se tratava de outro navio de patrulha da Marinha do Brasil, que acompanhava a escolta da embarcação.

Escoltado pelos Navios Patrulha "Grajaú" e "Graúna" o Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136 atracou no porto de Natal no dia 21 de outubro de 2004, sendo entregue à Capitania dos Portos do Rio Grande do Norte às 14h30.

Realizadas as inspeções a bordo pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Capitania dos Portos do Rio Grande do Norte determina, por intermédio da Portaria nº 33, de 25 de outubro de 2004, assinada pelo Capitão de Corveta Luis Felipe Monteiro Serrão (Capitão dos Portos no Rio Grande do Norte), a abertura de Inquérito Administrativo de Fato de Navegação (IAFN), cujo artigo 1º assim determina:

Instaurar Inquérito e delegar competência ao Senhor Capitão-Tenente Henrique Afonso Lima para instrução do Inquérito Administrativo, a fim de apurar possível transporte ilegal de mercadoria (descaminho) da embarcação de pesca "SOUTHERN STAR 136", na posição latitude 04°56'4"S e Longitude 031°51'2"W, proximidade do Arquipélago de Fernando de Noronha – PE, fato ocorrido no dia vinte (20) de outubro de dois mil e quatro (2004), devendo ser tomadas todas as providências que se fizerem necessárias para que fiquem devidamente esclarecidas as causas e responsabilidades por esse fato.

O oficial responsável pelo inquérito de imediato tomou todas as medidas necessárias à condução do Inquérito Administrativo (IAFN), de acordo com os padrões adotados pela Marinha do Brasil. Foram ouvidos como testemunhas os seguintes homens: Capitão-Tenente da Marinha do Brasil Marcos André Silva Araújo, comandante do NPa "Grajaú"; Primeiro-Tenente da Marinha do Brasil Fábio Kenji Arakaki, encarregado do Grupo de Vistoria e Inspeção e do Grupo de Presa do NPa "Grajaú"; Segundo-Tenente da Marinha do Brasil Wesley Almeida Fornaciari, oficial observador naval embarcado na aeronave P-95B – Prefixo FAB 7100; Sr. Enhuan Zhang (acompanhado do tradutor Ku e Hun), comandante do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136; Sr. Lin Hai Long (acompanhado do tradutor Ku e Hun), chefe de máquinas do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136; Sr. Jinxiang Miao (acompanhado do tradutor Ku e Hun), contramestre do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136; Segundo-Tenente da Marinha do Brasil Douglas Luiz da Silva Pereira, integrante da escolta do Grupo de Vistoria e Inspeção GVI/Grajaú; Sr. Hou Lei (acompanhado do tradutor Ku e Hun), pescador do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136; Sr. Shi Jinsong (acompanhado do tradutor Ku e Hun), pescador

do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136; Sr. Meng Xianjie (acompanhado do tradutor Ku e Hun), pescador do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136; Sr. Dihong Deng (acompanhado do tradutor Ku e Hun), pescador do Barco Pesqueiro (BP) *Southern Star* 136, totalizando 11 oitivas de depoimento.

O Inquérito Administrativo (IAFN) encerra-se no dia 22 de novembro de 2004, totalizando 597 páginas. O oficial encarregado da referida peça processual conclui, na página 597, que vários fatores contribuíram para a ocorrência do Fato de Navegação em estudo, dentre os quais se destaca o:

[...] c) fator operacional - Até onde pôde ser observado, houve a ação do Comandante da Embarcação, que realizou, de forma consciente, pesca na Zona Econômica Exclusiva brasileira, sem autorização das autoridades competentes. E quanto ao Armador, houve conivência de sua parte no que se refere ao emprego da sua embarcação na prática do ilícito, eis que, conforme restou provado, monitorava muito de perto e diuturnamente a movimentação da embarcação, tendo pleno conhecimento de que a mesma operava, sem a necessária autorização do Estado costeiro, na Zona Econômica Exclusiva brasileira.

II) que, em consequência, houve violação à soberania nacional, pesca não autorizada (e proibida) em zona brasileira de pesca situada na ZEE (Águas Jurisdicionais Brasileiras), subtração de recursos vivos (pescado) considerados com bens da União, além da prática de crime, tal como previsto no art. 9º, § único, c/c art. 61 do Decreto-Lei Nº 221/67 e danos ao meio ambiente.

III) são possíveis responsáveis diretos pelo fato; o Comandante da embarcação de pesca "SOUTHERN STAR 136"; ENHUA ZANG E A KWO JENG MARINE SERVICE LIMITED., alegado armador da Embarcação "SOUTHERN STAR 136", uma vez que até o encerramento do presente inquérito não foram apresentados à esta Capitania os documentos originais da embarcação, que comprovem quem de fato seriam seu proprietário, armador e operador, tendo sido entregues pelo Comandante apenas cópias não confiáveis de documentos.

O Inquérito Administrativo (IAFN) foi encaminhado ao Tribunal Marítimo no Rio de Janeiro. Foi recebido pela Promotoria, que ofereceu a denúncia, vindo a originar o Processo nº 21.232/05, tendo como Relator o Juiz Sergio Cezar Bokel. Em 8 de abril de 2008 foi publicado o acórdão do processo, condenando o armador ao pagamento de multa pecuniária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e o comandante do *Southern Star* 136, ao pagamento de multa pecuniária de R\$ 1.000,00 (mil reais) e à proibição de navegar em águas jurisdicionais brasileiras.

3.2.2 Categoria de análise 1: Abrangência e extensão das zonas marítimas brasileiras

Nesta categoria, pretende-se analisar a abrangência e extensão das zonas

marítimas nacionais não sob o aspecto demarcatório propriamente dito, mas em relação à questão da soberania que a Convenção estabeleceu na ZEE.

O caso em tela permite evidenciar um conflito relativo à extensão das zonas marítimas brasileiras. A embarcação foi observada navegando em águas jurisdicionais brasileiras, a cerca de 70 milhas náuticas do Arquipélago Fernando de Noronha, em Pernambuco, na ZEE, sem que constasse na relação de embarcações pesqueiras alienígenas autorizadas a capturar recursos vivos excedentes pelo Estado brasileiro. No entanto, seu comandante e uma das cartas náuticas de que dispunha não reconheceram a legalidade da apreensão, por não assumirem que o local em que se encontrava o BP fazia parte da ZEE, área em que a pesca é permitida, desde que autorizada pelo Estado costeiro.

Sob o comando legal do Decreto nº 5.129, de 6 de julho de 2004, a Patrulha Naval exerceu a atribuição de fiscalizar o cumprimento de leis e regulamentos e abordou o *Southern Star* 136, constatando, dentre outras irregularidades, a existência de quantidade considerável de atum de grande porte congelado.

A pesca irregular, em águas jurisdicionais brasileiras, caracterizando, por conseguinte, que não se podia falar em exercício de liberdade de navegação ou passagem inocente foi conclusiva para que a Patrulha Naval determinasse a apreensão do *Southern Star* 136 e a sua remoção para o Porto de Natal, RN.

3.2.3 Categoria de análise 2: Aplicabilidade da norma penal no âmbito da ZEE

Como se pode extrair do caso em análise, houve um processo de investigação instaurado pela Portaria da Capitania dos Portos do Estado do Rio Grande do Norte nº 33, de 25 de outubro de 2004, para apuração do crime de descaminho, tipificado no Código Penal brasileiro no artigo 334, *verbis*:

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º incorre na mesma pena quem pratica:

- a) navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
- b) fato assimilado em lei especial a contrabando ou descaminho.

§ 2º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Destaque-se que a embarcação *Southern Star* 136 navegava dentro da zona econômica exclusiva.

O professor Mohamad Mahmoud (2010), citando o sempre sagaz magistério de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, analisa a dogmática da norma penal, evidenciando a necessidade de fundamentação do discurso, sob pena de seu não acatamento como lógico e verdadeiro. Em sua visão, embora o discurso se origine de uma autoridade legalmente constituída, nada impede que esta possa ser questionada, em tese, o que reforça o cuidado que se deve ter com o aspecto probante da norma.

Em seus estudos voltados à descoberta de métodos mais fecundos de interpretação do Direito Penal, Juarez Tavares (2001) explicita que o conceito de bem jurídico vem se modificando ao longo do tempo e em razão, sobretudo, das transformações, cada vez mais velozes, que têm assaltado a sociedade e o Estado, inclusive no que diz respeito ao *jus puniendi*, cujos rumos, para o autor, determinam esse conceito. Nesse sentido, "[...] De uma sociedade liberal-individualista até a sociedade da comunicação pós-moderna, o que se observa é que a noção de bem jurídico vai diluindo gradativamente sua substância material, até culminar praticamente na sua eliminação" (p. 198).

O bem jurídico tutelado pela norma penal, no caso em estudo, são os recursos ilegalmente capturados na ZEE. No entanto, do ponto de vista jurídico, considera-se que a apreensão do BP *Southern Star* 136 foi indevida, tendo em vista que não se poderia utilizar uma lei penal (de apreensão) sob a ótica do não reconhecimento da soberania. Vale lembrar que a carta náutica do comandante do *Southern Star* 136 não reconhecia o espaço em que o pesqueiro foi apreendido como de águas jurisdicionais brasileiras em razão de não se tratar de mar territorial, única faixa na qual o comandante reconhecia o direito de soberania nacional e, pelo princípio da territorialidade, na qual se aplica a lei penal.

3.2.4 Categoria de análise 3: Questão legal (aplicabilidade da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e da Lei nº 8.617/93)

Nesta categoria, aborda-se a questão por excelência desta investigação, que consiste na análise do comando normativo que se aplica ao caso em estudo, se a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar ou a Lei nº 8.617/93.

A apreensão do *Southern Star* 136 ocorreu com base na lei brasileira, uma lei de controle sobre as águas jurisdicionais criada após a Convenção de Montego Bay, que relativizou a soberania nacional, reduzindo-a ao aproveitamento econômico e à jurisdição de preservação e investigativa (MARTINS, 2004).

Seu comandante não concordou com a medida, porquanto não reconhecia a ZEE como área territorial brasileira, razão pela qual se achava no direito de pescar, com base no artigo 62 da CNUDM, que permite a exploração, por outros Estados, dos recursos vivos que ultrapassem o volume que o Estado costeiro tem condições de capturar, desde que autorizados.

No entanto, a conclusão a que chegou o oficial responsável pelo IAFN foi que foram vários os fatores que contribuíram para a ocorrência do Fato imputado que resultou em violação à soberania nacional.

Com relação ao comando legal aplicável na ZEE, vale-se do magistério do professor Mohamad Mahmoud (2010), para quem, com base na cronologia já discutida em outros momentos, deveria a Lei nº 8.617/93 ter sido revogada pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, por força do critério de que lei posterior revoga lei anterior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cruza-se, nesse momento, a linha tênue que mantém, de um lado, o desenvolvimento da investigação e, do outro, os resultados que o cumprimento de cada etapa planejada produziu e que este pesquisador se empenha, agora, em transformar em considerações, tecidas de modo a entrelaçar em um único traçado as pontas soltas que o exercício investigativo fez surgir.

Em uma etapa inicial, retoma-se a estrutura que serviu de arcabouço para a realização desta pesquisa avaliando se os objetivos foram atendidos e as hipóteses foram confirmadas, parcial ou plenamente.

Assim, com relação ao objetivo geral, considera-se atendido, na medida em que se evidenciou que, com base no critério de que lei “nova” revoga lei “velha”, a Lei nº 8.617/93 deveria ter deixado de existir no momento em que a CNUDM entrou em vigor. E que a lei penal não se aplica nas águas que ultrapassarem o mar territorial (12 milhas náuticas).

No que diz respeito ao objetivo específico da abrangência e extensão das zonas marítimas nacionais, verificou-se que a soberania estabelecida pela CNUDM para os Estados costeiros na ZEE é relativizada e não se confunde com a soberania autoridade plena do Estado sobre seu território, e que ao país costeiro é vedado editar leis (competência regulamentar) acerca de questões científicas e da proteção ambiental, o mesmo não ocorrendo na Lei nº 8.617/93, cujo artigo 8º estabelece que na ZEE, “[...] o Brasil, no exercício de sua jurisdição, tem o direito exclusivo de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marítimo, bem como a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas”.

No tocante ao objetivo da natureza jurídica da ZEE, obteve-se que, em face de sua conformação jurídica *sui generis*, e da inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de um novo conceito de ZEE pela CNUDM, que ressignificou o conceito de soberania e fez surgir conflitos entre direitos de soberania e jurisdição, seu enquadramento em alguma categoria é dificultado.

Em relação ao objetivo da aplicabilidade da lei penal na ZEE, evidenciou-se a sua impossibilidade, o que torna a apreensão do BP *Southern Star* 136 indevida, tendo em vista que não se poderia utilizar uma lei penal (de apreensão) sob a ótica

do não reconhecimento da soberania. Pelo princípio da territorialidade, só se aplica a lei penal no território nacional.

Quanto às hipóteses elencadas para responder, de modo empírico, às questões-problema, considera-se plenamente validadas. Assim, como a jurisdição é a manifestação da soberania, não há como um Estado exercer aquela sem ser detentor desta sobre um território delimitado. A se persistir nessa anomalia, cria-se um vácuo que, mantido, pode resultar em questionamentos acerca da soberania do Estado, não sob a ótica da segurança nacional, mas sob a ótica sempre perigosa do interesse econômico. E no caso da soberania brasileira no âmbito da ZEE, obteve-se que é relativizada, em razão da ausência de autoridade do Estado brasileiro nessa área e pelo fato de a Convenção de Montego Bay permitir a exploração da pesca por qualquer Estado, desde que autorizado.

No momento seguinte, fazem-se algumas colocações que deixam entrever a preocupação deste pesquisador com os rumos que se descortinam para os Estados, em particular, e a humanidade, como um todo.

Não se consegue, mesmo que se tente a exaustão, entender o mundo sem justiça. Trata-se do mais democrático dos poderes, o único que transforma ricos e pobres em iguais, na forma da Lei. Infelizmente, por vezes o legislador pátrio não consegue compreender que podem existir "armadilhas" perigosas ao se aceitar algumas convenções internacionais.

Esse mundo, que há tempos desperdiça seus recursos irrefletidamente, viverá uma carência de energia em poucos séculos. Guerras recentes, travadas por causa de combustíveis fósseis, ceifaram a vida de milhares de inocentes em todo o planeta. O discurso de algumas nações não se traduz em realidade, quando seus interesses são confrontados, prevalecendo o velho ditado popular: "Faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço". É o caso de nações poderosas do mundo, como os Estados Unidos da América, que incentivaram a elaboração da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, mas não ratificaram a sua decisão, permanecendo o mar territorial americano com duzentas milhas marítimas de extensão.

Vive-se em um País pobre de recursos financeiros. Nesse momento em que se escrevem essas considerações, o orgulho nacional em empresas de sucesso, como a Petrobras, vivencia um escândalo envolvendo a compra de uma refinaria em

Pasadena, nos Estados Unidos. Essa mesma empresa tenta explorar o campo de libra localizado na área do Pré-Sal, com grandes dificuldades financeiras. Os recursos ali aportados para a exploração das novas bacias petrolíferas saem de suas reservas financeiras e, em se tratando de empresa governamental, poderiam estar sendo usados para financiar mais saúde, educação e transporte público de qualidade. São plenamente justificáveis os investimentos financeiros para a exploração do pré-sal, mas eles devem ser feitos dentro de uma segurança jurídica indiscutível, pois num Estado Democrático de Direito, isso é fundamental para embasar possíveis discussões em Tribunais de Competência Internacional.

Este trabalho é um alerta para que se dê ao Mar Territorial brasileiro e a ZEE a devida importância que um gigante em extensão de terras e águas como o Brasil merece. Preocupa sobremaneira a expressão "Amazônia Azul", usada pela Marinha do Brasil numa faixa de mar tão tênue de 12 milhas.

Os conflitos no mar territorial brasileiro não são raros, já houve alguns nos últimos 50 anos, nos quais graças à força da diplomacia brasileira, as armas não foram utilizadas. A título de ilustração, menciona-se a "Guerra da Lagosta" contenda entre Brasil e França que resultou na apreensão de barcos franceses na costa de Pernambuco em 1961 e 1963, com o consequente deslocamento de grande força naval militar francesa para as imediações do conflito.

O depoimento do Capitão do *Southern Star* 136, Sr. Enhuan Zhang, às folhas 53 a 59 do Inquérito Naval é bastante ilustrativo, quando afirma que no momento da sua apreensão feita pelo barco da Marinha do Brasil, não estava o *Southern Star* 136 navegando em águas da zona econômica exclusiva do Brasil, ou seja, não reconhecia o capitão, em sua carta náutica, o ponto de apreensão da embarcação como sendo pertencente à Zona Econômica Exclusiva.

Estudiosos sobre o assunto da Zona Contígua e da Zona Econômica Exclusiva, como o Dr. João Ricardo Carvalho de Souza, Consultor Legislativo da Área XVII – Segurança e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, alertam que o Brasil, após a Convenção de Montego Bay, admitiu limitações ao poder soberano do Estado em trabalho apresentado no ano de 2001, na Câmara dos Deputados.

A falta de investimentos governamentais em equipamentos e pessoal para a Marinha do Brasil e o Departamento de Polícia Federal, notadamente para a Delegacia de Polícia Marítima desse órgão, eleva a preocupação com aquilo sobre o

que este trabalho tenta alertar. De nada valerá a bravura dos marinheiros e policiais federais brasileiros sem os devidos equipamento e pessoal qualificado para a realização de patrulhamento das águas territoriais.

Conclui-se este estudo com uma recomendação: a de que seja feita uma revisão nos normativos legais pátrios, notadamente na Lei nº 8.617/93, de modo a que se possa gozar da necessária segurança jurídica de que o mar territorial tanto necessita para se impulsionar o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1º nov.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUDELAIRE, Charles. **Las flores del mal**: introducción, traducción y notas de Carlos Pujol. Barcelona: Planeta, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOISSON, Philippe. The history of safety at sea. In: _____. **Safety at sea**: policies, regulations and international law. Preface by William A. O'Neil. Paris: Edition Bureau Veritas, 1999, p. 45-55.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Assuntos Internacionais. Direito do Mar. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)**. 2010. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/assuntos-internacionais/blocos/item/885-direito-do-mar>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto nº 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. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto nº 5.129, de 6 de julho de 2004**. Dispõe sobre a Patrulha Naval e dá outras providências. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5129.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.480 MC / DF – Distrito Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ: 18/05/2001. Ement. Vol-02031-02 pp. 00213. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281480%2EENUME%2E+OU+1480%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28PLENO%2E+SESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pmowyn9>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995**. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8617.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Senado Federal. Subsecretaria de Informações. **Decreto Legislativo nº 5, de 1987**. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluído em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. 1987. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=108667&norma=131513>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto-Lei nº 1.098, de 25 de março de 1970**. Altera os limites do mar territorial do Brasil e dá outras providências. 1970. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1098.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V.1.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A. **Metodologia científica**. 5.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O mar territorial do Estado brasileiro. **Revistas USP**, São Paulo, v. 69, nº 1, p. 85-123, 1974.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo; São Paulo: Editora da USP, 1975.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORATI, Jete Jane. **A disciplina jurídica dos espaços marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e na jurisprudência internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

FLICK, U. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral, volume 2. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad: Fausto Castilho. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1991.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 12. reimpr. Almedina: Coimbra Editora, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos. Fatores de limitação da jurisdição do Estado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 767, p. 46-58, set. de 1999.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. **Direito penal marítimo**: zona econômica exclusiva, soberania e extraterritorialidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Barueri: Manole, 2004.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil. **Revista de Direito Público**, nº 1, p. 25-55, jul./ago./set. 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1990. v.1.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Geraldo T.; SAVEDRA, Mônica M. G. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Princípios Gerais de Direito Comunitário**. São Paulo: Ltr, 1998.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito internacional público curso elementar**. Prefácio de José Sette Câmara. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROLIM, Maria Helena Fonseca de Souza. **A tutela jurídica dos recursos vivos do mar na zona econômica exclusiva**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Parecer Conamp Reforma da Previdência**, São Paulo, 28 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.dca.fee.unicamp.br/~leopini/consu/reformadaprevidencia/parecer_JAS.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed.rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SOUZA, João Ricardo Carvalho de. **Estudo sobre mar territorial, zona contígua e zona econômica exclusiva**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

VERGARA, Sylvia Constant. **Pesquisa qualitativa em administração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução de Daniel Grassi. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

_____. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.