

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO INTERNACIONAL**

**FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO**

**VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito internacional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;  
Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Valesca Raizer Borges Moschen –  
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-044-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. I.  
Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO INTERNACIONAL

---

### **Apresentação**

#### Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Livro Eletrônico de Direito Internacional do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, organizado pela Universidade Federal de Sergipe UFS, em Aracaju SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

- a. à Teoria Geral do Direito Internacional, tais como O Debate entre os conceitos de Guerra Anglo-saxão e Europeu-continentar: o Direito Internacional na concepção de Carl-Schmitt; Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm; A centralidade do indivíduo no pensamento indigenista de Francisco de Vitoria; Direito Internacional em Matéria Indígena: uma ampliação necessária;
- b. ao Sistema de Segurança Coletivo do Direito Internacional: O combate ao Estado Islâmico e o Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo; A Assembleia Geral das Nações Unidas como Pilar da Manutenção da Segurança Internacional: Uma proposta de reestruturação da ONU frente ao precedente da Resolução 377 (V) da AGNUA Cooperação Internacional como Instrumento de Enfrentamento ao Terrorismo: uma análise do caso BOKO HARAM;
- c. à Integração Regional: A Economia Política Amalgamada na Forma Jurídica da União Europeia; Integração Energética no MERCOSUL: uma solução estrutural para a crise energética nacional?; Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional; O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União;
- d. ao Direito Ambiental Internacional: A Impunidade Ambiental Marítima Internacional: sobre a falta de Efetividade dos Instrumentos Protetivos por Ausência de Órgão de Competente para Julgamento dos Crimes Ambientais a Nível Internacional; As Fontes Formais do Direito Internacional do Meio Ambiente e a Necessidade de Novas Fórmulas

Jurídicas para a Proteção Ambiental; Análise a partir do Estudo da Formatação do Direito Ambiental Internacional (DAI), das Conferências sobre o Meio Ambiente e a Água; Biopirataria Internacional e o Economicismo; O Tratamento Dispensado ao Meio Ambiente em diferentes contextos: MERCOSUL/ UNASUL/ PARLASUL/ E REDE MERCOCIDADES; Marco da Biodiversidade: Instrumento Neocolonial de Internacionalização do Patrimônio Genético e Cultural Brasileiro; Boa-fé, lexicis e lexisitus no tráfico ilícito de bens culturais;

e. ao Direito Econômico Internacional: O Regime Jurídico Brasileiro de Proteção da Propriedade Intelectual em Face da Negociação dos MEGA Acordos Regionais de Comércio: TTIP, TPP E RCEP; A Aplicação das Normas da Organização Mundial do Comércio pelo Juiz Brasileiro; O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio Pós-Bali: a posição do Brasil; Análise Econômica dos Direitos Compensatórios: os Efeitos da Imposição de Tarifas à Importação para o Contencioso do Algodão na OMC a partir do Modelo de Equilíbrio Geral do Comércio Internacional;

f. aos temas contemporâneos do Direito Internacional Público e Privado e do Direito Comparado: Objetivos de desenvolvimento do milênio e os acordos sobre troca de informação; Caso Cesare Battisti à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; A Importância Geopolítica da CPLP e o Projeto de Estatuto do Cidadão Lusófono; O Usuário de Entorpecentes: Uma Análise Internacional à Luz das Decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina; e

g. Da relação entre Fontes do Direito Internacional: O Papel dos Tratados Internacional para Evitar a Dupla (Não) Tributação Involuntária; A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal; O modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos 2015: considerações a respeito do impacto dos acordos internacionais de investimentos estrangeiros sobre o ordenamento jurídico interno.

Esperamos que este livro possa ser útil no estudo do Direito Internacional.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

## **BOA-FÉ, LEX ORIGINS E LEX SITUS NO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS**

### **GOOD FAITH, LEX ORIGINS AND LEX SITUS IN THE ILLICIT TRAFFICKING OF CULTURAL GOODS**

**Anauene Dias Soares**

#### **Resumo**

O retorno e a restituição de bens culturais importados, exportados ou transferidos ilegalmente ainda são um problema, pois há inúmeros limites no direito interno e casos de não aplicabilidade das convenções internacionais sobre o tema. Para que haja a solução de litígios, os tribunais terão de recorrer a elementos de conexão comuns no Direito Internacional Privado: *lex origins* e *lex situs*. Relacionando-os, ainda, com o princípio da boa-fé nas transações internacionais de bens culturais. Tudo à luz da Convenção da UNESCO de 1970 e da Convenção de Unidroit de 1995. Por conseguinte, a conceituação de patrimônio cultural em tais Convenções se faz necessária para o entendimento de que o bem cultural possui atribuições especiais de direito público, com o fim de sua preservação para a coletividade, e de direito privado, quanto ao seu uso e gozo por um indivíduo.

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural, Tráfico ilícito; boa-fé; *lex origins*; *lex situs*

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The return and the restitution of imported, exported or illegally transferred cultural goods still represent a problem, due to significant loopholes on domestic law. In order to solve these kind of disputes, courts have to use the greatest connection factors according to Private International Law, which can be either the *lex origins* or the *lex situs*. Furthermore, it is essential to take the principle of good faith into consideration. In this connection, the 1970 UNESCO Convention and the 1995 Unidroit Convention shed light on the matter. According to the conventions, the concept of cultural heritage comprises special characteristics, related not only to public law, but also to private law, as both community and private interests have to be taken into consideration.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Cultural heritage; illicit trafficking; good faith; *lex origins*; *lex situs*

## **Introdução**

O entendimento do patrimônio cultural como identidade cultural e memória dos povos a fim de salvaguardá-lo para as gerações futuras é de suma importância para corroborar sua proteção e combater as transações ilegais dos bens culturais, principalmente para a recuperação ou devolução ao país que legalmente tenha sua posse, propriedade ou outros direitos reais sobre eles.

O retorno e a restituição de bens culturais importados, exportados ou transferidos ilegalmente, seja por furto, roubo ou qualquer outro meio de extravio, continua a ser um problema, dados a limites do direito interno e de casos de não aplicabilidade das convenções internacionais sobre o assunto.

Para que haja a solução de litígios, os tribunais terão de recorrer a elementos de conexão do Direito Internacional Privado. Quando um tribunal é chamado a decidir uma causa que tenha como objeto a transação internacional de um bem cultural, antes terá de identificar o direito aplicável. Tudo voltado à circulação internacional do patrimônio cultural e, portanto, atividade configurada como comércio de bens móveis corpóreos.

Terá, então, que recorrer ao critério de conexão comum da *lex situs*, princípio reconhecido por sistemas do *civil law*, mas não pelo *common law*, respeitando-se o adquirente de boa-fé. E, sob esse critério, a propriedade, a posse e outros direitos reais sobre bens móveis serão também regidos pela lei do lugar da situação do bem.

Se os bens forem transferidos ilegalmente de um Estado e vendidos no exterior, estarão sujeitos ao direito interno do país de ocorrência do ato ilícito, que pode diferir muito da *lex originis*, dos termos da legislação do Estado de origem.

O conceito de patrimônio cultural será o abordado a partir do previsto na Convenção da UNESCO de 1970, relativa aos meios de proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade de patrimônio cultural, e na Convenção de Unidroit de 1995, sobre bens culturais roubados ou ilegalmente exportados, tratando do retorno e restituição dos bens culturais. A boa-fé, a *lex origins* e a *lex situs* serão tratados à luz das mesmas Convenções, para relacionar as normas de direito público e privado quanto aos ordenamentos jurídicos de proteção e acesso aos bens culturais.

Um caso a esse respeito, é o *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.*, em que o juiz britânico, Slade J, por meio dos códigos legais italianos, como a lei do lugar em que se encontravam as obras roubadas no momento da venda, julgou em favor do réu, decretando que ele, sob a *lex situs*, havia adquirido de boa-fé as propriedades dos bens culturais.

Num último momento, será abordada a circulação do patrimônio cultural, relacionando o direito público ao privado na contemporaneidade. As limitações das normas de direito público sobre a proteção do patrimônio cultural afeta o direito individual e o coletivo em relação aos bens culturais, visando à regular as atividades comerciais com o fim de preservar tais bens e possibilitar seu uso e gozo.

## 1. Patrimônio cultural como bem jurídico tutelado nas transações internacionais

O termo “patrimônio” vem do latim *patrimonium* e traz como significado primeiro “herança paterna”, ligando-se a *pater* – pai - e, de uma forma mais ampla, denomina “bem de família” ou “herança comum”.<sup>1</sup> No sentido jurídico é ainda reconhecido por “complexo de bens (...) suscetível de apreciação econômica”.

O patrimônio cultural, interpretado pelo Direito do Patrimônio Cultural, ou, ainda, pelo Direito Ambiental, em âmbito internacional, é multifacetário e traz referência à identidade e à memória dos povos, uma vez que é um bem de interesse da coletividade e cuja salvaguarda é de responsabilidade da humanidade em prol das futuras gerações, visando à sadia qualidade de vida. (SOARES, 2009)

Assim, o patrimônio cultural, compreende os elementos físicos e intangíveis associados à um grupo de indivíduos, que são criados e passados de geração a geração (FINCHAN, 2011), trazendo relações entre bens e grupos de pessoas. E, aos bens culturais, são agregados valores distintos, como os culturais, os patrimoniais, os sociais, os econômicos, os monetários e os educacionais, todos pertencentes a diferentes grupos e de proteção de todos.

Para tanto, serão apresentados os conceitos de patrimônio cultural em instrumentos internacionais, referentes ao tráfico ilícito de bens culturais.

Em 1970 foi aprovada pela UNESCO a *Convenção sobre as Medidas que Devem ser Adotadas para Impedir e Proibir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedades Ilícitas de Bens Culturais*, que estabelece uma definição bem ampla para o patrimônio cultural em seu artigo 1:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "bens culturais" significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência e que pertençam às seguintes categorias:

- a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objetos de interesse paleontológico;
- b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e da tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional;

---

<sup>1</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Aurélio Século XXI*, cit.; Albert Dauzat, *Dictionnaire Étymologique*, Paris, Larousse, 1938, p. 540; William Morris (ed.), *The American Heritage Dictionary of the Language*, Nova York, American Heritage Publishing Co., 1970, p. 961.

- c) o produto de escavações arqueológicas (tanto as autoridades quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas;
- d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares interesse arqueológicos;
- e) antiguidades de mais de cem anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados;
- f) objetos de interesse etnológico;
- g) os bens de interesse artísticos, tais como:
  - (i) quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente à mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados a mão);
  - (ii) produções originais de arte estatutuária e de cultura em qualquer material;
  - (iii) gravuras, estampas e litografias originais;
  - (iv) conjuntos e montagens artísticas em qualquer material;
- h) manuscritos raros e incunábulo, livros, documentos e publicações antigos de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário etc.), isolados ou em coleções;
- i) selos postais, fiscais ou análogos, isolados ou em coleções;
- j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos;
- k) peças de mobília de mais de cem anos e instrumentos musicais antigos.

Essa definição é ampliada ainda mais pela Convenção no artigo 4, prevendo situações em que, mesmo que esses bens não sejam produzidos por determinado Estado, poderão ser considerados como parte de seu patrimônio.

Outros instrumentos internacionais adotam outra denominação para o patrimônio cultural, como a Convenção de *Unidroit*, de 1995, *sobre Objetos Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados*, que o designa como ‘objetos culturais’, de acordo com o artigo 2º e Anexo:

Entende-se como objetos culturais, para os efeitos da presente Convenção, aqueles objetos que, a título religioso ou profano, se revestem de uma importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência, e que pertencem a uma das categorias enumeradas no Anexo à presente Convenção. (Grifo do autor)

- a) Coleções e espécimes raros de zoologia, botânica, mineralogia, anatomia, objetos que tenham interesse paleontológico;
- b) Os bens que digam respeito à história, inclusive à história das ciências e da técnica, à história militar e social, bem como à vida dos dirigentes, pensadores, sábios e artistas nacionais, e dos fatos de importância nacional;
- c) O produto de escavações arqueológicas (regulares e clandestinas), e de descobertas arqueológicas;
- d) Os elementos provenientes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de sítios arqueológicos;
- e) Objetos de antiguidade tendo mais de cem anos de idade, tais como inscrições, moedas e selos gravados;
- f) O material etnológico;
- g) Os bens de interesse artístico, tais como:
  - i) Quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente à mão, sobre qualquer base e em

todos os materiais (exceto os desenhos industriais e os artigos manufaturados à mão);  
ii) Produções originais da arte da estatuária e da escultura, em todos os materiais;  
iii) Gravuras, estampas e litografias originais;  
iv) Agrupamentos e montagens artísticas originais em todos os materiais;  
h) Manuscritos raros e iconografia, livros antigos, documentos e publicações de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc.), isolados ou em coleções;  
i) Estampilhas postais, estampilhas fiscais e artigos análogos, isolados ou em coleções;  
j) Arquivos, inclusive os arquivos fonográficos, fotográficos e cinematográficos;  
k) Objetos de mobiliário com mais de cem anos de idade e instrumentos musicais antigos.

Os bens culturais, portanto, são definidos em legislações internacionais, com distintas denominações, todas de forma a elencar os que são reconhecidos por determinado ordenamento jurídico de proteção do patrimônio cultural.

Contudo, os bens culturais seguem uma categoria especial, por serem elementos integrantes do patrimônio cultural de um Estado, o qual é legítimo, em tempos atuais, para regulamentar essa prática em seu território, com o fim de salvaguardar seu patrimônio cultural e impor limites à circulação, principalmente internacional, e ao uso e gozo dos bens culturais, para evitar seu comércio ilícito.

## **2. Elementos de reivindicação de bens culturais transferidos ilegalmente em transações internacionais**

Desde os tempos antigos, a transferência ilícita de bens culturais em alguns países têm sido fonte para colecionadores e comerciantes de arte no exterior, tanto o é, que a primeira normativa de proteção de combate às transações ilegais de bens culturais, data do século XV, com a emissão de uma bula papal proibindo a exportação fora dos Estados Pontifícios.

No momento em que um ordenamento jurídico não prever especificamente normas de proteção ao patrimônio cultural e países importadores de bens culturais solicitarem o retorno ou a restituição de um bem cultural, a recuperação da obra ou reembolso ao Estado ou aos particulares proprietários do bem, trará um conflito. Segundo, Frigo (1996):

[...] na falta de normativas internacionais específicas, é improvável que a exportação ilegal de bens culturais do território de um Estado, em violação a seu direito interno de proteção ao patrimônio cultural, seja considerado, por si, um ato ilícito por parte do Estado cujo território o bem é transferido.

Para lidar com a circulação internacional de bens culturais em tempos de paz, foram criadas no século passado em nível internacional, a Convenção da UNESCO de 1970 e a Convenção de Unidroit de 1995.

A eficácia dessas normativas é ainda limitada, cabendo aos tribunais recorrerem aos elementos de conexão do Direito Internacional Privado. De modo que, o tribunal deve primeiro resolver a questão da determinação da lei aplicável que rege a controvérsia antes de decidir sobre a legalidade da sua circulação.

O princípio da boa-fé e os elementos de conexão, da *lex origins* e da *lex situs*, estão intimamente ligados ao tráfico ilícito de bens culturais e suas devidas restituições e retornos para o suposto país “dono” desses bens, seja por ocasião de furto, roubo, exportação ilícita seja por qualquer outra prática ilegal de transferência de propriedade.

## 2.1 Princípio da boa-fé

A boa-fé está presente quando um adquirente acredita na aquisição lícita de uma determinada mercadoria e o agente, utilizando de todos os meios suficientes para conhecer tal legalidade do feito, não constata nada de anormal ou de ilegal.

Como o velho princípio *en fait de meubles possession vaut titre* – em matéria de bens móveis, a aquisição da posse de boa-fé atribui um direito de propriedade -, preceito usado por países civilistas, como o Brasil. Em países anglo-saxões, corolários do *common law*, seguem preceito antagônico, em que ninguém transfere o que não é seu – *nemo dat quod non habet*.

A Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais da UNESCO, de 1970, traz uma discussão específica sobre a boa-fé em seu artigo 7 (b) (ii), ao dispor que o Estado solicitante pague justa compensação a qualquer comprador de boa-fé quando feita a devolução de bem cultural roubado ou exportado ilicitamente. A Convenção traz uma proibição importante na aquisição de objetos ilícitos que não podem ser impedidos pela legislação nacional relevante.

No mesmo sentido, a Convenção da Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados de 1995, aborda a boa-fé em dois artigos, especificamente, segundo, os quais, adquirentes de boa-fé de bens culturais roubados ou exportados ilegalmente têm direito a uma indenização justa e razoável, se perderem o título para o proprietário original. No artigo 4 (1):

O possuidor de um bem cultural furtado, que deve restituí-lo, tem direito ao pagamento, no momento de sua restituição, de uma indenização equitativa, desde que não tenha sabido, ou devido razoavelmente saber, que o bem era furtado, e que possa provar ter procedido às diligências cabíveis no momento da aquisição.

O artigo 6 (1) tem o mesmo teor, mas trata dos casos de exportação ilícita, prevendo no artigo 6 (2) que para determinar se o possuidor soube, ou se deveria razoavelmente ter sabido, que o bem fora ilicitamente exportado, levar-se-ão em conta as circunstâncias de aquisição, principalmente a falta de certificado de exportação previsto na legislação do Estado requerente.

Para dar um norte a respeito das possíveis diligências a serem feitas pelo adquirente de boa-fé, como prova do seu desconhecimento de prática ilícita anterior à aquisição, a Convenção de Unidroit fornece, no artigo 4 (4), condições que poderiam ocorrer antes de se declarar a boa-fé. Ainda assim, as convenções deixam essas especificidades serem determinadas pelo direito interno dos Estados contratantes, ocasionando muita insegurança jurídica nas transações de patrimônio cultural.

Na Constituição Federal de 1988, vem consignado no artigo 1º, inciso III, que proclama como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade, refletido na exigência de um tratamento digno para com terceiros, ou seja, na exigência de se agir com boa-fé. Ainda, no artigo 3º, inciso II e no artigo 5º, *caput* e inciso III, os princípios da igualdade e da solidariedade social, consagram que outros se tratem com boa-fé, já que todos são iguais em deveres e obrigações.

Assim, a boa-fé é adotada como uma forma de preservação da segurança jurídica nas relações, entre sujeitos privados, ou entre sujeitos privados e públicos, ou somente entre sujeitos públicos, sendo pautada na equidade, na razoabilidade e na cooperação, inclusive internacional.

O Código Civil do Brasil de 2002 preceitua, em seu artigo 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Os contratantes são obrigados a guardar os princípios da probidade e da boa-fé, de acordo com artigo 422 do mesmo documento legal, tanto na celebração quanto na execução do contrato.

Resulta de tais preceitos legais que o adquirente nacional de bem cultural deve averiguar, de forma rígida, a procedência da obra, exigindo comprovação da boa procedência do bem, por qualquer meio idôneo, para que fique evidente ser ele adquirente de boa-fé, para não ter que restituir ou retornar o objeto ao seu país de origem ou, ainda, pagar o reembolso.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ver também no Código Civil:

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

## 2.2 *Lex originis* - Lei do local de origem do bem

A lei do local de origem – *lex originis* – é a do Estado a que pertence o bem cultural originalmente, seja quanto à identidade cultural, seja quanto à identidade territorial. Em princípio, se, em determinado país, há normas vigentes sobre a proibição de exportação de bens culturais de forma lícita ou de forma ilícita, como ocorre quando proveniente de furto.

Tal como previsto no Brasil, na Constituição Federal de 1988 e na Lei Federal nº 3.924/61, em referência aos bens culturais arqueológicos, que são bens da União, portanto públicos, inalienáveis, indisponíveis, de direito (ou uso) comum e, portanto, proibidos de serem exportados ou importados sem autorização ou certificação e, inclusive, de posse do bem sem um fim de salvaguarda e de difusão do conhecimento.

Tanto que, se um Estado propõe ação de restituição ou retorno de um objeto exportado ilegalmente de seu país de origem, a lei aplicável a tal transferência de propriedade deveria ser a *lex originis*, isto é, a do país de origem do bem cultural. Contudo, não poderia o vendedor intermediário do bem cultural, aquele que o adquire e revende, reclamar do comprador a restituição do bem por força da *lex originis*, já que a venda partiu dele, ato que configuraria *venire contra factum próprio*. (CORREIA, 1996)

No entanto, para se averiguar qual normativa regerá a transação, considera-se também a localização do bem, visto que terá a preferência a lei do país da situação do bem. Sendo assim, prevalecerá a lei do país onde se encontra o bem, para efeitos de segurança jurídica perpetuada em transações dentro do Direito Internacional Privado.

No mais, segundo Derek Fincham (2011), atribuir ao comprador de boa-fé ou ao proprietário original a propriedade do bem cultural é um meio legal inseguro, especialmente ao se considerar a morosidade de disputas, exigindo provas e testemunhos que são difíceis e onerosos, implicando, sobretudo, na relação de uma série de sistemas jurídicos distintos.

### 2.3 *Lex situs* - Lei do lugar onde está situado o bem

A incidência do critério da *lex situs* sobre a circulação internacional de bens culturais pode ser compreendida por meio de duas variáveis fundamentais: a disciplina da posse e os limites estabelecidos pelo direito público ao comércio de tais bens. (FAVERO, 2012)

Com referência àquela, as legislações dos Estados preceituam muito distintamente o instituto de posse como meio de proteção. Os países de *common law*, aplicam o princípio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, permitindo que o proprietário originário, superadas as limitadas exceções, possa reivindicar o bem ao possuidor de boa-fé. Já os países signatários do *civil law*, que se baseiam no princípio *en fait de meubles la possession vaut titre*, permitem a aquisição de um *non domino*.

Os Estados apresentam diversas abordagens quanto à proteção do patrimônio cultural, alguns mais liberais, outros mais protecionistas. Na maioria dos casos, os instrumentos de proteção são, por natureza, de direito público, e, por isso, com a ausência de normativa específica no direito interno dos Estados onde o bem cultural foi lesado, muito raramente será aplicado um instrumento internacional para esse feito, como acontece no Brasil. Conseqüentemente, a sua aplicação dependerá dos critérios comuns de conexão e, por conseguinte, pela *lex situs*.

Assim, se a transferência se deu de forma ilícita e novos atos de disposição foram praticados após a chegada ao país importador, sendo o bem cultural vendido neste a um terceiro de boa-fé, deverá ser resolvido o litígio entre o Estado de origem e o novo adquirente pela *lex situs* atual, ou seja, pela legislação do país onde esse bem se encontra, pertencendo o dirimir da questão ao direito material do Estado da situação da coisa no momento de sua transferência de propriedade. (CORREIA, 1996)

Nesse momento, será concretizado um conflito entre a aplicação da restituição ou retorno do bem cultural ao país de origem do requerente, ou a permanência do bem sob o domínio do adquirente de boa-fé. Tudo dependerá, portanto, da legislação vigente no país onde se localiza o bem.

Esse é um preceito elencado no artigo 8 (1) da Convenção do Unidroit de 1995, em que possibilita solicitação fundada nos Capítulos II e III perante os tribunais ou quaisquer

outras autoridades competentes do Estado contratante onde se encontre o bem, para solucionar o presente conflito, o que pode incluir a arbitragem. Essa é considerada uma grande inovação normativa no Direito Internacional.

Portanto, os Estados não solucionam mais uniformemente a lei aplicável em situações que são apresentadas um elemento de conexão entre os vários sistemas jurídicos como no passado. A maioria dos sistemas jurídicos de hoje, é de *civil law*, e sua representante legal é a aplicação do princípio da *lex situs*.

### 3. Caso *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd*

O emblemático caso *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd*.<sup>3</sup> teve o princípio da *lex situs* aplicado como critério de conexão da controvérsia sobre a propriedade de uma coleção japonesa de *netsuke*, roubada e vendida para um colecionador inglês e, em seguida, transferida para a Itália.

Durante seu período na Itália, a coleção foi vendida para terceiro, o Dr. P. Dal Pozzo D'Annone, que, por sua vez, trouxe de volta a Londres para vendê-la em leilão na Christie's. O Sr. Winkworth, reconheceu a coleção, atuou em tribunal contra a casa de leilões e o colecionador italiano para recuperá-la.

O Tribunal constatou que, pelo menos até a venda na Itália, não havia nada que extinguisse o direito do Sr. Winkworth e analisou se o efeito da venda foi para transferir ao Dr. P. Dal Pozzo D'Annone uma propriedade de direito oponível ao requerente. O conflito se baseou em estabelecer qual a lei em vigor, se a italiana ou a inglesa.

Se a escolha recaísse na lei italiana, as regras aplicáveis seriam as dos artigos 1.153 e 1.154 do Código Civil, a aquisição de boa-fé das peças, legitimaria sua posse. Se, pelo contrário, a Corte resolvesse o litígio em conformidade com a lei britânica, o réu seria vencido, pois o proprietário originário, superadas as limitadas exceções, poderia reivindicar o bem ao possuidor de boa-fé.

Ademais, a compra não se deu *in market overt*, de acordo com a Seção 22 do *Sale of Goods Acts* de 1893, não reconhecendo a aquisição das obras de proveniência furtiva.

A preferência de aplicação da lei do lugar da situação dos bens no momento da compra, em conformidade com o ordenamento jurídico italiano, se destacou em relação ao ordenamento jurídico britânico do *Sale of Goods Act* de 1893. Nem a existência de duas das cinco exceções da *lex situs*, maculou tal escolha, a saber, as duas apresentadas: ligações culturais com o país de origem e o retorno voluntário das obras ao país de onde foram roubadas.

Tais exceções alegadas na defesa do autor, não foram suficientes para aplicar a lei desse Estado e decidir se o proprietário original perdeu o título de propriedade dos seus bens

---

<sup>3</sup> *Winkworth v. Christie Manson & Woods Ltd.*, [1980] Ch. 496.

culturais.

Por sua vez, a Corte inglesa afirmou que, consoante aos artigos 1.153 e 1.154 do Código Civil italiano, a aplicação da *lex situs* pode, por vezes, revelar-se pernicioso para os interesses do proprietário original. No entanto, o pedido do autor não era aceitável, seria introduzir variáveis na identificação de lei que rege a validade dos atos de aquisição de bens móveis e, o resultado seria a introdução de uma incerteza no âmbito do comércio.

Portanto, a Corte inglesa entendeu que o caso concreto não se encaixava em nenhuma das exceções e rejeitou a petição, porque nos termos da legislação italiana, da *lex situs*, o réu tinha, realmente, adquirido os bens culturais de boa-fé.

Esse é um caso emblemático quanto aos problemas causados pela heterogeneia das instituições reguladoras e da importância da escolha da aplicação da lei em alguns países, sobretudo no que tange ao patrimônio cultural, que na maioria dos casos, as questões jurídicas são muito mais complexas se considerar a ordem pública dos Estados envolvidos.

#### **4. Circulação do patrimônio cultural como direito público e privado na contemporaneidade**

A regulamentação de circulação do patrimônio cultural é de direito público e sofre variações nos diversos sistemas jurídicos dos Estados, afirmando serem uma reserva de propriedade do Estado de certas categorias de bens: à imposição de restrições, mais ou menos rigorosas; à liberdade dos indivíduos de dispor dele; a proibição incondicional de exportação dos bens culturais; dentre outras. Assim, sua violação está suscetível a afetar a legalidade e, conseqüentemente, a validade dos atos de cessão dos referidos bens.

A idéia de que as normas de direito público relativas à proteção do patrimônio cultural têm uma eficácia meramente interna não é verdadeira.

De fato, quando uma regra de caráter público impõe limites à disponibilidade de um bem, isso afeta a capacidade dos indivíduos de se envolverem em negócios que tenham por objeto o patrimônio cultural. No entanto, fazem-se necessárias limitações ao comércio dos bens culturais, sem ferir a livre concorrência, princípio basilar das atividades comerciais, desde que seja efetiva a aplicabilidade normativa e a fiscalização dessa.

Resulta de um novo direito sobre esses bens, sobrepondo-se ao antigo direito individual. Divide-se o bem cultural num lado material, físico, podendo ser aproveitado pelo exercício de um direito individual, e outro, imaterial, que é apropriado por toda coletividade, são direitos ou interesses de todos sobre coisa alheia, impondo limites ao exercício do direito individual de propriedade. A tutela jurídica do patrimônio cultural, só tem sentido sobre bens socialmente referenciados, assentado, então, numa relação jurídica entre os direitos coletivos sobre a preservação dos bens culturais e o direito individual de uso e gozo. (SOUZA FILHO, 2006)

Tudo, para possibilitar o acesso à informação e ao conhecimento para as gerações futuras, por meio da salvaguarda do bem cultural em prol de um direito coletivo, pois como apregoa as Convenções internacionais de proteção a transferência ilícita do patrimônio cultural, o direito à cultura é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, quando o tribunal do Estado A, de acordo com as regras de direito

internacional privado do seu país, aplica as regras sobre a venda do Estado B, não dará indiretamente à aplicação pura das normas de direito público estrangeira, apenas declarará certos bens inalienáveis, mas corroborando a proteção do patrimônio cultural e possibilitando uma circulação mais segura dos bens culturais, a evitar transações ilegais, prejuízos à terceiros e, principalmente, deterioração dos mesmos.

## Considerações Finais

Há grande preocupação dos Estados, tanto dos receptores quanto dos destinatários, no combate ao tráfico ilícito de bens culturais, pois consiste justamente no ato de comerciar ou mercadejar bens provenientes de negócios ilícitos ou indecorosos<sup>4</sup>, além de propiciar uma perda cultural para determinada nação. O patrimônio cultural é objeto de tráfico em razão do seu valor, possibilitando a posse irregular por meio da comercialização ilegal, do furto, da falsificação e do extravio.

Geralmente, se os países exportadores possuem rico patrimônio cultural e são declinados à supervalorização da proteção e devolução de seus bens, não protegem os adquirentes de boa-fé; os importadores, por sua vez, se constituidores de um carente patrimônio cultural e possuidores de significativos recursos financeiros, preocupam-se em reforçar a liberdade do comércio internacional e a proteção dos adquirentes de boa-fé – aqueles que adquirem um bem, ignorando sua procedência ilícita.

A posse pode usufruir de uma proteção mais ou menos rigorosa, dependendo do ordenamento jurídico do país em questão. Uma distinção é atribuída aos países de *common law*, que permitem ao proprietário reivindicar bens despossuídos, mesmo ao possuidor de boa-fé; e aos países *civil law*, onde prevalece o princípio do *possessione vale titulo*.

Ao retorno e à restituição de bens culturais identificam-se problemas em relação a aplicação do direito interno, devido à suas limitações e aos casos de não aplicabilidade das convenções internacionais sobre o assunto. Haja vista a solução desses litígios, cabe aos tribunais recorrerem aos elementos de conexão comuns do Direito Internacional Privado.

E, mais uma vez, a discussão está pautada sobre a aceitação do direito interno de um Estado contratante, como já abordado em relação à escolha dos elementos de conexão para o retorno ou para a restituição dos bens culturais, reivindicados por determinado país em função de sua transferência, seja por meio do princípio da *lex origins* seja por meio da *lex situs*.

Os contratantes podem reconhecer e até solicitar a aplicação de normas de direito público estrangeiro sobre a exportação ilícita de bens culturais. Essa aceitação ao uso de normas de direito interno de um Estado contratante deve respeitar certos limites de aplicação,

---

<sup>4</sup> Nesse sentido: Pedro Nunes. *Dicionário de tecnologia jurídica*. p.736.

a fim de evitar uma aplicação indiscriminada, aproximando-se de um universalismo ou de uma abdicação de soberania nacional. (SANTOS, 1996)

Como apresentado no caso *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.*, o uso da *lex situs*, por meio dos códigos legais italianos, decretado pelo juiz britânico Sale J, julgou de propriedade do réu os bens culturais devido à sua aquisição de boa-fé.

Portanto, quando se transpõe dos dispositivos legais, tanto internacionais quanto nacionais, a importância da proteção do patrimônio cultural, faz-se necessário, para sua concretização, o reconhecimento e a identificação da população com esses bens culturais, por meio de uma abordagem que permita entender o porquê da responsabilidade dos presentes de preservar tais bens em função das gerações futuras. Mais ainda, que viabilize a possibilidade de acesso a esses bens.

## Referências

ALBUQUERQUE, João Sousa de; DUARTE, Sofia Pinto Bastos. *A proteção dos bens culturais móveis contra furto e exportação ilícita*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://culturalex.com.sapo.pt/proteccaodosbens.pdf>> Acesso em: Fev. 2015.

APPOLINÁRIO, F. *Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico*. São Paulo: Atlas. 2009.

ASKERUD, Pernille. *La preservación Del tráfico ilícito de bienes culturales: um manual de La UNESCO para La implementación de La convención de 1970*. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico (IPHAN). 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: Fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei 3.924, de 26 de julho de 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4845.htm)>. Acesso em: Jan. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973. Promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens, de 1970. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 jun. 1973. Seção 1, p. 5298 a 5300.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 80.978, de 12 de Dezembro de 1977. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1977. Seção 1, p. 167897.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999. Promulga a Convenção da Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar34-2000.pdf>>. Acesso em: Jan. 2015.

CORREIA, Antonio de Ferrer. “A venda internanional de objetos de arte”. *In: Direito do Patrimônio Cultural*. Portugal: Instituto Nacional de Administração. 1996.

FAVERO, Diego. *Lex rei sitae e traffico illecito di reperti archeologici*. Itália: Archeomafie. IV. 2012. Pág. 38-61.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Aurélio Século XXI*, cit.; Albert Dauzat, *Dictionnaire Étymologique*. Paris: Larousse. 1938. Pág. 540; William Morris (ed.), *The American Heritage Dictionary of the Language*. Nova York: American Heritage Publishing Co.. 1970.

FINCHAM, Derek. *Towards a rigorous standard for the good Faith acquisition of antiquities*. Disponível em :<<http://ssrn.com/abstract=1350649>. Acesso em: Jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *The Distinctiveness of Property and Heritage*. Penn State Law Review, Vol. 115, No. 3, 2011.

\_\_\_\_\_. *Fraud on Our Heritage: Towards a Rigorous Standard for the Good Faith Acquisition of Antiquities*. Syracuse Journal of International Law and Commerce, vol. 37, I 1. 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1350649](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350649)> Acesso em: Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property*, 32 Colum. J.L. & Arts 111. 2008.

FRAOUA, R. *Le trafic Illicite des Biens Culturels et Leur Restitution*. Suíça: Éditions Universitaires Fribourg Suisse. 1985.

FRIGO, M. *La Convenzione dell'Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati*. in: Riv. dir. internaz. priv. proc., III. 1996.

GERSTENBLITH, Patty. *Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in United States*. EUA: 75 B. U. L. 1995.

GREENFIELD, J. *The Return of Cultural Treasures*. Cambridge: Cambridge University Press. 1989.

INGLATERRA. *Sale of Goods Act, 1983*. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/1893/en/act/pub/0071/print.html>> Acessado em: Fev. 2015.

MUSEUS DO VATICANO: Roma. In: Arnaldo Mondadori (ed.). *Enciclopédia dos Museus*. Milão: CEAM/Companhia Melhoramentos de São Paulo Indústrias de Papel. 1968.

SANTOS, António Marques dos. *Projecto de Convenção do Unidroit sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados*. In: Direito do Património Cultural. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996.

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

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2009. Pág. 478.

SOUSA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios: da proibição do “venire contra factum próprio”*. Salvador: Jus Podivm. 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá Editora. 3ª Ed. 2006. Pág. 178.