



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

SORAYA FONTENELES DE MENEZES

DIREITO INTERNACIONAL DO MAR: A LIBERDADE EM ALTO MAR E AS
BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

FORTALEZA

2011

SORAYA FONTENELES DE MENEZES

DIREITO INTERNACIONAL DO MAR: A LIBERDADE EM ALTO MAR E AS
BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenadoria Acadêmica do Curso de
Graduação em Direito, da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado
Segundo

FORTALEZA

2011

SORAYA FONTENELES DE MENEZES

DIREITO INTERNACIONAL DO MAR: A LIBERDADE EM ALTO MAR E AS
BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenadoria Acadêmica de Graduação de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará-UFC

Prof^ª. Dra. Tarin Cristino Frota Mont´Alverne
Universidade Federal do Ceará-UFC

Ana Karoline dos Santos Pinto (mestranda)
Universidade Federal do Ceará-UFC

AGRADECIMENTOS

Ao professor Hugo de Brito Machado Segundo, orientador deste projeto, pela paciência e pelo incentivo dedicados ao mesmo, pela inspiradora dedicação ao magistério e, acima de tudo, por estimular seus alunos a não se apegarem à realidade como ela é, mas a trabalharem no que ela pode ser.

À professora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne, de quem lamento não ter tido a chance de ser aluna, e à mestranda Ana Karoline dos Santos Pinto, companheira apesar da distância, por terem aceito compor a banca examinadora desse trabalho.

Aos meus familiares, especialmente à minha mãe, pelo apoio e compreensão.

Aos projetos de extensão da Faculdade de Direito, que dão vida à nossa Salamanca, principalmente ao Curso Paulo Freire e à Simulação da Organização das Nações Unidas, que me permitiram construir uma família fora de casa.

Aos meus amigos Bel, Yanna, Leilane, Bruno, Rafinha e Eginaldo por nunca me permitirem esquecer que existe muita coisa além das leis.

Aos meus amigos Rafael Souza, Juliana Lopes, Zara Radge e Bruno Aguiar, que me foram dados pela SONU e que tenho a sorte de ter sempre a meu lado.

Aos meus amigos Paulo Victor Pinheiro de Santana e Marília Martins, por me obrigarem a terminar a Faculdade de Direito.

Aos lugares em que tive a oportunidade de estagiar, pelo enorme aprendizado, em especial na figura do Escritório Rocha Marinho e Sales, no qual tive a honra de conhecer advogados brilhantes e de ser chefiada pela Dra. Beatriz Fonteles, assim como o prazer de compartilhar vários dias de muito café com grandes amigos: Raíssa, Luíta, Luciana, Letícia, Adriano, Victors, dentre tantos outros.

Muito obrigada por tudo.

“O capitão tornou a ler o cartão do rei, depois perguntou, Poderás dizer-me para que queres o barco, Para ir à procura da ilha desconhecida, Já não há ilhas desconhecidas, O mesmo me disse o rei, O que ele sabe de ilhas, aprendeu-o comigo, É estranho que tu, sendo homem do mar, me digas isso, que já não há ilhas desconhecidas, homem da terra sou eu, e não ignoro que todas as ilhas, mesmo as conhecidas, são desconhecidas enquanto não desembarcarmos nelas”

(José Saramago)

RESUMO

As bandeiras de conveniência subvertem as regras de tutela do ambiente marinho estabelecidas pela Convenção das Nações Unidas sobre Alto Mar (Montego Bay, 1982). Ao lume do Direito Internacional, trata-se do registro de embarcações junto a Estados que exercem pouco ou nenhum controle sobre as mesmas, com o escopo de obter vantagens financeiras. Tal prática corresponde hoje a cerca de dois terços da tonelagem em trânsito pelos mares, favorecendo a impunidade de ilícitos realizados por tais embarcações, como a pirataria, o tráfico de seres humanos, de armas e de drogas e a exploração dos trabalhadores embarcados. Seus efeitos são particularmente graves em alto mar, onde imperam liberdades quase irrestritas. As bandeiras de conveniência se afiguram como sólida barreira na busca do desenvolvimento de um ambiente marítimo seguro. É imperioso, portanto, delinear as principais conseqüências desse sistema, bem como buscar formas de coibi-lo. Para tal, importa analisar o desenvolvimento das Convenções Internacionais, doutrina e a jurisprudência acerca da matéria.

Palavras-chave: Direito do Mar, Convenção Montego Bay, Bandeiras de Conveniência

ABSTRACT

The flags of convenience subvert the rules for protecting the marine environment established by the United Nations Convention on the High Sea (Montego Bay, 1982). In light of International Law, it is the registration of vessels along the states that have little or no control over them, with the aim of financial gain. This practice represents now about two thirds of the tonnage transiting in the seas, favoring impunity improperly made by such vessels, such as piracy, trafficking of human beings, arms and drugs and exploitation of the workers on board. Its effects are particularly severe on the high seas, where almost unfettered freedoms prevail. The flags of convenience seem like sound barrier in the quest for development of a secure maritime environment. It is imperative, therefore, to outline the main consequences of this system and find ways to stop it. This will involve analyzing the development of international conventions, doctrine and jurisprudence on the subject.

Key words: Law of the Sea, Montego Bay Convention, Flags of Convenience

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. OS PILARES DO DIREITO DO MAR.....	12
2.1. A Organização Marítima Internacional	12
2.2. Tribunal para questões marítimas.....	15
2.3. A Codificação do Direito do Mar	17
2.3.1 As Convenções das Nações Unidas Para o Direito do Mar.....	19
2.3.2 As zonas territoriais marítimas na Convenção de Montego Bay de 1982.....	20
2.4. O Alto Mar	22
2.4.1. Definição de alto mar	22
2.4.2. Liberdades em alto-mar.....	24
2.4.3. Exercício das liberdades em alto mar.....	25
3. O REGISTRO DAS EMBARCAÇÕES.....	26
3.1. Definição de navio	26
3.2. A nacionalidade do navio.....	27
3.3. Os deveres do Estado de Bandeira	31
3.4. Exceção à soberania do Estado de Bandeira em alto-mar	32
4. AS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA.....	35
4.1. Conceito de Bandeiras de Conveniência	35
4.2. Importância das Bandeiras de Conveniência	37
4.2.1. Evolução Histórica	37
4.2.2. Impacto Atual	38
4.3. Conseqüências das Bandeiras de Conveniência	39
4.4. Uma abordagem das possíveis soluções.....	41
4.4.1. O Vínculo Substancial.....	42
4.4.2. A responsabilidade dos Estados de Bandeira	43
5. CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

A curiosidade humana pela exploração do ambiente marinho é observada no decurso de toda a História. Da política expansionista romana consubstanciada no ideal de *mare nostrum* aos desastres ambientais decorrentes dos vazamentos de petróleo e ao hodierno aumento da pirataria, é inegável a importância do estudo das possibilidades de uso racional dos recursos marítimos e, por conseguinte, dos fatores que condicionam tal uso por meio do Direito do Mar.

O pouco interesse nacional pelo estudo do Direito Marítimo, refletido na escassa produção acadêmica acerca do tema, é incompatível com a geografia brasileira, dotada de mais de 9.000 km de costa marítima, descaso que colide com a pretensão pátria de figurar como efetivo *player* no cenário internacional.

O século XX foi marcado pela codificação do Direito do Mar no âmbito das Nações Unidas. Nesse sentido, destacam-se as Convenções de Genebra de 1958 e 1960, ambas sem grande respaldo internacional, e a Convenção das Nações Unidas de Direito do Mar de 1982, conhecida como Convenção de Montego Bay, que passou a vigorar em 16 de novembro de 1994, contando com 157 países signatários e 145 ratificações.

A Convenção de 1982 estabelece um novo paradigma para a exploração dos ambientes marinhos, norteadas pelo viés da preservação ambiental e do respeito a padrões mínimos de trabalho e de segurança nas embarcações. Ademais, acompanhando a tendência de criação de jurisdições internacionais de competências especializadas, a convenção criou o Tribunal Internacional do Mar, com sede em Hamburgo, cujas atividades iniciaram-se em 1996.

Dentre os limites à liberdade de exploração do alto mar insculpidas no texto de Montego Bay, importa salientar os deveres impostos aos Estados no que tange à jurisdição e ao controle em questões administrativas, técnicas e sociais sobre navios que arvoem a sua bandeira. Assim, codificou-se o que já era a prática consuetudinária do direito marítimo, de sorte que toda embarcação deve navegar sob a bandeira de uma nação de modo a permitir à Comunidade Internacional distinguir qual Estado exerce jurisdição sobre a mesma.

É imperioso que haja, consoante a Convenção de 1982, uma relação de conexão (“*genuine link*”) entre a embarcação e o respectivo Estado de Bandeira. Ocorre, todavia, com grande frequência, o registro das mesmas junto à Estados diversos, cujas tarifas portuárias são

inferiores e o controle sobre os navios é mais brando, ou mesmo inexistente. Tal fenômeno, conhecido como bandeiras de conveniência, tem seu primeiro registro no século XIX, com o escopo de burlar os acordos internacionais que proibiam o transporte marítimo de escravos.

Atualmente, é impossível dissociar o sistema de bandeiras de conveniência das violações sistemáticas às condições mínimas de trabalho dos embarcados, da pirataria, das agressões ao meio ambiente, das imigrações clandestinas e da burla às obrigações tributárias dos países de bandeira. Seu papel se afigura como barreira quase que intransponível na busca do desenvolvimento de um ambiente marítimo estritamente regido pelas leis internacionais e efetivamente seguido pelos agentes que nele atuam.

Procura-se, neste trabalho, analisar o fenômeno das bandeiras de conveniência no Direito Internacional do Mar em face da responsabilidade dos Estados perante a Comunidade Internacional no que tange a jurisdição e controle em questões administrativas, técnicas e sociais sobre navios que arvorem a sua bandeira, conforme disposta na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982.

Para tal, serão abordados de inícios sobre três pilares do Direito do Mar hodierno: a Organização Marítima Internacional, o processo de criação de uma corte específica para questões marítimas, culminando no Tribunal de Hamburgo, e, por fim, as Convenções das Nações Unidas para o Direito do Mar. Em seguida, impende delimitar o regime de tutela estabelecido para o alto mar, cujo status de patrimônio comum da humanidade, sem que prevaleça a soberania de um Estado específico, torna particularmente delicado o controle das embarcações que nele navegam, configurando espaço ideal para os navios que arvoram bandeiras de conveniência.

Assim, tendo em conta que o fenômeno das bandeiras de conveniência, que são precisamente um mecanismo de subversão a tal sistema de responsabilidade, abordar-se-á a definição de navio, a importância e as disposições legais envolvidas em seu registro, mormente no que tange ao critério do “vínculo substancial” e, por fim, as responsabilidades convencionais dos Estados de Bandeira.

Por fim, será trabalhado o fenômeno das bandeiras de conveniência em si, a partir de seu conceito doutrinário, sem olvidar de um breve apanhado de sua evolução histórica, bem como suas principais soluções. Apesar das possíveis vantagens econômicas oriundas desse sistema, a fragilidade do controle pelos Estados de Bandeira dá azo ao cometimento de

diversas violações internacionais, como a pirataria, a exploração dos trabalhadores embarcados, o tráfico de drogas, de armas e de seres humanos, de sorte que o presente trabalho trata as bandeiras de conveniência como um problema que efetivamente fragiliza a ordem internacional vigente sobre os mares.

Nesse sentido, busca-se investigar o combate às bandeiras de conveniência por meio de dois caminhos distintos: o fortalecimento do critério do vínculo substancial ou a cobrança sobre os Estados de Bandeira para que exerçam um controle efetivo sobre as embarcações que arvoram suas bandeiras.

2. OS PILARES DO DIREITO DO MAR

O interesse do homem na exploração do ambiente marítimo em seu entorno é patente em toda a História, de modo que Osvaldo Agripino (2006, p. 182) destaca ser intrínseco aos países que dispõem de litoral a identificação de interesses, necessidades e possibilidades atrelados ao mar, o que sintetiza sob a alcunha de “política marítima do país”. Saliencia ainda que os objetivos políticos, militares e econômicos de uma Nação “dependem, para serem alcançados, da adequada obtenção e do emprego de meios apropriados, isto é, dependem de uma estratégia marítima, que prepare e empregue convenientemente o Poder Marítimo” (CASTRO JÚNIOR, 2006, p. 182).

Mediante a relevância do tema, o presente trabalho inicialmente lançará um breve olhar, sem qualquer pretensão de exaurimento, sobre três pilares do Direito do Mar hodierno: a Organização Marítima Internacional, o processo de criação de uma corte específica para questões marítimas, culminando no Tribunal de Hamburgo, e, por fim, as Convenções das Nações Unidas para o Direito do Mar. Apesar de sua imensa importância para a Comunidade Internacional, as Convenções de cunho ambiental que tangenciam a esfera marítima não serão abordadas, tão somente por não guardarem pertinência com o tema das bandeiras de conveniência.

Por fim, resta delimitar o regime de tutela estabelecido para o alto mar, cujo status de patrimônio comum da humanidade, sem que prevaleça a soberania de um Estado específico, torna particularmente delicado o controle das embarcações que nele navegam, configurando espaço ideal para os navios que arvoram bandeiras de conveniência, a serem exploradas alhures.

2.1. A Organização Marítima Internacional

A Organização Marítima Consultiva Intergovernamental foi criada em 1948 por Convenção homônima como o órgão das Nações Unidas responsável exclusivamente por

questões marítimas. O órgão iniciou suas atividades em 1958, tendo seu nome modificado para Organização Marítima Internacional (doravante “IMO”) somente em 1982.

A organização é calcada em objetivos amplos, insculpidos no art. 1º da Convenção sobre a Organização Marítima Consultiva Intergovernamental - atualmente Convenção Relativa à Criação da Organização Marítima Internacional (IMO, 1948) - essencialmente a instituição de um sistema de cooperação entre os governos no campo da regulamentação e dos procedimentos técnicos relacionados à navegação; promoção da segurança e eficiência na navegação; prevenção e controle da poluição do meio marinho; análise das questões atinentes a práticas desleais de empresas de navegação e fomento da troca de informações entre governos sobre as questões em apreciação pela Organização. Todos os objetivos podem ser sintetizados no slogan “*Safe, secure and efficient shipping on clean ocean*” (IMO, 2009, p. 4).

Trata-se de órgão autônomo, com sede no Reino Unido, dotado de orçamento próprio e divisão de competências em órgãos, que consistem em Assembléia, Conselho e cinco comitês específicos. É uma das menores agências do sistema Nações Unidas, “tanto em termos de número de funcionários quanto em orçamento, sendo este, ilustrativamente, de £61,151,200” (IMO, 2011) para o biênio 2010-2011. Seria necessário o dobro desse montante para a compra de um petroleiro de médio porte e, considerando-se o valor incalculável dos danos que um vazamento oriundo desse tipo de embarcação pode causar, não é exagero sustentar que “se a OMI for responsável por prever apenas um acidente com o petroleiro por ano, então seu custo já está mais que pago.” (IMO, 2011) O financiamento da organização advém de seus 170 Estados-Membros, de modo proporcional a suas frotas de embarcações.

Embora seu mecanismo de atuação não seja o cerne do presente trabalho, impende destacar a importância da OMI na tutela da segurança marítima e no ativo combate à poluição, mormente atualizando os diversos tratados acerca da matéria e pressionando os Estados-Membros a procederem a ratificação dos mesmos. Nesse sentido aduz Luiz Henrique Pereira da Fonseca (1989, p 8):

A IMO, de alguma maneira, tem-se atualizado para responder às exigências da hora presente. Depois de superar a fase da superprodução de resoluções utópicas, que às vezes até serviam para confundir e emperrar o encaminhamento de soluções para os numerosos e graves problemas do setor, partiu para um esforço maduro de consolidação e implementação prática das decisões adotadas. Assim, ganhou em eficácia operacional e em credibilidade.

No que atine a produção de tratados e protocolos, a IMO tem 53 documentos aprovados, dentre os quais 14 ainda não se encontram em vigor, no aguardo pelas devidas ratificações (COSTA; SOLAS, 2010). Nesse sentido, compete destacar a Convenção Internacional para a Segurança da Vida no Mar (SOLAS, 1974); a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição de Navios (MARPOL, 1973) e seu Protocolo de 1978, e, por fim, a Convenção Internacional sobre Padrões de Treinamento, Certificação e Fiscalização para Pessoal Marítimo (STCW, 1978).

A organização participa ativamente dos fóruns globais de debate sobre Meio Ambiente, a exemplo do relatório “*A Blueprint for Oceans and Coastal Sustainability*” (IMO et al, 2011), para a Conferência das Nações Unidas Para o Desenvolvimento Sustentável Rio+20, desenvolvido junto ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Blueprint destaca a importância do ambiente marítimo para a sustentabilidade global, com foco na escassez dos pescados, das mudanças climáticas culminando na acidificação do oceano, no substancial aumento da poluição e de resíduos no mar e nos danos à biodiversidade. Sem eximir-se de apresentar propostas de cunho econômico e político para a almejada sustentabilidade, o relatório também aborda as diversas dimensões de desenvolvimento sustentável e a contribuição dos diversos setores da sociedade “*to a blue-green economy.*” (IMO et al, 2011).

ÖZÇAYIR (2000, p. 2) aduz que, a despeito de sua inegável importância no desenvolvimento de tratados internacionais concernentes à segurança e combate a poluição no ambiente marítimo, a IMO foi alvo de severas críticas em decorrência de seu processo de elaboração e aprovação de convenções ser pautado no consenso. Em possível resposta a tais críticas, a organização adotou o sistema de aceitação tácita no que diz respeito às emendas aos tratados, de sorte que as mesmas entrarão automaticamente em vigor a menos que, até determinada data, um número estipulado de países manifeste-se contrário ao dispositivo. Esse mecanismo permitiu que a SOLAS (1974) fosse emendada mais de 16 vezes.

O autor indaga como é possível que, mediante a existência de tantas regulamentações oriundas da IMO, tantos trabalhadores ainda sejam submetidos às condições penosas no mar, ou como tantas embarcações naveguem aquém do mínimo de segurança

permitido. A esse respeito, explana que o cerne do problema reside na pouca efetividade atual de tais regulamentações:

The shipping industry had the problem of each shipping nation having its own maritime law. IMO developed international treaties, vast majority of the countries are parties and even the major flags of convenience countries are parties to these conventions but the problem is still unsolved. Shipping is not failing in ratifying new conventions or the international community is not failing in adopting necessary litigation but shipping is failing in application and enforcement of international regulations especially the ones on safety, pollution and crew welfare. (ÖZÇAYIR, 2000, p. 5).

Dessa feita, conclui-se que a problemática da uniformização de normas para o âmbito marítimo padece essencialmente pela dificuldade em sua materialização, a despeito da existência de uma codificação internacional.

2.2. Tribunal para questões marítimas

O século XX foi marcado pela codificação do Direito Internacional e pela implantação de órgãos de solução de litígios de vocação internacional. Nesse sentido, é interessante destacar o entendimento de Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p. 1181), que, citando Charles Dupin, afirma “sendo o mar um condomínio ele deveria ser submetido a uma legislação internacional, a uma polícia internacional, a uma justiça internacional”.

A primeira tentativa de instituir-se um Tribunal com competência material para questões essencialmente marítimas deu-se na Conferência da Paz de 1907. Como a captura de embarcações inimigas, assim como o saqueamento da carga de qualquer navio neutro, “era processado por tribunais do Estado de nacionalidade do navio apresador, sentiu-se necessidade de constituir tribunal internacional a respeito, com competência para rever sentenças daqueles tribunais” (RANGEL, 2007, p. 88).

A proposta de criação do Tribunal de Presas Marítimas ensejou a convocação da Conferência de Londres no ano seguinte. O projeto consubstanciado na Declaração de 26 de fevereiro de 1909 jamais se materializou, uma vez que não obteve a aprovação necessária no Parlamento Inglês.

A segunda tentativa de criação de um tribunal específico ocorreu na Conferência da Codificação do Direito Internacional de 1930, na qual:

(...) o relator do tema “águas territoriais” propusera que as controvérsias decorrentes da aplicação de futura convenção a respeito deveriam ser submetidas a uma solução

compulsória confiada à Corte Permanente de Justiça Internacional ou mesmo a órgão arbitral específico. Apoiada apenas por dois governos (Portugal e Holanda), a proposta circunscreveu-se a registros nos anais. (RANGEL, 2007, p. 88).

Sob a égide da Sociedade das Nações (SDN), funcionou de 1922 a 1946 a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), com sede em Haia, a quem foi conferida a competência para tratar também de questões marítimas, como fez no caso do julgamento do navio Wimbledon, em 17 de agosto de 1923, envolvendo a participação da Alemanha, França, Reino Unido, Polônia, Itália e Japão (ACCIOLLY, 2009, p. 775). Apesar de prevista no artigo 14 do pacto da SDN, não fazia parte da Sociedade, possuindo um funcionamento autônomo.

A CPJI foi sucedida pela Corte Internacional de Justiça, o órgão máximo das Nações Unidas para prestação jurisdicional, em profícua atuação desde 1946, com competência para prolatar julgamentos contenciosos e pareceres consultivos.

A despeito da atuação da CIJ, a Comunidade Internacional ainda carecida de pareceres apurados não só de cunho político e legal, mas também de fundamento técnico. Ademais, “sem embargo da contribuição efetiva da Corte Internacional de Justiça ao Direito do Mar, parece ela de limitações por ter jurisdição contenciosa adstrita a controvérsias entre Estados”. (RANGEL, 2007, p. 89).

As suas primeiras Convenções das Nações Unidas sobre o tema (1958 e 1960, respectivamente) não obtiveram sucesso na criação de um método de resolução de controvérsias. Francisco Ozanan Gomes Rocha (p.25) aponta que em 1958 foi adotado o Protocolo Facultativo para a Solução de Litígios, embora o mesmo nunca tenha tido ampla aceitação e inexistia qualquer registro de sua aplicação.

No decurso da III Convenção para o Direito do Mar, partiu da representação americana a proposta de criação de uma série de procedimentos obrigatórios e não obrigatórios para a resolução de controvérsias, paralela a criação de dois tribunais específicos, conceito que foi mantido nas negociações até 1976.

Por fim, a Convenção de Montego Bay trouxe em seu bojo a criação do Tribunal Internacional do Direito do Mar, integrado por uma Câmara de Controvérsias dos Fundos Marítimos, além da possibilidade de constituição de Câmaras Especiais para matérias específicas.

O Tribunal Internacional do Direito do Mar, com sede em Hamburgo, Alemanha, iniciou suas atividades em 1 de outubro de 1996, composto por 21 juízes “eleitos de entre pessoas que gozem de mais alta reputação pela sua imparcialidade e integridade e sejam de reconhecida competência em matéria de direito do mar” (NAÇÕES UNIDAS, 1982). Em quinze anos de funcionamento, julgou dezenove casos, sendo somente um caso consultivo.

A Convenção de 1982 não estabelece o Tribunal como única instância competente para julgamento de feitos marítimos. Em conformidade com o art. 287 da mesma, os Estados-Partes podem optar pela interpretação e aplicação de seu texto pelo Tribunal Internacional do Mar, pela Corte Internacional de Justiça e por Arbitragem Geral (anexo VII) ou Específica (anexo VIII). Ao Estado-Parte também é facultado convidar, sob a tutela das disposições convencionais, as partes envolvidas na controvérsia a submeterem-se a procedimento conciliatório (art. 284).

2.3. A Codificação do Direito do Mar

O século passado submeteu o Direito do Mar, bem como diversos ramos do conhecimento humano, a um processo de profunda e irreversível internacionalização, materializada no arcabouço organizacional abordado no presente capítulo, de modo que se pode dizer que “a construção de todo o direito do mar foi uma das mais espetaculares obras da codificação do direito internacional”. (ACCIOLLY, 2009, p. 782).

É importante compreender, todavia, que esse processo não é fruto somente da engenhosidade do século XX, mas sim decorrência da evolução tecnológica no campo náutico, do exponencial aumento da produção e, por conseguinte, da utilização do transporte marítimo, assim como da própria consciência da finitude dos recursos naturais e da necessidade de um manejo sustentável. Nesse sentido, Vianna (2007, p. 3) caracteriza esse ramo do Direito como:

(...) normativo, em virtude do processo de codificação formal, democrático, uma vez construído com a ampla participação dos Estados e, por fim, moderno, por indissociável dos avanços tecnológicos.

O projeto de codificação das práticas marítimas, nos quais Direito do Mar e Direito da Navegação se confundem, remonta aos povos mais antigos. O Código de

Hamurabi, da Primeira Dinastia da Babilônia (século XXIII a.C.) já trazia insculpido em seu bojo disposições acerca da “construção naval, fretamento de navios à vela e a remo, responsabilidade do fretador, abalroamento e indenização pelo causador de danos” (CASTRO JÚNIOR, 2006, p. 188). Ainda na antiguidade, o Código de Manu, dos hindus, já versaria sobre normas de câmbio marítimo.

Percebemos também a existência quase culminante de um Direito Marítimo (mais ou menos dois séculos a.C., na época do Código de Manu, da lei de Rodes) baseado nos costumes da época, tratando das questões relacionados ao comércio interligadas à navegação, que no decorrer dos tempos evolui em sua própria natureza, mas que por certos momentos e épocas se confunde com o que hoje denominamos Direito do Mar. (VIANA, 2007, p. 2).

No decurso da Idade Média, o processo de feudalização não foi absoluto a ponto de sufocar as cidades marítimas, de sorte que jamais cessou a exploração do mar. Acerca dos códigos marítimos da época, Vianna (2007, p. 6) salienta que “ainda que não promulgados por autoridade soberana, assumiu gradual caráter obrigatório, livremente reconhecido pelos comerciantes e por aqueles que trafegam pelos mares no período medieval”. Assim, destaca-se a importância histórica da Basilika, da Tábua Amalfitana, das Leis de Oléron, do *Consolato del Mare*, das Leis Wisbuenses, do Código Hanseático, do Livro Negro do Almirantado e do *El Eguidon de la Mer*.

A liberdade de navegação, tida por mais significativa dos mares, cuja gênese moderna remonta à expansão ultramarina dos Estados Nacionais no século XVI, é expoente da revolução comercial do continente europeu (BURNS, 2001, p. 404). A tentativa dos países ibéricos de exercerem monopólio sobre as rotas marítimas que conduziam a suas colônias gerou embate com alguns Estados europeus que pugnavam a ampla liberdade em alto mar.

Expoente do pensamento das novas potências marítimas não peninsulares, o holandês Hugo Grócius, na obra *Mare Liberum*, foi árduo defensor do princípio da liberdade de navegação marítima, posteriormente ampliado para a atual concepção de liberdade dos mares. (ACCIOLLY, 2009, p. 620)

Adherbal Meira Mattos (2008, p. 46/47) relaciona a disposição da Convenção ao aludido contexto histórico europeu:

É a plena efetivação, no século XX, da teoria de Grotius, enunciada em princípios do séc. XVII. Defendia o grande jurista holandês a liberdade dos mares, visando, com isso, à defesa dos interesses econômicos de seu país, no Mar do Norte. Sua teoria do *maré liberum* foi contestada por Selden, por meio da teoria do *maré clausum*, segundo a qual inexistia a liberdade dos mares. Selden, também, agiu em termos de

defesa dos interesses de seu país, tanto que afirmou pertencerem à Inglaterra todos os mares. O costume internacional, contudo, consagrou o princípio da liberdade dos mar, a partir do século seguinte.

As primeiras décadas do século XX, marcadas pelas tentativas de solidificação da Sociedade das Nações, o cerne das discussões circundava o mar territorial, mormente na Convenção de Haia de 1930, não culminando, todavia, na assinatura de nenhum documento formal.

Entre as conclusões adotadas estava a de que o mar territorial integrava o território estatal, exercendo o Estado costeiro, soberania sobre essa faixa, no espaço aéreo sobrejacente e no leito e subsolo subjacentes, permitida a passagem inocente de navios estrangeiros no mar territorial. Não houve, contudo, acordo quanto à extensão, que o Comitê Preparatório pretendia que fosse de 3 milhas marítimas. (MATTOS, 2008, p. 8)

A criação da Organização Marítima Internacional e das Convenções das Nações Unidas Para o Direito do Mar criaram o novo paradigma sobre o qual estrutura-se o Direito do Mar hodierno

2.3.1 As Convenções das Nações Unidas Para o Direito do Mar

A primeira Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, sediada em Genebra em 1958 com a participação de 86 Estados, tratava do mar territorial e da zona contígua, da plataforma continental, da pesca, da conservação dos recursos vivos e do alto mar.

A segunda Conferência, de igual sede, ocorrida em 1960, não obteve resultado efetivo, a despeito da presença de 88 Estados, de modo que são poucos os registros a seu respeito.

A terceira Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar (NAÇÕES UNIDAS, 1982), por sua vez, perdurou de 1973 a 1982, com debates em Nova York, Caracas e Genebra e culminando com a assinatura em Montego Bay (Jamaica) como ficou popularmente conhecida. A Convenção, que vincula integralmente os Estados-Partes a seus 320 artigos, não admite reservas, entrou em vigor em 16 de novembro de 1994, com a ratificação do 60º Estado.

O preâmbulo da Convenção de 1982 traz significativas diretrizes para a regulamentação internacional do espaço marítimo, enfatizando a cooperação mútua para a manutenção da paz, da justiça e do progresso de todos os povos do mundo, mediante a consciência de que os problemas do espaço oceânico estão diretamente inter-relacionados e devem ser vistos como um todo.

Reconhece o respeito pela soberania de todos os Estados, intenta a construção de uma *ordem jurídica* para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova usos pacíficos dos mares e oceanos, em uma utilização equitativa e eficiente de seus recursos, conservando os recursos vivos e promovendo o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho.

O preâmbulo destaca ainda sua base principiológica, sendo a codificação e o desenvolvimento do Direito do Mar calcados nos princípios da justiça e da igualdade de direitos visando à promoção do progresso econômico e social de todos os povos do mundo.

Além de versar sobre pesquisa e proteção no ambiente marítimo, além da criação do Tribunal de Hamburgo, a contribuição mais sólida a Convenção é a precisa delimitação das zonas marítimas, a seguir abordadas.

2.3.2 As zonas territoriais marítimas na Convenção de Montego Bay de 1982

Convenção de Montego Bay, datada de 1982, confere tratamento pormenorizado à definição das zonas marítimas, pelo que se distingue de suas antecessoras. No âmbito das zonas, o controle do estado costeiro vai sendo gradativamente reduzindo, passando do controle total (porém não absoluto) do mar territorial à ausência de controle inerente ao alto mar. Precisamente em virtude da dificuldade de estabelecer um controle efetivo sobre as embarcações que transitam na última, dando azo à proliferação das bandeiras de conveniência, o regime de tutela do alto mar será tratado em apartado no presente trabalho.

Águas interiores, definidas no art. 8º do texto convencional, são aquelas sobre as quais o Estado Costeiro exerce sua soberania plena, correspondendo às águas marítimas

interiores às linhas de base retas - cuja origem é a medição do mar territorial – as águas dos rios, lagos, lagoas e canas do território nacional.

A Convenção superou o entrave da delimitação precisa da extensão do mar territorial, problema que “preocupou os juristas italianos do Século XIV, quando Saxoferrato sustentou a jurisdição dos Estados costeiros até 100 milhas marítimas”. (MATTOS, 2008, p. 8)

Em conformidade com o art. 2º, a soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas águas interiores e, no caso, das águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial, soberania essa estendida ao espaço aéreo sobrejacente, ao leito e ao subsolo desta zona.

O limite do mar territorial, contemplado no art. 3º, deve ser fixado pelo Estado até o limite que não ultrapasse 12 milhas marítimas, medidas a partir de linha de base nos termos da Convenção. Trata-se de valor já sugerido pelo Comitê Jurídico Interamericano em 1965.

Por óbvio, alguns Estados adjacentes não dispõem de 24 milhas entre suas respectivas linhas de base, quando nenhum desses Estados poderá, salvo comum acordo, estender seu mar territorial além da linha mediana cujos pontos são equidistantes dos pontos mais próximos das respectivas linhas de base. O art. 15 ressalva ainda que esse método não se aplica quando, por motivo de existência de títulos históricos ou de outras circunstâncias especiais, deva-se delimitar o mar territorial de forma distinta.

Seguinte ao mar territorial, prevalece a zona contígua, prevista no art. 33, compreendida por 12 milhas marítimas daquele. Nela, o Estado Costeiro pode tomar as medidas necessárias de fiscalização para evitar infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, assim como reprimir as infrações às leis e regulamentos no seu território ou no seu mar territorial.

A idéia de zona econômica exclusiva teve sua gênese em 1972, sob a alcunha de mar patrimonial, sendo reconhecidos direitos além do mar territorial dos Estados costeiros. Como pontual Adherbal Mattos (2008, p. 32) “não se tratava do real exercício da soberania, mas, de uma soberania funcional (econômica) sobre os recursos renováveis ou não das águas, do leito e do subsolo dessa faixa equórea delimitada em 200 milhas”.

A Convenção de Montego Bay implementou a Zona Econômica Exclusiva, sobre a qual o Estado detém a soberania sobre os recursos naturais, não se estendendo além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede o mar territorial, nos ditames do art. 37.

Nessa zona territorial, preceitua o art. 56, o Estado Costeiro tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação ou gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos. Exerce também jurisdição no que tange a colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, investigação científica marinha, além da proteção e preservação do meio marinho.

Importa salientar que os demais Estados dispõem de liberdade de navegação, sobrevôo e colocação de cabos na Zona Econômica Exclusiva.

A plataforma continental, definida no art. 76 da Convenção, compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

Os direitos do Estado Costeiro sobre sua plataforma continental são de exploração e aproveitamento dos recursos naturais, pelos quais se entende recursos minerais e outros não vivos do leito do mar e subsolo, bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias

2.4. O Alto Mar

2.4.1. Definição de alto mar

O direito do mar está alicerçado em torno de duas idéias primordiais: a

delimitação dos limites das zonas marítimas nas quais os Estados exercem sua ingerência soberana e, paralelamente, a existência de uma zona sob a qual não paira qualquer direito exclusivo, o chamado alto mar.

O afastamento da soberania das Nações sobre determinada área marítima, resguardando direitos comuns a todos os Estados, consolida a teoria do alto mar como “propriedade da sociedade internacional” (MELLO, 2004, p. 1242), aproximada, conforme aduz Celso D. de Albuquerque Mello, do *res communis* romano, ou seja, a coisa de uso comum de todos. Corrobora com esse entendimento Adherbal Meira Mattos (2008, p. 46):

Como, entretanto, o alto-mar encontra-se sujeito a determinadas regulamentações jurídicas, não se pode afirmar seja ele uma *res nullis*, como os teóricos do século XVII haviam pretendido. Na realidade, é o alto-mar, juridicamente, uma *res communis*, pois envolve os interesses da sociedade internacional em sua plenitude, o que exclui o *jus utendi, fruendi e abutendi*. Desta forma, não será ele objeto de apropriação nacional, por proclamação de soberania, uso, ocupação, ou qualquer outro meio, mesmo porque, nele, como observa Celso de Albuquerque Mello, os Estados só exercem jurisdição nos navios seus nacionais.

Hodiernamente, alto-mar está imediatamente associado ao termo “patrimônio comum da humanidade”, consubstanciado no art. 136 da Convenção de Montego Bay, cunhado em 1967 por Arvid Pardo:

“O termo “patrimônio comum da humanidade” decorre de um discurso do embaixador de Malta, Arvid Pardo, na Organização das Nações Unidas, sobre a necessidade de compartilhamento desse patrimônio, que estaria de certa forma monopolizado pelos Estados industrializados, os únicos a deterem tecnologia suficiente para realizar a extração dos recursos de grandes profundidades.” (VARELLA, 2010, p. 215)

A perspectiva de um patrimônio comum não é restrita à exploração equânime do mar, de modo a atender aos diferentes modelos de desenvolvimento, mas alude principalmente à responsabilidade comum dos Estados na preservação ambiental do espaço marítimo. Essa “revolução no modo de pensar ambiental” (ZANELLA, 2010, p. 29) influenciou os rumos das negociações da Conferência sobre o Direito do Mar, iniciada em 1973.

A Convenção de Genebra para o Alto Mar de 1958, já tratava, em seu artigo primeiro, o alto mar como “todas as partes do mar não incluídas no mar territorial nem nas águas internas de qualquer Estado” (NAÇÕES UNIDAS, 1958). Proclamava também que tal zona como aberta a todas as Nações, não podendo qualquer Estado sujeitar a área a sua soberania.

As questões atinentes ao alto-mar são tratadas especificamente na parte VII, art 86, da Convenção de Montego Bay, na qual a zona em comento é entendida como “a parte do mar não incluída na zona econômica exclusiva, no mar territorial ou nas águas interiores de um Estado, nem nas águas arquipelágicas de um Estado arquipélago” (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

A complexa delimitação dos limites das diferentes zonas marítimas, agravada pela criação da zona econômica exclusiva estabelecidas em 1982, findou por reduzir o espaço antes considerado como de alto-mar.

As condições de utilização do mar-territorial são antagônicas àquelas conferidas as demais zonas marítimas. Caso interessante é o do mar territorial, que permite somente a passagem inofensiva das embarcações de outros Estados, sendo essa, ainda assim, passível de condicionamento às rotas marítimas exigidas pelo estado costeiro, de sorte a garantir a segurança na navegação.

2.4.2. Liberdades em alto-mar

Uma vez que o alto-mar caracteriza-se pela ausência da soberania de um Estado específico, amplas liberdades são conferidas aos Estados, costeiros ou não, oriundas mormente da prática marítima consuetudinária. Em consonância com o compromisso assumido na Carta de São Francisco de zelar pela paz entre as Nações, o ambiente marítimo em alto-mar também deve ser usado para fins pacíficos, conforme diretriz do art. 88 da UNCLOS.

Sem embargo, a I Convenção de Genebra para o Direito do Mar já reconhecia em seu artigo segundo as seguintes liberdades em alto mar: liberdade de navegação, de pesca, de sobrevôo e de colocação de cabos e oleodutos submarinos, todos a serem exercidos com a devida atenção aos interesses similares dos demais Estados.

Posteriormente, na Convenção de Montego Bay, as liberdades elencadas foram retomadas e, adicionalmente, reconheceu-se a liberdade de construir ilhas artificiais e outras instalações permitidas pelo Direito Internacional, bem como a investigação científica em alto

mar. Ressalvou-se novamente o gozo de tais liberdades tendo em conta os interesses dos outros Estados.

2.4.3. Exercício das liberdades em alto mar

O exercício das liberdades para a utilização do espaço marítimo pelos Estados-partes são condicionadas a determinadas regras pormenorizadas na Convenção de Montego Bay.

Ao navegarem até os limites da zona econômica exclusiva, os navios privados são submetidos às leis do Estado a que pertencem às águas interiores onde eles se encontram. A este compete dar-lhes proteção, prática enraizada no século XIX. Nessas condições, a legislação em vigor no Estado será aplicada ao navio, a exemplo da polícia aduaneira, sanitária, processual, fiscal etc. (MELLO, 2004, p. 1282)

A despeito de as embarcações navegarem a maior parte do tempo além dos domínios das zonas territorial e econômica exclusiva das nações, permanecendo em alto-mar, dotado da condição *sui generis* de espaço comum da Comunidade Internacional, no qual não prevalece nenhuma soberania específica, as mesmas são vinculadas aos ditames de um Estado específico.

O sistema marítimo internacional organizou-se em torno do registro formal de cada embarcação junto a um Estado, cuja bandeira essa passará a arvorar. Ao conferir a sua nacionalidade a um navio, o então chamado “Estado de Bandeira” compromete-se a uma série de obrigações decorrentes da extensão de sua soberania.

“A nacionalidade decorre do porto de registro do navio, que é comprovada pelos papéis de bordo. O sinal exterior da nacionalidade é o pavilhão. O navio que viajar com mais de um pavilhão é considerado pelas Convenções de Genebra sobre alto mar e a de 1982 como um navio sem nacionalidade. A obrigação que os navios têm de arvorar o pavilhão é uma decorrência da utilização dos mares por todos os Estados, uma vez que ele permite a identificação do navio e, em consequência, se saber a que jurisdição ele se encontra submetido.” (MELLO, 2004, p. 1279)

Ao tratar do Direito de Navegação, a Convenção, em seu artigo 90, confere aos Estados o direito de fazer navegar em alto mar os navios que arvoem sua bandeira. As implicações do registro dos navios serão o cerne da exposição do próximo capítulo.

3. O REGISTRO DAS EMBARCAÇÕES

Dentro de seu intento de construção de “uma ordem jurídica para os mares e oceanos” (NAÇÕES UNIDAS, 1982), consubstanciados no preâmbulo da Convenção de Montego Bay, o Direito do Mar incumbe-se, dentro de seu vasto horizonte, do estabelecimento de parâmetros mínimos que garantam condições para uma navegação pacífica e segura.

Justamente para materializar tais condições, consagrou-se a responsabilidade dos Estados pelas embarcações registradas sob suas bandeiras, devendo os mesmos exercer controle e jurisdição sobre aquelas.

Assim, tendo em conta que o fenômeno das bandeiras de conveniência, que são precisamente um mecanismo de subversão a tal sistema de responsabilidade, abordar-se-á no presente capítulo a definição de navio, a importância e as disposições legais envoltas em seu registro, mormente no que tange ao critério do “vínculo substancial” e, por fim, as responsabilidades convencionais dos Estados de Bandeira.

3.1. Definição de navio

Inicialmente, interessa delimitar o que se entende por navio, objeto ao qual é concedida a soberania de um Estado. A Convenção de Montego Bay não aborda a questão, limitando-se a pontuar, em seu art. 29, a definição de navio de guerra. A doutrina tende a igualmente esquivar-se do assunto, interpretando o termo *navio* da maneira mais ampla possível, como “máquina flutuante destinada à navegação”. (RIPERT *apud* MUNIZ, 2009)

Uma acepção clássica de navio é a de Francisco Rezek, de modo que “pode-se definir *navio* como todo engenho flutuante dotado de alguma força de autopropulsão, organizado e guarnecido segundo sua finalidade”. (REZEK, 1991, p. 304)

No âmbito da legislação nacional, compete destacar a definição insculpida no art. 2º da Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, que versa acerca da prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional: “V – navio: embarcação de qualquer tipo que

opere no ambiente aquático, inclusive hidrofólios, veículos a colchão de ar, submersíveis e outros engenhos flutuantes”.

A Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por navios, de 1973, por sua vez, define navio nos seguintes termos:

Navio significa uma embarcação de qualquer tipo operando no meio ambiente marinho e abrange embarcações do tipo hidrofólio, veículos que se deslocam sobre um colchão de ar, embarcações submersíveis, flutuantes e plataformas fixas ou flutuantes.

Uma vez que inexistente um conceito uniforme, o presente trabalho tomará tais bens móveis pelas alcunhas de “navio”, “embarcação” ou “barco” como sinônimas, sem qualquer prejuízo à precisão terminológica.

3.2. A nacionalidade do navio

Rafael Muniz (2009, p. 26) destaca que, no âmbito jurídico, as características mais importantes de uma embarcação são sua nacionalidade, o porto de inscrição, o nome, a tonelagem e, por fim, sua classe. A nacionalidade do navio, firmada a partir de seu registro, é de salutar importância dentro da sistemática de responsabilização dos Estados:

Como dito acima, a nacionalidade é a característica mais importante do navio. Ela é relevante por cinco motivos: a) proteção: o navio será protegido por seu Estado nacional, e, desse modo, poderá pedir ajuda a sua respectiva representação diplomática ou consular; b) aplicação dos tratados: todas as convenções concluídas pelo Estado nacional do navio lhe são aplicáveis; c) jurisdição: a qualidade da embarcação determina a lei aplicável; d) vigilância: o Estado nacional do navio os vigia; e) favores particulares: o Estado nacional do navio lhe concede certos favores (os mais importantes e tradicionais são a navegação interior, a navegação de cabotagem, a pesca e a reserva de carga. (MUNIZ, 2009, p. 36)

O registro de uma embarcação é definido por John Middleton (p. 1) como “um processo administrativo pelo qual nacionalidade, bem como seus direitos e deveres colaterais, é conferida a uma embarcação marítima”.

A prática de registrar as embarcações junto a um Estado deu-se, ao longo da prática marítima, com base em critérios estabelecidos unicamente pelos próprios Estados. No caso *Muscat Dhows* (VERHOEVE), julgado pela Corte Permanente de Arbitragem em 1905,

restou averbado que é pertinente somente à soberania de cada Estado estabelecer critérios para conferir o direito de arvorar sua bandeira.

A partir da Convenção de Genebra de 1958, quando a necessidade de “vínculo substancial” (“*genuine link*”) entre a embarcação e o Estado de Bandeira foi pela primeira vez exigida, para uma incerteza sobre seu real significado, ponto em que o texto convencional era omissivo.

Conforme alude Ariella D’Andrea, a redação final da convenção foi influenciada pelo caso *Nottebohm*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1955, no qual foi decidido pelo não-reconhecimento da nacionalidade conferida por um Estado a um indivíduo em uma circunstância de ausência de vínculo entre ambos.

A Convenção de Montego Bay, em seu art. 91 (1), estabelece inicialmente que “todo Estado deve estabelecer os requisitos para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira”. A seguir, insere no mesmo parágrafo que “deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio” (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

Não há qualquer indício no texto convencional que conduza a uma interpretação certa sobre de que forma devem ser aplicados os critérios delineados no art. 91. A primeira hipótese plausível seria a cumulação das duas disposições, de modo que, mesmo no exercício de sua soberania na eleição de critérios para patriar os navios, o Estado deve exigir o vínculo substancial, enquanto a segunda hipótese interpretativa é de que as disposições têm aplicação subsidiária, na ordem indicada.

Embora o texto de Montego Bay seja omissivo nesse ponto, ocorreu, de 20 de janeiro a 7 de fevereiro de 1968, em Genebra, a Convenção sobre Registro de Embarcações (*United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships*), com o escopo de regulamentar a previsão do art. 91.

A Convenção decorre da Resolução 37/109 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1982, que incumbiu a Conferência para Comércio e Desenvolvimento de, nos dois anos seguintes, promover uma conferência plenipotentária para, no período de três semanas, “considerar a adoção de um acordo internacional relativo às condições de aceitação do registro de uma embarcação.” (AGNU, 1982)

Em seu preâmbulo, a Convenção de 1986 destaca que os Estados de Bandeira devem, no exercício *efetivo* de sua função de controle, garantir que os responsáveis pela gestão e operação de cada barco sejam prontamente passíveis de identificação e responsabilização por seus atos, nos seguintes termos:

Sem prejuízo ao disposto no artigo 7, em leis e regulamentos como esta, o Estado de Bandeira deverá incluir condições apropriadas para a participação por aquele Estado ou por seus nacionais enquanto detentores de navios hasteando sua bandeira ou na posse desses navios e para o nível de tal participação. Essas leis e regulamentos deverão ser suficientes a permitir que o Estado de Bandeira exerça efetivamente sua jurisdição e controle sobre os navios hasteando sua bandeira.

A Convenção sobre o Registro não se encontra, todavia, em vigor. Para tal, é necessária a ratificação de pelo menos quarenta Estados, cuja tonelagem total chegue a 25% do total mundial. Até 2005, somente catorze Nações haviam se comprometido com a Convenção, dentre as quais não figuram aquelas de sólida tradição marítima (D'ANDREA, p. 6). Trata-se de um indício de que o interesse das Nações em uma regulamentação mais rígida acerca do assunto é bastante débil.

O tema foi abordado por duas vezes em órgãos jurisdicionais, ainda que indiretamente. A fragilidade do critério do vínculo genuíno é perceptível tanto em decisão da Corte Internacional de Justiça quanto do Tribunal do Mar.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi acionada em 1959 para prolatar parecer consultivo, no exercício da competência insculpida no art. 91 (1) da Carta de São Francisco e em seu Estatuto (NAÇÕES UNIDAS, 1945), acerca da Composição do Comitê de Segurança Marítima da Organização Intergovernamental Consultiva da Navegação Marítima.

À época, tratava-se da interpretação do ato constitutivo da composição do comitê, regido por documento próprio, sem qualquer vinculação formal ao entendimento contido no texto Convenção de Genebra de 1958. A CIJ decidiu que “o critério a ser observado pela elege as grandes nações com interesses marítimos era a tonelagem registrada, rejeitando a proposta de combinar dois critérios, a tonelagem registrada e a nacionalidade das embarcações.” (D'ANDREA, p. 6)

A interpretação conferida pelo órgão, todavia, enquadra-se em seu múnus de assegurar a boa-fé na interpretação dos Tratados Internacionais. Inexiste qualquer julgamento de mérito acerca da importância do vínculo de nacionalidade entre a embarcação e o Estado a ser representado no Comitê de Segurança, mas tão somente sobre o texto da Convenção que

prevê a formação do dito Comitê, na qual o critério eleito é somente o da tonelagem registrada.

A segunda manifestação acerca do vínculo substancial é paradigmática, pois o caso Saiga M/V inaugurou o funcionamento do Tribunal Internacional do Mar, com a inédita concessão de medida provisória prevista no art. 290 (1) da UNCLOS.

O caso concerne à prisão e detenção do petroleiro Saiga M/V, bem como de sua tripulação, realizado pelas autoridades da Guiné com uso de notória violência. Observou-se que, no momento da prisão, a embarcação navegava na costa da África Ocidental, fora das águas da zona territorial do país, realizando abastecimento (*bunkering*) de outros barcos em alto mar. Embora pertencesse a uma empresa Suíça, Saiga M/V estava registrado sob a bandeira de São Vicente e Granadinas, que requereu junto ao Tribunal do Mar a liberação do mesmo por meio de medida provisória.

Em sua defesa, Guiné valeu-se do disposto no artigo 91 da UNCLOS para arguir que São Vicente e Granadina não teria legitimidade para questionar a prisão, dentre outras razões, porque não existiria o vínculo substancial com o petroleiro.

O Tribunal deteve-se em analisar especificamente se a ausência de um vínculo substancial autorizaria outro Estado a não reconhecer a nacionalidade da embarcação, admitindo que a própria convenção não oferece resposta objetiva para a demanda.

A Corte rememora que a disposição dá continuidade àquilo que era estabelecido na Convenção de 1958, destacando que o texto de Genebra, ao tratar do vínculo substancial, trazia imediatamente a associação com o dever do Estado-Parte de exercer a jurisdição e controle efetivos. No texto de Montego Bay, ressalta, não se repete essa combinação, tampouco se autoriza que um Estado, mesmo dispondo de indícios de “ausência de jurisdição e controle sobre a embarcação” por seu Estado de Bandeira, a negar-lhe reconhecimento de sua nacionalidade referente à bandeira arvorada. Entendeu o Tribunal ainda que:

“83. The conclusion of the Tribunal is that the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States” (ITLOS, 1999)

Assim, fica claro que o vínculo genuíno não é um parâmetro formal para que a nacionalidade de um Estado seja dada a um navio, de sorte que a disposição é apenas norteadora da prática dos Estados. Conclui-se que não há, pelo entendimento dessa Corte, efeito vinculante nesse critério.

Nesse sentido, D'Andrea, (2006, p. 16) traça um prognóstico pessimista acerca da exigência de um vínculo substancial, uma vez que existe ampla discordância acerca da matéria por conta de interesses econômicos. Para a autora, os Estados deixam, por meio de suas práticas, claro que pretendem preservar em questões relacionadas a nacionalidade das embarcações. Seu conceito, ainda nebuloso, teria perdido o significado em termos de efetividade.

O Estado brasileiro, em particular, trata com distinta seriedade a concessão de sua nacionalidade a um barco. Nos termos da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, são requisitos para que a bandeira pátria seja arvorada: inscrição no Registro de Propriedade Marítima; que a pessoa física ou jurídica proprietária do navio seja domiciliada no país; que o comandante e chefe de máquinas seja brasileiro e que no mínimo dois terços dos tripulantes também sejam brasileiros.

3.3. Os deveres do Estado de Bandeira

O estabelecimento da nacionalidade do navio tem especial relevância no plano internacional, visto que a partir de seu registro uma série de deveres são imputados ao respectivo Estado de Bandeira, de modo a concretizar a “ordem jurídica para os mares e oceanos” proposta no preâmbulo do texto de Montego Bay. Em outras palavras, não há apenas o dever da embarcação de submeter-se às diretrizes de seu respectivo Estado, mas o dever do Estado de proceder com uma série de condutas.

Sobre o Estado de Bandeira paira o dever de exercício efetivo de jurisdição e controle sobre seus navios no que diz respeito a questões administrativas, técnicas e sociais,

sendo a primeira exercida em conformidade com seu direito interno, a ser aplicada à embarcação e a todos nela presentes, diga-se capitão, oficiais e tripulação.

No que tange às medidas de segurança, o Estado de Bandeira tem ainda os importantes deveres de garantir a segurança no mar no que se refere à construção e às condições de navegabilidade do navio; às condições de trabalho da tripulação e à disposição dos instrumentos necessários de comunicação para evitar colisões, a serem averiguadas em inspeções periódicas.

Ademais, o texto convencional impõe ao Estado de Bandeira o exposto dever de exigir do capitão do navio que arvore sua bandeira que cumpra com o dever de prestar assistência, tanto ao indivíduo quanto a embarcações em situação de perigo ou necessidade, bem como o dever de impedir e punir o transporte de escravos.

O dever de prestar assistência materializa-se, de forma excepcional, na imunidade conferida ao navio privado que, em virtude de desgraça ou de incontornável mau tempo, é obrigado a entrar em porto estrangeiro (MELLO, 2004, 1283).

É ainda previsto mecanismo para eventual situação de dúvida sobre o não exercício adequado da jurisdição e do controle sobre determinada embarcação, que consiste no envio de comunicação de tais fatos ao Estado de Bandeira, que deve proceder à investigação sobre o feito, tomando as devidas providências para a correção da situação e cumprimento das disposições previstas na Convenção.

Dentre as responsabilidades elencadas, a mais relevante para o presente estudo é o princípio do exercício da jurisdição pelo Estado de Bandeira. Nesse sentido, aduz Muniz (p. 55) que “por conseguinte, a jurisdição penal sobre os navios privados (mercantis ou de Estado utilizados para fins comerciais) no alto-mar só pode ser exercida pelo Estado de Bandeira do Navio”. Não se trata, todavia, de um princípio de caráter absoluto, como será observado.

3.4. Exceção à soberania do Estado de Bandeira em alto-mar

A convenção de Montego Bay elevou, por conta de sua alta reprovabilidade, a uma categoria diferenciada determinadas práticas em alto mar, de sorte que conferiu aos navios de guerra o direito de visita e o direito de perseguição.

O direito de visita, previsto no art. 110, somente é autorizado quando houve indício que conduza a suspeita de que o navio: se dedica à pirataria ou ao tráfico de escravos, é utilizado para efetuar transmissões de rádio ou televisão não autorizadas (com violação dos regulamentos internacionais, excluídas as transmissões de chamadas de socorro, conforme art. 109); não tem nacionalidade ou, tendo a mesma nacionalidade do navio de guerra, arvore uma bandeira estrangeira ou se recuse a içar a sua bandeira.

A visita à embarcação deve ser feita com toda a cautela possível e, caso as suspeitas sejam infundadas, o navio pode pleitear indenização por qualquer perda ou dano que possa ter sofrido.

O direito de perseguição, por sua vez, somente é conferido às autoridades competentes dos Estados costeiros, vinculado a existência de motivos fundados para crer-se que o navio esteja infringindo alguma lei nacional. A perseguição pode prosseguir até o alto mar, contanto que tenha sido iniciada quando o barco se encontrava nas águas interiores, arquipelágicas, no mar territorial ou na zona contígua e não tenha sido interrompida. Tão logo o navio perseguido entre no mar territorial de seu próprio território ou de outro Estado, cessa o direito de perseguição.

Inobstante a importância de tais mecanismos para coibir a prática de ilícitos no âmbito marítimo, a Convenção de Montego Bay afasta a possibilidade de duas classes de embarcações serem submetidas à jurisdição de Estado diverso de seu Estado de Bandeira: – a chamada imunidade de jurisdição – os navios de guerra e os navios pertencentes a um Estado ou por ele operados e utilizados unicamente em serviço oficial não comercial, em conformidade com os arts. 95 e 96.

Insta pontuar que navio de guerra é definido pelo art. 29 da Convenção como qualquer navio pertencente às forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar

A imunidade conferida a barco oficial de Estado também é estendida à embarcações de organizações internacionais, como observa Adherbal Mattos (2008, p. 51):

“Hoje, até mesmo as organizações internacionais têm se valido do direito de navegação no alto-mar, a exemplo da ONU. Neste particular, o art. 7º da Convenção

admitiu a utilização de navios no serviço oficial de uma organização intergovernamental, com a condição de que arvoem sua bandeira.”

No que atine ao escopo do presente trabalho, importa observar particularmente a debilidade do critério do vínculo substancial afirmado em Montego Bay, favorecendo o sistema das bandeiras de conveniência, a ser delineado no a seguir.

4. AS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

Uma tutela eficiente do ambiente marinho é, por certo, um dos grandes desafios em termos de governança no Direito Internacional, agravado pela complexidade de interesses envolvidos, nem sempre convergentes, e pela dificuldade de exercer controle sobre uma área tão vasta. Em alto mar, área declarada patrimônio comum da humanidade, onde a tutela é comum a todos os Estados, tal desafio mostra-se ainda mais árduo.

Tamanha é a importância logística de uma frota para os Estados que estes estendem sua soberania aos navios. A nacionalidade da embarcação é aferida pela bandeira arvorada, resultando em uma série de responsabilidades para o Estado de Bandeira no que atine ao dever de exercício efetivo de jurisdição e controle sobre seus navios no que diz respeito a questões administrativas, técnicas e sociais.

Conforme aduz Muniz (2009, p. 38), os problemas concernentes à nacionalidade das embarcações podem ser sintetizados em quatro modalidades distintas: “a) navios desprovidos de nacionalidade (apátridas); b) navios com duplo registro; c) usurpação ou apropriação de pavilhão; d) bandeiras de conveniência”, sendo o último o objeto do presente estudo.

4.1. Conceito de Bandeiras de Conveniência

Conforme explanado no capítulo 2, a extensão da soberania de um Estado a uma embarcação enseja uma série de responsabilidades ao Estado de Bandeira. Ocorre, todavia, com grande frequência, o registro de navios junto a Estados diversos, os chamados “portos abertos”, cujas tarifas portuárias são inferiores e o controle sobre os navios é mais brando, ou mesmo inexistente. Tal fenômeno, conhecido como bandeiras de conveniência, recebe diversas definições pela doutrina:

(...) são aqueles Estados que consentem, por causa do dinheiro, em matricular um navio que não pertence a um de seus nacionais ou que pertence a uma sociedade ficta domiciliada em um país condescendente. Naturalmente, criam graves problemas, porque qual Estado vai poder impedir de adentrar sua barra um navio devidamente matriculado e com o seguro devidamente considerado suficiente por outro Estado soberano? O fenômeno recebe a denominação de “bandeira de conveniência” ou “pavilhão de condescendência”. (BARROS, 2007, p. 71)

A Federação Internacional de Trabalhadores em Transportes (ITF) define as bandeiras de conveniência como: “*Where beneficial ownership and control of a vessel is found to lie elsewhere than in the country of the flag the vessel is flying, the vessel is considered as sailing under a flag of convenience*”. (ITF, 2011)

Enfatizando o viés comercial dessa prática, Metaxas (apud CASTRO JÚNIOR, p.5) aborda a questão da seguinte forma:

(...) as bandeiras nacionais daqueles estados, nos quais empresas de *shipping* registram seus navios, objetivando maximizar seus benefícios e minimizar seus custos, evitando a legislação econômica e outras legislações e as condições em termos de emprego dos fatores de produção, que seriam aplicáveis em seus próprios países.

Enquanto a língua inglesa trata o fenômeno citado pela alcunha de *flags of convenience*, cuja tradução foi incorporada à literatura pátria, o termo empregado para tratar do assunto em francês é *pavillon de complaisance*. O termo *complaisance* – complacência – faz alusão, em caráter pejorativo, a leviandade da prática. Nesse sentido:

A expressão mais utilizada para designar o fenômeno é o vocábulo “*pavillon de complaisance*”, em inglês “*flag of convenience*”. A conotação pejorativa do termo “*complaisance*” em francês aumenta a confusão, pois a expressão é, frequentemente, sinônimo de “*laxisme*” (abandono, displicência). Em inglês, o termo conveniência tem um sentido diferente, que é de preferência ou de comodidade, serviço, facilidade. (BARROS, 2007, p. 71).

A Conferência das Nações Unidas para Cooperação e o Desenvolvimento destaca serem os “países de livre matrícula” aqueles que permitem o registro da embarcação sob sua bandeira sem que haja um *vinculo substancial* entre ambos, critério propugnado nas Conferências de Genebra e Montego Bay, conforme explanado no capítulo anterior.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), por sua vez, elege seis critérios para aferir ser o caso de bandeira de conveniência:

- I – O país de matrícula autoriza os estrangeiros a deter ou controlar seus navios
- II – A matrícula é fácil de obter;
- III – O rendimento obtido da exploração de navios não é submetido a nenhum imposto local ou estes impostos são leves;
- IV – O país de matrícula é uma pequena potência, que não tem necessidade de todos os navios matriculados;
- V – O armamento dos navios por tripulações estrangeiras é livremente autorizado;
- VI – O país de matrícula não tem o poder de impor regulamentações governamentais ou internacionais, nem os serviços administrativos necessários para este fim, nem o desejo, nem o poder de controlar as próprias companhias. (BARROS, 2007, p. 72)

4.2. Importância das Bandeiras de Conveniência

4.2.1. Evolução Histórica

As bandeiras de conveniência sempre estiveram atreladas a interesses comerciais. DeSombre (2002) aponta que o fenômeno remonta o século XIX, como forma de burlar a proibição do tráfico de escravos em alto mar ou bloqueios econômicos:

Occasional ship owners have strategically chosen to fly another state's flag for almost as long as there have been shipping records. U.S. merchant vessels flew Portuguese flags during the War of 1812 to avoid difficulties with the British. Slave-trading ships owned by citizens of both the U.S. and various Latin American countries flagged elsewhere to avoid detection in the 19th century when international agreements prohibited the slave trade. Even earlier, British ships flew flags of obscure German principalities during Napoleon's shipping blockade.

No século XX, Osvaldo Agripino de Castro Júnior indica como marco da disseminação das bandeiras de conveniência o registro do navio Belen Quezada no Panamá em 1919, pelo que foi seguido por vários proprietários norte-americanos e europeus. A partir de 1940, a Libéria também se tornou um destino atraente para os donos de embarcações (CASTRO JÚNIOR, p. 7).

No decurso da Guerra do Golfo, na década de 90, diversos navios mercantes mudaram seus registros, passando então a arvorar bandeiras americanas ou britânicas, de modo a valerem-se da proteção oferecida por esses Estados para seus nacionais em trânsito pelo Golfo Pérsico (MIDDLETON, p. 15).

Um caso emblemático no que tange a recente flexibilização dos critérios para o registro das embarcações é o sistema criado pela Camboja em 1994, que delegou a uma companhia, a chamada Cambodian Shipping Corporation (CSC), a competência de conceder a nacionalidade do país a qualquer embarcação que o requeira, sem qualquer controle das atividades desempenhadas, bastando mero registro *online*, como se observa:

CSC offered basically what many other FOC countries offered: registry for any ship, no questions asked, under its (Cambodia's) flag for a low price. But, unlike other FOC countries, it offered to do the entire process online and within 24 hours. Despite Cambodia's relative lag in Internet technology, its operation in Singapore enabled CSC to pioneer online registration (NEFF, 2007).

Robert Neff aponta que a bandeira da Camboja pode ser considerada de alto risco, pois seus navios estão, em grande número, envolvidos em atividades ilegais, tais quais o tráfico de drogas, tráfico de seres humanos para a prostituição, contrabando de armamentos e de cigarros.

4.2.2. Impacto Atual

A partir de 1964, quando teve início o fórum de debates da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), “a questão da utilização das águas marítimas foi analisada com um enfoque econômico e não como um recurso natural a ser preservado.” (ZANELLA, 2010, p. 27). O relatório Review of Maritime Transport (UNCTAD, 2010, p. 3) produzido pelo fórum desde 1968 com o escopo de “promover a transparência do mercado marítimo e analisar os avanços relevantes”¹, fornece importantes dados sobre a dimensão do fenômeno das bandeiras de conveniência.

Segundo o relatório, 68,4% da tonelagem das embarcações é registrada em países estrangeiros. Nesse sentido, importa destacar:

Most open and international registries specialize in certain countries of ownership. The registry of Panama caters mainly for owners from China, Greece, Japan and the Republic of Korea. The flag of Liberia is used mostly for ships owned by German and Greek owners. The clients of the Marshall Islands registry are principally from Germany, Greece and the United States. The client base of the Bahamas is relatively broadly spread. The largest group of owners for the Maltese registry is from Greece. From the country-of-ownership perspective, a mirror image is obtained. Carriers from China, Japan and the Republic of Korea rely mostly on the flag of Panama; German owners register their ships mainly in Liberia; and owners from the United States often choose the flag of the Marshall Islands, which used to be a United States dependent territory. Greek owners, on the other hand, use a wider portfolio of different flags of registration, including their own national flag. (UNCTAD, 2010, p. 60)

As bandeiras de conveniência também são uma realidade do transporte náutico pátrio, conforme aduz Osvaldo Agripino Castro Júnior (p.3):

O Brasil transporta 95 % do seu comércio exterior em navios e somente 3 % em bandeira nacional, além de possuir mais de 8.500km de costa e 43.000km de

¹ Tradução livre do original “fostering the transparency of maritime markets and analysing relevant developments.”

hidrovias, e em janeiro de 2008 ocupava a 31ª posição e possuía somente 0,43 % da frota mundial em tpb

A ITF, por meio da sua Comissão de Práticas Justas, declarou 32 países como adeptos do sistema de bandeiras de conveniência, quais sejam: Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda (UK), Bolívia, Burma, Cambodja, Ilhas Cayman, Comoros, Chipre, Guiné Equatorial, Registro Internacional Francês (FIS), Registro Internacional Alemão (GIS), Geórgia, Gibraltar (UK), Honduras, Jamaica, Líbano, Libéria, Malta, Ilhas Marshall (EUA), Maurício, Mongólia, Antilhas Holandesas, Coreia do Norte, Panamá, São Tomé e Príncipe, Saint Vincent, Sri Lanka, Tonga e Vanuatu

4.3. Conseqüências das Bandeiras de Conveniência

O sistema de bandeiras de conveniência gera enorme lucro aos países de porto aberto, representando um negócio de notória lucratividade e poucos custos.

Para os proprietários das embarcações, trata-se essencialmente de reduzir os custos de transação. Richard Coles (apud MIDDLETON, p. 15) enumera alguns dos incentivos para que os armadores naveguem sob bandeiras de conveniência, destacando 1) a redução tributária; 2) menores custos com tripulação, tanto pela liberdade de escolha da nacionalidade dos embarcados quanto pela não sujeição a regulamentações trabalhistas, como o pagamento de um salário mínimo; 3) menor fiscalização sobre as condições de segurança da embarcação e 4) anonimato sobre as atividades desenvolvidas e o capital aplicado.

No mesmo esteio, ÖZÇAYIR salienta que a razão precípua da opção pelas bandeiras de conveniência é “obter economia de custos e manter a competitividade na indústria” (2000, p. 1), de sorte que:

In a maritime company all decisions are taken in order to achieve the common goal of minimising private costs and maximising private revenue. Therefore, it is not possible for a shipowner to choose a flag without considering the fiscal advantages. It is believed that taking part in competition in the market has great importance for a shipowner when considering open registry

Ocorre que, ainda que tais bandeiras fossem um mero mecanismo de redução de custos de transação, reduzindo os custos com transporte, Agripino (CASTRO JÚNIOR, p. 3)

aponta como efeito colateral desse sistema a formação de cartéis e a fragilização das empresas de navegação nos países em desenvolvimento:

Verifica-se, dessa maneira, um cenário complexo, de grande dependência do transporte marítimo de outras bandeiras, violação da concorrência leal, pelas bandeiras de conveniência e os cartéis na indústria de transportes marítimos e omissão dos governos no combate aos mesmos, que inibem o desenvolvimento das empresas de navegação de países em desenvolvimento, que é dinâmico e de alto risco.

Sem embargo, o sistema é utilizado para uma série de atividades coibidas nos mais diferentes âmbitos do direito internacional: pirataria, tráfico de seres humanos, de armas e de drogas, imigrações clandestinas e danos ambientais. Acerca dos últimos, manifesta-se José Fernando Cedeño (BARROS, 2007, p. 70):

A maioria dos acidentes ocorridos no mar, envolvendo navios, decorre de falha humana e do péssimo estado de conservação dos navios transportadores de elementos altamente perigosos e inflamáveis, como a nafta e o petróleo. Uma das razões dessas fraquezas, senão a principal, reside no baixo nível de controle exercido pelo país do pavilhão com relação ao navio matriculado, problema posto a nu por ocasião com sinistro de Torrey Cannon.

O sistema das bandeiras de conveniência é usado também para burlar as legislações trabalhistas, de modo que é comum ser a tripulação submetida a remunerações inferiores ao que seria o mínimo aceitável, bem como a extenuantes horas de trabalho e a baixas condições de segurança. Uma vez inexistente um controle do Estado de Bandeira, os navios atuam sem uma efetiva nacionalidade, estando além do alcance de qualquer sindicato de trabalhadores nacional.

(...) problemas trabalhistas, tripulantes sem qualificação profissional, competindo com marítimos autênticos e oferecendo seu trabalho por menores salários e condições de trabalho inferiores; instabilidade no trabalho. Os tripulantes são desembarcados em qualquer lugar e abandonados à própria sorte; inexistência de contrato de trabalho com cláusulas claras e às vezes até escritos em idioma diferente daquele do tripulante; problemas econômicos. Muitas vezes são pagos salários abaixo dos estipulados para nacionais do país do armador; não se pagam feriados, não há direito a férias. Muitas vezes a transferência de pagamento para os familiares (consignação) não são remetidas; muitas vezes os pagamentos são efetuados em moedas diferentes das estipuladas em contratos, (...) em razão de o tripulante estar submetido a períodos intensos de navegação e trabalho, estão mais sujeitos a doenças e acidentes. (...) A diminuição de custos devido ao não pagamento de impostos, taxas, salários, encargos sociais etc, cria uma concorrência desleal para com os armadores que ostentam bandeiras do seu próprio país.

A esse respeito, é imperioso destacar o trabalho da Federação Internacional dos Trabalhadores de Transportes (The International Transport Workers Federation – ITF) na proteção dos direitos humanos. A entidade atua desde 1896, quando foi criada em Londres por dirigentes de sindicatos marítimos e portuários, sendo hoje atuante no âmbito global, com

cerca de 700 sindicatos afiliados de 148 países, representando aproximadamente cinco milhões de trabalhadores. Dentre suas principais campanhas figuram a ação pela segurança ferroviária, o combate à violência de passageiros na aviação civil, a dos rodoviários contra as jornadas abusivas e a dos portuários contra o trabalho não sindicalizado. (DE SOUZA, p. 81-82)

Desde 1948 a ITF vem combatendo especificamente as bandeiras de conveniência, estruturando sua campanha em dois pontos:

1) A political campaign designed to establish by international governmental agreement a genuine link between the flag a ship flies and the nationality or residence of its owners, managers and seafarers, and so eliminate the flag of convenience system entirely;

2) An industrial campaign designed to ensure that seafarers who serve on flag of convenience ships, whatever their nationality, are protected from exploitation by shipowners.

Enquanto a campanha política contra o registro no sistema de bandeiras de conveniência não surte os efeitos almejados, a campanha pela proteção dos trabalhadores obtém resultados concretos. Com cerca de 130 inspetores da ITF trabalham em portos pelo mundo, conferindo um certificado (*ITF blue certificate insurance*) aos navios que atendem aos parâmetros mínimos de condições de trabalho firmados pela Federação, de sorte que a entidade estima que um quarto das embarcações arvorando bandeiras de conveniência alcançaram o *blue certificate*, de modo a conferir proteção direta a cerca de 123,000 trabalhadores marítimos.

4.4. Uma abordagem das possíveis soluções

Compete destacar que, a princípio, o registro das embarcações em Estados junto a um Estado não relacionado diretamente à mesma, por quaisquer das razões elencadas alhures, não constituía nenhuma mácula ao Direito Internacional. Conforme explanado no capítulo anterior, somente em 1958, na Convenção de Genebra, convencionou-se a necessidade de um vínculo substancial entre a embarcação e o Estado de bandeira.

Considerando-se que, a despeito das possíveis vantagens econômicas dos Estados de portos abertos e das embarcações que se valem do sistema das bandeiras de conveniência, o presente trabalho alia-se àqueles que combatem ostensivamente essa prática marítima, uma

vez que a mesma mina qualquer tentativa de construção de uma ordem jurídica internacional para os oceanos, posto que consiste na burla dos deveres conferidos aos Estados de Bandeira.

Não se intenta sufocar a autonomia da vontade das partes contratantes no que tange os contratos marítimos internacionais. Crucial, todavia, observar que o registro das embarcações junto aos Estados de Bandeira trata-se de matéria de ordem pública regulamentada, conforme exposto alhures, por convenção internacional, a ser incorporada ao ordenamento dos países signatários, conforme expõe Eliane M. Octaviano Martins (2007, p. 76):

No mercado internacional, tem se defendido a aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais em geral. Todavia, no plano internacional, a autonomia da vontade não é absoluta, além de existirem ordenamentos jurídicos que estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual. Atente-se ainda, por oportuno, que, em matéria de contratos, infere-se o princípio da autonomia da vontade não derogar as normas de ordem pública vigente no direito interno dos Estados.

A complexidade do tema requer a ponderação acerca das possíveis soluções para as bandeiras de conveniência. O espaço marítimo, em virtude de sua natureza de bem comum e de sua vastidão, requer um esforço ímpar pela Comunidade Internacional para que sejam efetivadas quaisquer medidas, como sintetiza MANKIN (2009, p. 224):

O mar continua sendo um dos recursos comuns menos regulamentados. Há dois problemas que impendem uma solução simples. Em primeiro lugar, muitos países têm saída para o mar, de modo que qualquer solução exigiria cooperação internacional entre países que têm valores diferentes. Em segundo lugar, por causa da vastidão dos oceanos, fazer qualquer acordo ser cumprido seria difícil. Como resultado, os direitos de pesca têm sido uma fonte de tensão internacional entre países normalmente amigos.

4.4.1. O Vínculo Substancial

Inicialmente, importa pontuar que essa linha de investigação parte da manutenção do sistema vigente, ou seja, do controle e responsabilidade das embarcações pelos Estados de Bandeira como uma extensão de sua soberania. Uma hipótese diversa, como o gerenciamento direto pela Organização Marítima Internacional ou mesmo a criação de uma Autoridade Internacional com tal função, de maneira análoga a Autoridade para os Fundos Marinhos, parece, de imediato, excessivamente dispendiosa e de pouca viabilidade logística.

Ademais, o preâmbulo da Convenção de Montego Bay, em consonância com o lume do Direito Internacional, reconhece a construção de uma ordem jurídica para os mares e

oceanos “com a devida consideração pela soberania de todos os Estados” (NAÇÕES UNIDAS, 1982), de sorte que, nesse aspecto, não é aqui questionado que os Estados devem responder pelos barcos que arvoram suas bandeiras, mas precisamente discutir de que modo tal prática deve ser operacionalizada.

Isso posto, o primeiro ponto a observar é se a disposição da Convenção de 1982, no que atine ao vínculo substancial, é contrária ao costume internacional. À primeira vista se poderia chegar a uma resposta afirmativa, principalmente considerando que cerca de dois terços das embarcações arvoram tais bandeiras.

Trata-se, contudo, de mera retórica, uma vez que o costume internacional poderia ser invocado para afastar qualquer proibição, até mesmo o tráfico de seres humanos ou a escravidão. A convenção de Montego Bay busca justamente um padrão mínimo de responsabilização dos Estados que permita que suas embarcações naveguem respeitando tanto condições mínimas de segurança, de modo a resguardar tanto os direitos humanos de todos os embarcados, quanto a não causar danos ambientais.

Assim, em que pese o fato de que 162 países ratificaram a Convenção de Montego Bay, comprometendo-se expressamente com os artigos que versam acerca do vínculo substancial e das responsabilidades dos Estados de Bandeira, há que se falar, em verdade, na construção de um novo costume internacional.

Nesse lume, faz-se urgente uma regulamentação que estabeleça de forma precisa os critérios a serem exigidos para que seja reconhecido o vínculo substancial entre o Estado e a embarcação, de modo a possibilitar a aplicação do dispositivo.

4.4.2. A responsabilidade dos Estados de Bandeira

Um ponto interessante a se indagar é a possibilidade de repatriação dos navios registrados sob bandeiras de conveniência junto aos reais Estados de Bandeira.

Ariella D’Andrea (2006, p.6), ao abordar o assunto em relatório para a FAO, aduz que o esforço em repatriar os navios tem um custo operacional demasiado elevado, sendo pouco provável sua aceitação no cenário internacional. A autora destaca a importância de concentrar esforços no momento posterior ao registro, ou seja, na pressão sobre os Estados

de Bandeiras para que as obrigações convencionais sejam efetivamente cumpridas, independente da nacionalidade real da embarcação.

Nesse sentido, pontua:

From a fisheries management perspective, FAO pleads for a dissuasive approach to reflagging, focusing on post-registration issues to ensure effective jurisdiction and control over vessels by flag states, rather than on pre-conditions to ship registration. Indeed, much work has been done lately on flag state responsibility and on the implementation of effective measures to eradicate IUU fishing, conscious that the ongoing academic discussion on genuine link is polluted and frustrated by major national economic concerns.

Conforme anteriormente explicado, a ITF, em sua militância pelas melhores condições de trabalho para a mão de obra marítima, chama a atenção da sociedade para o problema desse tipo de bandeira. Uma vez que essa questão – de enorme relevância prática – fosse mais divulgada, não permanecendo adstrita ao meio acadêmico, mas sim alertando a sociedade para os danos causados por meio das bandeiras de conveniência, uma maior pressão seria exercida sobre os Estados de Bandeira, de modo a constrangê-los a respeitarem o compromisso assumido em Genebra e Montego Bay.

Por fim, insta salientar que outro mecanismo pode, eventualmente, aumentar a pressão sobre tais Estados. Trata-se da manifestação dos órgãos judiciais internacionais – mormente a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional do Mar – repudiando de forma mais contundente as bandeiras de conveniência.

5. CONCLUSÃO

Até a primeira metade do século XX, o espaço marítimo era visto, salvo algumas exceções, meramente como um território para transporte e para pesca. A partir da criação das Nações Unidas, com sua agência especializada, a Organização Marítima Internacional, e das Convenções Sobre o Mar, um novo enfoque foi dado à matéria, prestigiando a importância da pesquisa científica, da proteção da pessoa humana e da preservação do meio ambiente.

Além da atuação institucional, não se pode desprezar que a extração de matérias primas, mormente combustíveis fósseis, o desenvolvimento tecnológico naval e a diminuição dos custos de transportes e das comunicações e, conseqüentemente, o aumento da circulação de pessoas, capitais e mercadorias foram cruciais na construção de novas perspectivas para esse espaço. Cresce, na mesma, a importância de uma regulamentação uniforme e eficaz a seu respeito.

No âmbito internacional, o principal dispositivo a tutelar a matéria é a Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982), que delinea a divisão do espaço marítimo em zonas, pautado em uma sistemática em que o controle do Estado costeiro vai sendo gradativamente reduzido, passando do controle total (porém não absoluto) do mar territorial à ausência de controle inerente ao alto mar.

É precisamente a natureza ímpar de *patrimônio comum da humanidade* conferido ao último que torna particularmente difícil o combate a ilícitos como a pirataria, o tráfico de drogas, de armas e seres humanos, a exploração de trabalhadores embarcados e os danos ambientais.

Com o escopo de promover a “ordem jurídica para os mares e oceanos” insculpida em seu preâmbulo, a Convenção de Montego Bay vincula às embarcações ao Estado de Bandeira em que ocorreu seu registro. Assim, cada Estado estende sua soberania aos navios que arvoram sua bandeira, sendo responsáveis pelo exercício, de modo efetivo, da jurisdição e do controle sobre questões administrativas, técnicas e sociais, em conformidade com o disposto no art. 94 da Convenção. (NAÇÕES UNIDAS, 1982)

O texto convencional estabelece dois critérios complementares para que seja aferida a nacionalidade da embarcação: ao mesmo tempo em que compete aos Estados eleger os termos em que se dará o registro, deve haver um “vínculo substancial” entre ambos.

A segunda exigência colide com o fenômeno das bandeiras de conveniência, que consiste precisamente no registro de embarcações junto a Estados que exercem pouco ou nenhum controle sobre as mesmas, com o escopo de obter vantagens financeiras. Tal prática corresponde hoje a cerca de dois terços da tonelagem em trânsitos pelos mares.

Impende salientar que as bandeiras de conveniência são comumente usadas como mecanismo para acobertar a prática dos ilícitos citados, de modo a escapar de qualquer repressão. Em alto mar, onde imperam amplas liberdades, a repressão de tais atos torna-se particularmente dificultosa, sendo essencial a ação dos Estados de Bandeira.

Trata-se de um caso emblemático do dilema do Direito Internacional: como tornar efetivas disposições que contrariam fortes interesses econômicos, estabelecendo uma ordem pública internacional?

Insta destacar dois caminhos possíveis, sem qualquer pretensão de exaurir tema tão complexo: a definição de um conceito concreto de vínculo substancial, de modo a permitir a sua efetivação e a pressão sobre os Estados de Bandeira para que cumpram seus deveres consubstanciados no art. 94 da Convenção de Montego Bay, ou seja, o exercício, de modo efetivo, de jurisdição e controle sobre as embarcações.

Acerca do primeiro, não é ocioso reprisar a manifestação do Tribunal Internacional do Mar ao julgar o Caso Saiga, em 1999, no sentido de que o vínculo genuíno não é um parâmetro formal para que a nacionalidade de um Estado seja dada a um navio, de sorte que a disposição é apenas norteadora da prática dos Estados. Conclui-se que não há, pelo entendimento dessa Corte, efeito vinculante nesse critério.

É notória a conivência dos Estados com o sistema de Bandeiras de Conveniência, uma vez que a questão do vínculo substancial permanece sem uma definição concreta desde 1973. Além dos armadores, também lucram com esse mecanismo os Estados de “porto aberto”, aqueles que procedem o registro em tais condições, de sorte que é um árduo desafio suplantar tal prática.

Inobstante o exposto, é fundamental que o tema seja levado a tona, uma vez que constitui elemento chave no combate a prática tão repudiável quanto a pirataria ou o tráfico de seres humanos.

Nesse sentido, conclui-se ser indubioso que a construção de uma ordem jurídica justa para os oceanos perpassa um combate às bandeiras de conveniência, mecanismo que fragiliza a segurança no âmbito internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS, José Fernando Cedenõ. **Direito do mar e meio ambiente**: a proteção de zonas costeiras e litorais pelo Acordo Ramoge: contribuições para o Brasil e o Mercosul. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BRASIL. **Lei 9.432, 8 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9432.htm. Acesso em: 8 outubro de 2011.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. vol. 2. 40.ed. São Paulo: Globo, 2001. P. 404

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Direito Ambiental Marítimo e Desenvolvimento**. In Direito Ambiental e Desenvolvimento. Fundação Boiteux. Org: Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel. Florianópolis, 2006.

_____. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência**. Disponível em: http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf Acesso em: 4 outubro de 2011

COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda. **Fragmentação do Direito Internacional e o Caso da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e Organização Marítima Internacional**. In Nomos, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, 2010/2. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/2010.2.pdf>. Acesso em: 20 outubro de 2011.

D'ANDREA, Ariella. **The “genuine link” concept in responsible fisheries**: legal aspects and recent developments. Fao Legal Consultant Development Law Service, 2006. Disponível em: <http://www.fao.org/legal/prs-ol/lpo61.pdf>. Acesso em: 4 novembro de 2011.

DE SOMBRE, Elizabeth R. **Convenient Fishing**: Participation in International Fishery Management. Disponível em: <http://isanet.ccit.arizona.edu/noarchive/desombre.html>. Acesso em: 4 outubro de 2011.

DE SOUZA, François Armand. **Noções de Economia dos transportes marítimos**. DIVISION FOR OCEAN AFFAIRS AND LAW OF THE SEA. **The United Nations Convention on the Law of the Sea** (A historical perspective). Disponível em <http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm>

FONSECA, Luiz Henrique Pereira. **Organização Marítima Internacional**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1989

RIPERT. Apud MUNIZ, Rafael. **A Nacionalidade do navio à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982**: o vínculo efetivo entre o Estado e o Navio. Itajaí, 2009. Disponível em:

GROTIUS, Hugo. **The Freedom on the Sea**. New York: Oxford University Press, 1916. Disponível em http://www.law.upenn.edu/journals/jil/jilp/articles/1-1_Shaughnessy_Tina.pdf

IMO et al. **A Blueprint for Oceans and Coastal Sustainabilit**. 2011. Disponível em: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/pdf/interagency_blue_paper_ocean_rioPlus20.pdf Acesso em: 20 outubro de 2011.

IMO. **Frequently Asked Questions**. Londres, 2011. Disponível em: <http://www.imo.org/About/Pages/FAQs.aspx> Acesso em: 4 de novembro de 2011.

_____. **What It Is**. Londres, 2009, p. 9. Disponível em: <http://www.imo.org/About/Documents/IMO%20What-it-is%20web%202009.pdf> Acesso em: 4 novembro de 2011.

INTERNACIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **General Information**. Disponível em: <<http://www.itlos.org/index.php?id=8>>

_____. **The M/V "SAIGA"** (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). Disponível em <<http://www.itlos.org/index.php?id=145>>

INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION. **Flags of Convenience campaign**. Disponível em: <<http://www.itfglobal.org/flags-convenience/index.cfm>>

MARTINS, Elaine M. Octaviano Martins. **Curso de Direito Marítimo**, vol. II. Barueri: Manole, 2008.

MATTOS, Adherbal Meira. **O novo direito do mar**. 2 Ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume II. 15. Ed Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

METAXAS, B.N. **Flags of Convenience – A study of internationalisation**. Aldershot: Gower Pu., 1985 Apud CASTRO JÚNIOR Osvaldo Agripino. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência**. Disponível em: http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf Acesso em: 4 outubro de 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. BRASIL, 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.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa à Criação da Organização Marítima Internacional**. Genebra, 6 de março de 1948.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945.

NEFF, Robert. **Flags that hide the dirty truth**. Disponível em: <http://www.atimes.com/atimes/Korea/ID20Dg03.html>. Acesso em 7 novembro de 2011.

ÖZÇAYIR. **Flags of Convenience and the Need for International Co-operation**. *International Maritime Law*, Vol. 7, Issue 4, May 2000, pp. 111-117. Disponível em: <<http://www.lawofthesea.co.uk/publications/foc.pdf>>

RANGEL, Vicente Marotta. *Evolução da Justiça Internacional*. In: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. - Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 2.ed. São Paulo: Sairaiva, 1991. P. 304

ROCHA, Francisco Ozanan Gomes Rocha. **The international Tribunal for the Law of the Sea**. Hamburg: Universitätspublikationen.

SHAUGHNESSY, T.; TOBIN, E. **FLAGS OF INCONVENIENCE: FREEDOM AND INSECURITY ON THE HIGH SEAS**. Disponível em: <http://www.law.upenn.edu/journals/jil/jilp/articles/1-1_Shaughnessy_Tina.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Review of Maritime Transport*, 2007. Disponível em: < http://www.unctad.org/en/docs/rmt2007_en.pdf>

_____ *Review of Maritime Transport* , 2010. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/rmt2010_en.pdf>

VERHOEVE, Sten. **Diplomatic Protection by the Flag State in Favour of the Crew of a Ship**. 1999. Disponível em: <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/dipl.pdf>. Acesso em: 19 setembro de 2011.

VIANNA, Regina Cecere. **O Direito do Mar na Idade Média**. 2007. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/ojs/index.php/biblos/article/viewFile/846/330> . Acesso em: 19 setembro de 2011.

ZANELLA, Tiago Vinícius. **Água de Lastro: Um Problema Ambiental Global**. Curitiba: Juruá, 2010.

