

Thiago Carvalho Borges

Curso de  
Direito Internacional Público  
e Direito Comunitário

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. – 2011

## 11

# Dimensão Pessoal do Estado

1. Nacionalidade 2. Condição jurídica do estrangeiro  
3. Exclusão do estrangeiro do território do Estado 4. Asilo

A dimensão pessoal do Estado não é dada somente pela população, alcançando toda a comunidade nacional, incluindo estrangeiros residentes ou de passagem pelo país, quando se submetem à jurisdição do Estado, bem como os nacionais jurisdicionados residentes no exterior. Sobre os estrangeiros residentes no Estado, fala-se em *jurisdição territorial*, enquanto sobre os nacionais em territórios estrangeiros, exerce-se a *jurisdição pessoal*.

## 1 Nacionalidade

Nacionalidade é o vínculo jurídico-político entre o Estado soberano e o particular (pessoa natural ou jurídica), que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. A disciplina jurídica é de direito interno: a cada Estado incumbe legislar sobre a sua própria nacionalidade, estabelecendo critérios para atribuir ao indivíduo a condição de nacional.

O Direito Internacional Público, entretanto, estabelece princípios gerais direcionados a todos os Estados soberanos para o estabelecimento da nacionalidade. O primeiro princípio é que o Estado não pode privar-se de uma dimensão pessoal: é obrigado a estabelecer uma distinção entre seus nacionais e os estrangeiros. Este princípio é um dos requisitos levados em consideração pelos participantes da sociedade internacional para a efetivação do reconhecimento. Um Estado que não

possui um critério distintivo dos seus nacionais dos demais estrangeiros não gozará de reconhecimento internacional. O princípio, entretanto, não exige a determinação exclusivista de nacionalidade, sendo cada vez mais comum, a caminho de uma sociedade global mais integrada, a admissão de múltiplas nacionalidades e cidadanias. Kelsen, citado por REZEK (2005, p. 181), pôs em dúvida o princípio, informando que nada impede que um Estado se abstenha de adotar normas sobre sua própria nacionalidade.

O segundo princípio de Direito Internacional sobre nacionalidade é previsto no art. XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmada em Paris no âmbito da ONU, em 10 de dezembro de 1948, que afirma: “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.” Além disso, o Estado não pode arbitrariamente privar o indivíduo de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade (artigo XV, nº 2). É interessante refletir porque a DUDH previu o direito à nacionalidade como um direito humano. O mesmo se repete em muitas outras Cartas de Direitos Humanos, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, firmada no âmbito da OEA, em Bogotá, em abril de 1948, no art. XIX, que prevê: “toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”. Na modernidade, pautada na soberania dos Estados, no princípio da substitutividade do indivíduo pela tutela do Estado na solução de litígios e na garantia, pelos Estados, dos direitos fundamentais dos cidadãos, o vínculo de uma pessoa a um Estado é fundamental para esta ter a quem recorrer para assegurar o exercício dos seus direitos, protegendo-se de violações, seja de particulares, seja do próprio Estado. A ausência de nacionalidade é, assim, um problema de direitos humanos, uma vez que o indivíduo apátrida, se não tivesse a tutela internacional que possui atualmente, não teria como recorrer a um Estado que lhe conferisse proteção para fazer cessar ou reprimir eventuais atos lesivos de seus direitos fundamentais.

O terceiro princípio de direito internacional sobre nacionalidade é o Princípio da Efetividade, pelo qual o vínculo patrial não deve fundar-se na pura formalidade ou no artifício, mas na existência de laços sociais consistentes. Desta forma, os critérios usados pelos Estados soberanos para atribuir a nacionalidade a um particular devem ser dotados de alguma razão de caráter social, não bastando apenas uma assinatura num formulário ou o pagamento de alguma taxa, por exemplo. A norma tem fonte jurisprudencial, no julgamento em 1955 do caso *Nottebohm*, na Corte Internacional de Justiça, em litígio entre o principado de Liechtenstein e Guatemala. No julgamento, a Corte internacional acatou argumento de ilegitimidade de Liechtenstein para figurar no processo na condição de protetor diplomático, pela via do endosso, do Sr. Friedrich Nottebohm, cidadão guatemalteco, que alegava ser nacional daquele país. Observando a legislação interna de Liechtenstein sobre atribuição de nacionalidade e comparando com o pedido de naturalização formulado por Nottebohm, a Corte da Haia observou que o requisito de três anos de residência havia sido dispensado, sem indicação de circuns-

tâncias especiais para tanto; que o particular havia pago 25.000 francos suíços para a Comunidade de Mauren e 12.500 francos suíços ao Estado, pelos custos do procedimento, e uma taxa anual de naturalização de 1.000 francos suíços, além de um depósito de 30.000 francos suíços como seguro. No prazo de uma semana, o requerente obteve o ato do Príncipe necessário para ter confirmada sua naturalização, em 1939, tendo retornado à Guatemala, onde mantinha negócios. A Corte, entretanto, decidiu a questão sem considerar a validade da naturalização segundo as leis de Liechtenstein. No caso, ficou decidido que Liechtenstein não tinha legitimidade para, internacionalmente, intervir em favor de Nottebohm, por este ser também natural da Guatemala, que foi considerada a nacionalidade real e efetiva, que se baseava em situações fáticas mais fortes entre a pessoa em questão e o Estado.

No Brasil, julgamento recente do Supremo Tribunal Federal reafirmou o princípio da nacionalidade real e efetiva, em decisão assim ementada:

*HABEAS CORPUS. INFORMAÇÕES DE PROVÁVEL PEDIDO DE EXTRADIÇÃO. DUPLA NACIONALIDADE. PROIBIÇÃO DE EXTRADIÇÃO DE NACIONAL. Não há nos autos qualquer informação mais aprofundada ou indícios concretos de suposto processo em tramitação na Justiça da Itália que viabilizaria pedido de extradição. O processo remete ao complexo problema da extradição no caso da dupla-nacionalidade, questão examinada pela Corte Internacional de Justiça no célebre caso Nottebohm. Naquele caso a Corte sustentou que na hipótese de dupla nacionalidade haveria uma prevalecente – a nacionalidade real e efetiva – identificada a partir de laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado. A falta de elementos concretos no presente processo inviabiliza qualquer solução sob esse enfoque. Habeas corpus não conhecido (STF, HC 83.450-7/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ac. Min. Nelson Jobim, julgado em 26 de agosto de 2004 e publicado no DJ em 4 de março de 2005, p. 11).*

Quando tratarmos, mais abaixo, sobre o sistema de nacionalidade previsto na Constituição Federal brasileira (item 1.3, *infra*), voltaremos a este assunto.

### 1.1 Sistemas de nacionalidade

A nacionalidade originária, de um modo geral, se dá por dois sistemas internacionalmente reconhecidos, que atendem aos critérios de efetividade exigidos, que são o *jus soli* e o *jus sanguinis*. O primeiro é um sistema que toma por base o local do nascimento da pessoa e o segundo se baseia em laços de parentesco em linha direta de ascendência. Por vezes, a estes dois critérios juntam-se outros, como a manifestação de vontade do interessado, ou o tempo de residência da pessoa no Estado para a atribuição da nacionalidade originária. No caso da nacio-

nalidade derivada, a aquisição normalmente se dá por manifestação de vontade, reunindo ainda alguns outros atributos de caráter social e efetivo, como o tempo de residência, o exercício de trabalho, o casamento com nacional etc.

### 1.2 Regras costumeiras de nacionalidade

Em Direito Internacional, são observáveis duas regras costumeiras sobre nacionalidade apontadas por REZEK (2005, p. 182). Pela primeira, exclui-se da atribuição de nacionalidade por *jus soli* os filhos de agentes dos Estados estrangeiros: diplomatas, cônsules etc., que por certo terão a nacionalidade dos pais. Na realidade, é costume dos Estados, mesmo aqueles que adotam o sistema dos *jus soli*, atribuírem aos filhos de seus agentes a nacionalidade originária do Estado que representam, o que acabou por criar um costume internacional em sentido inverso, e os Estados acabam por excluir do âmbito de sua nacionalidade os filhos de agentes representantes de outros Estados que nasçam em seu território. A adoção desta regra pode ser percebida na Constituição Federal de 1988, no art. 12, na compreensão combinada dos incisos I e II.

A segunda regra consuetudinária apontada por Francisco Rezek é a proibição de banimento: nenhum Estado pode expulsar súdito seu com destino a Estado estrangeiro ou a espaço de uso comum. Em sentido contrário, existe uma obrigação do Estado de acolher seus nacionais, mesmo no caso de estes terem sido expulsos de onde se encontravam.

### 1.3 A nacionalidade brasileira

Seguindo as regras gerais de direito internacional, o Brasil disciplina a nacionalidade dos seus súditos na Constituição Federal. As condições de atribuição, aquisição e perda da nacionalidade brasileira levam em conta valores sociais, preservando os interesses dos brasileiros que fazem opção por viver em Estado estrangeiro e não desmerecendo o estrangeiro que optou pelo Brasil como país de seu domicílio.

É interessante notar que a constitucionalização da matéria no Brasil é condizente com a relevância do tema em relação à garantia de direitos fundamentais, embora a exígua disciplina dispensada ao tema tenha exigido uma contribuição significativa da doutrina e da jurisprudência. Na França, por exemplo, é adotado o Código da Nacionalidade, de caráter infraconstitucional, e na Espanha os critérios de nacionalidade estão previstos no Código Civil. No Brasil, a disciplina é restrita ao art. 12 da Constituição Federal de 1988.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

A disciplina do direito brasileiro distingue os nacionais natos dos nacionais naturalizados. Os natos possuem atribuição originária de nacionalidade, enquanto os naturalizados são nacionais por derivação. O primeiro critério utilizado pela Constituição Federal, no art. 12, I, a, é o do nascimento em território nacional, mesmo quando os pais sejam estrangeiros. Esta norma somente não se aplicará quando os pais, estrangeiros, estiverem a serviço de seu país, como reflexo do costume de direito internacional de que os Estados atribuem aos filhos de seus representantes a nacionalidade originária do Estado que representam. Este primeiro critério, de *jus soli*, é o de maior aplicabilidade prática e a principal via de atribuição de nacionalidade no Brasil. A atribuição da nacionalidade brasileira se dá, *ipso facto*, pela naturalidade da pessoa em alguma das circunscrições municipais do território nacional. Para Pontes de Miranda, citado por REZEK (2005, p.

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

§ 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas;

VII - de Ministro de Estado da Defesa.

§ 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis."

187), "entendem-se nascidos no Brasil os nascidos a bordo de navios ou aeronaves de bandeira brasileira quando trafeguem por espaços neutros. O mesmo não ocorre em espaços afetos à soberania de outro Estado, mesmo se público o engenho onde acontece o nascimento".

Sobre a exceção à aplicação da regra do *jus soli*, relativa aos filhos de representantes de Estado estrangeiro, frise-se que se trata de qualquer serviço, desde que público e relacionado ao *jus imperium* do Estado, o que não precisa implicar em permanência no território brasileiro, nem tampouco haver cobertura de imunidades diplomáticas. Da mesma forma, não é necessário que ambos os pais estejam a serviço do Estado estrangeiro, bastando apenas que um deles possua o cargo. Uma situação que, entretanto, se pode aventar é a hipótese de um representante de Estado estrangeiro que não o seu de origem – por exemplo, um casal de paquistaneses representando o Irã – ter um filho no Brasil e não ter a nacionalidade iraniana conferida ao filho. Isto poderia suscitar uma indesejada apatridia de uma pessoa nascida no Brasil, o que contraria o fundamento do Estado brasileiro de proteção à dignidade da pessoa humana. Parece-nos que seria o caso de se atribuir a nacionalidade brasileira a esta pessoa mediante a prova da condição de apátrida.

O segundo critério de nacionalidade originária no Brasil, previsto no art. 12, I, b, da Constituição Federal é o dos nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer destes esteja a serviço do Brasil, independentemente de qualquer formalidade, ou fato posterior. Trata-se de um critério *jus sanguinis* em conformidade com a normatividade internacional sobre atribuição da nacionalidade do Estado de origem aos filhos dos representantes deste Estado no estrangeiro. É o complemento invertido da exceção do primeiro critério. Vale observar que a norma não foi restritiva ao se referir ao serviço prestado, não sendo portanto apenas o serviço diplomático ordinário. Assim, diz respeito a qualquer cargo representativo dos interesses de qualquer dos entes federativos, inclusive as autarquias. Entende-se que inclui a pessoa a serviço de organização internacional de que o Brasil faça parte, em razão do dever de cooperação institucional assumido pelo Estado quando da criação ou da adesão à organização.

O terceiro e último critério de atribuição originária da nacionalidade brasileira, disposto no art. 12, I, c, da Constituição Federal foi recentemente alterado pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007, e determina que são brasileiros natos os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. A modificação constitucional que passou a admitir o registro no exterior veio a contemplar uma requisição antiga das grandes comunidades brasileiras de imigrantes que vivem ilegalmente em território estrangeiro, ou que, mesmo vivendo legalmente no exterior, não têm intenção de retornar ao país, e o Estado onde se encontram não atribui a nacionalidade a

seus filhos. Tal situação vinha permitindo que filhos de brasileiros no exterior ficassem na apatridia.

## 2 Condição jurídica do estrangeiro

A condição jurídica do estrangeiro nos Estados é matéria de direito interno, mas possui algumas normas de caráter internacional e têm importância nas relações exteriores. A regra fundamental é que o Estado não é obrigado a admitir estrangeiros em seu território, nem em caráter permanente, nem em caráter temporário. A condição do estrangeiro será determinada de acordo com o Visto que lhe for concedido, podendo assumir formas variadas.

O estrangeiro que obtém a condição de residente do Estado, a título permanente, passa a ser considerado um imigrante. Outras espécies de vistos permitem a permanência temporária do estrangeiro no território do Estado, sendo ainda de se destacar, pela importância nas relações diplomáticas, o Visto Diplomático, concedido aos representantes dos Estados, que tem caráter especial e também temporário. O visto temporário pode ser de diversas modalidades, como o visto de turista, o de estudos, o de trabalho etc.

O Estado deve proporcionar garantia dos direitos fundamentais a qualquer estrangeiro que se encontre em seu território, mesmo que seja clandestino ou esteja em estado de ilegalidade. A Constituição Federal brasileira tem uma aparente omissão no art. 5º, *caput*, pois versa que somente gozam das garantias constitucionais os estrangeiros residentes no país. A melhor interpretação deste dispositivo, entretanto, é a que estende a proteção a todas as pessoas, estrangeiras ou não, que estejam sob a jurisdição do Estado brasileiro, interpretando-se o termo *residente* para incluir todos aqueles que no Brasil tenham domicílio ou estejam apenas de passagem, evitando a confusão entre o residente e o domiciliado. Neste mesmo sentido deve ser interpretado o art. 95 do Estatuto do Estrangeiro, que versa: “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”.

### 2.1 Estatuto privilegiado Brasil-Portugal

É de se ressaltar, entretanto, no Brasil, que os estrangeiros não têm direitos políticos, mesmo aqueles com visto de residência e que estão no país a título permanente. No caso dos portugueses, entretanto, deve-se lembrar do Estatuto Privilegiado estabelecido para os portugueses na Constituição Federal de 1988, previsto no Estatuto da Igualdade de Direitos Políticos e Civil Portugal-Brasil estabelecido em 1981, atualmente regulado pelo Tratado da Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, firma-

do em Porto Seguro, em 2000. Nos termos do art. 12 deste tratado, “Os portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal, beneficiários do estatuto da igualdade, gozarão dos mesmos direitos e estarão sujeitos aos mesmos deveres dos nacionais desses Estados, nos termos e condições dos artigos seguintes”.

O Estatuto da Igualdade não implica de nenhuma forma a perda da nacionalidade originária. Os Estados, entretanto, mantiveram os direitos exclusivos dos nacionais de cada um expressamente previstos nas respectivas Constituições. Os direitos políticos dos brasileiros em Portugal e dos portugueses no Brasil somente serão reconhecidos aos que tiverem três anos de residência habitual no Estado estrangeiro e depende de requerimento à autoridade competente (art. 17º, nº 1). Por outro lado, o gozo dos direitos políticos no Estado de residência implicará a suspensão destes mesmos direitos no Estado da nacionalidade. Ademais, o estrangeiro beneficiário do Estatuto da Igualdade fica submetido à lei penal do Estado de residência nas mesmas condições em que os respectivos nacionais e não está sujeito à extradição, salvo se requerida pelo Governo do Estado da nacionalidade (art. 18º).

### 2.2 O caso da União Europeia

No caso da União Europeia, a partir do Ato Único Europeu, preconizado por Robert Schuman, houve o aprofundamento do projeto comunitário, que culminou com a adoção das quatro liberdades (liberdade de circulação de trabalhadores, direito de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços e livre circulação dos capitais). Como consequência do Ato Único Europeu, em 1992, foi assinado o Tratado de Maastricht (Holanda), que criou, dentre outras muitas reformas na estrutura das Comunidades Europeias, a cidadania europeia.

A cidadania europeia, que não afeta em nada a nacionalidade dos indivíduos, confere ampla liberdade de circulação no território dos Estados-membros, na forma do art. 18 do Tratado das Comunidades Europeias, comportando o deslocamento, a residência e a permanência no território de qualquer Estado-membro da União (CAMPOS, 2000, p. 529). As limitações a estes direitos somente podem ser efetuadas por razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública. Neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia:

Os nacionais de um Estado-membro a residir legalmente no território de outro Estado-membro podem invocar o direito, previsto no artigo 12º CE, de não sofrerem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, à luz das normas que regulam o seu apelido.

Com efeito, o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros, permitindo a estes últimos, que se encontrem na mesma situação, obter, no domínio de aplicação

*ratione materiae* do Tratado CE, independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das excepções expressamente previstas a este respeito, o mesmo tratamento jurídico. Entre as situações que se inserem no domínio de aplicação *ratione materiae* do direito comunitário figuram as relativas ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, nomeadamente as que se enquadram no exercício da liberdade de circular e de residir no território dos Estados-membros, como conferida pelo artigo 18º CE.

Embora, no estado actual do direito comunitário, as normas que regulam o apelido de uma pessoa sejam da competência dos Estados-membros, estes últimos devem, não obstante, no exercício dessa competência, respeitar o direito comunitário e, em especial, as disposições do Tratado relativas à liberdade reconhecida a qualquer cidadão da União de circular e permanecer no território dos Estados-membros. A cidadania da União, prevista no artigo 17º CE, não tem, contudo, por objectivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado igualmente a situações internas sem qualquer conexão com o direito comunitário. Todavia, essa conexão com o direito comunitário existe no que respeita a pessoas numa situação como a de um nacional de um Estado-membro a residir legalmente no território de outro Estado-membro. A esta conclusão não pode ser oposta a circunstância de os interessados possuírem igualmente a nacionalidade do Estado-membro onde residem desde que nasceram, nacionalidade esta que, segundo as autoridades deste Estado, é, por esse motivo, a única por elas reconhecida. Efectivamente, não cabe a um Estado-membro restringir os efeitos da atribuição da nacionalidade de outro Estado-membro, exigindo um requisito suplementar para o reconhecimento dessa nacionalidade com vista ao exercício das liberdades fundamentais previstas pelo Tratado (Acórdão do Tribunal de 2 de Outubro de 2003. Carlos Garcia Avello contra Estado Belga. Pedido de decisão prejudicial: Conseil d'État - Bélgica. Cidadania da União Europeia - Transmissão do apelido de família - Crianças nacionais de Estados-membros - Dupla nacionalidade - Processo C-148/02).

Assim, a cidadania europeia cria uma situação especial, em que o indivíduo possui dupla cidadania, uma vez que possui direitos civis e políticos tanto no âmbito europeu quanto no nacional, mesmo que possua uma só nacionalidade.

### 3 Exclusão do estrangeiro do território do Estado

Um estrangeiro pode ser excluído do território de um Estado segundo normas de direito interno, seguindo a máxima de que nenhum Estado é obrigado a

receber ou manter estrangeiros em seu território. Obviamente que isto não significa que o Estado possa desprezar direitos fundamentais dos estrangeiros, devendo-lhe conceder tratamento digno, como o fornecimento de informações sobre sua retirada e o respeito à ampla defesa e ao contraditório, se for o caso.

No primeiro momento, o particular deve buscar obter uma autorização de entrada prévia no território do Estado estrangeiro por meio do visto. O visto lhe garante o direito de entrada no Estado na condição de estrangeiro regular e o Estado só poderá lhe negar a entrada em situações excepcionais. Entretanto, é comum nas relações internacionais que muitos países concedam os vistos temporários, notadamente os vistos de turismo, no ato de chegada do estrangeiro na alfândega do Estado. Neste caso, o agente alfandegário terá poderes para conceder ou não o direito de entrar, o que pode gerar alguns conflitos de carácter diplomático, como aconteceu recentemente em relação aos brasileiros que tiveram a entrada na Espanha proibida.<sup>2</sup> Vale dizer, estes casos não se tratam de exclusão do estrangeiro do território, mas antes de uma proibição de entrada, que não se confunde com a deportação, como muitas vezes fazem confusão os órgãos de imprensa.

No Brasil, a exclusão do estrangeiro do território nacional se dará por deportação, expulsão ou extradição, todos regulados pelo Estatuto do Estrangeiro, a Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980, e pelos decretos regulamentares. Além disso, o direito de asilo também está previsto e regulado no Estatuto do Estrangeiro como uma das condições de permanência regular do estrangeiro no território brasileiro. É o que veremos a seguir.

#### 3.1 Deportação

A Deportação de um estrangeiro não se confunde com o impedimento de entrada; sua causa é a falta de justo título para ingressar ou permanecer no Estado.

<sup>2</sup> Ver a notícia "Brasileiros são deportados da Espanha e reclamam de tratamento", publicada pela Folha OnLine em conjunto com a *Folha de S. Paulo*, em 27 jan. 2009, na Internet em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u494832.shtml>>:

"Oito brasileiros foram deportados da Espanha após serem barrados no aeroporto de Barajas, em Madri. Eles faziam parte de um grupo de 20 brasileiros que deveriam desembarcar na capital espanhola, mas foram impedidos pela polícia espanhola.

Ao desembarcarem na noite desta terça-feira no aeroporto de Cumbica, em Guarulhos (Grande São Paulo), o grupo reclamou do mau tratamento recebido. O Ministério das Relações Exteriores foi procurado pela *Folha*, mas não confirmou o episódio.

O ministério apenas informou que o número de casos de brasileiros barrados diminuiu. Segundo balanço do Itamaraty, 3.013 brasileiros foram barrados na Espanha em 2007, contra 2.196 do ano passado.

Nesta segunda-feira (26), a polícia espanhola prendeu um grupo de 33 brasileiros acusados de falsificar e vender documentos. De acordo com dados do Ministério do Interior espanhol, os brasileiros já são a principal nacionalidade na lista de falsificadores mais procurados pela polícia da Espanha, superando os nigerianos."

No direito brasileiro, a disciplina da deportação encontra-se no Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80, nos arts. 57 a 64, e no Decreto nº 86.715/81, que o regulamenta, nos arts. 98 e 99. Trata-se de uma forma de exclusão do território nacional daquele estrangeiro que teve *entrada irregular*, o clandestino, ou cuja *estadia no território se tornou irregular*, por alguma razão, como o excesso de prazo, por exemplo.

Nos casos de entrada ou estadia irregular do estrangeiro no país, ele será notificado para se retirar voluntariamente do território nacional, conforme o art. 57, do Estatuto do Estrangeiro. O mesmo ocorrerá com o estrangeiro que resida em cidade de outro Estado situada na fronteira do território que se afaste dos municípios limítrofes, na forma do art. 21 e § 2º do Estatuto do Estrangeiro. Uma hipótese de estadia irregular é o exercício de trabalho remunerado irregular por turista, conforme o art. 98, Estatuto do Estrangeiro, que dispõe:

Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

A deportação pode se aplicar em todos os tipos de vistos, como se vê no art. 104 do Estatuto do Estrangeiro, que dispõe:

Art. 104. O portador de visto de cortesia, oficial ou diplomático só poderá exercer atividade remunerada em favor do Estado estrangeiro, organização ou agência internacional de caráter intergovernamental a cujo serviço se encontre no País, ou do Governo ou de entidade brasileiros, mediante instrumento internacional firmado com outro Governo que encerre cláusula específica sobre o assunto.

§ 1º O serviçal com visto de cortesia só poderá exercer atividade remunerada a serviço particular de titular de visto de cortesia, oficial ou diplomático.

§ 2º A missão, organização ou pessoa, a cujo serviço se encontra o serviçal, fica responsável pela sua saída do território nacional, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data em que cessar o vínculo empregatício, sob pena de deportação do mesmo.

De acordo com o art. 58, a deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro do território nacional e far-se-á preferentemente para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo. Enquanto a deportação não ocorrer, o estrangeiro poderia ser detido por ordem do Ministro da Justiça pelo prazo de sessenta dias, prorrogáveis uma vez

por igual período, conforme previsto no art. 61 do Estatuto do Estrangeiro. Vale observar que a medida é inconstitucional e não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por força do art. 5º, LXI, devendo a medida ser autorizada pelo juiz competente. Os custos com a deportação serão arcados pelo Tesouro Nacional, salvo se for possível responsabilizar o transportador ou terceiro, como uma agência de viagens.

A rigor, a medida não é punitiva, não deixando sequelas, segundo o art. 60 do Estatuto do Estrangeiro: "o estrangeiro poderá ser dispensado de quaisquer penalidades relativas à entrada ou estadia irregular no Brasil ou formalidade cujo cumprimento possa dificultar a deportação". O deportado pode voltar depois de regularizar sua situação, na forma do art. 64 do Estatuto do Estrangeiro, que versa:

Art. 64. O deportado só poderá reingressar no território nacional se ressarcir o Tesouro Nacional, com correção monetária, das despesas com a sua deportação e efetuar, se for o caso, o pagamento da multa devida à época, também corrigida.

Quando, pela natureza das circunstâncias, a deportação não for exequível, ou se a situação do estrangeiro no país for causa de expulsão, esta será procedida em lugar da deportação. Entretanto, em nenhuma hipótese se procederá a deportação que implicar extradição inadmitida pela lei brasileira (arts. 62 e 63 do Estatuto do Estrangeiro).

### 3.2 Expulsão

A expulsão é a exclusão do estrangeiro por iniciativa das autoridades locais, em razão de fatos mais graves que os que podem dar origem a uma deportação e, em princípio, o expulso não pode retornar. A disciplina da expulsão está prevista nos arts. 65 a 75 do Estatuto do Estrangeiro, além dos arts. 100 a 109 do Decreto nº 86.715/81, que o regulamenta.

As condições para a expulsão são a condenação criminal ou o comportamento que o torna nocivo à conveniência e aos interesses nacionais e pelo atentado contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular. Também serão objeto de expulsão: a fraude com a finalidade de obter a entrada ou a permanência no país; a não retirada voluntária no processo de deportação, quando a deportação não for aconselhável; desrespeitar alguma proibição prevista na lei para estrangeiro. O art. 65, parágrafo único, c, ainda contempla como causa de expulsão a entrega à mendicância e à vadiagem, o que nos parece medida excessiva, neste caso.

A expulsão pressupõe a realização de um inquérito que pode ser iniciado de ofício pelo Ministro da Justiça, por solicitação fundamentada ou pelo Ministério

Público, mediante a remessa de cópia da sentença condenatória do estrangeiro por algum dos atos que podem dar causa a expulsão, nos termos do art. 101 do Decreto nº 86.715/81. O inquérito será processado na Polícia Federal, conforme o art. 144, § 1º, I, da Constituição Federal de 1988, seguindo o rito do art. 103 do Decreto nº 86.715/81, que versa:

Art. 103. A instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro será iniciada mediante Portaria.

§ 1º O expulsando será notificado da instauração do inquérito e do dia e hora fixados para o interrogatório, com antecedência mínima de dois dias úteis.

§ 2º Se o expulsando não for encontrado, será notificado por edital, com o prazo de dez dias, publicado duas vezes, no Diário Oficial da União, valendo a notificação para todos os atos do inquérito.

§ 3º Se o expulsando estiver cumprindo prisão judicial, seu comparecimento, será requisitado à autoridade competente.

§ 4º Comparecendo, o expulsando será qualificado, interrogado, identificado e fotografado, podendo nessa oportunidade indicar defensor e especificar as provas que desejar produzir.

§ 5º Não comparecendo o expulsando, proceder-se-á sua qualificação indireta.

§ 6º Será nomeado defensor dativo, ressalvada ao expulsando a faculdade de substituí-lo, por outro de sua confiança:

I – se o expulsando não indicar defensor;

II – se o indicado não assumir a defesa da causa;

III – se notificado, pessoalmente ou por edital, o expulsando não comparecer para os fins previstos no § 4º.

§ 7º Cumprido o disposto nos parágrafos anteriores, ao expulsando e ao seu defensor será dada vista dos autos, em cartório, para a apresentação de defesa no prazo único de seis dias, contados da ciência do despacho respectivo.

§ 8º Encerrada a instrução do inquérito, deverá ser este remetido ao Departamento Federal de Justiça, no prazo de doze dias, acompanhado de relatório conclusivo.

De acordo com o art. 69 do Estatuto do Estrangeiro, durante o inquérito, o Ministro da Justiça poderia determinar a prisão do estrangeiro por até 90 (noventa) dias e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo. Tal medida, entretanto, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, visto que o art. 5º, LXI, dispõe que “ninguém será preso

senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. De acordo com TOURINHO FILHO (1993, v. 3, p. 342), “no caso, por exemplo, de expulsão de estrangeiro, sua prisão administrativa referida na Lei nº 6.815 será decretada pela Autoridade Judiciária competente, mercê de uma representação do Ministro da Justiça”. No mesmo sentido TÁVORA e ALENCAR (2009, p. 499) e NUCCI (2008, p. 617), para quem a hipótese de prisão administrativa, contemplada pelo art. 319, III, do Código de Processo Penal, permanece, mas deve ser decretada pelo juiz de direito.

Portanto, a prisão do estrangeiro durante o inquérito de expulsão deverá ser determinada por juiz competente, a não ser que se trate de flagrante delito, mas, em hipótese alguma, poderá ser determinada pelo Ministro da Justiça por se configurar espécie de prisão administrativa não recepcionada pela ordem constitucional em vigor.

Durante o inquérito, o estrangeiro terá direito à ampla defesa e ao contraditório, em consonância com o disposto no art. 5º, IV, que versa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A defesa do expulsando deve ser efetiva e substancial, conforme se vê em decisão do Supremo Tribunal Federal:

Expulsão Defesa considerada inexistente, ante o conteúdo contraproducente da peça apresentada a esse título. Decreto, anulado, sem prejuízo de outro que sobrevenha a processo administrativo regularmente realizado (STF, HC 79746/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, J. 16-2-2000, DJ 30-6-2000).

Concluído o Inquérito, a Polícia Federal o remeterá ao Ministério da Justiça, que submeterá a decisão sobre a expulsão ao Presidente da República, que, por ato discricionário, avaliará a conveniência e a oportunidade da medida. A materialização da expulsão se dá por um Decreto Presidencial, sendo a decisão passível de pedido de reconsideração, no prazo de dez dias a contar de sua publicação. O expulso só poderá retornar com a revogação do Decreto de Expulsão, que é competência do Presidente da República.

A expulsão não poderá ocorrer nas hipóteses do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro.<sup>3</sup> As exceções, contudo, são interpretadas restritivamente, conforme se vê nos seguintes julgados:

<sup>3</sup> Art. 75. Não se procederá à expulsão:

I – se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou

II – quando o estrangeiro tiver:

a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou

1. EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. Inexistência, ademais, dos requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica. Não ocorrência de causa impeditiva. HC denegado. Interpretação do art. 75, *caput*, inc. II, letra *b*, e § 1º, da Lei nº 6.815/80. A existência de filha brasileira só constitui causa impeditiva da expulsão de estrangeiro, quando sempre a teve sob sua guarda e dependência econômica, mas desde que a tenha reconhecido antes do fato que haja motivado a expedição do decreto expulsório. 2. EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Decreto presidencial. Existência de causa legal. Conveniência e oportunidade. Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e constitucionalidade. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade (STF, HC 82893/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO J. 17-12-2004, DJ 8-4-2005).

HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHOS NASCIDOS E REGISTRADOS APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. O nascimento e registro dos filhos do paciente verificaram-se após a ocorrência do fato criminoso que deu ensejo ao decreto de sua expulsão. Hipótese que afasta o impedimento de se expulsar o estrangeiro. Ordem denegada (STF, HC 80493/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Ac. Min. ELLEN GRACIE, J. 7-5-2003, DJ 27-6-2003).

A hipótese prevista no art. 75, II, *a*, é extensível aos casos de união estável comprovada, por força do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem aplicado também nestes casos a regra da interpretação restritiva, não sendo suficiente para se configurar a união estável a ocorrência de visitas ao expulsando por outra pessoa. É o que se depreende do julgado que segue:

DIREITO INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO QUE, NO BRASIL, CUMPRIU PENA POR CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, AQUI PRATICADO. HABEAS CORPUS. Alegação de constrangimento ilegal, decorrente do ato expulsório, por inobservância do disposto no art. 75, II, *a*, da Lei nº 6.815/80, alterada

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motiva.

§ 2º Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.

pela Lei nº 6.964/81, já que o expulsando teria mantido união estável com brasileira, no país (art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal). Inocorrência dessa hipótese. O fato de o expulsando ter sido visitado pela amásia, na prisão, durante certo período, enquanto esteve cumprindo pena, não configura a hipótese prevista no art. 75, II, *a*, da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81, nem a união estável de que trata o parágrafo 3º do art. 226 da C.F., de modo a obstar, no caso, a expulsão. H.C. indeferido (HC 80322, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2000, DJ 7-12-2000, p. 6, Ementa, v. 2015-03, p. 594).

Vimos que a deportação pode ser convertida em expulsão quando as autoridades do Estado entenderem cabível, mas a expulsão, como a deportação, em nenhuma hipótese poderá ocorrer se tiver os mesmos efeitos de uma extradição inadmitida pela lei brasileira, sob pena de haver extradição dissimulada.

### 3.3 Extradução

A extradição é um procedimento de cooperação internacional entre Estados, por meio do qual um entrega ao outro, por solicitação expressa deste, indivíduo que deverá responder a processo penal, com ordem de prisão decretada, ou cumprir pena no Estado solicitante. No Brasil, a disciplina encontra-se nos arts. 79 a 94 do Estatuto do Estrangeiro e no art. 110 do Decreto nº 86.715/81, que o regulamenta.

A extradição pressupõe sempre a existência de um processo penal, sendo, portanto, vedada a extradição para prisão por dívida civil, mesmo em caso de débito alimentar. É ato decorrente de decisão conjunta dos Poderes Executivo e Judiciário de ambos os países e o fundamento jurídico é a existência de um tratado internacional bilateral de cooperação. Na ausência de um tratado, a extradição só poderá ser feita se o Estado de refúgio aceitar uma *promessa de reciprocidade*, conforme se observa no art. 76 do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 76. A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

O art. 78 do Estatuto do Estrangeiro estabelece as condições para concessão da extradição:

Art. 78. São condições para concessão da extradição:

I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e

II – existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 82.

Observe-se que as condições acima são cumulativas e, também, que, se não houver uma sentença final de privação de liberdade, deverá haver ordem de prisão do extraditando já concedida pelo Poder Judiciário do Estado requerente. O art. 79 do mesmo diploma legal determina que em caso de mais de um pedido de extradição sobre o mesmo indivíduo, terá prioridade o Estado onde ele tenha cometido o crime, salvo se houver direito de preferência estabelecido em tratado internacional, caso em que este prevalecerá (§ 3º do art. 79). Havendo multiplicidade de crimes, o Brasil irá priorizar o mais grave; se de igual gravidade, o que tiver pedido a entrega primeiro; e, por fim, se os pedidos foram simultâneos, o Estado de origem ou, na falta deste, o de domicílio do extraditando. Nos casos não previstos, o Governo brasileiro decidirá sobre a preferência.

O procedimento de extradição inicia, portanto, no Poder Judiciário do Estado requerente, que condena o indivíduo em sentença penal, ou decreta sua prisão no curso de processo penal. Diante desta situação, o Poder Executivo do Estado solicitante, normalmente o Ministério das Relações Exteriores ou, eventualmente, o Ministério da Justiça, faz o requerimento formal ao Poder Executivo do Estado de refúgio. No caso do Brasil, o pedido é recebido pelo Ministério das Relações Exteriores, que o remeterá ao Ministério da Justiça. O Ministro da Justiça o submeterá à apreciação do Poder Judiciário, no caso do Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, que poderá decretar a prisão preventiva do indivíduo e decidirá, definitivamente, a respeito do mérito da extradição. A extradição será concedida por manifestação do Tribunal Pleno, não cabendo recurso da decisão (art. 83 do Estatuto do Estrangeiro).

Caso o extraditando esteja respondendo a processo penal no Brasil, mesmo por crime cometido após o pedido de extradição, o Supremo Tribunal Federal já entendeu ser possível a concessão da medida, ficando, entretanto, a eficácia sobrestada até o final do processo judicial brasileiro, ou o cumprimento da pena em caso de condenação. O Presidente da República poderá, neste caso, promover a expulsão. É o que se vê a seguir:

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PEDIDO FORMULADO COM BASE NO TRATADO DE EXTRADIÇÃO BRASIL E FRANÇA. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO CONTRA O EXTRADITANDO PELA SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO NO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO QUE ATENDE TODOS OS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. EXTRADITANDO QUE RESPONDE A PROCESSO NO BRASIL. EXTRADIÇÃO DEFERIDA, PORÉM CONDICIONADA À CONCLUSÃO DO PROCESSO A QUE RESPONDE O EXTRADITANDO NO BRASIL, SALVO DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO DO

PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. A existência de processo no Brasil, por crime diverso e que, inclusive, teria ocorrido em data posterior ao fato objeto do pedido de Extradição, não impede o deferimento da extradição, cuja execução deve aguardar a conclusão do processo ou do cumprimento da pena eventualmente aplicada, salvo determinação em contrário do Presidente da República (art. 89 c/c o art. 67, ambos da Lei nº 6.815/1980). Precedentes (STF, Ext. nº 1072, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, J. 28-2-2008, DJ 11-4-2008).

No Supremo Tribunal Federal, o processo de extradição inicia com um interrogatório do extraditando, sendo-lhe concedido prazo de dez dias para apresentar defesa, a contar da data do interrogatório. Os fundamentos da defesa poderão ser a identidade do extraditando, algum defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição. Na forma do art. 86, “concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional”. Em caso de não cumprimento do prazo pelo Estado requerente, o extraditando será posto em liberdade, podendo, contudo, ser expulso, se a causa da extradição recomendar. Por outro lado, negada a extradição, não poderá haver novo pedido referente ao mesmo fato, salvo por inobservância de formalidades, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal:

EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS CRIMINOSAS DE QUE O EXTRADITANDO É ACUSADO. ART. 80 DA LEI 6.815/80. FINALIDADE DE EXTRADIÇÃO PARA OUTRO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO.

1. Os documentos constantes dos autos não apontam, claramente, quais teriam sido as condutas criminosas praticadas pelo Extraditando no território do Estado Requerente. 2. O pedido de extradição não pode ter por finalidade única o interrogatório do extraditando para fins de extradição para outro país. 3. Extradição indeferida, sem prejuízo de nova formulação do Estado Requerente, desde que obedecidas as formalidades legais (STF, Ext. nº 1083, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 6-12-2007, DJ 22-2-2008).

A Constituição Federal estabelece uma distinção no tratamento entre os brasileiros natos e os naturalizados no que tange à extradição, em conformidade com o art. 5º, LI, que versa:

LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Deve-se observar que a exceção aplicável ao brasileiro naturalizado, que deve ser interpretada restritivamente, se refere a duas hipóteses: (1) a condenação penal por crime comum cometido antes da naturalização, uma vez que a condenação penal é impeditiva para a obtenção da condição de naturalizado, mas não o é existência de processo penal, e assim a condenação posterior à obtenção da naturalização pode induzir a extradição; e (2) o envolvimento comprovado em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, neste segundo caso, antes ou depois da naturalização.

Neste mesmo sentido, a legislação infraconstitucional brasileira veda a extradição nas hipóteses previstas no art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, que versa:

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

- I – se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
- II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- III – o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
- IV – a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
- V – o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- VI – estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;<sup>4</sup>
- VII – o fato constituir crime político; e
- VIII – o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

De acordo com o § 1º do mesmo artigo, “a exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal”. O caráter da infração será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal,

<sup>4</sup> “EXTRADIÇÃO. Passiva. Pedido com duplo fundamento. Caráter instrutório e executório. Prescrição consumada da pretensão executória. Causa interruptiva prevista no Tratado que ainda não vigia à data da prática do delito. Inaplicação. Precedente. Pedido deferido em parte. Não se defere pedido de extradição para fins de execução de pena, cuja pretensão executória está prescrita ante a inaplicabilidade de causa interruptiva prevista em Tratado que não vigia à data da prática do delito (STF, Ext 1071, Rel. Min. CEZAR PELUSO, J. 17-3-2008 DJ, 11-4-2008).

que decidirá pela legalidade ou não do pedido de extradição.<sup>5</sup> Em conformidade com o § 3º,

“o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

A existência de família no Brasil não constitui impedimento para a extradição. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme se vê:

LEGISLAÇÃO PENAL – TERRITORIALIDADE. A regra direciona à observância das normas em vigor no país em que cometido o crime – artigos 5º e 7º do Código Penal. TRÁFICO DE DROGAS – NÚCLEOS. Para efeito de extradição, considera-se a modalidade ocorrida no país requerente que, ante o princípio da territorialidade e considerada convenção internacional, possua jurisdição própria à persecução criminal. EXTRADIÇÃO – FAMÍLIA CONSTITUÍDA – ALCANCE. Ao contrário do que ocorre com o instituto da expulsão, **a existência de família constituída no Brasil não é obstáculo à procedência do pedido de extradição** (STF, Ext 867, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, J. 5-11-2003, DJ 5-12-2003).

A existência de Decreto de Expulsão contra o estrangeiro com eficácia contida ao cumprimento da pena no Brasil não impede a extradição por se tratarem ambos os casos de atos discricionários do Presidente da República. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, como se vê abaixo:

EXTRADIÇÃO. GOVERNO DE PORTUGAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO NO BRASIL PELO MESMO TIPO PENAL. FATOS DIVERSOS. VÍCIO FORMAL. DECRETO DE EXPULSÃO. PREJUDICIALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. Condenação do extraditando, perante o Estado requerente, por tráfico de entorpecentes em associação criminosa, decisão já transitada em julgado, e acusação em outro processo pelo mesmo delito, no qual foi decretada sua prisão preventiva. Julgamento e condenação no Brasil por tráfico internacional de drogas. Embora haja identidade nas condutas delitivas, os fatos, nas três hipóteses, são diversos. Não incidência do óbice a que se refere o inciso V do artigo 77 da Lei 6.815/80. 2. Vício

<sup>5</sup> EXTRADIÇÃO. Passiva. Tratado entre Brasil e República Italiana. **Concordância do extraditando.** Necessidade de **controle da legalidade** do pedido pelo STF. Pedido regular deferido. Concordância do extraditando com o deferimento, não dispensa o controle, que pesa ao Supremo, da legalidade do pedido de extradição (STF, Ext 1098, Rel. Min. CEZAR PELUSO, J. 17-3-2008, DJ 11-4-2008).

formal. Garantia de recorrer da decisão ou de requerer novo julgamento. Alegação de condenação à revelia. Inexistência. O réu contestou a ação e interpôs recurso contra a decisão condenatória. Inaplicabilidade da norma prevista no Tratado de Extradicação. 3. **Decreto de expulsão. Eficácia contida ao cumprimento da pena no Brasil. Extradicação. Ausência de prejudicialidade. Momento de entrega ao País requerente. Poder discricionário do Presidente da República. Extradicação deferida** (Ext 787, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17-10-2002, DJ 6-12-2002, p. 53 Ementa, v. 2094-01, p. 26).

Por outro lado, se o Decreto de Expulsão com eficácia contida ao cumprimento da pena no Brasil for expedido depois do deferimento da extradicação, o Supremo Tribunal Federal entende ser o caso de se aguardar o cumprimento da pena para depois se proceder à entrega para o Estado requerente. É o que se depreende do Acórdão que segue:

*Habeas Corpus*. 2. Extradicação e expulsão. 3. Extraditando condenado pela Justiça brasileira, por crimes capitulados nos arts. 12 e 16 da Lei nº 6.368/1976, a sete anos e sete meses de reclusão. 4. Após a condenação, o Presidente da República decretou a expulsão do paciente, “ficando a medida condicionada ao cumprimento da pena a que estiver sujeito no País e à liberação pelo Poder Judiciário”. 5. Hipótese em que, na execução da pena, veio a ser concedido ao paciente livramento condicional, sem recurso do Ministério Público. 6. Com base no mandado de prisão preventiva para extradicação expedido pelo STF, foi o paciente, de novo, posto sob custódia, com vistas à entrega ao Estado requerente. 7. Dispõe o Presidente da República da prerrogativa legal, *ut* Lei nº 6.815/1980, art. 89, *caput*, *in fine*, de natureza discricionária, como Chefe de Estado, de ordenar, com prejuízo da própria execução da sentença, a efetivação imediata da entrega extradicionada do súdito estrangeiro às autoridades do Estado requerente. 8. **No caso concreto, o Decreto de expulsão, posterior à decisão do STF deferindo, em parte, o pedido de extradicação, condicionou efetivar-se a medida após o cumprimento da pena. Esse decreto não foi alterado, nem ocorreu exercício, pelo Presidente da República, da citada faculdade prevista no art. 89, *caput*, *in fine*, da Lei nº 6.815/1980.** 9. Nessas circunstâncias, o paciente deve permanecer, em execução da pena, no regime de livramento condicional deferido pelo Juízo das Execuções Penais competente, somente podendo suceder sua entrega ao Estado requerente após 18-11-1999, quando ocorrerá o cumprimento integral da pena que lhe foi imposta, salvo, à evidência, se o Presidente da República usar da faculdade do art. 89, da Lei nº 6.815/1980 aludida. 10. *Habeas Corpus* deferido, para que o paciente seja posto em liberdade e prossiga no regime de livramento condicional,

se por al (sic) não houver de ser revogado, até o cumprimento final da pena (HC 79157, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 10-6-1999, DJ 6-08-1999, p. 7, Ementa, v. 1957-03, p. 437).

Se a ordem de extradicação for concedida, o Estado requerente deverá assumir os seguintes compromissos: de não se processar o extraditando por fatos anteriores ao pedido; bem como de computar o tempo de prisão imposta no Brasil por força do processo de extradicação;<sup>6</sup> de não aplicar pena perpétua,<sup>7</sup> corporal,<sup>8</sup> nem de morte, exceto quanto a esta última nas hipóteses admitidas pelo Brasil,<sup>9</sup> devendo haver a comutação destas penas em penas privativas de liberdade; de consultar o Brasil, que deverá consentir, em caso de extradicação do indivíduo a outro

<sup>6</sup> EXTRADIÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ALEMÃ. PEDIDO FORMULADO COM PROMESSA DE RECIPROCIDADE: ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DA LEI Nº 6.815/80. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE RECEPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO: DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTRADIÇÃO DEFERIDA. 1. O pedido formulado pela República Federal da Alemanha, com promessa de reciprocidade, atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento, nos termos da Lei nº 6.815/80. 2. Satisfeito o requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei nº 6.815/80: o fato delituoso imputado ao Extraditando corresponde, no Brasil, ao crime de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal. 3. Com base na promessa de reciprocidade em que se apoia o presente pedido de extradicação, a República Federal da Alemanha deverá assegurar a **detração do tempo em que o Extraditando tenha permanecido preso no Brasil** por força do pedido formulado. 4. Extradicação deferida (STF, Ext 1090, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, J. 21-11-2007, DJ 22-2-2008).

<sup>7</sup> EXTRADIÇÃO. Passiva. Pena. Prisão perpétua. Inadmissibilidade. Necessidade de comutação para pena privativa de liberdade por prazo não superior a 30 (trinta) anos. Concessão com essa ressalva. Interpretação do art. 5º, XLVII, b, da CF Precedentes. **Só se defere pedido de extradicação para cumprimento de pena de prisão perpétua, se o Estado requerente se comprometa a comutar essa pena por privativa de liberdade, por prazo ou tempo não superior a 30 (trinta) anos** (Ext 1104, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14-4-2008, DJe-92, 23-5-2008, v. 2320-01, p. 32).

<sup>8</sup> EXTRADIÇÃO. QUANDO NÃO SE CONCEDE. Pena de degredo, prevista pela Lei Portuguesa, não é obstáculo a extradicação. A pena corporal, que o Decreto-lei 394 de 28 de abril de 1938 exige seja comutada, não é a restritiva de liberdade, tanto que foi prevista a sua comutação em prisão, mas a aflição, que se diz corporal, quando produz dor ao corpo do condenado. A fixação da fiança compete ao juiz do Estado onde o crime foi cometido, se a sua lei a permitir e nos termos em que o permitir. Concessão da Extradicação. (Ext 168, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22-8-1951, DJ 18-10-1951, v. 60-01, p. 1).

<sup>9</sup> EXTRADIÇÃO - PENA DE MORTE - COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO. O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses de imposição do *supplicium extremum*, exige que o Estado requerente assumira, formalmente, o compromisso de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permite a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. Hipótese inócua no caso. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, nº 1, a - outorga, à Missão Diplomática, o poder de representar o Estado acreditante ("État d'envoi") perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. Desse modo, o Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar, a pena de morte, em pena privativa de liberdade. Esse compromisso pode ser validamente prestado antes da entrega do extraditando ao Estado requerente. O compromisso diplomático em questão traduz pressuposto da entrega do extraditando, e não do deferimento do pedido extradicionável pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes (Ext 744, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 1-12-1999, DJ 18-2-2000 p. 54, v. 1979-01, p. 41, RTJ v. 172-03, p. 751).

Estado que o reclame; e, por fim, de não agravar a pena por motivos políticos. Neste último caso, em 1961, o Supremo Tribunal Federal indeferiu pedido de extradição formulado por Cuba, que ficou assim ementado:

1. A situação revolucionária de Cuba não oferece garantia para um julgamento imparcial do extraditando, nem para que se conceda a extradição com ressalva de se não aplicar a pena de morte. 2. Tradição liberal da América Latina na concessão de asilo por motivos políticos. 3. Falta de garantias considerada não somente pela formal supressão ou suspensão, mas também por efeito de fatores circunstanciais. 4. A concessão do asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal e não pelo governo. 5. Conceituação de crime político proposta pela Comissão Jurídica Interamericana, do Rio de Janeiro por incumbência da IV Reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos (Santiago do Chile, 1949), excluindo “atos de barbaria ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra”, ainda que “executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes” (STF, Tribunal Pleno, Ext-Segunda nº 232/CA Cuba, Rel. Min. Victor Nunes, j. 9-10-1961, DJ 17-12-1962).

O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, entende que os tratados bilaterais de extradição prevalecem sobre as normas do Estatuto do Estrangeiro por serem normas mais específicas a serem aplicadas ao caso, mesmo quando anteriores à entrada em vigor da lei ordinária. É o caso do pedido de extradição instrutória, não prevista na lei ordinária brasileira, mas admitida por tratados bilaterais firmados pelo Brasil, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

1. Extradição instrutória. 2. Investigações para esclarecimento da suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Pleito extradicional baseado no art. 81 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”) e no art. IX do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e o Peru em 13 de fevereiro de 1919 e promulgado pelo Decreto nº 15.506, de 31 de maio de 1922. 4. Atendimento dos requisitos formais. 5. O crime pelo qual está sendo investigado o extraditando no Peru, especificado nos arts. 296 e 297 do Código Penal Peruano, tem correspondência com o crime tipificado no Direito Penal Brasileiro (art. 33 da Lei nº 11.343/2006 – antigo art. 12 da Lei nº 6.368/1976). Configuração da dupla tipicidade. 6. Inocorrência de prescrição. 7. Diante da possibilidade de aplicação de prisão perpétua pelo Estado requerente, o pedido de extradição deve ser deferido sob condição de que o Estado requerente assumira, em caráter formal, o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com o prazo máximo de 30 anos. 8. Pedido de extradição deferido (STF, Ext. 1060, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 15-10-2007, DJ 31-10-2007).

Como foi dito anteriormente, não é admitida, em nenhuma hipótese, a expulsão ou a deportação de estrangeiro quando for representar extradição dissimulada. Desta maneira, mesmo que o estrangeiro esteja em situação irregular no país, ou tenha cometido algum crime no território nacional e seja passível de expulsão, as medidas de deportação e expulsão não poderão ser tomadas se, ao mesmo tempo, o estrangeiro estiver sendo perseguido politicamente em seu Estado de origem, ou se o ato de retirada do estrangeiro signifique que ele será submetido a uma pena cruel ou de morte. Nestes casos, será concedido ao estrangeiro asilo até que seja regularizada sua situação ou que ele pague, no Brasil, sua pena.

#### 4 Asilo

O Brasil tem por princípio que rege suas relações internacionais a concessão de asilo político, conforme o art. 4º, X, da Constituição Federal de 1988. O asilo cria para o estrangeiro uma condição especial de estadia no território nacional e é concedido em razão de dissidência política, cometimento de delitos de opinião ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do Direito Penal comum. Admite-se ainda a concessão de asilo em caso de perseguição por convicção religiosa, situação racial ou orientação sexual.

Existem dois tipos de asilo: diplomático e territorial. O primeiro é concedido em situação emergencial, quando o estrangeiro é perseguido no território de seu próprio Estado. Neste caso, é a representação diplomática no exterior que concede o asilo. O asilo territorial é aquele que o estrangeiro solicita quando já se encontra no território do Estado concedente. Neste caso, a concessão é feita pelo Ministro da Justiça, por prazo limitado, no máximo dois anos, sendo possíveis múltiplas renovações enquanto a situação ensejadora do asilo se prolongar. A concessão do asilo diplomático não obriga o Estado a conceder asilo territorial.

No Brasil, de acordo com o art. 29 do Estatuto do Estrangeiro, “o asilado não poderá deixar o país sem autorização prévia do Governo brasileiro”, o que significará presunção de renúncia ao direito de asilo concedido, ficando proibido o seu regresso na condição de asilado.

Existem duas normas internacionais fundamentais a respeito da concessão de asilo: a Convenção de Genebra, de 1951, concluída sob os auspícios da ONU, estabelecendo o Estatuto dos Refugiados, e a Convenção de Caracas, de 1954, sobre o asilo diplomático no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Na Convenção de Genebra de 1951, o art. 2 prevê as obrigações gerais dos refugiados e entre elas está a obrigação de acatar as leis e regulamentos e, bem assim, as medidas para a manutenção da ordem pública. No art. 3, fica determinada a obrigação dos Estados participantes do tratado de não promoverem em relação aos refugiados qualquer tipo de discriminação quanto à raça, religião ou país de origem. Segundo a Convenção de Caracas de 1954, no art. II, “todo Estado tem o

direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega”. No caso do asilo diplomático, a Convenção determina que

“O asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança.”