

JACOB DOLINGER

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Parte Geral

10.^a edição
Revista e atualizada



Rio de Janeiro

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

É rica a jurisprudência pátria em matéria de nacionalidade. Já vimos algumas decisões de nossos tribunais ao longo do presente capítulo. Deixamos para encerrá-lo com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, do Mandado de Segurança impetrado contra o Presidente da República por Maria Elisalva Oliveira Josué,⁹⁹ uma jovem brasileira que, segundo seu relato, foi presa e submetida a torturas, exilando-se em 1973, em Paris e, que, tendo perdido seu passaporte, requereu ao consulado brasileiro naquela capital a expedição de novo passaporte sem anotação de que a portadora respondia a processo em seu país, o que lhe foi recusado.

Elisalva, que casara em 1974, com um cidadão francês, enfrentava o dilema de não poder permanecer em território francês sem um novo passaporte brasileiro e, por outro lado, estava impossibilitada de regressar à sua pátria, pois corria contra ela uma ação penal. Diante desta situação, narra em seu Mandado de Segurança, “sentiu-se impelida a adquirir a nacionalidade francesa, premida pelo estado de necessidade, como único meio de não ser expulsa da França e de não se privar do convívio de seu filho e de seu esposo”.

A impetrante visou com a segurança que lhe fosse restabelecida a nacionalidade brasileira, que perdera por ato do Presidente da República, com fundamento no art. 146, inciso I, da Constituição de 1969 (perda de nacionalidade brasileira por aquisição voluntária de outra nacionalidade); baseou sua impetração na ausência do pressuposto de manifestação livre de vontade no ato da aquisição da nacionalidade francesa, que praticou em estado de necessidade, para garantir sua permanência na França.

A segurança foi negada, em julgamento realizado em setembro de 1981, por vários motivos. Entenderam alguns Ministros que não cabe à Justiça brasileira manifestar-se sobre coação que teria viciado declaração de vontade ocorrida perante a Justiça francesa, votos dos Ministros Néri da Silveira, Moreira Alves e Rafael Mayer. Destaca-se neste julgamento o voto do Ministro Clóvis Ramallete, que enunciou os recursos legais que poderiam ter socorrido a Impetrante. Primeiramente poderia ter feito, como o fizeram outros brasileiros no exílio – impetrar segurança contra o Ministro das Relações Exteriores a respeito da negativa de lhe ser concedido passaporte – no que foram bem-sucedidos –, narrando o Ministro o caso do escritor Augusto Boal, que assim procedeu, obtendo ordem judicial para que lhe fosse concedido o passaporte.

Outra solução seria recorrer às Nações Unidas, Comissão de Refugiados, cujo Alto-Comissariado expede passaportes para pessoas em situação irregular por motivos de ordem política, o mesmo podendo ser obtido junto à Cruz Vermelha Internacional. E disse ainda o Ministro Ramallete: “Estados como a

⁹⁹ Mandado de Segurança n. 20.292, *RTJ*, vol. 100/537.

França, por força da Declaração dos Direitos do Homem que assinou, passaram a praticar o direito de asilo. Ainda há poucos dias recebemos a notícia em todo o mundo do Presidente do Irã, evadindo-se de seu país, que se encontra asilado na França. O direito de asilo praticado na França gera as consequências da tutela ao exilado, inclusive o de fornecer-lhe salvo-conduto ou documento semelhante.”

E resume o Magistrado as opções que se apresentavam à Impetrante e que não foram utilizadas: “Toda uma ordem jurídica internacional achava-se posta para socorro da Impetrante em situação tão dramática, mas cuja saída era para ela livremente opcional: ou naturalizar-se francesa para regularizar sua presença naquele país, ou impetrar Mandado de Segurança no Brasil e obter seu passaporte ou ir pedi-lo ao Alto-Comissariado de Refugiados, à Cruz Vermelha ou à França mesmo, um documento de asilado político. Agiu porém com equívoco e naturalizou-se francesa.”

Registre-se ainda o voto do Ministro Rafael Mayer, que ponderou que o próprio ordenamento jurídico brasileiro prevê a re aquisição de nacionalidade nessas circunstâncias, desde que o brasileiro que perdeu a sua nacionalidade, novamente domiciliado no Brasil, a requeira ao Executivo.

Como já vimos, a Constituição de 1988, conforme a redação introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994, excetua da perda de nacionalidade por aquisição voluntária de outra quando isto ocorre para, de alguma forma, possibilitar a continuação da vida no exterior.

Em um *habeas corpus* impetrado perante o Supremo Tribunal Federal para evitar que um possível futuro pedido de extradição da Itália resultasse em prisão do paciente, foi discutida a questão de sua dupla nacionalidade – brasileiro e italiano – e lembrado o “célebre caso Nottebohm”, em que se decidiu “optar pela nacionalidade com laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado”, ... “a figura da nacionalidade prevalente ou nacionalidade real e efetiva”. Mas a Corte acabou não conhecendo o *habeas corpus*, não tendo, assim, se aprofundado nos fundamentos do caso Nottebohm e da eventual aplicabilidade da teoria nele exposta para o caso sub judice.¹⁰⁰

¹⁰⁰ *Habeas corpus* n. 83.450, RTJ 193/372. O mesmo ocorreu no *Habeas corpus* n. 83.113, Ementário n. 2121-17, em que a teoria do julgamento Nottebohm foi igualmente invocada, mas sem maiores consequências, pois o pedido foi julgado prejudicado.

Capítulo III

A CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO

Para a boa sistematização do estudo da condição jurídica do estrangeiro, dividimos a matéria em três partes: 1) a entrada do estrangeiro no Brasil; 2) os direitos do estrangeiro, uma vez admitido no território nacional; 3) a saída compulsória do estrangeiro.

Na história, o tratamento que os povos concediam aos estrangeiros residentes em seu território figura entre os aspectos mais importantes na determinação de seu grau de civilização e de humanitarismo.

Veremos no capítulo VI que os povos antigos discriminavam o estrangeiro, até que, inspirados por seus próprios interesses, foram introduzindo, paulatinamente, algumas alterações para permitir a participação dos alienígenas no desenvolvimento econômico das sociedades em que viviam.

As sociedades europeias, mesmo nos séculos mais recentes, não apresentaram substancial progresso nesta matéria, mantendo nítida distinção entre os nacionais e os estrangeiros.

No continente americano, onde se criaram novas sociedades, resultantes de composições populacionais mistas, desenvolveu-se outra mentalidade. O princípio de igualdade de todos perante a lei, tanto no campo político como no plano das atividades econômicas, fixado nas legislações americanas, acabou influenciando os povos europeus.

A ENTRADA DO ESTRANGEIRO

Referindo-se à questão imigratória, escreveu Oscar Tenório “ser necessário que haja uma conciliação entre os interesses dos Estados e os da comunidade internacional. Embora matéria de competência interna, a imigração tem importância universal. Baixaria à degradação bárbara o Estado que proibisse aos seus nacionais, em caráter absoluto, a mudança de domicílio e a transposição das

fronteiras em busca de outras plagas. Violaria a solidariedade internacional se proibisse, inteiramente, a entrada de estrangeiro.”¹

O internacionalista britânico Ian Brownlie escreveu que “um Estado pode decidir não admitir estrangeiros ou pode impor condições à sua entrada”² e Hans Kelsen formulou o mesmo princípio, no sentido de que “segundo o direito internacional, nenhum Estado tem obrigação de admitir estrangeiros em seu território,”³ invocando decisão da Suprema Corte norte-americana.

Nesta decisão, a *Supreme Court* proclamou: “É um princípio aceito em direito internacional que toda nação soberana tem o poder, inerente à sua soberania e essencial à sua autopreservação, de proibir a entrada de estrangeiros em seus domínios, ou admiti-los somente em casos e segundo condições que lhe pareçam adequadas.”⁴

Antes deste caso, em 1882, o governo norte-americano instituiu seu primeiro programa de controle de imigração, que, submetido à consideração do Judiciário, foi considerado perfeitamente válido,⁵ reconhecido o poder governamental de controlar a imigração, faculdade inerente à soberania nacional, decidindo a Suprema Corte americana em casos subsequentes que o Congresso americano tem o poder de regulamentar a imigração, discriminando contra classes e raças se assim entender.

O princípio continua válido até hoje; por outro lado, é aceito o entendimento que a recusa à admissão de membros da família de uma pessoa já residente no país, acarretando mantê-los separados, viola a Convenção Europeia dos Direitos Humanos que protege o indivíduo no seu direito a uma vida particular e a sua vida em família.⁶

No Brasil, a Carta Régia de D. João VI, de 1808, decretou a abertura dos portos, estimulando grandemente a imigração.⁷ A Constituição Imperial dispôs que “qualquer pode conservar-se ou sair do Império como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiais e salvo o prejuízo

¹ TENÓRIO, OSCAR *Direito Internacional Privado*, I11, p. 250.

² BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, p. 505.

³ KELSEN, Hans. *Principles of International Law*, p. 366.

⁴ Caso *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S., 651, 652 (1892).

⁵ *The Chinese Exclusion Case*, Chae Chan Ping v. U.S., 130 U.S. 581, 603-4 (1889).

⁶ PLENDER, Richard. *International Migration Law*, p. 92.

⁷ Outrossim, por decreto de 25 de novembro de 1808 do Príncipe Regente foi permitida a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil, nos seguintes termos: “Sendo conveniente ao meu real serviço e ao bem público aumentar a lavoura e a população que se acha muito diminuta neste Estado; e por outros motivos que me foram presentes; hei por bem que aos estrangeiros residentes no Brasil se possam conceder datas de terras por sesmarias pela mesma forma, com que, segundo as minhas reais ordens, se concedem aos meus vassallos, sem embargo de quaisquer leis ou disposições em contrário”.

de terceiro,”⁸ regra esta mais bem explicitada na Constituição republicana: “Em tempo de paz, qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair, com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte”,⁹ posteriormente retiradas as expressões “quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.”¹⁰

No século XX esta liberalidade foi minguando. Influenciado pela legislação americana, que em 1924 instituiu o sistema de quotas, pelo qual só seria permitida a entrada de grupos humanos discriminados por nacionalidade, à razão de 2% anuais sobre o número destes nacionais existentes nos Estados Unidos em 1890, segundo o censo então realizado, o Constituinte brasileiro de 1934 dispôs que “a entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.”¹¹

Ante esta inovação, ficou restrito o efeito prático da disposição constitucional contida na Lei Maior de 1891, mantida na Emenda de 1926, e que o próprio Constituinte de 1934 repetiu no art. 113, § 14: “Em tempo de paz, salvas as exigências de passaporte quanto à entrada de estrangeiros e as restrições da lei, qualquer pode entrar no território nacional, nele fixar residência ou dele sair.”¹²

O sistema de quotas foi mantido na Carta de 1937,¹³ que, mais coerente, omitiu do art. 122 – correspondente ao art. 113 da Constituição de 1934 – a proclamação referente à liberdade de entrada no país.

A Constituição de 1946 aboliu o regime de quotas, restabeleceu a norma da liberdade de entrada: “Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá com os seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da Lei,”¹⁴ e determinou a instituição de um órgão federal com a incumbência de coordenar a seleção, entrada, distribuição e fixação dos imigrantes, bem como a sua naturalização e colonização.¹⁵

⁸ Constituição Imperial de 1824, art. 179/6º.

⁹ Constituição de 24 de fevereiro de 1891, art. 72, § 10.

¹⁰ Emenda Constitucional de 1926.

¹¹ Constituição de 16 de julho de 1934, art. 121, § 6º.

¹² O regime de quotas instituído pela Constituição de 1934 foi severamente criticado por Oscar Tenório em conferência pronunciada no Clube dos Advogados do Rio de Janeiro em 3 de setembro de 1935. Vide Jacob Dolinger, *Oscar Tenório – Vida e Obra*, Estudos Jurídicos em Homenagem a Oscar Tenório, p. 60.

¹³ Constituição de 10 de novembro de 1937, art. 151.

¹⁴ Constituição de 1946, art. 142.

¹⁵ Id., art. 162 e parágrafo único.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 mantiveram as normas específicas sobre a liberdade de entrada¹⁶ e sobre a competência da União para legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros.¹⁷

A Constituição de 1988 dispõe no art. 5º, inciso XV, que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, repetindo no art. 22, inciso XV, a competência da União para legislar sobre “emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiro”.

No regime destas constituições brasileiras a lei sempre pôde fixar discricionariamente limites à imigração.

No plano internacional, a Convenção de Havana sobre a Condição dos Estrangeiros, de 1928, dispõe em seu art. 1º que os Estados têm o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros em seus territórios.¹⁸

A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe em seu art. 13, alínea 2, que “Toda pessoa tem o direito de sair de qualquer país, inclusive de seu próprio, e de regressar a seu país”.¹⁹ A entrada em outro país só aparece no caso especial de perseguição. Determina o art. 14 da Declaração que “Toda pessoa em caso de perseguição tem o direito de buscar asilo e de desfrutá-lo em outro país”. Já a Convenção da OEA sobre Asilo Diplomático, de 1954, dispõe que “Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega.”²⁰

¹⁶ Constituição de 1967 e Emenda de 1969, art. 150, § 26, e art. 153, § 26, respectivamente.

¹⁷ Art. 8º, inciso XVII, letra p, da Constituição e da Emenda.

¹⁸ Sancionada no Brasil pelo Decreto nº 5.646, de 8.1.1929 e promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22.10.1929.

¹⁹ A Declaração foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas aos 10 de dezembro de 1948. Esta matéria é versada atualmente como o “Direito de Sair e de Retornar no Direito Internacional” (“*The Right to Leave and Return in International Law*”), denominando-se os direitos como “*international mobility rights*” (direitos de mobilidade internacional). Vide “*New York Law School Journal of Human Rights*”, 1988, p. 229. Em novembro de 1986 o Instituto Internacional de Direitos Humanos realizou uma reunião em Estrasburgo para estudar e debater a situação do direito de se deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele retornar, concluindo com a aprovação da “Declaração de Estrasburgo sobre o Direito de Sair e Retornar”. Vide *American Journal of International Law*, 1988, p. 432. Já se falou também no Direito de Sair, de Ficar e de Retornar (“*The Right to Leave, to Stay and to Return*”). Vide “*Proceedings of the 67th. Annual Meeting (1973), American Society of International Law*”, p. 122.

²⁰ A Convenção sobre Asilo Diplomático foi aprovada em Caracas, em 1954, e no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 13, de 11.06.1957, e promulgada pelo Decreto nº 42.628, de 13.11.1957.

No regime da Constituição de 1967, emendada em 1969, vigeu durante cerca de 12 anos o Decreto-lei nº 941, de 13.10.69, o "Estatuto do Estrangeiro", englobando diversas matérias atinentes à entrada e à vida do estrangeiro no Brasil.

Este diploma legal foi substituído pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que rege atualmente os institutos da admissão e entrada do estrangeiro no território nacional, os vários tipos de visto, a transformação de um em outro, a prorrogação do prazo de estada, a condição do asilado, o registro do estrangeiro, sua saída e seu retorno ao território nacional, sua documentação para viagem, a deportação, a expulsão, a extradição, os direitos e deveres do estrangeiro, a naturalização e a criação do Conselho Nacional de Imigração. A Lei nº 6.815 foi alterada em vários dispositivos pela Lei nº 6.964, de 1981.

A filosofia da atual legislação brasileira sobre a entrada e permanência de estrangeiro no Brasil inspira-se no atendimento à segurança nacional, à organização institucional e aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, inclusive na defesa do trabalhador nacional.²¹

São vários os tipos de visto de entrada que podem ser concedidos ao estrangeiro, especificados na lei como sendo de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático.²²

A lei proíbe conceder visto ao estrangeiro menor de dezoito anos desacompanhado de responsável legal ou sem sua autorização expressa, ao que seja considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais, à pessoa anteriormente expulsa do país, a quem tiver sido condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira ou a quem não satisfaça as condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde.²³

Igualmente proíbe a legalização do clandestino e do irregular, bem como a transformação em permanente dos vistos de trânsito, turista, cortesia e temporário, excetuados neste tipo os casos do cientista, professor, técnico ou profissional e a de ministro de confissão religiosa.²⁴

O legislador criou o Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho e integrado por representantes dos Ministérios do Trabalho, Justiça, Relações Exteriores, Agricultura, Saúde, Indústria e Comércio e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.²⁵

O Regulamento da lei explicita caber a este Conselho orientar e coordenar as atividades de imigração, formular objetivos para elaboração da política imigratória, estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão

²¹ Lei nº 6.815, art. 2º.

²² Art. 4º.

²³ Art. 7º.

²⁴ Art. 37.

²⁵ Art. 129.

de obra especializada aos vários setores da economia nacional e à captação de recursos para setores específicos, promover ou fomentar estudo de problemas relativos à imigração, definir as regiões destinadas à imigração dirigida, efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão de obra estrangeira qualificada para admissão em caráter permanente ou temporário, dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos no que respeita à admissão de imigrantes e opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração.²⁶

Nos Estados Unidos o sistema de quotas instituído em 1924 foi substituído em 1965, quando o legislador fixou um teto geral de 290.000 imigrantes por ano, com um limite de 20.000 imigrantes de cada nacionalidade. Este limite máximo de 290.000 imigrantes anuais foi dividido em oito categorias, que se sucedem na prioridade, umas com 20% do total, outras com 10%, e ainda outras com 6%. Esta legislação vem sofrendo seguidas alterações para acomodar-se às necessidades políticas e a questões econômicas que se modificam com frequência, daí a sucessividade de leis e regulamentos regendo a imigração para os Estados Unidos, que compõe uma disciplina independente, cuidada por advogados especializados que se dedicam a encontrar meios para legalizar a permanência dos que se encontram no país irregularmente e que somam atualmente em torno de dez milhões de pessoas.

Na década de 30 e nos anos da segunda conflagração mundial os Estados Unidos mantiveram uma política de rígido respeito ao regime de quotas, recusando sistematicamente alterá-la, mesmo em face da mais hedionda perseguição racial-religiosa que a história da humanidade já testemunhou, chegando a proibir o desembarque de refugiados que conseguiram escapar da Alemanha hitlerista e se encontravam em águas territoriais norte-americanas, inclusive velhos, mulheres e crianças, forçando-os a retornar no navio "St. Louis" para a Europa, onde a maioria pereceu nos campos de tortura e extermínio. Naqueles anos tenebrosos nem mesmo o limite estabelecido pelo regime de quotas foi preenchido.

Após a Segunda Guerra Mundial foram aplicados critérios humanitários em determinados momentos de crise que beneficiaram refugiados húngaros, cubanos, vietnamitas, cambojanos, haitianos e outros.

A moderna jurisprudência da Suprema Corte americana tem apresentado casos interessantes, destacando-se "*Kleindienst v. Mandel*",²⁷ em que um grupo

²⁶ Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, art. 144. Há no Congresso Nacional vários projetos-lei para reforma do Estatuto do Estrangeiro, em que se propõe maior liberalidade na concessão de vistos e se prevêem hipóteses de desnecessidade de qualquer visto para entrada no território nacional. Destaca-se a existência de um anteprojeto de lei de imigração e naturalização, conhecido como o Novo Estatuto do Estrangeiro, que se encontra no site do Ministério da Justiça para consulta pública. O anteprojeto dispõe sobre o ingresso, permanência e saída dos estrangeiros do território nacional, a concessão da naturalização, cria o Conselho Nacional de Migração, define crimes e dá outras providências. O anteprojeto desvincula a imigração da questão de segurança nacional, ligando-a ao plano dos direitos humanos.

²⁷ *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 766 (1972).

de intelectuais defendeu a tese de que tinha o direito de assegurar a admissão de um pensador marxista, que pretendia visitar os Estados Unidos para dar uma série de conferências. Ocorre que, de acordo com as normas imigratórias americanas então vigentes, o pensador em questão estava impedido de entrar no país devido à sua ideologia. A Corte negou o pedido, reafirmando a teoria de que o próprio estrangeiro inadmitido não tem legitimidade para questionar a norma legal que o impede de entrar nos Estados Unidos, e que o pretenso direito constitucional dos intelectuais de ouvir o conferencista não tem a força de se contrapor à autoridade suprema do Congresso de impedir a admissão dos estrangeiros que entenda indesejáveis.

Alguns anos depois, em *Fiallo v. Bell*²⁸, a Corte evoluiu ligeiramente, admitindo que o poder do Congresso nesta matéria está sujeito a “limitada revisão judicial”. Entendem Charles e Ellen Gordon²⁹ que este poder de revisão aplicar-se-á em caso de gritante (“*most blatant*”) discriminação, baseada exclusivamente em razão de raça ou religião.³⁰

Nos últimos anos os Estados Unidos vêm passando por uma grave crise em matéria de imigração, principalmente devido à infiltração de grande número de cidadãos mexicanos em seu território, ocasionando divergências no seio da sociedade e dos meios políticos. São milhões de imigrantes ilegais que vivem e trabalham nos Estados Unidos, têm filhos nascidos no país, e assim criam-se complexos problemas em várias áreas do direito americano.³¹

Na França a legislação dispõe que “o acesso ao território francês pode ser recusado a todo estrangeiro cuja presença constitua uma ameaça à ordem pública ou que já tenha sido anteriormente expulso do território”.³² Também

²⁸ *Fiallo v. Bell*. 430 U.S. 787 (1977).

²⁹ GORDON, Charles e GORDON, Ellen Gittel. *Immigration and Nationality Law*, p. 2/8.

³⁰ O Mc-Govern Amendment limitou o poder do governo de restringir a entrada de estrangeiros politicamente mal-vistos e os tribunais americanos têm se utilizado desta nova legislação, conforme *Abourezk v. Reagan*. Vide *International Legal Materials*, 1986, p. 319.

³¹ Vide *Immigration and Naturalization Law, The International Lawyer* 2007, p. 555 e ss. Caso sintomático é o do menino Saul Arellano, com 8 anos de idade, nascido nos Estados Unidos e, portanto, cidadão americano por força da 14ª Emenda à Constituição, cuja mãe, imigrante ilegal que trabalhou sob a proteção de um número falso da *social security*, teve sua deportação decretada pelas autoridades americanas de imigração. Se Elvira Arellano for efetivamente deportada, o filho poderá acompanhá-la, mas também poderá exercer o direito de permanecer no país, cidadão americano que é, ficando aos cuidados de terceiros. Como Saul, há centenas de milhares de crianças: as estimativas vão de 285.000 a 365.000. Daí o movimento entre as autoridades de imigração a favor de nova legislação que vede a concessão de nacionalidade a crianças nascidas nos Estados Unidos de pais imigrantes ilegais. E há outro movimento que visa proteger estas crianças e seus genitores. Vide o *American Bar Association Journal*, janeiro de 2007, p. 32. Vide infra, nota 102.

³² Lei nº 45-2.658, de 2 de novembro de 1945, conforme redação introduzida pela Lei nº 80-9, de 10 de janeiro de 1980, e pela Lei nº 81-973, de 29 de outubro de 1981, respectivamente, em *Chunet*, 1980.476 e *Chunet*, 1982.240.

neste país a legislação é frequentemente alterada para atender as necessidades e a realidade política do momento.³³

No Brasil a Lei nº 6.815/80, modificada pela Lei nº 6.964/81, em seu art. 26, dispõe que o visto concedido pela autoridade consular brasileira configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, estada ou o registro do estrangeiro ser obstado se ocorrer qualquer dos casos enumerados no art. 7º ou a inconveniência da sua presença no Brasil. O art. 7º versa várias hipóteses em que se nega visto ao estrangeiro, entre as quais a da pessoa considerada nociva à ordem pública, a quem tiver sido anteriormente expulso do país e ao condenado ou processado em outro país por crime doloso.

O § 2º do art. 26 dispõe que o impedimento à entrada de qualquer dos integrantes da família poderá estender-se a todo o grupo familiar.

Em parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros por ocasião da promulgação da Lei nº 6.815, este dispositivo foi considerado violador do espírito do §13 do art. 153 da Constituição de 1969, pelo qual nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, norma que figura atualmente no inciso XLV do art. 5º da Constituição de 1988.

O parecer não se harmoniza com a melhor doutrina nem com a jurisprudência de nossa mais alta Corte. Aliás, neste particular a legislação atual não alterou o regime anteriormente vigente, pois o princípio da extensão do impedimento já se encontrava firmado no Decreto-lei nº 941/1969, cujo art. 41 (correspondente ao art. 26 da lei nova) assim rezava em seu § 2º:

“O impedimento do chefe de família estender-se-á a seus dependentes, mas o desembarque destes, no entanto, poderá ser autorizado desde que pessoa domiciliada no país, de comprovada idoneidade moral e financeira, assuma a responsabilidade por sua manutenção e eventual retirada do território brasileiro”.

Ao invés de estender o impedimento aos “dependentes” a nova lei vai um pouco além ao abranger “todo o grupo familiar”. O dispositivo de 1980 não repete a ressalva contida no § 2º do art. 41 do Diploma de 1969, mas, reconheça-se que também não exclui a possibilidade do desembarque mediante garantia oferecida por terceiro, pois a extensão do impedimento a todo o grupo familiar não é obrigatória como no Decreto-lei nº 941 (“estender-se-á”) mas deixada ao critério da autoridade (“poderá”...).

O impedimento à entrada do estrangeiro que não atende às condições fixadas em nossa legislação não representa pena. Seja quando se configure alguma das hipóteses do art. 7º, seja no caso de inconveniência da presença do alienígena

³³ Em 2007 foi aprovada a Lei nº 1.631 sobre imigração, integração e asilo. *Revue* 2008, p. 147. Seguem-se, continuamente, decretos regulamentadores sobre um ou outro aspecto da chamada “*circulation des personnes*”.

em território brasileiro, a proibição à sua entrada ou estada no país é questão atinente à proteção de nossa segurança interna, da ordem pública, numa natural manifestação da soberania nacional, sem qualquer característica de pena no sentido da regra constitucional invocada no parecer apresentado ao IAB.

Vejam os o instituto da expulsão para melhor compreender a questão da não admissão em território nacional. Haroldo Valladão escreve que a expulsão não é uma pena, aplicável por um juiz ou tribunal, mas constitui medida de alta política administrativa, fundada no direito de defesa do Estado e, portanto, irrenunciável.³⁴

Nelson Hungria, em seu comentário ao art. 101 do antigo Código Penal (“A imposição de medida de segurança não impede a expulsão de estrangeiro”), afirma que o legislador brasileiro não incluiu a expulsão de estrangeiro no elenco das penas e acrescenta:

“Segundo critério adotado pela maioria das legislações (entre as quais a nossa), a expulsão de estrangeiro, por isso mesmo que, de regra atende ao imediato interesse do Estado, antes que propriamente o da sociedade, é uma medida administrativa ou inerente ao poder de polícia, deixada sua aplicação à faculdade discricionária do Poder Executivo, sem qualquer interferência do Poder Judiciário (salvo caso excepcional).”³⁵

O Ministro Djacy Falcão, relator do *Habeas Corpus* nº 58.409, impetrado a favor do Padre Vito Miracapillo, assim se manifestou:

“Não resta dúvida de que a expulsão não se apresenta como pena propriamente dita, mas, sim, como medida de polícia administrativa, a cargo do Chefe do Poder Executivo, como delegado da nação.”³⁶

E acrescentou:

“Dá-se que, conforme é da tradição do nosso direito positivo, a expulsão independe da prática de crime. Não tem, vale repetir, as características de uma pena propriamente dita. É uma medida administrativa de elevado alcance político conferida ao Governo, ante a majestade da soberania do Estado...”

No voto do Ministro Moreira Alves lemos:

“... E expulsão de estrangeiro não é pena, mas ato político, pelo qual o Presidente da República, no exercício da soberania nacional, como seu representante, declara que a presença do estrangeiro é inconveniente ou nociva aos interesses do país”.

³⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, I, p. 413.

³⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. III, p. 265.

³⁶ RTJ 95/584.

O que está dito sobre a expulsão do estrangeiro se aplica, com muito mais razão ao impedimento à sua entrada no país. Não sendo a expulsão uma pena, mas uma medida discricionária no âmbito da conveniência do Estado, tem este, com mais razão ainda, a faculdade de impedir a entrada de quem quer que seja, e estender esta proibição a quem entender, inclusive a todo o grupo familiar.

Visto de Entrada

Em matéria de visto de entrada para estrangeiro, o governo brasileiro segue política de reciprocidade, dispondo o Decreto nº 82.307, de 1978, que “as autorizações de vistos de entrada de estrangeiros no Brasil e as isenções e dispensas de visto para todas as categorias somente poderão ser concedidas se houver reciprocidade de tratamento para brasileiros”. A Lei nº 6.815/80 faculta a dispensa de visto de turista ao nacional de país que dispense idêntico tratamento ao brasileiro, reciprocidade esta a ser estabelecida mediante acordo internacional.³⁷

Assim, quando o governo francês, alterando a política até então praticada, introduziu, em 1982, a obrigatoriedade de visto para brasileiros entrarem na França como turistas, o governo brasileiro estabeleceu o mesmo requisito para a vinda de turistas franceses ao Brasil. Posteriormente, o visto foi abolido por ambos os países.

Também americanos e brasileiros precisam, reciprocamente, de vistos de entrada. Durante muitos anos o brasileiro recebia visto para ingresso múltiplo nos E.U.A., válido por alguns anos, enquanto o americano só conseguia visto para ingressar no Brasil com validade para três meses. O governo americano decidiu igualmente restringir o período de validade do visto de entrada para brasileiros a três meses, o que acabou levando a um novo entendimento entre os dois países, pelo qual os vistos passaram a ser reciprocamente concedidos com validade para dez anos, substituído tempos depois por vistos concedidos com validade para cinco anos e, mais recentemente, restabelecido o período de dez anos de validade.³⁸

A Lei n. 11.961, de 2 de julho de 2009, facultou ao estrangeiro que tenha ingressado no país até 1º de fevereiro daquele ano e que se encontre em situação migratória irregular no território nacional, requerer residência provisória, atendidos certos requisitos determinados no diploma legal. Satisfeitas exigências especificadas na lei, a residência provisória poderá ser transformada em permanente.

³⁷ Art. 10 e seu parágrafo único, e art. 130.

³⁸ Ainda em matéria de reciprocidade consulte-se a Lei 12.134, de 18 de dezembro de 2009.

Fixação em Determinada Região do Território Nacional (Imigração Dirigida)

O art. 18 da Lei nº 6.815 prevê que a concessão de visto permanente poderá ficar condicionada, por prazo não superior a cinco anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território brasileiro. E o art. 101 dispõe que nesta hipótese o estrangeiro não poderá, dentro do prazo fixado na oportunidade da concessão do visto, mudar de domicílio nem de atividade profissional ou exercê-la fora daquela região. O dispositivo ressalva o caso excepcional em que o Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho, autorize outra solução.

Entenderam alguns que este dispositivo violaria o § 20 do art. 153 da Constituição de 1967/1969, que protege a pessoa contra “violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, regra igualmente contida no inciso LXVIII do art. 5º da Constituição de 1988.

A crítica não procede por inúmeras razões. Primeiramente, mesmo que se admitisse que o disposto nos arts. 18 e 101 constitui um cerceamento à liberdade de locomoção, esta não teria advindo de ato ilegal ou abusivo de poder, mas decorrente de acordo de vontades na oportunidade da concessão do visto de permanente, em que o imigrante se submeteu a determinadas condições de localização e de trabalho.

Ademais, o disposto no Estatuto dos Estrangeiros não proíbe a locomoção, mas tão somente a “mudança de domicílio”. Ora, nada impede que o estrangeiro admitido no país à condição de se estabelecer em determinada localidade para exercer atividade certa, se locomova livremente pelo território nacional. A proibição é tão somente de “mudança de domicílio ou de atividade profissional”.

Não há como considerar uma violência ou coação a exigência governamental de que, pelo prazo pactuado, o estrangeiro se domicilie e atue no local e na atividade a que se comprometeu como condição à sua obtenção de visto permanente.

O Decreto-lei nº 941/1969, em seu art. 18, também previra a “imigração dirigida”, e no art. 117 dispunha que “o estrangeiro que houver entrado no Brasil sob o regime de imigração dirigida para exercer atividade determinada não poderá, dentro do prazo contratual ou do que lhe for fixado na oportunidade da concessão do visto, dedicar-se a atividade diferente...”.

Os críticos da nova lei lembraram que a Constituição Federal, no capítulo dedicado aos direitos individuais, estabelece o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. No entanto, jamais se invocou esta norma como impeditiva da regra sobre a “imigração dirigida” contida na legislação de 1969. A verdade é que o preceito constitucional invocado ressalva a “observância das condições de capacidade que a lei ordinária estabelecer”, e na atual Constituição também figura a ressalva “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII).

A imigração dirigida já vinha regulada no Decreto-lei nº 406, de 4 de maio de 1938, cujo art. 17 estabelecia que “o agricultor ou técnico de indústria rural não poderá abandonar a profissão durante o período de quatro anos consecutivos ...” dispondo no art. 34 que: “o admitido como agricultor ou técnico de indústrias rurais não poderá empregar-se em zonas urbanas antes de decorrido o prazo de 4 anos a que se refere o art. 17”, e no art. 66 determinava a perda do direito de permanência para o imigrante que desrespeitasse o processo da imigração dirigida.

Também o Decreto-lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945, previu esta proibição em seu art. 45: “O estrangeiro que houver entrado no Brasil no sistema da imigração dirigida a que se refere o art. 38, tendo sido contratado para exercer trabalho determinado, não poderá, dentro do prazo contratual, salvo autorização do órgão competente depois da rescisão ou modificação do contrato, dedicar-se a atividade diferente.”³⁹

É verdade que o Decreto-lei nº 406, de 1938, o Decreto-lei nº 7.967, de 1945, e o Decreto-lei nº 941, de 1969, são todos de autoria de regimes ditatoriais pelos quais o Brasil passou, mas eles continuaram vigendo em períodos democráticos de nossa história. Não vemos atentado aos princípios liberais inseridos na Lei Maior pelas normas que regem a imigração dirigida.

Parece-nos que o estrangeiro que vem ao Brasil pelo regime da imigração dirigida ou contratada, sempre poderá deixar o país quando isto lhe aprouver, mas enquanto aqui permanecer, usufruindo os benefícios da imigração e da permanência que lhe foram concedidas, terá que cumprir a sua contrapartida, respeitando as condições oferecidas pelo governo, e por ele aceitas, para a concessão do seu visto de permanente, pelo prazo preestabelecido. Assim, nada há nos arts. 18 e 101 da Lei nº 6.815 que possa ser considerado atentatório aos direitos individuais garantidos pela Constituição.

O DIREITO DOS ESTRANGEIROS ADMITIDOS

Hans Kelsen sintetizou com felicidade o denominador comum da situação jurídica do estrangeiro em terra alheia. O Estado não tem obrigação de admitir estrangeiros em seu território. Mas, uma vez admitidos, devem-lhes ser concedidos um mínimo de direitos, isto é, uma posição de certa igualdade com os

³⁹ No regime do Decreto-lei nº 7.967 decidiu juiz monocrático de Santos: “O menor estrangeiro que entra no país como imigrante não pode ser compelido a seguir para a lavoura se do seu passaporte não consta ser imigrante para a lavoura. Não vale, nesse sentido, a obrigação que tenha assinado, porque a declaração de vontade se ressentida da sua falta de capacidade para o ato jurídico. O Estado pode repatriar os imigrantes que estejam irregularmente no país, entre eles incluído o que se recuse a cumprir obrigação assumida em forma legal”. *Revista Forense*, v. 113, p. 235.

cidadãos, pelo menos no que tange à segurança de suas pessoas e propriedades, o que não significa que eles devam ter os mesmos direitos dos cidadãos. Conclui que o *status* jurídico concedido aos estrangeiros não pode ficar abaixo de um certo *standard* mínimo de civilização.⁴⁰

Em 1934, julgando o caso *Oscar Chinn*, a Corte Permanente de Justiça Internacional referiu-se à “obrigação que cabe a todos os Estados de respeitar em seus territórios os direitos adquiridos dos estrangeiros.”

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama em seu art. 2º que todos os direitos por ela enunciados correspondem a toda pessoa sem distinção de origem nacional.

O Código Bustamante, art. 1º, dispõe:

“Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedem aos nacionais. Cada Estado contratante pode, por motivos de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício dos nacionais do primeiro”.

Num só artigo temos o princípio da igualdade, a reserva das exceções motivadas pela ordem pública e a faculdade de exercer reciprocidade negativa, i.e., negar direitos a estrangeiros de países onde não se pratica a igualdade. Este terceiro item do art. 1º do Código Bustamante não é praticado pelo direito brasileiro que não admite a represália.

O segundo artigo do Código Bustamante também trata dos estrangeiros, igualando-os aos nacionais no campo das garantias individuais, “salvo as restrições que em cada um estabeleçam a Constituição e as leis”, prevenindo o Tratado que esta identidade de garantias individuais não se estende ao desempenho de funções públicas, ao direito de sufrágio e a outros direitos políticos.

A Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros, de 1928, determina em seu art. 5º a obrigação dos Estados “concederem aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem a seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais”.

A igualdade dos estrangeiros aos nacionais está prevista em outros diplomas internacionais, destacando-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em Nova York em 19 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado no mesmo local e data, ambos patrocinados pela Organização das Nações Unidas, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

⁴⁰ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 366.

A doutrina jus-internacionalista, especialmente os autores de Direito Internacional Público, vem discutindo há muito tempo a extensão dos direitos do estrangeiro em comparação com os direitos dos nacionais, sendo interessante o debate que se trava em matéria de indenização por expropriação de bens.

A respeito deste tema específico um relatório apresentado à Liga das Nações em 1927 concluiu que o máximo que um estrangeiro pode pretender é tratamento equiparado ao dispensado aos nacionais.

Segundo este entendimento, nos Estados civilizados o estrangeiro não pode pretender mais proteção para sua pessoa e seus bens do que as leis asseguram aos cidadãos do Estado, sob pena de desrespeito ao princípio da igualdade.

Há uma teoria, contudo, que o estrangeiro, cujo *status* decorre diretamente do direito internacional, pode beneficiar-se de tratamento privilegiado, ou seja, tratamento melhor do que o dispensado aos nacionais, se o *status* destes, de acordo com a política interna do país, ficar em nível inferior ao resultante dos princípios que emanam do direito das gentes.⁴¹

Os Direitos do Estrangeiro no Brasil

Na legislação brasileira há dois momentos legislativos que nos dão uma vista panorâmica da situação do estrangeiro no Brasil: o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e o art. 3º do Código Civil de 1916. Enuncia o primeiro que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. E o art. 3º do Código Civil dispõe que “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis.”⁴²

A referência na Constituição aos estrangeiros *residentes no país* e sua omissão no dispositivo do Código Civil explica-se por que a norma constitucional, em muitos de seus incisos, enuncia direitos políticos que só têm aplicação a estrangeiros que residam no território nacional, como veremos mais adiante.

Na evolução de nosso direito constitucional, somente a Constituição Imperial de 1824 distinguiu os cidadãos, dedicando-lhes certas garantias com exclusividade. Assim, o título VIII intitulava-se “das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos *cidadãos* brasileiros” e o art. 179, consagrador da inviolabilidade dos direitos civis e políticos “que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade” constituía garantia específica para os “cidadãos brasileiros”, enunciando nas alíneas do dispositivo vários direitos dedicados exclusivamente ao “cidadão”.

⁴¹ Vide RIBEIRO, Renato. *Nationalization of Foreign Property in International Law*, p. 60 e ss.

⁴² Estranhamente este dispositivo não tem correspondente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil brasileiro).

Segundo nota do governo imperial de 12 de dezembro de 1846, adotava-se o regime da reciprocidade. Dizia a nota que “na falta ou terminação de tratados, os súditos estrangeiros no Brasil continuarão a gozar provisoriamente dos mesmos favores concedidos ao comércio e aos súditos dos outros Estados pelas leis do Império em geral e pelos princípios do Direito das gentes, *havendo no mesmo sentido declaração da parte do outro Estado.*”⁴³

Evoluiu nosso direito com a Carta Republicana de 1891, cujo art. 72 dispôs que a “Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade...,”⁴⁴ mantendo-se esta equiparação nas Cartas que se seguiram, Emenda de 1926 (art. 72), Constituições de 1934 (art. 113), 1937 (art. 122), 1946 (art. 141), 1967 (art. 150) e 1969 (art. 153). E, atualmente, na Constituição de 1988, como já assinalado acima.

A residência no país não é condição para o recurso ao Judiciário, que dá sua prestação jurisdicional mesmo aos estrangeiros residentes no exterior.⁴⁵ No

⁴³ Vide OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito do Estrangeiro no Brasil*, p. 139.

⁴⁴ No regime da Constituição de 1891, Ruy Barbosa publicou parecer favorável ao exercício da medicina no país por um lente da Escola Médica do Porto, que havia sido impedido de clinicar pelas autoridades governamentais, parecer aprovado por Lafayette Pereira e pelo Visconde de Ouro Preto. *Revista Forense*, vol. VI, p. 46. Em Clovis Bevilacqua, *Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*, obra publicada em 1897, se lê, à p. 135: “É uma antiga aspiração da consciência nacional, externada pelos nossos melhores juristas, a nivelção dos nacionais e estrangeiros, nas relações de direito privado, como é fácil verificar.” Em nota, Clovis se refere aos projetos para Código Civil de Teixeira de Freitas e de Nabuco, bem como ao curso de Direito Civil de Ribas e a uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ “Na defesa de direitos líquidos e certos, o remédio do Mandado de Segurança pode ser usado por brasileiro ou estrangeiro não residente no país”, como decidido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.844, julgado pelo STF em 22.1.1962. *RTJ* 22/100. Vide também Recurso Extraordinário nº 35.617, julgado em 17.04.1958, *RTJ* 9/149. Anteriormente a estas decisões da Suprema Corte, o Tribunal Federal de Recursos evoluiu favoravelmente, pois enquanto decidira em outubro de 1954 contra o acesso à Justiça por estrangeiro não domiciliado no país para impetrar mandado de segurança como se vê no Agravo de Petição em Mandado de Segurança n. 3.600, em que julgou: “Mandado de segurança é uma das garantias individuais da Constituição, prevista no § 24 do art. 141. Mas esse art. 141 é muito claro no recitar que as garantias individuais se aplicam aos brasileiros e *aos estrangeiros residentes no país*. Não satisfaz a impetrante esse requisito e, assim, não tem qualidade para postular mandado de segurança”, *Revista Forense*, volume 161, p. 213, já em novembro de 1955 no Agravo de Petição em Mandado de Segurança n. 4.478. decidia que “o estrangeiro não residente tem legitimação para requerer mandado de segurança para proteger direito líquido e certo que tenha no país”, *Revista Forense*, vol. 168, p. 183. A jurisprudência favorável à impetração de mandado de segurança por estrangeiro residente no exterior está consolidada; veja-se o acórdão da Ministra Ellen Gracie, no Recurso Extraordinário nº 215.267, publicado no *DJ* de 25 de maio de 2001, p. 19, cuja ementa assim enuncia: “Ao estrangeiro residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática do artigo 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do artigo 5º, LXIX, da Constituição atual”. Neste julgamento foi lembrado voto antigo do

regime do Código Civil de 1916 podia-se invocar o art. 3º do Código Civil, que estabelecia que “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros, quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis”. Cremos que atualmente, no regime do Código Civil de 2002, apesar de não ter reiterado a norma, trata-se de princípio inerente ao nosso sistema, que se mantém incólume.

Houve quem invocasse o art. 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, para fundamentar o direito de acesso à Justiça pelos estrangeiros não residentes no Brasil. O dispositivo enuncia que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Difícil acompanhar este argumento, pois a “promoção do bem” normalmente se refere aos que vivem no país, eis que o Estado não tem como promover o bem de estrangeiros que não residem no país; outrossim, a discriminação a favor dos que têm residência no país é uma realidade, como se verifica no *chapeau* do art. 5º da Constituição. É verdade que determinados direitos enunciados nos 78 incisos deste dispositivo também alcançam o estrangeiro não residente, mas somente aqueles que, se negados, atentariam contra os direitos individuais (direito de propriedade, direito de não ser submetido a tortura, etc.); já o benefício de acesso à Justiça poderia se restringir à população que vive no país sem que isto constituísse infração ao art. 3º, inciso IV.

A continuidade da proteção judiciária ao estrangeiro que vive no exterior no campo dos direitos individuais foi reiterada em recente decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal que emprestou uma conotação constitucional aos direitos do estrangeiro não residente no Brasil de recorrer à nossa Justiça. Diz a ementa da decisão:

“Cumpra reconhecer desde logo, por necessário, que o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado. Isto significa, portanto, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RDA 55/192 – RF 192/122) e dos Tribunais em geral (RDA 59/326 – RT 312/363) que o súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais como o mandado de segurança e, notadamente, o *habeas corpus*.”

Ministro Gonçalves de Oliveira, no sentido de que a circunstância de que a lei do mandado de segurança não distingue entre estrangeiros residentes e não residentes é suficiente para que não se proceda a esta distinção.

O despacho invoca decisões mais recentes da Corte (RTJ 134.56-58 – RTJ 177.485-488 – RTJ 185.393-4) e conclui que:

“nesse contexto, impõe-se, ao Judiciário o dever de assegurar a estes reus os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia da imparcialidade do magistrado processante.”⁴⁶

A igualdade assegurada pela Constituição pode produzir efeitos inversos, para garantir ao brasileiro o mesmo tratamento dispensado aos alienígenas nas empresas estrangeiras aqui sediadas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu em uma questão trabalhista entre empresa aérea e seu funcionário brasileiro, que os Estatutos do Pessoal da empresa estrangeira se aplicam ao trabalhador brasileiro em igualdade de condições com os empregados da nacionalidade da empresa, com base no princípio constitucional da isonomia.⁴⁷

Exercício de Atividades Políticas

O art. 107 da Lei nº 6.815 veda ao estrangeiro o exercício de atividades de natureza política.

Esta proibição constava do Decreto-lei nº 941/1969 e anteriormente do Decreto-lei nº 383/1938.

O princípio vem consagrado em inúmeros diplomas internacionais.

A Convenção de Havana sobre a Condição dos Estrangeiros, de 1928, estipula em seu art. 7º que:

“O estrangeiro não se deve ingerir nas atividades políticas privativas dos cidadãos do país no qual se encontre; se tal fizer, ficará sujeito às sanções previstas na legislação local.”

Vimos como o Código Bustamante, em seu art. 2º, alínea 2, exclui da igualdade entre estrangeiros e nacionais o desempenho das funções públicas “e outros direitos políticos”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe no art. 21 que toda pessoa tem direito de participar do governo de *seu* país e tem direito de acesso às funções públicas de *seu* país.

⁴⁶ Medida Cautelar no *Habeas Corpus* nº 94.016, decisão monocrática de 7 de abril de 2008, DJ de 10 de abril de 2008, apud *Boletim de Direito Internacional* de Luís Roberto Barroso & Associados, abril de 2008, p. 7.

⁴⁷ Recurso Extraordinário nº 161.243 (Edcl-ED-AgRg), RTJ 172/604.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 38, assim dispõe:

“Todo estrangeiro tem o dever de se abster de tomar parte nas atividades políticas que, de acordo com a Lei, sejam privativas dos cidadãos do Estado em que se encontrar.”

A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais determina no art. 16 que nenhuma das previsões da Convenção deve ser entendida como afetando os direitos dos países signatários de restringir a atividade política dos estrangeiros, preservando o direito dos países contratantes de expulsar estrangeiros por causa do exercício de atividades políticas.

Vemos, assim, que os diplomas internacionais coincidem na distinção entre o nacional e o estrangeiro no que tange à atividade política. Todavia, a proibição da Lei nº 6.815 deve ser examinada e analisada à luz de algumas regras de nossa Constituição, enunciadas em seu art. 5º.

Este dispositivo assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Vários incisos deste artigo versam liberdades políticas: o inciso IV proclama a liberdade de manifestação de pensamento; o inciso IX, a liberdade de comunicação; o inciso XVI, o direito de reunião pacífica e o XVII fala na liberdade de associação.

Estes direitos aplicam-se igualmente aos nacionais e aos estrangeiros residentes no país. Efetivamente, o estrangeiro tem liberdade para se comunicar, se reunir, associar-se para fins lícitos e para manifestar seu pensamento, mas tudo isto no plano teórico, no plano intelectual. Diversa é a “atividade de natureza política”, a ingerência “nos negócios públicos do Brasil” – esta atividade lhe é vedada por lei. E é isto que vem preceituado no art. 107, *caput*, da Lei nº 6.815.

Os incisos I e II do art. 107 são autoexplicáveis: vedam aos estrangeiros atividades políticas relacionadas a outro país e a obtenção de adesão de terceiros a ideias políticas por meio de coação ou constrangimento.

Observe-se que a proibição do inciso III – organização de qualquer tipo de reuniões – se restringe à consecução das finalidades referidas nos incisos I e II.

João Barbalho, em seus comentários à Constituição de 1891, já cuidava da distinção entre os planos teórico e prático, assim escrevendo no limiar do século XX:

“É evidente que não se advoga, aqui, a proibição aos estrangeiros das discussões puramente doutrinárias e científicas sobre matéria política, mas tão somente a das que entendem com o modo porque se conduz a governação do Estado, a crítica e oposição aos atos das autoridades, a propaganda, mesmo moderada

e pacífica, contra a ordem política existente, a incitação, mesmo indireta, à desobediência às leis do país, à mudança das instituições. Ainda que tudo isso se faça nos termos os mais temperantes e comedidos, seria inépcia tolerá-lo. A hospitalidade que autorizasse esta imixtão e impertinência seria mal-entendida e nociva, e sobretudo derogatória do direito em virtude do qual ao cidadão, e não ao forasteiro, é que cabe a ingerência, tal como a lei a faculta e pelos meios que ela estabelece, nos negócios públicos.”⁴⁸

Ao que Rodrigo Octávio acrescenta:

“De fato, se bem tudo isso se ache compreendido de um modo lato, na prática da liberdade assegurada pela Constituição aos estrangeiros residentes no país, é certo, entretanto, que a prática de tais atos corresponde ao exercício da atividade política reservada por todos os princípios, aos cidadãos.”⁴⁹

Bento de Faria também dá seu incondicional apoio à distinção de Barbalho.⁵⁰

Outro dispositivo da atual lei precisa ser examinado – o art. 110 da Lei nº 6.815 –, que faculta ao Ministério da Justiça

“sempre que considerar conveniente aos interesses nacionais, impedir a realização por estrangeiros, de conferências, congressos e exibições artísticas e folclóricas”.

Este dispositivo se choca com o *caput* do art. 153 da Constituição vigente à época da promulgação da lei e com vários de seus parágrafos, principalmente o 8º, e choca-se igualmente com o art. 5º da atual Constituição principalmente com seus incisos IV, IX e XVI. A regra já se encontrava no art. 122 do Decreto-lei nº 941 e já então foi apropriadamente criticada por Dardeau de Carvalho nos seguintes termos:

“O art. 153, § 8º, da Constituição, assegura ao estrangeiro residente a livre manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informações, independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. Na livre manifestação do pensamento evidentemente está incluída a liberdade de realizar conferências e congressos, de modo que

⁴⁸ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*, p. 301, 2ª coluna.

⁴⁹ OCTÁVIO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 141.

⁵⁰ FARIA, Bento de. *Da Condição dos Estrangeiros e o Código de Direito Internacional Privado*, pp. 20 e ss. Vide o acórdão do STF no *Habeas Corpus* nº 58.409 impetrado contra o ato expulsório do Padre Vito Miracapillo, no final deste capítulo.

se torna discutível perante a Constituição a prerrogativa concedida ao Ministro da Justiça de impedir-lhes a realização, máxime quando a própria Constituição responsabiliza cada um pelos abusos que cometer. A realização de exibições artísticas e folclóricas, no entanto, está sem dúvida compreendida no âmbito da censura, quando assumirem a feição de 'espetáculos ou diversões públicas'. Não ficam sujeitas à censura prévia, evidentemente, as exibições artísticas e folclóricas realizadas em recintos fechados, como as entidades de estrangeiros sob pena de contradição entre o art. 122 e o art. 120 (do Decreto-lei nº 941/69), que, como vimos, assegura aos estrangeiros ampla liberdade de associação ou reunião para fins culturais ou recreativos."⁵¹

O art. 110 da Lei de 1980, além de desnecessário, é inconstitucional.

Um autor inglês sumariza o *status* político do estrangeiro da seguinte forma: "as leis internas raramente concedem aos estrangeiros direitos eleitorais ou o direito de acesso aos cargos públicos. Consequentemente, os estrangeiros em um Estado liberal democrático usufruem de um *status* político diferente dos nacionais. Normalmente, não se garante aos estrangeiros liberdade de atividade política e nenhum dos direitos necessários para trazer uma contribuição à formação do Estado lhes é facultado". Invocando dispositivos do Tratado do Conselho Econômico Europeu (atualmente União Europeia), diz que "os imigrantes só têm direito à igualdade no campo econômico e social, mas não no político."⁵²

Excetuados os portugueses, os estrangeiros não votam em eleição alguma no Brasil. A Constituição de 1988 vedou-lhes expressamente este exercício no art. 14, § 2º: "não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros".

Alcino Pinto Falcão sugeriu à última Constituinte que admitisse a participação dos estrangeiros domiciliados no país em parte do processo eleitoral, para "ensejar uma absorção que traduza a efetiva participação de maior número na prática democrática".⁵³ A sugestão não foi atendida.

⁵¹ CARVALHO, Dardeau de. *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*, p. 201/2.

⁵² EVANS, A. C. "The Political Status of Aliens in International Law, Municipal Law and European Community Law". *The International Comparative Law Quarterly*, janeiro de 1981, p. 31.

⁵³ FALCÃO, Alcino Pinto. "Da Integração do Estrangeiro Domiciliado na Formação da Vontade Popular. Um problema que não se justifica fique alheio aos constituintes", "A Nova Constituição e o Direito Internacional", coordenado por Jacob Dolinger. Muito antes, já Ruy Barbosa propusera que os estrangeiros fossem admitidos a votar nas eleições municipais do Rio de Janeiro, então capital federal. "O sufrágio do estrangeiro concorreria para a administração da nossa metrópole com os melhores elementos de bom-senso, riqueza, independência e honestidade." *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, tomo II, p. 468.

Outras Restrições

Há restrições no direito constitucional à atuação do estrangeiro no governo, sendo que para certos cargos a Carta Magna só admite brasileiros natos. A Constituição de 1988 reduziu estes cargos a sete⁵⁴, enquanto na Constituição de 1967 eram 24 os cargos vedados aos naturalizados⁵⁵. A Emenda Constitucional nº 23, de 2 de setembro de 1999, acrescentou aos cargos vedados a brasileiro naturalizado o de Ministro de Estado da Defesa.

Somente brasileiros (natos e naturalizados) podem ser proprietários de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens e, em caso de naturalizados, só depois de decorridos 10 anos da naturalização, e também só a estes brasileiros poderá caber a responsabilidade pela administração e orientação intelectual destas empresas (art. 222).⁵⁶

Os estrangeiros ficam na dependência de lei que regulamentará a ocupação e utilização da faixa de 150 quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres (art. 20, § 2º) e de outra lei, que deverá regular e limitar a aquisição ou o arrendamento da propriedade rural (art. 190).

A Constituição promulgada em 1988 incluía no art. 170, inciso IX, entre os princípios regentes da ordem econômica, “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”, restringia em seu art. 176, § 1º, a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica a “brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional”, normas estas que se coadunavam com o art. 171, que distinguia entre “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, cujo controle efetivo deveria ficar “sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno...”.

A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, revogou o art. 171, não mais se distinguindo entre “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, alterou a redação do inciso IX do art. 170, que agora se refere a “empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país” e alterou a redação do § 1º do art. 176, que ficou sendo “brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país...”, voltando praticamente à regra da Constituição de 1969, art. 168, § 1º, que, com referência à exploração dos recursos minerais e potenciais de energia hidráulica estabeleceria exclusividade

⁵⁴ Os cargos que só podem ser preenchidos por brasileiros natos são: I – Presidente e Vice-Presidente da República; II – Presidente da Câmara dos Deputados; III – Presidente do Senado Federal; IV – Ministro do STF; V – Diplomata de carreira; VI – Oficial das Forças Armadas; VII – Os membros eleitos e nomeados do Conselho da República.

⁵⁵ Vide Constituição de 1967, art. 145, parágrafo único.

⁵⁶ Este dispositivo resulta de alteração processada pela Emenda Constitucional nº 36, conforme será exposto no capítulo dedicado à Pessoa Jurídica.

a “brasileiros ou a sociedades organizadas no país”. Em suma, basicamente, “capital nacional” deixou de ser requisito.

Outra restrição constitucional levantada foi o conjunto de regras relacionadas a navios e navegação. O art. 178, como promulgado em 1988, previa no inciso II “a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador”, dispondo no § 2º que “serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais”, e no § 3º, “a navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei”. Todas estas disposições foram revogadas pela Emenda Constitucional nº 7, que as substituiu pelo parágrafo único, que reza: “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

Também a Emenda Constitucional nº 8 poderá repercutir nas atividades de estrangeiros no Brasil, pois enquanto o art. 21, inciso XI da Carta de 1988, dispunha sobre a competência da União para

“explorar, diretamente, ou mediante concessão a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União,”

referida Emenda reduziu a regra do inciso para

“explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”, ficando, assim, revogada a limitação a “empresas sob controle acionário estatal”.

Entretanto, a participação do capital estrangeiro em prestadora de serviços de telecomunicações se encontra sujeita à liberalidade do poder executivo, que pode, quando julgar necessário, impor limites ao investimento transnacional no setor, consoante a Lei n. 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações – cujo art. 18, parágrafo único, assim dispõe:

“O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações”.

Importante alteração se deu com a Emenda Constitucional nº 11, de 30 de abril de 1996, que acrescentou dois parágrafos ao art. 207 da Constituição, com a seguinte redação:

“§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica”⁵⁷.

A Lei nº 8.112 de 1990, com acréscimo da Lei nº 9.515, de 1997, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, dispõe no art. 5º, § 3º, que “as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei”.

A legislação brasileira contém uma série de restrições à atividade dos estrangeiros, umas decorrentes de vedações constitucionais, outras criadas pelo legislador ordinário.

Bancos, seguros, petróleo, minas, águas, energia hidráulica, pesca, atuação sindical são algumas das atividades vedadas total ou parcialmente aos alienígenas, bem como o ensino de certas disciplinas, o exercício de certas profissões como químico, corretor de títulos da Dívida Pública, corretor de navios, leiloeiro, despachante aduaneiro, tradutor público, atividades de radioamador, bem como a exigência de um mínimo de 2/3 de empregados brasileiros em todas as empresas. Quanto à profissão de advogado, ocorreu importante alteração, pois que, diversamente do que dispunha a lei anterior, hoje o advogado estrangeiro pode exercer a profissão no Brasil mediante revalidação de seu diploma de universidade de outro país.⁵⁸

⁵⁷ O Brasil perdeu grandes cientistas que aqui desejaram se refugiar nos tenebrosos anos que antecederam à 2ª Guerra Mundial, mas não conseguindo trabalhar em caráter permanente nas nossas Universidades e centros científicos, acabaram indo para os Estados Unidos, onde ajudaram a construir o progresso científico e tecnológico daquela nação. A abertura contida na Emenda nº 11 poderá trazer grande proveito para o progresso do país se nossas instituições científicas souberem dela tirar proveito.

⁵⁸ A Lei nº 4.215/1963, Estatuto da OAB, art. 48, parágrafo único, dispunha que o estrangeiro será admitido à inscrição nas mesmas condições estabelecidas para os brasileiros no seu país de origem. Esta regra foi revogada pelo art. 8º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que assim dispõe: “Para inscrição como advogado é necessário: III – título de eleitor e quitação de serviço militar, se brasileiro; § 2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo”. Advogados estrangeiros sem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não podem intervir nos atos processuais realizados perante tribunais brasileiros, ainda que em sede de comissão rogatória, expedida pela Justiça de outro país, conforme despacho da presidência do STF em 20 de abril de 1998, na Carta Rogatória nº 8.074 oriunda dos Estados Unidos.

Todas as restrições constantes em legislação ordinária devem ser reexaminadas, diante da igualdade garantida pela Constituição a brasileiros e estrangeiros residentes no país, como muito bem focalizado em julgamento de mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região, do qual extraímos, por sua importância, os trechos que se seguem:

“A r. sentença concedeu a ordem aos seguintes fundamentos:

A questão insurge-se em saber se a exigência da nacionalidade brasileira para o exercício da profissão de jornalista está em consonância com o espírito da Constituição de 1988.

O art. 5º da CF e seu inc. XIII assim prescrevem:

‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]’

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendendo as qualificações profissionais que a lei estabelecer.’

Diante do texto constitucional, observa-se a preocupação do constituinte em tratar igualmente os nacionais e estrangeiros, bem como permitir distinções apenas no âmbito das qualificações profissionais, vedando-se qualquer discriminação quanto à nacionalidade.

.....
A vedação do inc. I do art. 4º do Dec. 83.284/79 que exige a nacionalidade brasileira para a profissão de jornalista não se coaduna com os princípios constitucionais básicos, já que anterior à CF/88 e, portanto, não recepcionado pela mesma.

Estou em que a r. decisão singular merece ser confirmada.

.....
Contudo, como corretamente salientado pela ilustre magistrada monocrática, cuida-se de diploma legal anterior à novel Carta da República, cujo art. 5º, caput e inc. XIII assegura o exercício de qualquer trabalho ou profissão não apenas aos brasileiros, mas aos estrangeiros residentes no país.

Evidente, portanto, a queda da exigência da nacionalidade brasileira prevista no pré-falado art. 4º, I do Dec. 83.284/79, por clara incompatibilidade com a Constituição em vigor, que não a recebeu.

Não se trata, portanto, de inconstitucionalidade do artigo, mas simplesmente da sua não recepção ao sistema normativo infraconstitucional.”⁵⁹

Todavia, com a Emenda Constitucional nº 36 o critério tornou-se mais severo, eis que pela mesma o art. 222, segundo parágrafo, assim dispõe:

⁵⁹ REO em MS nº 94.01.08691 – MG – 1ª T., *Revista dos Tribunais*, v. 733, p. 385.

“A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais 10 (dez) anos, em qualquer meio de comunicação social.”

Assim, em matéria de direção intelectual dos órgãos jornalísticos a Constituição de 1988, ao longo de seu processo de sucessivas emendas, tornou-se mais exigente do que originalmente fixado.

Algumas das atividades vedadas ou restringidas a estrangeiros na legislação ordinária não serão afetadas pelo inciso XIII, que se limita a atividades profissionais (trabalho, ofício ou profissão), mas incorrerão em incompatibilidade com a regra básica do art. 5º, *caput*.

Ilustrativamente, não mais se aplica a exigência da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, em seu art. 4º, de que os membros do Conselho Federal de Medicina deverão ter nacionalidade brasileira.

Já aqueles direitos para os quais a Constituição delegou ao legislador a regulamentação relativa aos estrangeiros, estes continuam sujeitos às condições e restrições estabelecidas em lei, inclusive quando anterior à Constituição. É o caso, por exemplo, da aquisição de imóvel rural, como decidido pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, em hipótese de dúvida levantada pelo registro de imóveis com relação à pretensão que visava registrar a aquisição de imóvel rural por pessoas físicas estrangeiras não residentes no país.

Decidiu a corte paulista que como a Lei nº 5.709, de 07.10.1971, condiciona a aquisição de imóvel rural por estrangeiro à sua residência no país (art. 1º) e como este diploma está amparado no art. 190 da Carta de 1988, segundo o qual “a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira”, correta a recusa em registrar referida aquisição imobiliária, porque os estrangeiros não preenchiam os requisitos legais necessários para aquisição de imóvel rural no Brasil.⁶⁰

As restrições à participação do estrangeiro na vida econômica do país também são encontradas nos países altamente desenvolvidos, ainda que em escala menor. Os Estados Unidos, alarmados com a invasão de capitais japoneses na década de 80 do século XX, tomou passos protecionistas. O “*Commercial Fishing Industry Vessel Anti-Reflagging Act*” (1987) restringiu a participação de estrangeiros na propriedade e construção de barcos destinados à atividade pesqueira nos Estados Unidos; chamam isto de “americanização da indústria pesqueira.”⁶¹

Em 2007, o Congresso americano aprovou o *Foreign Investment and National Security Act* que reformou e codificou as atividades do Comitê sobre Investimentos Estrangeiros, a agência presidida pelo Secretário da Fazenda, que opera em consonância com normas da *Defense Production Act* a qual autoriza

⁶⁰ Apelação Cível nº 33.947, *LEX* 195, p. 362

⁶¹ Vide “Foreign Investment in the U.S. Fishery Industry After the Anti-Reflagging Act of 1987”, *The International Lawyer*, 1988, pp. 1.207 e ss.

o presidente dos Estados Unidos a suspender ou proibir qualquer fusão ou aquisição de empresa americana por estrangeiros se a mesma for considerada danosa à segurança nacional do país.

Os defensores dos investimentos estrangeiros nos Estados Unidos argumentam com o volume de empregos que eles criam, os elevados salários pagos, sua volumosa contribuição fiscal e a proporção de seus reinvestimentos na economia nacional, sendo assim válido manter uma política liberal para com a participação estrangeira na economia norte-americana.⁶²

No setor bancário internacional, é grande o movimento de capitais investidos extraterritorialmente, como se pode constatar em todos os grandes centros financeiros do mundo. O mesmo ocorre em diversos setores da indústria e do comércio. É a chamada globalização da economia, que conta com apoio dos economistas e dos legisladores.

Classificação de Direitos

A condição jurídica do estrangeiro é analisada por François Rigaux, mestre belga do direito internacional privado na Universidade de Louvain,⁶³ à luz de uma classificação que considera cinco categorias de direitos: 1. o direito de entrada, estada e estabelecimento; 2. os direitos públicos; 3. os direitos privados; 4. os direitos econômicos e sociais; 5. os direitos políticos.

A primeira categoria corresponde às normas imigratórias e de permanência dos estrangeiros no país, às quais estão vinculadas as regras sobre expulsão e deportação, faculdades governamentais efetivadas conforme o poder discricionário do Estado.

O segundo grupo trata dos direitos que emanam das garantias constitucionais que equiparam o estrangeiro ao nacional, mas admitem exceções que o legislador estabeleça.⁶⁴

O terceiro grupo, dos direitos privados, corresponde aos direitos civis, em que há plena equiparação entre nacionais e estrangeiros, e destes Rigaux destaca os direitos econômicos, que compõem o quarto grupo e se referem ao exercício de atividades lucrativas, seja por trabalhadores empregados, seja por trabalhadores independentes, autônomos, incluindo as atividades profissionais, entre as quais há algumas que só são permitidas aos nacionais belgas, como a

⁶² Edward M. Lebow, "Foreign Direct Investment" in *International Law News*, publicação da seção de Direito Internacional da *American Bar Association*, v. 37, n. 1 (2008).

⁶³ Rigaux foi um dos principais membros do Tribunal de Honra criado pelo eminente filósofo inglês Bertrand Russel para julgar o comportamento dos Estados Unidos na guerra do Vietnam.

⁶⁴ A Constituição belga, art. 128 diz sucintamente "tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi". A Constituição brasileira equipara os estrangeiros residentes aos brasileiros no art. 5º, especificando minudentemente as garantias e direitos individuais em 78 incisos.

de advogado, agente de câmbio, comandante de navio belga, e outras profissões que só podem ser exercidas por estrangeiros de país que admite o exercício desta profissão por belgas.

Neste quarto grupo figuram ainda os direitos sociais, que incluem os direitos à aposentadoria, seguro por acidente de trabalho, aos quais os estrangeiros também têm direito.

A última categoria compõe-se dos direitos políticos, as funções públicas, que só os belgas podem exercer, ressalvada pela Constituição a possibilidade de concessões legislativas específicas.⁶⁵

Direito Comparado

Os códigos civis europeus estabeleceram rígidos sistemas de restrição às atividades dos estrangeiros.⁶⁶

O Código Civil francês dispõe em seu art. 11 que “o estrangeiro gozará na França dos mesmos direitos civis que são ou venham a ser facultados aos franceses pelos tratados da nação à qual pertença o estrangeiro”, conhecido como o sistema da reciprocidade diplomática, que faz depender o gozo dos direitos civis do estrangeiro da existência de tratado neste sentido com o país da sua origem.

O Código Civil austríaco de 1811, art. 33 e as Disposições sobre as Leis em Geral da Itália, art. 16,⁶⁷ estabeleceram o regime de reciprocidade fática, pelo qual os estrangeiros têm os mesmos direitos que os austríacos e os italianos têm em seus países de origem. Portugal, no art. 14 do Código Civil, segue o mesmo critério.⁶⁸

A Introdução ao Código Civil alemão estabelecia em seu art. 31 a possibilidade de se instituir um direito de retorsão (represália) contra um Estado estrangeiro, seus nacionais e sucessores, pelo qual se restringiriam os direitos dos nacionais de países contra os quais o Chanceler do Império entendesse cabível uma represália. Este dispositivo foi eliminado pela Revisão do EGBGB de 1986.

⁶⁵ Para a análise destas cinco categorias de direitos no sistema brasileiro de conformidade com a Constituição de 1988, vide Jacob Dolinger e outros, *Comentários à Constituição*, 2º vol., p. 110 a 119.

⁶⁶ Para um estudo histórico-comparativo dos direitos dos estrangeiros, vide Oscar Martins Gomes, *Restrições e concessões aos direitos dos estrangeiros*, *Revista Forense*, v. 168, p. 64.

⁶⁷ A lei italiana de Direito Internacional Privado, de 1995, só revogou os arts. 17 a 31 das Disposições sobre as Leis em Geral, de 1942.

⁶⁸ O art. 14 do Código Civil de Portugal de 1966 dispõe: “1. Os estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis, salvo disposição legal em contrário. 2. Não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias.”

Na Rússia, a lei de 1991 sobre os Princípios da Legislação Civil dispõe em seu art. 160 que os estrangeiros e os apátridas possuem a mesma capacidade de gozo que os nacionais russos, mas que certas exceções podem ser estabelecidas por atos legislativos. No art. 162 a lei prevê a possibilidade de o governo estabelecer, a título de reciprocidade, restrições a pessoas físicas e jurídicas de países em que vigorem restrições à capacidade dos russos e de suas entidades.

Em polo oposto a estes códigos europeus, encontramos o Código Civil brasileiro de 1916, no já citado art. 3º, e o Código Civil chileno, cujo art. 57 diz que “a lei não reconhece distinção entre o chileno e o estrangeiro quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis regulados por este Código”. Na Europa destaca-se o Código Civil grego de 1941, em cujo art. 4º se lê que “o estrangeiro goza dos mesmos direitos civis do que o nacional.”

A regra da reciprocidade do Código Civil francês foi sendo paulatinamente diluída pela jurisprudência, culminando com a decisão da Corte de Cassação, de 27 de julho de 1948, no sentido de que “os estrangeiros gozam dos direitos que não lhes são especialmente proibidos”, o que transformou o disposto no art. 11 em letra morta.⁶⁹

Na Bélgica, cujo Código Civil, pautado no Código de Napoleão, contém o mesmo art. 11, a Corte Suprema decidiu em 1º de outubro de 1880 que os “direitos civis” que o dispositivo faz depender de reciprocidade são apenas os direitos do indivíduo que oneram o Estado (como, por exemplo, o direito de assistência pública em caso de necessidade), mas não abrange os direitos naturais como o de casar, de pleitear em juízo, de propriedade e de sucessão. Para estes, os estrangeiros se equiparam aos belgas.⁷⁰

Os direitos humanos dos estrangeiros na perspectiva do direito internacional e sob um enfoque comparativo foram objeto de tese de doutoramento na Universidade de Virgínia pela Professora Carmen Tiburcio, em que a questão foi estudada em seu aspecto histórico, examinados os direitos fundamentais, direitos privados, direitos sociais e culturais, direitos econômicos, direitos políticos e direitos públicos⁷¹⁻⁷².

⁶⁹ Vide BATIFFOL e LAGARDE. *Droit International Privé*, tomo I, p. 190 e ss., e LOUSSOUARN e BOUREL. *Précis de droit international privé*, p. 784 e ss.

⁷⁰ PERELMAN, Chaim. *Justice*, p. 29/30.

⁷¹ TIBURCIO, Carmen. “The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law”. Em seu prefácio escreve a ilustre autora: “Humanity has entered the 21st. century, but is still under the scourge of discrimination of all kinds, including discrimination against aliens. Even advanced countries such as England, Germany, France, the United States, as well as Austria, among others, are filled with mistrust, suspicion and discrimination against human beings for the mere reason that they are of different nationalities or of other ethnic groups.”

⁷² A propósito, vale transcrever trecho de aula proferida por San Tiago Dantas em 1948, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro sobre Humanismo e Direito: “E aqui tocamos os dois outros pontos característicos do humanismo jurídico. Para o humanismo

Cargo Público

No Brasil os textos constitucionais sempre vedaram o acesso de estrangeiros aos cargos públicos, norma também incluída na Constituição de 1988, o que acabou sendo modificado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterando a redação do art. 37, I, da Constituição, que agora dispõe que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

Ainda dependemos da lei ordinária para regulamentar o exercício de cargo público por estrangeiro, conforme entendimento do STF no sentido de que a Emenda Constitucional não é autoaplicável.⁷³ O projeto lei n. 4.029/2008 propõe a proibição de impedimentos e restrições a profissionais liberais estrangeiros para atuar legalmente no país e revoga dispositivo da lei 6.815 que veda estrangeiro de participar na administração ou representação de sindicato ou associação profissional.

O Superior Tribunal de Justiça julgou em 1993 interessante hipótese, relativa a uma senhora portuguesa que se inscreveu e passou no concurso para professora pública do Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido impedida de assumir o cargo por não ter feito a comprovação de quitação eleitoral em Portugal. Como se sabe, os portugueses gozam no Brasil de igualdade de direitos e deveres com os brasileiros, daí terem direito de exercer cargo público, mesmo antes da Emenda nº 19, só que a autoridade estadual achou que, assim como os brasileiros, também os portugueses devem fazer prova de estar quites com

jurídico o homem é uno, e enquanto homem é considerado pelas normas que lhe traçam deveres e protegem direitos não enquanto nacional de certo Estado ou membro de certa classe, filho de certa raça ou adepto de tal religião. Essa unidade do homem se afirma no tempo e no espaço. No tempo, tornando o homem de hoje uma continuação, um prolongamento do homem antigo, o que se traduz no terreno jurídico como um sentido de continuidade atribuído às instituições. No espaço, eliminando as diversidades oriundas da multiplicidade de grupos humanos, especialmente as diversidades nacionais, o que, no terreno jurídico, se traduz numa aspiração à unidade do Direito. Esse duplo aspecto – espacial e temporal – do homem visto como um *continuum* indica os problemas do Humanismo jurídico em face do Direito Positivo moderno e da própria ciência do Direito, inclusive em face do ensino do Direito, vale dizer, da transmissão e sistematização da cultura jurídica.” Vide *Palavras de um Professor*, p. 126.

⁷³ Recurso Extraordinário nº 439.754, publicado no *DJ* de 12.12.2005 e Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 544.655, publicado no *DJ* de 10.10.2008. A mesma razão baseou decisão tomada em 14 de junho de 2011 pela Excelsa Corte no Recurso Extraordinário n. 346.180, em que a 2ª Turma negou pedido de empregado da Universidade Federal de Santa Maria (RS) que, integrando seu quadro técnico, pleiteava fosse reconhecido como servidor público federal.

Já no Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 590.663, julgado em dezembro de 2009, publicado no *DJ* de 11.02.2010, o Supremo assim se pronunciou: “Por não ser a norma regulamentadora de que trata o artigo 37, I da Constituição do Brasil matéria reservada à competência privativa da União, deve ser de iniciativa dos Estados-membros.”

suas obrigações eleitorais. O acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul foi lavrado nos seguintes termos:

“Acontece que a impetrante, como reconhece, precisava apresentar, no momento da inscrição, a prova de quitação eleitoral. Alega dificuldades diplomáticas para obter o comprovante, pelo fato de ser portuguesa, residindo na cidade de Rio Grande, onde o vice-consulado se encontrava fechado, tendo que se dirigir à capital do Estado, sede do consulado português mais próximo. Foi informada que necessitaria de aproximadamente seis meses para conseguir aquele documento. Ora, é comezinho que o candidato a concurso público deve apresentar toda a documentação no ato da inscrição. Quando esta for incompleta e concedido prazo ao candidato, este deve observá-lo, cumprindo a diligência. Passada a fase do concurso e alcançada aquela da nomeação e posse, foi-lhe concedido prazo de trinta dias para oferecer a prova da quitação eleitoral, conforme dispõem os arts. 17, inc. V, e 18, § 2º, ambos da Lei Estadual nº 6.672, de 22 de abril de 1974. No entanto, a impetrante não apresentou aquela prova, pelo que não pode tomar posse”.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Gomes de Barros deu provimento ao recurso, com base na promoção da Procuradoria da Justiça Federal, que assim argumentou:

“Tem inteira razão a recorrente, dada a sua condição de portuguesa, ou seja estrangeira. Não há que fazer qualquer exigência de que apresente prova de que está quite eleitoralmente com o país de origem, Portugal. Não foi essa a *mens legis* do legislador, sabendo-se que, em certos países, sequer é obrigatório o voto. Que interessa ao Brasil a situação eleitoral de um estrangeiro na sua terra de origem? O máximo que se poderia exigir da recorrente seria um documento da jurisdição eleitoral brasileira em que constasse estar ela desembaraçada de votar nas nossas eleições. Entretanto, pode-se dizer que bastaria a apresentação da carteira de identidade ou passaporte da recorrente, para se saber de sua situação. Ali se constataria a sua condição de portuguesa, e a impraticabilidade de ser exigida a tal quitação eleitoral com a nação portuguesa. Realmente, bom-senso teve aquela pessoa que lhe aceitou a inscrição, dizendo “... que não haveria problema quanto ao título (eleitoral), porque `tu és portuguesa e aos portugueses não se exige o título” (item 11.2 da petição inicial). Assim, na ação mandamental, a impetrante, além de afirmar o ato dito ilegal da autoridade coatora, comprovou eficazmente a violação a direito próprio, com dano irreparável, qual seja, o de não assumir função decorrente de aprovação em concurso público, no qual se colocou em segundo lugar.”⁷⁴

⁷⁴ Recurso em Mandado de Segurança nº 1.179, *Revista do STJ* nº 52, p. 264.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou mandado de segurança impetrado com o fim de garantir posse no cargo de músico instrumentista/piano no ballet da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro, em que o impetrante sustentava que sua naturalização já fora concedida. Acontece que esta se deu após a data da nomeação dos candidatos aprovados e mesmo após a posse dos mesmos.

Diz o acórdão:

“Assim, nem mesmo na data da posse, a apelante preenchia todos os requisitos exigidos no edital para o exercício do cargo, visto que, ainda que o requerimento de naturalização tenha antecedido a inscrição no concurso, o STF já pacificou o entendimento de que tal requerimento não tem eficácia *ex tunc*, pois a aquisição da nacionalidade brasileira só se efetiva com a entrega do certificado respectivo ao estrangeiro.”⁷⁵

Outro caso interessante foi a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao confirmar sentença que obrigou a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Datrapev) a admitir candidato estrangeiro aprovado em concurso público realizado no Distrito Federal. Alegava a Datrapev que na data da inscrição no certame, o candidato estava com o visto temporário vencido, não estando legalmente apto a ser contratado.

O Tribunal confirmou a sentença de 1ª instância no sentido de que “está comprovado nos autos o superveniente deferimento do visto permanente, em decorrência do casamento do impetrante com brasileira, união anterior à realização do concurso público”.

O tribunal invocou jurisprudência da mesma corte de que não cabe a exigência de apresentação do visto permanente como pré-requisito para posse em cargo público, eis que a posse seria um dos motivos para a conversão do visto temporário em permanente.⁷⁶

Nos Estados Unidos certas leis estaduais vedam o acesso de estrangeiros a uma variedade de cargos públicos e a constitucionalidade destas proibições tem sido questionada perante os tribunais, que têm decidido de forma diversificada, segundo a natureza do cargo público.

Em “*Hampton v. Mow Sun Wong*”,⁷⁷ a Suprema Corte americana decidiu ser inconstitucional a proibição de acesso de estrangeiros a cargos públicos em

⁷⁵ Apelação Cível nº 16.527 de 2004, da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Melhor ficaria dizer que a concessão da naturalização não tem eficácia *ex tunc*.

⁷⁶ Remessa *ex officio* em MS nº 2004.34.00.0225550-5.

⁷⁷ *American Journal of International Law*, 1976, p. 846.

geral: o caso se referia a cargos em vários órgãos governamentais, inclusive o serviço postal. Em caso anterior, a Suprema Corte decidira contra a validade de uma lei do Estado de Connecticut que vedava a inscrição de estrangeiros na Ordem dos Advogados.⁷⁸

Assim também uma Corte Federal de Nova York decidiu que a exigência de nacionalidade americana para o exercício das profissões de engenheiro e de fisioterapeuta contida nas leis nova-iorquinas é inconstitucional.⁷⁹

Entretanto, as leis nova-iorquinas que proíbem estrangeiros de servirem no departamento de polícia e na rede de escolas públicas daquele Estado foram consideradas constitucionais pela Suprema Corte, pois estas atividades integram a atividade governamental, que é exclusiva dos cidadãos.⁸⁰

Especificamente no caso dos professores de escolas públicas, entendeu a Suprema Corte em *Ambach v. Norwick*⁸¹ que, devido à sua influência no desenvolvimento dos estudantes e sua "obrigação de promover as virtudes cívicas", deve-se incluí-los na categoria dos que participam da "função governamental", sendo, pois, interesse legítimo do Estado que somente cidadãos exerçam a atividade docente nas escolas públicas.

A função policial, entendeu a Suprema Corte norte-americana, envolve poderes discricionários para prender, efetuar buscas e outras atividades que interferem com o direito à privacidade dos indivíduos, funções estas que devem ser restritas a cidadãos, que o Estado presume estarem mais familiarizados com as tradições americanas do que os estrangeiros.

Esta decisão foi confirmada em *Cabell v. Chavez Salido*,⁸² em que se discutiu a lei do estado da Califórnia, que exige a qualidade de nacional para as funções de "probation officer", que tem o poder de prender e de decidir sobre a instauração de medidas judiciais contra delinquentes juvenis. Estes funcionários, declarou a *Supreme Court*, "participam do poder soberano de exercer coerção sobre os indivíduos", daí a limitação deste encargo a cidadãos.

⁷⁸ In "re Griffiths", *American Journal of International Law*, 1974, p. 334, e *Revue*, 1974.307.

⁷⁹ "Kulkarni v. Nyquist", N.Y. District Court, 1977, *American Journal of International Law*, 1978, p. 923.

⁸⁰ *Foley v. Connelie*, *American Journal of International Law*, 1978, p. 923 e *Ambach v. Norwick*, *American Journal of International Law*, 1979, p. 683.

⁸¹ Sobre este e inúmeros outros casos referentes às diversas profissões, vide LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 1.544/1.553.

⁸² *American Journal of International Law*, 1982, p. 617.

Assimilação dos Estrangeiros

O legislador brasileiro tem envidado esforços para estimular a integração do alienígena no seio da sociedade brasileira.⁸³ Entendemos que enquanto se mantém um regime de disparidade política entre cidadãos natos e naturalizados, a assimilação se faz lenta e dificultosa.

A Constituição de 1891, em seu art. 41, § 3º, estabelecia para ser eleito presidente ou vice-presidente da República a condição de brasileiro nato.

O art. 3º do Decreto nº 58A, de 14 de dezembro de 1889, dispôs: “Os estrangeiros naturalizados por este decreto gozarão de todos os direitos civis e políticos dos cidadãos natos, podendo desempenhar todos os cargos públicos, exceto o de chefe de Estado”. Para ser eleito deputado federal, bastava ter a condição de cidadão brasileiro por mais de quatro anos, e para senador, por mais de seis anos.⁸⁴

Esta situação foi se alterando nas sucessivas cartas até que na Constituição de 1967 – como vimos acima – 24 cargos federais e estaduais eram vedados a brasileiros naturalizados, reduzidos na Constituição de 1988 para sete cargos federais. Já a Emenda Constitucional nº 23 adicionou mais um cargo entre os vedados aos naturalizados. Este acréscimo se deu porque anteriormente os cargos de ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica não poderiam ser preenchidos por brasileiros naturalizados, eis que provinham sempre da alta oficialidade das forças armadas, cujas carreiras são privativas de brasileiros natos, como dispõe o art. 12, § 3º, inciso VI, da Constituição. Com a substituição daqueles três Ministérios pelo novo Ministério da Defesa, que poderá ser ocupado por um civil, considerou-se necessário adicionar este cargo entre os privativos dos cidadãos natos.

Mesmo com a redução dos impedimentos aos cidadãos naturalizados promovida pela Constituição de 1988, ainda não é esta a melhor fórmula para incentivar a integração social. Nos Estados Unidos, o regime continua como originariamente fixado, há mais de 200 anos – só a Presidência da República (e naturalmente, também a vice-presidência) exige a condição de americano nato.

Em outro local escrevemos a respeito:

“A dinâmica da adaptação e da assimilação dos cidadãos nascidos alhures à mentalidade, à realidade da nova pátria depende, em considerável proporção, da receptividade da legislação em aceitá-los como parte efetiva e integral

⁸³ Dispunha o art. 39 do Decreto nº 36.193, de 1954, que aprovou o Regulamento do Instituto Nacional de Imigração e Colonização, que “a assimilação do imigrante deverá visar a sua integração no ambiente social brasileiro através, especialmente, do conhecimento da língua vernácula e da adaptação aos costumes e usos nacionais, sem prejuízo dos valores culturais de que seja portador e cuja aceitação não perturbe os fundamentos tradicionais da formação social brasileira”.

⁸⁴ Art. 26/2º.

da cidadania. Impedir o acesso de cidadãos naturalizados às atividades políticas resulta em frustrar a pátria da contribuição de elementos de valor que abraçaram com sinceridade a nacionalidade brasileira e que poderiam trazer destacada contribuição ao aprimoramento da coisa pública.

O homem moderno é um ser cosmopolita, universalista, mais inclinado a abraçar uma ideia política do que a se apegar com cega lealdade a esta ou àquela instituição. As lealdades e as eventuais traições ocorrem em função das realidades e situações vigentes no momento das respectivas decisões, com pouca ou quiçá nenhuma dependência das origens individuais.

Um Presidente americano foi assessorado em matéria de segurança nacional e política externa por um cidadão naturalizado que nascera na Alemanha e que chegara aos Estados Unidos como refugiado de guerra. Seguiu-se outro Presidente, que escolheu para o mesmo posto um cidadão naturalizado, originário da Polônia, país integrado ao grupo comunista europeu, naquela época em adversidade com os Estados Unidos. E não se ouviu, num ou noutro caso, qualquer preocupação relativa à lealdade e confiabilidade destes dois intelectuais que durante anos assessoraram a Casa Branca na condução de sua política externa, inclusive com os governos dos países nos quais eles haviam nascido.⁸⁵

Em considerável parte a nova Constituição se libertou dos temores das Cartas anteriores, mas poderia ter ido mais longe.

Questões Profissionais

Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça é ilustrativa da sucessão de leis relativas à validade de diplomas universitários obtidos no exterior. A pessoa interessada ingressara no curso de medicina no Instituto Superior de Ciências Médicas de Havana, Cuba, na vigência do Decreto n. 80.419/1977, que conferia ao formando a revalidação automática do diploma expedido por instituição de ensino no exterior. Mas o término do curso ocorreu na vigência do Decreto n. 3007/1999, que revogou o decreto anterior e determinou procedimentos legais para a revalidação do diploma. O Tribunal negou que a parte tivesse direitos adquiridos, uma vez que ao concluir o curso no exterior, já vigia a nova legislação.⁸⁶

⁸⁵ DOLINGER, Jacob. Os Brasileiros Naturalizados no Poder Público, in *A Nova Constituição e o Direito Internacional*, p. 95.

⁸⁶ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 936.974, julgado em 20.09.2007 e noticiado no Informativo do STJ nº 332, edição eletrônica, reproduzido no Boletim de Direito Internacional de Luís Roberto Barroso & Associados, setembro de 2007. Decisões idênticas do Tribunal no Recurso Especial nº 963.625, julgado em 25.09.2007, *DJ* de 30.10.2007, p. 279 e no Recurso Especial nº 998.876, por decisão monocrática em 27.01.08, *DJ* de 11.03.2008.

Ao estrangeiro que ingressa no Brasil com visto de turista, de trânsito ou temporário-estudante é vedado o exercício de atividades remuneradas.⁸⁷

A lei prevê a concessão de visto temporário para uma série de categorias profissionais, com prazos que variam de até noventa dias até o tempo correspondente à duração da missão, do contrato ou da prestação de serviço,⁸⁸ permitida, no caso de cientistas, professores, técnicos ou profissionais em geral, a inscrição temporária em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada.⁸⁹

Com fundamento neste dispositivo, o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia baixou resolução que regula o registro no órgão de classe de profissionais estrangeiros, com visto temporário.⁹⁰

O Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução n. 1.832 de 11 de janeiro de 2008 dispondo sobre as atividades no Brasil do estrangeiro e do brasileiro formados em medicina por faculdade estrangeira, revogando resoluções anteriores sobre a matéria.

Sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior temos a Lei n. 7.064 de 6 de dezembro de 1982, com a redação de seu art. 1º alterada pela lei n. 11.962 de 3 de julho de 2009. Esta legislação protege o trabalhador brasileiro que executa serviços no exterior.

Estatuto do Refugiado

O sofrimento inenarrável vivenciado por milhões de criaturas humanas que sobreviveram à grande catástrofe do século XX – a Segunda Guerra Mundial (que ceifou a vida de cinquenta milhões de pessoas) – levou as Nações Unidas a elaborar a Convenção que regula a situação jurídica dos refugiados, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 28 de julho de 1951, vigendo a partir de 21 de abril de 1954.

Segundo este diploma internacional, os refugiados terão nos países signatários tratamento pelo menos tão favorável quanto o concedido aos nacionais com relação à liberdade da prática de sua religião e educação religiosa de seus filhos.⁹¹ Excetuada as hipóteses em que a Convenção prevê tratamento mais favorável, os Estados contratantes se comprometem a conceder aos refugiados tratamento idêntico ao que dedicam aos estrangeiros em geral.⁹²

⁸⁷ Lei nº 6.815/80, art. 98.

⁸⁸ Arts. 13 e 14 do Estatuto do Estrangeiro (Leis ns. 6.815/1980 e 6.964/1981).

⁸⁹ Art. 99, parágrafo único.

⁹⁰ Resolução nº 286, de 18.11.1983, publicada no *DOU* de 24.11.1983, p. 19.842.

⁹¹ Art. 3º.

⁹² Art. 7º.

No que tange às regras do Direito Internacional Privado, o refugiado terá seu *status* regido pela lei do país de seu domicílio ou, em não tendo domicílio, pela lei do país de sua residência.⁹³

A Convenção se ocupa dos direitos artísticos, intelectuais e de propriedade industrial do refugiado, seu direito de acesso aos tribunais, de acesso ao mercado de trabalho, de se engajar na iniciativa privada e nas profissões liberais.

Dispositivos especiais foram incluídos sobre racionamento de produtos escassos, habitação, educação pública, legislação trabalhista e previdenciária.

A expulsão do refugiado só é admitida em hipótese de “segurança nacional ou ordem pública”, sendo-lhe facultado o direito de se defender e tempo suficiente para encontrar outro país que queira abrigá-lo, proibida terminantemente a expulsão ou a devolução para um país em que sua vida ou liberdade possam estar ameaçadas por causa de sua raça, religião, nacionalidade, vinculação a determinado grupo social ou opinião política.

Os países signatários devem facilitar a assimilação e a naturalização dos refugiados.⁹⁴

Com a passagem do tempo e em decorrência de outras convulsões políticas no cenário mundial, que causaram mais desastres e sofrimentos, criaram-se novas ondas de refugiados, levando à aprovação pela ONU do “Protocolo de 1967 sobre o Status de Refugiados”, a fim de eliminar a restrição que limitava a Convenção às situações ocorridas até 1º de janeiro de 1951.

Em 1985, foi aprovada a Convenção da Basileia relativa à cooperação internacional em matéria de ajuda administrativa aos refugiados.⁹⁵

O Brasil, que ratificara a Convenção sobre Refugiados pelo Decreto Legislativo nº 000011, de 7 de julho de 1960, promulgado pelo Decreto Executivo nº 050215, de 28 de janeiro de 1961, também ratificou o Protocolo de 1967, mediante o Decreto Legislativo nº 93, de 30 de novembro de 1971, promulgado pelo Decreto Executivo nº 70.946, de 7 de agosto de 1972. Em 22 de julho de 1997 foi aprovada a Lei nº 9.474, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, dispondo no art. 48 que os seus preceitos deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente contido em instrumento internacional de proteção aos direitos humanos com o qual o governo brasileiro esteja comprometido.

Quanto ao asilo diplomático, tem ele evoluído desde o século XV, praticado com mais frequência na América Latina, que regulamentou a instituição em

⁹³ Art. 12.

⁹⁴ Art. 34.

⁹⁵ *Revue*, 1989.396.

vários tratados e convenções, vigendo atualmente a Convenção Interamericana de Caracas de 1954, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 34, de 12 de agosto de 1964, promulgada pelo Decreto Executivo nº 55.929, de 14 de abril de 1965.

A Lei nº 6.815/1980, arts. 28 e 29, cuida das obrigações do asilado político no território nacional.

O Conselho da Europa adotou em 1981 uma Recomendação sobre Asilo, em que aconselha que todos os pedidos de asilo sejam tratados “objetiva e imparcialmente” e lembra o princípio que veda a devolução do pretendente a asilo ao país do qual fugiu.⁹⁶

O Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de 1951, em Bath, aprovou uma Resolução que expressa a esperança de que cada Estado continue, na medida do possível, a conceder asilo em seu território às pessoas que fogem de seu domicílio e que os Estados se facilitem mutuamente no cumprimento deste dever de humanidade através da conclusão de tratados.⁹⁷ A Constituição francesa foi alterada em 1993 para introduzir o art. 53-1, que autoriza as autoridades da República a conceder asilo a “todo estrangeiro perseguido em razão de sua ação em favor da liberdade ou que solicita a proteção da França por outro motivo.”⁹⁸

No Brasil, o Conselho Nacional de Imigração baixou a Resolução nº 28, de 9 de agosto de 1994, autorizando o Ministério da Justiça a conceder ao estrangeiro detentor do *status* de refugiado ou asilado a permanência definitiva no território nacional, desde que satisfeitas as regras seletivas contidas no art. 16, parágrafo único da Lei nº 6.815.⁹⁹

A Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH) tem julgado questões atinentes aos direitos dos refugiados. Entre os casos mais dramáticos destaca-se o da menina Tabitha, trazida do Congo para a Bélgica por um tio, à pedido da mãe da criança que foi considerada refugiada no Canadá e estava em meio ao processo de obtenção de residência permanente neste país. Negada pela Bélgica a entrada da criança, de cinco anos de idade, foi ela deportada de volta para o Congo. Um processo contra o governo belga a pedido de mãe e filha foi apresentado à CEDH que julgou ter a Bélgica infringido diversos dispositivos da Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.¹⁰⁰

⁹⁶ *International Legal Materials*, 1982/889.

⁹⁷ PLENDER, Richard. *International Migration Law*, p. 224. Nos Estados Unidos formou-se intensa polêmica sobre a política do governo de forçar o retorno de haitianos fugidos de seu país antes de alcançarem a costa norte-americana. Vide *International Legal Materials*, 1993/1.039.

⁹⁸ *Clunet*, 1994.271.

⁹⁹ *Diário Oficial da União*, de 23 de agosto de 1994.

¹⁰⁰ Vide comentário à decisão da Corte por Christel Cournil, em *Revue* 2008, pp. 35 e ss. Outra decisão da mesma corte enuncia na sua ementa: “Les États doivent garantir l’examen

Em 2005, a *Cambridge University Press* publicou "*The Rights of refugees under international law*", de James Hathaway, professor da Universidade de Michigan, volumosa obra que analisa exaustivamente a Convenção de Genebra e examina as múltiplas questões de direito internacional ligadas ao fenômeno do refugiado.¹⁰¹

Os Estados Unidos se defrontam com o delicado problema de milhões de estrangeiros em situação ilegal no país, que resultam em deportações para seus países de origem, processos judiciais em que um certo número de estrangeiros requerem permanência no país, com fundamento nos riscos que correm se retornarem às suas pátrias, a questão das crianças dos imigrantes ilegais nascidas nos Estados Unidos, que são americanas natas, de acordo com a 14ª Emenda à Constituição, e não podem ser deportadas ou expulsas.¹⁰²

SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO

Em matéria de remoção forçada da pessoa física do território de um país, cabe distinguir os diversos institutos existentes.

Extradicação é o processo pelo qual um Estado atende ao pedido de outro Estado, remetendo-lhe pessoa processada no país solicitante por crime punido na legislação de ambos os países, não se extraditando, via de regra, nacional do país solicitado. Este instituto é estudado no Direito Penal Internacional e no Direito Processual Internacional.

Expulsão é o processo pelo qual um país expelle de seu território estrangeiro residente, em razão de crime ali praticado ou de comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país donde foi expulso.

Deportação é o processo de devolução de estrangeiro que aqui chega ou permanece irregularmente, para o país de sua nacionalidade ou de sua procedência. Enquanto na expulsão, a remoção se dá por prática ocorrida após a chegada e a fixação do estrangeiro no território do país, a deportação se origina exclusivamente de sua entrada ou estada irregular no país.¹⁰³

circonstancié et individualisé des demandes d'asile fondées sur les allégations de mauvais traitement, ainsi qu'un recours suspensif en cas de rejet de cette demande, et peuvent organiser des 'vols groupés' pour renvoyé ultérieurement les étrangers concernés." *Chunet* 2008, p. 802.

¹⁰¹ Vide resenha em *Revue* 2007, p. 481.

¹⁰² A população de imigrantes ilegais nos Estados Unidos foi estimada pelo *Center for Immigration Studies* em torno de 11 milhões de pessoas (para o ano 2008). De acordo com estudos realizados pelo *Pew Hispanic Center*, em 2005, 56% dos imigrantes ilegais procediam do México, 22% de outros países latino-americanos, principalmente da América Central, 13% da Ásia, 6% da Europa e Canadá e 3% da África e do restante do mundo. Vide supra, nota 31.

¹⁰³ "A expulsão se dirige a estrangeiro legalmente residente. Já a deportação alcança o estrangeiro que não chegou a obter residência legal no país". Voto do Ministro Décio Miranda

O deportado poderá retornar ao Brasil, desde que atenda às exigências da lei.

Repatriamento corresponde à deportação. Assim, o Decreto nº 697, de 7 de maio de 1962, dispõe que “deverá ser repatriado o estrangeiro que, dentro do prazo de seis meses, contados da data de seu desembarque, apresentar sintomas ou manifestações de doenças especificadas no art. 4º destas Normas, a critério da autoridade sanitária.¹⁰⁴”

Banimento se aplica a cidadãos expelidos de sua pátria. O Código Criminal de 1830, art. 50, cominava para certos crimes a pena do banimento, com a consequência legal da privação dos direitos de cidadão brasileiro e inibição perpétua de volver ao território nacional. A Constituição de 1891, art. 72, § 20, proclamou que “fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial”. No entanto, em nossa acidentada vida política, tivemos várias experiências de nacionais banidos do território nacional em fases convulsionadas da vida política. A ditadura de Vargas e o regime militar instaurado pelo movimento de 1964 praticaram o banimento.

Caso histórico foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 14 de janeiro de 1903, em matéria de banimento, quando Olympio Lima e outros impetraram *habeas corpus* a favor de Gastão de Orleans, Conde d’Eu, sua mulher, D. Isabel de Orleans, Condessa d’Eu e seus filhos Pedro de Alcântara, Luiz de Orleans e Bragança e Antonio de Orleans e Bragança, do Duque de Saxe, viúvo de D. Leopoldina, e seus filhos Pedro de Saxe e Coburgo e Augusto Leopoldo, todos membros da família de D. Pedro II, ex-imperador do Brasil.

O pedido de *habeas corpus* dizia que os pacientes haviam sido banidos do território nacional pelo Decreto nº 78A, de 21 de dezembro de 1889, revogado pela Constituição Federal, que não só deixou de o aprovar expressamente, como também explicitamente o revogou, quando aboliu a pena de banimento judicial. “Entretanto dizem os impetrantes, os membros da dinastia destronada permanecem na Europa, desviados da comunhão brasileira e privados não só da liberdade física de entrar e demorar no Brasil quanto das liberdades civis que a Constituição garante a brasileiros e estrangeiros e dos direitos políticos dos brasileiros”.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, não conheceu da medida porque os impetrantes não haviam produzido qualquer prova de que os pacientes tenham tentado voltar ao Brasil, encontrando obstáculo material da parte do governo brasileiro. “Quando, porém, o constrangimento consiste, não em prisão, mas em fato impeditivo, qual o da hipótese que se traduz, em última

no HC 3.345, julgado pelo TFR.

¹⁰⁴ Anteriormente em vários diplomas legais brasileiros, como, por exemplo, no Decreto nº 24.258, de 16 de maio de 1934, art. 40, o legislador empregava o termo “repatriamento” como equivalente à expulsão.

análise, pela proibição de entrar no território do país, não basta a permanência dos pacientes no estrangeiro para caracterizar a perduração do constrangimento; cumpre determinar, também, o ato positivo do poder, pelo qual é mantida e continuada a primitiva coação”.

Destaque-se o voto vencido do Ministro Alberto Torres, que entendeu conhecer do *habeas corpus* e negá-lo com fundamento nas considerações que vão aqui transcritas:

“O que nessa petição é requerido envolve a revogação do Decreto nº 78A, de 20 de novembro de 1889, que banuiu do território do Brasil ao Sr. D. Pedro II e mais membros da dinastia que até 15 de novembro daquele ano reinara em virtude do art. 4º da Constituição Imperial.

Tal decreto foi ato do Governo Provisório, que, surgindo da revolução triunfante, enfeixava em suas mãos todos os poderes majestáticos; era uma consequência necessária e fatal da abolição do Império, medida complementar da proclamação da República e integrante das que então se tomaram a bem da nova ordem política; ato, assim, de caráter constitucional, por entender com a vida constitucional da nação, como outros praticados pelo referido Governo, na fase inicial do regime que a revolução estabeleceu.

Quando se lhe pudesse contestar esse caráter, e seria isso subversão de princípios e desconhecimento dos fatos, restava-lhe a qualidade de medida de ordem puramente política. A nova ordem de coisas a impôs a bem do regime instituído em lugar do antigo, como condição indeclinável da estabilidade e segurança dele, arredando-se do país, por esse meio, elementos próprios a produzir perigosas agitações e graves perturbações da paz interna e capazes de lançar a nação às contingências da guerra civil.

E afirmam irrefragavelmente essa qualidade a índole e essência do ato (diverso em si do banimento judicial), os fins, o momento, as circunstâncias dele, e os termos mesmos do decreto citado.

Ora, providências de tal natureza escapam à ação do Poder Judiciário, achando-se inteiramente fora de sua missão constitucional.

Nas medidas de governo, de administração, de polícia, entre as quais se incluem as que entendem com a segurança da ordem política e paz interna, como a de que se trata, ao Poder Executivo, para desempenho de sua função e pela responsabilidade que lhe cabe, sempre foi reconhecida uma esfera de ação sua própria, exclusiva e, em certo sentido, discricionária (salvo limite legal). E se delas conhecer fosse lícito ao Poder Judiciário para revogá-las (que, em última análise, é o que se pretende no caso vertente), essa imixão na esfera executiva seria a negação dos princípios da divisão dos poderes e da responsabilidade do Governo.

Essa doutrina inspira-se nos princípios orgânicos do regime adotado em nossa Constituição e reflete a jurisprudência americana, tendo sido preconizada pelo grande Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*, em que ficou

cia
to;
a e

leu
que

de
iro
ra

in-
n-
da
da
a
o,

1-
le
e
e
a
s

o
2

o
1

estabelecido que de medidas de natureza puramente política nunca podem os tribunais tomar conhecimento.

Ora, no caso que nos ocupa, trata-se, como fica demonstrado, de medida dessa natureza; e certo não é a este Tribunal que cabe declarar ter chegado o momento de ser ela abolida, por não ser mais necessária ou por qualquer outra razão; não lhe compete conhecer disso e revogar o banimento ou ter por caduco o decreto que o estabeleceu.

A apreciação do momento, da oportunidade, da conveniência de suprimir-se ou anular-se aquele ato não é a este Tribunal que incumbe”.

E ainda acrescentou o Ministro Alberto Torres em seu importante voto:

“Mas dizem os requerentes que o art. 72, § 20, da Constituição, revogou o banimento da dinastia deposta (e isto até agora a ninguém havia ocorrido!). Não é exato isso; nem o histórico, nem o espírito, nem os termos da tal disposição autorizam essa afirmativa.

Não podia ter sido, evidentemente, não foi propósito dos constituintes, votando o citado parágrafo suprimir aquela cautelosa providência do Decreto nº 78A. Dos Anais do Congresso Constituinte (vol. I, p. 81) vê-se que a comissão incumbida de dar parecer sobre o projeto de Constituição propôs completar-se o pensamento humanitário do art. 72, § 1º (supressão da pena de galés) ‘abolindo-se também (sic) a pena de banimento que não mais figura nos códigos modernos’.

Não aludiu ela aí, e tampouco na discussão, ao banimento determinado por aquele decreto. E ninguém, dentro ou fora do Congresso, manifestou tal pensamento. E que não foi com o intuito de revogar esse ato que fora apresentada a emenda da comissão, vê-se dos termos dela: ‘§ 21. Acrescente-se – e de banimento judicial’. (Anais cit., p. 130).

E estas palavras – banimento *judicial* – inteiramente excluem o ato anterior do Governo Provisório, de 20 de dezembro de 1890, ato não penal nem judiciário do Poder Público, mas de natureza inteiramente diversa, como acima demonstrado ficou.”¹⁰⁵

Vemos do voto do Ministro Alberto Torres algumas posições importantes, que vamos encontrar, com certa coerência, ao longo da jurisprudência pátria durante todo o século XX, que se iniciava quando daquele julgamento, até hoje, já em pleno século XXI: a) a influência da jurisprudência da Suprema Corte americana; b) a *political question* excluída da apreciação do Judiciário; c) a discricionariedade das medidas governamentais em matéria de saída compulsória do território nacional, que vamos reencontrar em vários casos mais modernos,

¹⁰⁵ *Habeas corpus* nº 1.974, *O Direito*, v. 91, pp. 414 e ss.

dentre os quais se destaca o do Padre Vitto Miracapillo, que reportamos mais adiante neste capítulo. Ainda de ser assinalado o recurso à interpretação histórica contida no voto do Ministro Alberto Torres, amparando-se nos anais do Congresso para se capacitar da *mens legis*.

Desterro é o confinamento dentro do território nacional. O ex-presidente Jânio Quadros foi desterrado pelo regime militar para o interior de Goiás por um período de algumas semanas.

Expulsão do Estrangeiro

Já vimos que a expulsão do estrangeiro nocivo está inserida no poder discricionário do Estado, representando uma manifestação da sua soberania, decorrência lógica de seu poder de admitir ou recusar a entrada do estrangeiro.

Este talvez seja o ponto principal que distingue o nacional do estrangeiro: enquanto aquele tem o direito inalienável de permanecer em seu solo pátrio (só os regimes de força ousam banir seus nacionais), o estrangeiro não tem esta garantia, pois o Estado, mesmo depois de tê-lo admitido em seu território em caráter permanente, guarda o direito de expulsá-lo se for considerado perigoso para a boa ordem e a tranquilidade pública.

Já dizia Grotius que todo Estado possui o direito soberano de expulsar os estrangeiros que desafiam sua ordem política e que se dedicam a atividades sediciosas.¹⁰⁶

A jurisprudência norte-americana adotou esta orientação, destacando-se o caso *Fong Yue Ting*, julgado em 1893 pela Suprema Corte norte-americana, em que Justice Gray declarou que o direito de expulsar estrangeiros, na guerra ou na paz, é um direito inerente e inalienável de qualquer nação soberana e independente, essencial para sua segurança, independência e paz.¹⁰⁷

Em caso julgado em 1952, a Suprema Corte americana declarou que o estrangeiro desfruta de ampla oportunidade econômica, pode invocar a proteção do *habeas corpus*, recorrer à proteção dos princípios firmados no “*Bill of Rights*”, e sua propriedade não pode ser retirada sem justa indenização. Mas permanecer no país “não é um direito mas uma questão de permissão e tolerância, e o governo tem o poder de fazer cessar sua hospitalidade, pois a faculdade de expulsar o estrangeiro é inerente à soberania do país. Enquanto

¹⁰⁶ Vide A. C. Evans, op. cit., p. 21. A Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem, em seu Protocolo nº 7, de 1984, assinado em Estrasburgo, dispõe que um estrangeiro pode ser expulso sem direito de defesa se a expulsão for necessária no interesse da ordem pública ou da segurança nacional. *Revue*, 1989.129.

¹⁰⁷ Vide Alcino Pinto Falcão, *Constituição Anotada*, v. II, 1957, p. 251.

permanece no país, a Constituição o protege, mas se permanece ou não, é decisão do governo.”¹⁰⁸

Recomendam os autores que estudam o instituto da expulsão que o Estado não abuse deste direito, devendo nortear-se pelo princípio da humanidade.

Em sua sessão de 2005 a *International Law Commission* da ONU debateu a extensão do direito de expulsão: trata-se de um direito genérico ou será limitado a hipóteses em que estejam em jogo a segurança nacional e a manutenção da ordem pública? A “expulsão coletiva” é permissível (e o que exatamente significa este termo)? Que espécie de processo deve ser concedido aos expulsandos e que medidas devem ser tomadas para proteger sua propriedade e investimentos, e até que ponto deve ser tomada em consideração a possibilidade de sofrimento a que possam ser submetidos no país para o qual serão expulsos? A Comissão não deu respostas a estas indagações, deixando para examiná-las em sessão futura.¹⁰⁹

Decreto de expulsão do território holandês de um estrangeiro que vivia no país desde os 12 anos de idade foi considerado válido pela Corte Europeia de Direitos do Homem, inadmitida a defesa de que teria havido violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, considerando a gravidade do delito praticado pelo imigrante.¹¹⁰

No Brasil, o primeiro autor de Direito Internacional Privado, Pimenta Bueno, resumiu a questão com clareza ao dizer que o estrangeiro não tem entrada no território por direito próprio, mas por concessão do governo e sob condição de não se tornar prejudicial ao bem do Estado. “Consequentemente, desde que falta a seus deveres, que infringe as leis, pode ser expulso, e o governo a que ele pertence não tem direito de opor-se.”¹¹¹

¹⁰⁸ *Enciclopédia Britânica*, v. I, verbete “Alien”: “But to remain in the country ‘is not his right, but is a matter of permission and tolerance’; the government has the power to terminate its ‘hospitality’”. Vide voto do Justice Felix Frankfurter no caso “*Galvan v. Press*”, 1954, citado por Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, p. 92/3, em que enfatiza o poder do Congresso norte-americano em matéria de expulsão de estrangeiros. A legislação norte-americana – 8 U.S. Code 1251 – previa a expulsão do estrangeiro qualificado como anarquista, daquele que advoga oposição a todo tipo de governo organizado, dos membros do partido comunista, dos que advogam o comunismo internacional, a ditadura mundial ou a ditadura nos Estados Unidos. Atualmente há uma nítida tendência para reconciliar o poder do governo americano de impedir a entrada e expulsar estrangeiros por motivos políticos com os princípios de liberdade de palavra e de associação. Vide Arthur C. Helton, “Reconciling the power to Bar or Expel Aliens on Political grounds with fairness and the freedoms of speech and association: an analysis of recent legislative proposals”, *Fordham International Law Journal*, 1988, pp. 467 e ss. Esta tendência vem consubstanciada em recente legislação – o *Immigration and Nationality Act* de 1990 – que excluiu as hipóteses ideológico-políticas da sanção de expulsão.

¹⁰⁹ *American Journal of International Law* 2006, p. 424-5.

¹¹⁰ *Clunet* 2007.722/3.

¹¹¹ BUENO, Pimenta. *Direito Internacional Privado*, p. 92.

João Barbalho,¹¹² Rodrigo Octávio¹¹³ e Bento de Faria¹¹⁴ admitiram o direito do Estado expulsar os estrangeiros indesejáveis, cuja presença constitua perigo ou seja suscetível de provocar inconveniências.

Clóvis Beviláqua fala no “direito de expulsão dos estrangeiros que se tornam perniciosos ao grupo social em que se encontram”. Os povos europeus, lembra Clóvis, até os mais liberais, reservam-se este direito “que se pode justificar como medida acauteladora dos interesses sociais e como ato de policiamento e inerente à soberania do Estado.”¹¹⁵

A liberdade do Estado estabelecer regras não apenas para a entrada e a estada de estrangeiros em seu território, mas também relativas à sua expulsão, foi estabelecida pela Convenção de Havana de 1928 sobre a Condição dos Estrangeiros, que dispõe em seu art. 6º o direito à expulsão: “Os Estados podem, por motivos de ordem ou de segurança pública, expulsar o estrangeiro domiciliado, residente, ou simplesmente de passagem por seu território...”. Já vimos que a Convenção que regula a situação jurídica dos refugiados, de 1951, admite a expulsão dos mesmos em hipóteses de “segurança nacional ou ordem pública”.

A Constituição republicana de 1891 garantia no art. 72 a “brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade,” nos termos enumerados nos 31 itens que se seguiam ao *caput* do artigo.¹¹⁶

Diante deste texto formaram-se três escolas de pensamento em matéria de expulsão. Uma defendia o poder do governo expulsar estrangeiros indesejáveis como manifestação da soberania nacional em defesa da segurança nacional. A segunda escola defendia a impossibilidade legal de se expulsar o estrangeiro sem lei específica que regulasse o instituto. E a terceira escola se colocava radicalmente contra a expulsão considerando inconstitucional eventual legislação ordinária sobre a matéria, pois que os estrangeiros residentes no Brasil desfrutavam da garantia de igualdade com os brasileiros expressamente colocada no art. 72 do texto constitucional.

Esta questão foi objeto de duras divergências ao longo de muitos anos no Supremo Tribunal Federal, repercutindo na doutrina pátria, sendo que a terceira corrente inspirou-se nas defesas apresentadas pelo advogado Ruy Barbosa e teve no Ministro Pedro Lessa seu mais entusiástico seguidor.

¹¹² BARBALHO, João. Op. cit., p. 300.

¹¹³ OCTÁVIO, Rodrigo. Op. cit., p. 141/2.

¹¹⁴ FARIA, Bento de. *Da Condição dos Estrangeiros e o Código de Direito Internacional Privado*, p. 17.

¹¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 164/5.

¹¹⁶ Como já vimos, a Constituição imperial de 1824 rezava, diversamente, em seu art. 179, “A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”.

Em muitas decisões de *habeas corpus* vingou esta tese liberal. Ruy Barbosa assim se expressava:

“Isto é o que está na Constituição. Pode ser inconveniente, pode ser incompatível com as exigências da segurança política, ou policial. Não o negaremos. Mas como na Constituição está, é emendarem-na pelos meios constitucionais. A tanto, porém, não vai nem o prestígio doutrinal de João Barbalho nem a autoridade judiciária do Supremo Tribunal Federal, criada não para derrogar a Constituição, mas para a manter”.¹¹⁷

Respondia Rodrigo Octávio:

“Não nos parece procedente, *data venia*, a observação do Sr. Ruy Barbosa de que, se se pudesse deduzir dos textos constitucionais a faculdade de deportar estrangeiros, a conclusão seria de que essa faculdade também existia em relação aos nacionais, pela uniformidade de condições em que a Constituição os coloca e em relação à liberdade civil. E parece-nos que o argumento não prevalece porque o princípio imanente da soberania que, em nosso conceito, subsiste em quanto não for expressamente revogado, não se refere ao direito de expulsar os maus elementos do território do Estado, mas de os expulsar quando esses maus elementos sejam indivíduos estrangeiros. E tanto mais procede esta observação quando é certo como registra João Monteiro, que a Constituição Federal no artigo 72 não se refere também ao direito de igualdade. Em todo o caso, o assunto é melindroso e digno certamente da maior ponderação.”¹¹⁸

Em 1926, a Emenda à Constituição introduziu o § 33 no art. 72, que autorizava o governo a expulsar estrangeiros do país, e suprimiu do § 10 do mesmo artigo (“Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair, com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte”) o trecho final – “quando e como lhe convier, independentemente de passaporte” – encerrando a divergência doutrinária e pacificando a Jurisprudência a favor da expulsão na conformidade da legislação específica.¹¹⁹

Natureza do Ato de Expulsão

Já vimos no início deste capítulo que a expulsão não é uma pena, mas constitui medida administrativa, exercida em proteção do Estado, como manifestação da sua soberania.

¹¹⁷ BARBOSA, Ruy. *Obras completas*, v. XXXIII, tomo II, “Trabalhos Jurídicos”, p. 12/13.

¹¹⁸ OCTÁVIO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 150.

¹¹⁹ Vide Jacob Dolinger, Das limitações ao poder de expulsar estrangeiros, em *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, p. 119 e ss.

Outrossim, o ato administrativo de expulsão não é um ato arbitrário. Trata-se de ato discricionário, segundo entendimento prevalecente na Doutrina e na Jurisprudência.

O Ministro José Carlos Moreira Alves em julgamento no Supremo Tribunal Federal assim distinguiu o ato arbitrário do ato discricionário:

“A distinção entre o ato arbitrário e ato discricionário está em que, no primeiro, há liberdade incondicionada, ao passo que no segundo a liberdade da autoridade administrativa é irrestrita quanto à oportunidade ou a conveniência da prática do ato, mas condicionada às hipóteses previstas na lei, o que implica dizer que, com relação a esta, o Poder Judiciário pode examinar a legalidade do ato, inclusive para verificar a existência de abuso ou de desvio de poder, sendo-lhe, porém, vedado apreciar se o ato é justo ou injusto, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno”¹²⁰.

Voz discordante e isolada, o Ministro Cunha Peixoto apresentou no mesmo julgamento teoria diversa sobre a natureza do ato de expulsão, assim se pronunciando:

“... a natureza do decreto de expulsão que, a meu ver, não é discricionário, como se sustenta. Trata-se, ao contrário, de ato administrativo vinculado... e, como consequência, o Poder Judiciário não só pode, como tem o dever de examinar sua legalidade em toda sua extensão. Demonstra-o o próprio parágrafo do artigo 69,¹²¹ ao declarar dever o expulsando ser posto em liberdade quando, estando preso, houver alguma medida judiciária relativa à expulsão”.

Competência para Expulsar

Reza o art. 66 da Lei nº 6.815/80 que “caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação”. Esta também era a norma contida no art. 75 do Decreto-lei nº 941/69, originando-se do Decreto-lei nº 479, de 8 de junho de 1938, em seu art. 8º: “O Presidente da República será o único juiz da conveniência da expulsão ou da sua revogação...”. Anteriormente, o Decreto-lei nº 392, de 27 de abril de 1938, só dispunha em seu art. 5º que “a expulsão bem como a sua revogação far-se-ão por decreto e serão processados no Ministério da Justiça e Negócios Interiores.”

¹²⁰ *Habeas Corpus* nº 58.409 impetrado junto à Suprema Corte pelo Padre Vito Miracapillo; ver adiante seção dedicada a este julgamento.

¹²¹ O voto refere-se ao art. 69 da Lei nº 6.815/80, que assim dispõe: “Em caso de medida interposta junto ao Poder Judiciário que suspenda, provisoriamente, a efetivação do ato compulsório, o prazo de prisão de que trata a parte final do caput deste artigo ficará interrompido, até a decisão definitiva do Tribunal a que estiver submetido o feito”.

Em julgamento de *habeas corpus* realizado em 1996, o Supremo, em sua composição plena, assim decidiu sobre matéria de competência:

“A expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida ou, se assim entender, de sua revogação (art. 66 da Lei nº 6.815, de 19.08.1980).

Ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial.

Não padece de ilegalidade o decreto expulsório precedido de instauração do competente inquérito administrativo, conferindo ao expulsando a oportunidade de exercer o direito de defesa.”¹²²

A competência para decretar a expulsão de estrangeiros foi objeto de alteração produzida pelo Decreto nº 3.447, de 8 de maio de 2000, assinado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, que delegou competência ao Ministro da Justiça para decidir sobre a expulsão e sua revogação. A partir das expulsões decretadas pelo Ministro da Justiça, os *habeas corpus* – até então dirigidos ao STF – têm sido impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça.

A Constituição de 1988 estabeleceu no art. 109, X a competência dos juízes federais para processar e julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro – casos de deportação – e, como é da competência do Ministro da Justiça ordenar a prisão do deportando, esta medida também pode suscitar *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, c).

Defesa do Expulsando

A lei atual versa a expulsão nos arts. 65 a 75 e o Regulamento¹²³ dela se ocupa nos arts. 100 a 109, tratando do inquérito, prisão administrativa, medida judicial suspensiva do ato expulsório, direito de defesa, pedido de reconsideração do ato, liberdade vigiada e demais normas processuais.

A mais comum defesa em casos de expulsão tem sido a existência de família brasileira constituída pelo expulsando.

O Decreto-lei nº 941/69 dispunha em seu art. 74 que o estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro do qual não estivesse desquitado ou separado, ou que tivesse filho brasileiro dependente da economia paterna, não poderia ser expulso.

¹²² *Habeas Corpus* nº 73.940, *Revista dos Tribunais*, v. 738, p. 550.

¹²³ Decreto nº 86.715, de 10.12.1981.

O Decreto-lei nº 392, de 27 de abril de 1938, nada dispunha a respeito, mas o Decreto-lei nº 479, de 8 de junho de 1938, que revogou o diploma anterior, determinava em seu art. 3º que não seria expulso o estrangeiro que: a) tivesse mais de 25 anos de residência legítima no país; e b) tivesse filhos brasileiros vivos, oriundos de núpcias legítimas.

A matéria foi introduzida na Constituição de 1946 em seu art. 143:

“O governo federal poderá expulsar do território nacional o estrangeiro nocivo à ordem pública, salvo se o seu cônjuge for brasileiro e se tiver filho brasileiro dependente da economia paterna”.

A Constituição de 1967 e sua Emenda de 1969 não trataram da matéria. Escreve Pontes de Miranda:

“A Constituição de 1967 não alude à expulsão. Assim, a regra jurídica que se continha no artigo 143 da Constituição de 1946 apenas persiste como regra jurídica ordinária.”¹²⁴

Em parecer aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, dentre outras, lançou-se candente crítica ao legislador de 1980 por não ter mantido a ressalva da família brasileira na Lei nº 6.815, afirmando-se que isto violava o art. 175 da Constituição então vigente.

Este dispositivo constitucional proclamava a proteção da família pelos Poderes Públicos. Como a faculdade concedida pelo legislador aos poderes públicos de expulsar estrangeiro nocivo ao país que tenha cônjuge ou filho brasileiro viola o princípio da proteção à família, é algo que escapa à nossa compreensão.

Observe-se que a mesma Constituição proclamava a competência da União para legislar sobre “emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiro”¹²⁵, sem qualquer restrição.

Na França a expulsão não é afetada pela existência de cônjuge e/ou filho franceses de expulsando¹²⁶. O mesmo ocorre nos Estados Unidos, em que

¹²⁴ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., tomo IV, p. 655. Neste sentido o pronunciamento do Ministro Décio Miranda, no Tribunal Federal de Recursos, ao julgar o HC nº 3.345 impetrado por Ronald Biggs: “Ocorre, porém, que não é possível a expulsão, ontem segundo a própria Constituição, hoje consoante a lei ordinária, do estrangeiro que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna. A regra legal subsiste apesar de não reproduzida na Constituição. Não é incompatível com esta.”

¹²⁵ Art. 8º, nº XVII, letra p.

¹²⁶ Lê-se no *Repertoire de Droit International-Dalloz*, 1º vol., p. 804 (1968): “A fortiori des considerations d’ordre privé, telles que nationalité française du conjointe ou des enfants, ne

a existência de cônjuge, filho ou pai americanos só susta a deportação por entrada ilegal no país, mas não socorre em hipótese de expulsão por outros motivos.¹²⁷

Todavia, atendendo a várias críticas dirigidas ao legislador brasileiro, este voltou atrás e, pela Lei nº 6.964, de 9.12.81, introduziu várias alterações na Lei nº 6.815/80, entre as quais a reformulação do art. 74, agora art. 75, que assim dispõe:

“Não se procederá à expulsão:

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 cinco anos; ou
- 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 a motivar.

Há rica jurisprudência das cortes superiores em matéria de expulsão de estrangeiro com filho nascido no Brasil ante a frequência de casos de expulsão de estrangeiros que cometem crimes em território brasileiro e tentam evitar a expulsão com fundamento em criança nascida no nosso país. Uma posição é a de que, caracterizada a separação de fato do casal ou a circunstância de não se achar o filho sob a guarda nem a dependência econômica de seu pai, não se configura motivo impeditivo à expulsão.¹²⁸

O reconhecimento de filho brasileiro manifestado após o decreto de expulsão, não foi aceito pelo S.T.F. como obstáculo à expulsão.¹²⁹

Inúmeras decisões negaram *habeas corpus* de expulsandos, porque não comprovaram que se tornaram genitores de crianças brasileiras antes da perpetração do crime, ou porque não comprovaram que a criança dependia economicamente do expulsando.¹³⁰

peuvent être invoquées pour tenir légalement en échec le pouvoir du Gouvernement d'assurer l'ordre et la sécurité publique.”

¹²⁷ GORDON e GORDON. Op. cit., p. 4/42.

¹²⁸ *Habeas Corpus* nº 69.488, RTJ 143/219, 220.

¹²⁹ Acórdão no *Habeas Corpus* nº 68.324, RTJ 138/785, decidiu que “o reconhecimento de filho brasileiro após o decreto de expulsão não impede que este se efetive. Sobretudo quando há sérias dúvidas sobre a motivação do reconhecimento e sobre a relação de dependência econômica”.

¹³⁰ *Habeas Corpus* nº 79.575, RTJ 172/947, *Habeas Corpus* nº 79.574, RTJ 173/582, *Habeas Corpus* nº 79.749, RTJ 173/221 e *Habeas Corpus* nº 79.746, RTJ 175/707, julgados em 1999 e 2000.

Esta jurisprudência foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça. Em *habeas corpus* preventivo contra o Ministro da Justiça para sustar inquérito visando expulsão, decidiu a corte que “a abertura e o prosseguimento do inquérito para expulsão de estrangeiro condenado, com sentença trântita em julgado, não ficam obstaculizados pelo nascimento de filho brasileiro em data posterior ao fato delituoso”.¹³¹

Mas esta orientação foi recentemente alterada por essa alta corte federal. A nova jurisprudência do STJ impede a expulsão mesmo se a criança nasceu após o ato delituoso, mesmo após a condenação penal e até mesmo após a decretação da expulsão. Outra novidade da nova jurisprudência é de que a dependência socioafetiva se equipara à dependência econômica. São vários os acordãos neste sentido.

Sobre este tema publiquei uma crítica¹³² que aqui vai reproduzida.

“Nova e vibrante doutrina brasileira, composta de ilustres constitucionalistas e civilistas, seguindo uma tendência que aparentemente surgiu na Itália, passou nos últimos anos a construir uma filosofia jurídica que apresentam como grande novidade, erigida sobre o que denominam a dignidade da pessoa humana.

Esta teoria levou o Superior Tribunal de Justiça a negar expulsão de estrangeiros com fundamento em argumentos que vão contra a lei e o bom-senso.

Como vimos, a lei protege a família do estrangeiro expulsando nas hipóteses em que tem 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 cinco anos, ou que tenha filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. É o que preceitua o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, art. 75, conforme as alterações introduzidas pela Lei 6.964/81. Mas o § 1º – muito apropriadamente – acrescenta que não constitui impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que a motivar.

Em vários *habeas corpus* (entre outros, os de números 31449,¹³³ 38946 e 43604¹³⁴) o STJ entendeu conceder a permanência do estrangeiro, criminoso em hipóteses enquadradas no § 1º do art. 75. Destes julgamentos extraio algumas colocações da Corte:

¹³¹ *Habeas Corpus* nº 144, RSTJ 9/121. No *Habeas Corpus* nº 16.819, o STJ decidiu que “não vinga a alegação de nascimento de filho, gerado em brasileira, pois isso teria ocorrido posteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória ensejadora da expulsão do impetrante por tráfico internacional de drogas, acórdão de 24 de outubro de 2001.

¹³² “Provincianismo no direito internacional privado brasileiro. Dignidade humana e soberania nacional: inversão dos princípios”, *Revista dos Tribunais*, v. 880, p. 33-60, especificamente à p. 55-59, reproduzido em Jacob Dolinger, *Direito e Amor*, p. 205 e ss.

¹³³ HC nº 31.449, j. 12.05.2004, DJ 31.05.2004, p. 169.

¹³⁴ HC nº 43.604, j. 10.08.2005, DJ 29.08.2005, p. 139.

No HC 38946, julgado em maio de 2005, foi concedida a ordem em hipótese de filho havido posteriormente ao ato delituoso e mesmo ao decreto de expulsão, em que a Corte invoca o HC 31449, no qual foi inaugurada “uma interpretação mais ampliativa ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente)”, concluindo pela proibição do afastamento de pai estrangeiro não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas, sobretudo, ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral.

Entendeu o Tribunal que: ‘a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais’.

A ementa do acórdão do HC 43604, espelha com precisão a nova filosofia do Superior Tribunal de Justiça nesta matéria, que assim está redigida:

‘1 – O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República.

2 – Deveras, entrevedo a importância dos laços socioafetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.

3 – Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade socioafetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva.

4 – Deveras, é assente na Corte que ‘A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas *um outro de maior relevo*, qual seja, o de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos pelo filho.’ (Note-se a contradição entre os pontos 3 e 4 da ementa. No primeiro sobrepõe-se o fator socioafetivo sobre o econômico, enquanto no n. 4 o aspecto econômico é considerado de *maior relevo*).

Esta jurisprudência vem sendo reiteradamente confirmada pelo STJ. No dia 27.02.2008 foram julgados os HC 90760 e 88882 –, em que a tese exposta no HC 31449 foi confirmada. Em um destes julgamentos a tese foi repetida da seguinte forma:

‘A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da impossibilidade da expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro dele dependente. O fundamento para a permanência do estrangeiro no território brasileiro é a necessidade de proteção dos interesses do menor, sejam econômicos ou afetivos, entendendo-se que a disposição constante do art. 75, II, *b*, da Lei 6.815/80 (...) deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente especialmente com a Constituição Federal de 88, a Lei 8.060/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), bem como as convenções internacionais recepcionadas por

nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral que as insere como prioridade absoluta, garantindo entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais. (...) Assim, busca-se resguardar, além da subsistência da criança brasileira, a sua convivência com a família.¹³⁵

Um pequeno consolo: enquanto que no HC 88.882 a ordem foi concedida, no HC 90.760 ela foi, a final, denegada, por uma questão de prova, assim explicada:

‘Na hipótese em análise, contudo, não está evidenciado que a criança, de fato, reside com sua família no Brasil ou que depende do seu pai, do que se depreende que a Corte queria, pelo menos, comprovação do convívio entre pai e filho ou da dependência econômica daquele’.

O STJ invoca a Constituição de 1988, sem especificar a que se refere. Mas em determinados trechos dos acórdãos dos *habeas corpus* fica evidente que a referência é ao princípio da dignidade humana, inserida no art. 1º como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Também não especifica a que convenções internacionais está se referindo.”

A nova geração de constitucionalistas e civilistas brasileiros abraçou o princípio da dignidade humana como grande novidade da Carta de 88, e entre os internacionalistas há quem afirme que, no plano internacional, o princípio nasceu no pós-Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A valoração da dignidade do ser humano não é novidade, não é resultado do pós-positivismo, nem da modernidade. Encontramo-la em várias passagens bíblicas: no Gênesis vem consignada a criação do homem à imagem do Divino, símbolo do respeito devido a todo ser humano; o Decálogo estabelece o respeito pela vida alheia, a propriedade alheia, a família alheia e a honra alheia (Êxodo); no Levítico vamos encontrar o grande princípio do “amarás teu semelhante como a ti mesmo”, que em todas as religiões fundamenta a sublimação da relação entre os seres humanos, e em Isaías lemos “aprendei a fazer o bem, procurai o que é justo, socorrei o oprimido, fazei justiça ao órfão, defendei a viúva”, determinando o zelo devido por todos nós para com os seres humanos mais sofridos.

René Cassin, Prêmio Nobel da Paz, principal autor da Declaração Universal dos Direitos do Homem, diz que ‘o Decálogo é o ponto de partida e o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, nosso temporário ponto de chegada’.¹³⁶

Thomas Paine em seus *Rights of Man*, Thomas Hobbes, em seu *Leviathan*, John Stuart Mill em seu *On liberty*, John Locke em seu *On tolerance*, J. J.

¹³⁵ HC nº 90.760, 1ª Seção, j. 27.02.2008, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 17.03.2008, p. 1. No mesmo sentido o HC 88.882, julgado e publicado no mesmo dia.

¹³⁶ *From the commandments to the rights of man, Jubilee vol. Cohn*, 1971, p. 22.

Rousseau em seu *A origem da desigualdade dos homens*, Montesquieu em seu *Espírito das leis*, todos tratam do princípio da dignidade do ser humano.

Nada de novo sob o céu, já dizia o Rei Salomão.

Assusta-me a recusa de expulsar estrangeiro condenado por crime praticado no Brasil, por mais grave que tenha sido, inclusive por tráfico de drogas, com fundamento em criança que aqui gerou depois do crime e mesmo depois de decretada sua expulsão, invocando a ligação socioafetiva entre pai criminoso e filho, com apoio na moderna versão da *dignidade da pessoa humana*.

Convenhamos que este tratamento da questão mui provavelmente levará criminosos com expulsão decretada a encontrar uma jovem ingênua, ou quiçá não tão ingênua assim, e com ela gerar uma criança, para ficar aqui e continuar com seu tráfico de drogas, com sua criminalidade.

No caso da jovem ingênua, quem proteja sua dignidade para que criminosos estrangeiros não se aproximem dela?

E quem protegerá a dignidade das crianças a serem geradas como consequência desta ingênua jurisprudência?

Como acreditar que o criminoso, que gera uma criança para evitar expulsão do país, terá com ela qualquer tipo de relação socioafetiva?

Quem confia que ele sequer ajudará para o sustento desta criança?

Com todo respeito pelo Superior Tribunal de Justiça, trata-se de uma perversão da nossa fé na dignidade da pessoa humana. Data máxima vênia, trata-se de uma visão distorcida dos objetivos da legislação que protege a criança e o adolescente.

Esta uma visão estreita que, no desiderato de ajudar uma criança – ajuda esta muitíssimo duvidosa – abre as comportas para o nascimento de inúmeras crianças a serem geradas pelos criminosos com expulsão decretada, que continuarão na sua criminalidade e deixarão mãe e filho ao desamparo.

Estes criminosos devem ser devolvidos à terra em que nasceram e foram criados, ao ambiente que os gerou e lá que cuidem dele e de suas aventuras sexuais. Seguramente serão tratados com severidade e sem concessões românticas.

Assim, um aspecto da nossa legislação de elevado significado humanitário – a proteção da família do estrangeiro em determinadas hipóteses e o cuidado com a defesa do expulsando – foi elevado ao paroxismo da ‘pós-moderna, pós-positiva proteção da dignidade da pessoa humana’, para proteger situações manifestamente contrárias ao espírito e à letra do texto legal, em níveis que ofendem os mais legítimos interesses nacionais.

Com as devidas vênicas ao Egrégio Tribunal, esta me parece uma visão provinciana do direito que rege as relações transnacionais, em que acabamos protegendo os maus filhos de outras terras, à custa de nossa segurança, de nossa tranquilidade, de nossa ordem pública, de nossa soberania nacional que se expressa no direito de recusar admissão em nosso território de estrangeiros indesejáveis e na faculdade de expulsar aqueles que são nocivos.

Uma falsa visão da dignidade humana nos tem levado a manter no Brasil criminosos estrangeiros, prejudiciais a nosso país e à sua segurança, onde a soberania nacional deveria ser invocada para impedir sua permanência em nosso território e agilizar sua expulsão.”

Depois de publicado o texto aqui reproduzido, mais um acórdão do S.T.J. no mesmo sentido, do qual extraímos o trecho seguinte::

“1. A regra do artigo 75, II, b, da Lei 6.815/80 deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente os princípios da CF/88, da Lei 8.069/90 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. 2. A proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais.”¹³⁷

O Supremo Tribunal Federal seguia outra orientação, mantendo-se fiel aos requisitos do art. 75 da Lei 6.815/1980, quando à necessidade da antecedência do nascimento da criança para impedir a expulsão, conforme vários julgamentos entre os quais o HC 80.493 (DJ 27.06.2003), HC 82.893 (DJ 08.04.2005) e HC 94.896 (DJ. 05.12.2008), este com fundamento diferente, mas conduzindo logicamente ao mesmo resultado.¹³⁸

Mas, eis que a Suprema Corte admitiu repercussão geral em recurso extraordinário interposto contra a decisão do STJ que não admitiu expulsar criminoso com filho concebido após o fato motivador do ato expulsório.

¹³⁷ *Habeas corpus* nº 102.459, de 25 de junho de 2008, publicado no *DJ* de 29.09.2008.

¹³⁸ Vejam-se as ementas destes acórdãos, na ordem referida no texto:

1. “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.”
2. “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 *e* e par. 1º da Lei n. 6.815/90.”
3. “Expulsão. Estrangeiro. Existência de filha brasileira. Descendente que nunca viveu sob a guarda e dependência econômica do pai. Não ocorrência de causa impeditiva do ato. H. C. denegado”.

É lógico que se filho havido antes da condenação não impede a expulsão se não está sob a guarda e dependência econômica do pai, que, com mais razão, o filho ou filha havido após a condenação, que jamais dependeu do genitor criminoso, não servirá de impedimento à expulsão.

Defesa do Deportando

A defesa cabível para o expulsando se aplica ao deportando, cuja situação é sempre menos grave do que a daquele.¹³⁹

Casos Clássicos da Jurisprudência Brasileira

A saída compulsória do estrangeiro do território nacional é um tema frequentemente considerado pelos tribunais superiores – durante longo tempo pela Suprema Corte, ante a competência do Presidente da República para decretar a expulsão de estrangeiros – e a partir da delegação da competência *expulsandi* ao Ministro da Justiça, o tema passou a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em estudo inserido na polianteia em homenagem ao Professor Haroldo Valladão analisamos a evolução da legislação brasileira sobre expulsão do estrangeiro no período republicano (do Decreto nº 1.609, de 1893, até a legislação de 1980/1) e, paralelamente, fizemos um levantamento da doutrina e da jurisprudência da Suprema Corte sobre este tema.¹⁴⁰

Primeiramente, há que lembrar que nos anos 10 e 20 do século XX havia uma tendência de processar trabalhadores estrangeiros e promover sua expulsão do país quando eles se envolviam em atividades políticas, que o governo tachava de anarquismo. A mesma orientação era seguida naquela época pelo governo dos Estados Unidos. O Supremo Tribunal Federal brasileiro dava, frequentemente, procedência a pedidos de *habeas corpus* impetrados em favor dos expulsandos. Assim, por exemplo, no *Habeas Corpus* nº 6.082¹⁴¹ foi concedida a ordem, por maioria de votos, tendo os Ministros baseado seus votos coincidentes em motivos diversos. O Ministro Edmundo Lins, Relator, acompanhado pelo Ministro Pedro Mibielli, votou no sentido de conceder a ordem, por se tratar de estrangeiros residentes no Brasil há muitos anos e que “não encontrara nos autos prova de que fossem os pacientes anarquistas.”

O Ministro Sebastião de Lacerda votou no sentido de que “a polícia de Santos, aliás useira e veseira na prática de atos semelhantes, fez prender os pacientes por denúncia e, servindo os interesses de poderosa empresa local, fê-los assinarem declarações, sabe Deus como colhidas, inquiriu testemunhas, sem a presença dos pacientes para contestá-las, em suma, contra eles agiu inquisitorialmente, sem admitir que se defendessem. O inquérito, feito nessas condições, não lhe merecia a menor confiança. Constituíam um abuso da

¹³⁹ *Habeas Corpus* nº 5.312, julgado pelo Tribunal Federal de Recursos, em 1982. Veja o caso de Ronald Arthur Biggs, comentado mais adiante, que versa hipótese de deportação.

¹⁴⁰ DOLINGER, Jacob. Op. cit. na nota 119, p. 119 a 146.

¹⁴¹ *Revista do Supremo Tribunal*, v. XXIV (julho de 1920), p. 211.

autoridade policial de Santos, já conhecida por suas arbitrariedades contra os trabalhadores”.

Em sentido oposto votou o Ministro Viveiros de Castro, repetindo sua opinião nestes casos, negando a ordem,

“porquanto não reconhece ao estrangeiro, embora residente, o direito de fazer o anarquismo. Os indivíduos nessas condições, são elementos altamente perniciosos que o Estado, no exercício do direito de soberania, deve expulsar, num movimento muito lícito e muito louvável de repulsa, de legítima defesa, como lhe é lícito fazer ao inimigo, certo como é que o anarquista é um inimigo em luta aberta e constante contra a ordem e as instituições, contra a vida do país.”¹⁴²

Em 1987, o Tribunal Federal de Recursos julgou um processo de cancelamento de naturalização que visava, afinal, a expulsão de trabalhador que atuara politicamente em prol das ideias comunistas. Lê-se no acórdão que recusou a pretensão da União Federal:

“... apurações policiais que se referem apenas a atividades de comunista, de agitador dos meios trabalhistas, de participante de comícios sobre os direitos dos trabalhadores, enfim, de atividades que são atualmente permitidas e admitidas como lícitas, chegando mesmo a ornar currículos de vida de ilustres representantes do povo nas duas casas do Congresso Nacional e em postos da vida pública. Enfim, as atividades que o apelante exercia, naqueles tempos consideradas nocivas ao interesse nacional, hoje são até estimuladas, muitas vezes, seja no sentido de educar as massas sobre os seus direitos, seja no de demonstrar a existência de clima de liberdade de manifestação que interessa à nação.”¹⁴³

Caso Zysla Bialek – Este caso ilustra a exemplar conduta de nosso Judiciário para com estrangeiros, examinando e julgando criteriosamente os casos que lhe são submetidos. Em 1948, o Supremo Tribunal Federal julgou o *habeas corpus* intentado a favor de Zysla Bialek, polonesa, residente em São Paulo, presa por envolvimento com o movimento comunista.¹⁴⁴ O Ministro Edgar Costa, assim relatou a espécie:

“O advogado João Bernardes da Silva impetra ordem de *habeas corpus* em favor de Zysla Bialek, polonesa, residente em São Paulo, e presa na Casa de Detenção dessa cidade, alegando, em resumo, o seguinte: A paciente veio

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Apelação Cível nº 56.273.

¹⁴⁴ *Habeas corpus* nº 30.400, sendo autoridade coatora o Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores, *Revista de Direito Administrativo*, v. 21, p. 178.

S
1 para o Brasil com 6 anos apenas e nunca mais voltou ao seu país de origem, estando, assim, completamente assimilada nos nossos costumes e civilização. Diplomada em datilografia e estenografia, profissão com que se mantinha e auxiliava a sua família, exerceu o cargo de datilógrafa e estenógrafa em São Paulo, como funcionária remunerada. Porque tivesse comparecido a uma sessão cinematográfica que deveria realizar-se num cinema daquela cidade, organizada por elementos comunistas, foi há mais de dois meses presa por investigadores da Ordem Política e Social, e depois de ter estado incomunicável por vários dias nesse Departamento, foi removida para a Casa da Detenção, onde se encontra na mais deplorável situação. Impetrada uma ordem de *habeas corpus* ao Juiz da Vara Criminal de São Paulo, o pedido não foi conhecido por ter sido aquele Juízo informado que a paciente estava presa por ordem e à disposição do Sr. Ministro da Justiça, donde a competência deste Tribunal para conhecer do que ora lhe é impetrado. Acrescenta o impetrante que, segundo se depreende daquelas informações, a prisão da paciente teria sido ordenada para fim de sua expulsão do território nacional, e nos termos do art. 319, nº 3, do Código de Processo Penal, combinado com o art. 10 do Decreto-lei nº 392, de 27.6.1938 e art. 5º do Decreto-lei nº 479, de 8.6.38, segundo os quais - enquanto não se consumar a expulsão, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá ordenar ou manter a detenção do expulsando ou, quando for o caso, mandar que continue preso”.

O Ministro Relator prossegue narrando a impetração, e, ainda reproduzindo os termos do pedido, lê:

“Nada há, pois, que justifique e legalize a prisão de estrangeiros antes mesmo do conhecimento do processo de expulsão por parte do Ministério competente. A Constituição de 1946 refere-se no art. 143 aos casos em que o estrangeiro não poderá ser expulso e autoriza expulsão de outros, atribui ao Governo Federal poderes dentre os quais não se menciona o de prender...”.

O Ministro da Justiça, respondendo à solicitação de informações, enviou ofício ao Tribunal, assim esclarecendo: “1) que, em 8 de maio último, este Ministério autorizou a manutenção da prisão de Zysla Bialeck, para efeito de expulsão do território nacional, por exercer atividades políticas contrárias aos interesses nacionais, na forma do Decreto-lei nº 383, de 18 de abril de 1938; 2) que, contra a mesma já havia sido instaurado o competente inquérito, cujos autos foram remetidos pela Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo a este Ministério em 16 de junho de 1948; 3) que o processo se encontra em fase final de estudos, neste Ministério, aguardando providências de caráter administrativo, qual seja, a tradução de vários documentos escritos em idioma hebraico, apreendidos pela polícia paulista, na residência dessa alienígena”.

A decisão da Suprema Corte, por voto de desempate do Presidente Ministro José Linhares, foi no sentido de conceder a medida de *habeas corpus*, a fim de ser posta a paciente em liberdade vigiada, sem prejuízo da expulsão, contra

cinco votos que denegavam a medida. A Corte entendeu, por unanimidade, que cabia ao Poder Executivo, com exclusividade, decidir sobre a expulsão, mas que o Poder Judiciário tem poder para examinar a legalidade da prisão, legalidade esta que dividiu o Tribunal meio a meio, daí o desempate do Presidente, que concedeu a ordem contra seu próprio ponto de vista, fazendo-o na conformidade da tradição do Direito brasileiro de que em matéria penal o voto de desempate seja favorável ao réu.

A orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à competência exclusiva do Poder Executivo de decidir sobre expulsão ficou bem caracterizada no voto do Relator, que assinalou a incompetência do Judiciário para apreciar o mérito da expulsão, passando o Ministro Edgar Costa a cuidar da competência do Judiciário para decidir sobre a soltura de um expulsando preso à disposição do governo. E assim votou:

“Se, entretanto, discricionária é a faculdade de expulsar estrangeiro, daí não se segue que o ato do Executivo esteja imune, de todo, da ação fiscalizadora do Poder Judiciário, e este Tribunal, repetidas vezes invocado a se manifestar, o tem feito para amparar direitos conculcados ou fazer cessar a ilegalidade do constrangimento alegado, sem porém se arvorar ‘em revisor do ato do Executivo no tocante à oportunidade e à conveniência da medida’; assim, por exemplo, quando o expulsando se inclui na exceção constitucional, de ser casado com brasileira e ter filho brasileiro, ou no caso de excesso injustificado de prisão preventiva. Da *ilegalidade*, e não da *injustiça*, da expulsão pode e tem conhecido o Judiciário”.

Em seguida tratou o Relator do insurgimento do impetrante contra a prisão da paciente, reputando-a inconstitucional. Concluiu o Ministro Edgar Costa fundamentando o deferimento do *habeas corpus*, dizendo que:

“tem entendido, porém, o Tribunal que essa prisão preventiva não pode ser mantida por tempo indeterminado, autorizando, quando excessiva, por demora da conclusão do respectivo inquérito, a concessão do *habeas corpus*, sem prejuízo do processo de expulsão. E sendo este um processo de natureza administrativa, a prisão excedente a 90 dias, sem a conclusão do processo com o consequente decreto de expulsão, deve ser considerada constrangimento ilegal, *ad instar* do que dispõe a lei sobre a prisão administrativa. Das informações prestadas pelo Sr. Ministro da Justiça se mostra que anteriormente a 8 de maio já se encontrava presa a paciente, pois foi nessa data que aquele Ministério autorizou a manutenção de sua prisão. Está ela, portanto, presa há mais de 90 dias e, segundo ainda informa o Sr. Ministro da Justiça, o processo de expulsão se encontra ainda em estudos, dependendo de diligências de caráter administrativo, isto é, não está sequer encerrado. Nessas condições, e por esse motivo, concedo a ordem, sem prejuízo, porém, do processo de expulsão”.

le,
io,
o,
e-
o
o
a
o
)
)
)

Do voto do Ministro Ribeiro da Costa, que acompanhou o voto do Ministro Relator, deferindo a medida, extraímos o seguinte trecho:

“No caso em apreço, a prisão, embora legal inicialmente, para o efeito do processo, já agora é prolongada, injustamente, estando a pedir uma providência dessa Corte, porque se trata de uma jovem que, estrangeira, se radicou em nosso país; aqui adquiriu conhecimentos para, mediante eles, prover a sua subsistência, dedicava-se ao trabalho honestamente, em São Paulo, quando foi presa, permanecendo detida, para o efeito da expulsão. Levada à prisão comum, aí se acha em promiscuidade com criminosos comuns – o que também não se tolera de forma alguma. Não posso compreender como se prendam estrangeiras por efeito de processo de expulsão e se as mantenham em promiscuidade com criminosos comuns. Além disto, o ilustre advogado informa que a paciente está afetada de tuberculose pulmonar. Parece-me que o relaxamento da prisão da paciente atende até aos interesses da própria sociedade. Assim, mantenho o meu voto anterior, concedendo liberdade vigiada à paciente”.

Caso Ronald Arthur Biggs – Biggs tornou-se mundialmente conhecido por ter participado de famoso assalto a um trem pagador ocorrido na Grã-Bretanha, em 1963: condenado a longa pena de reclusão, conseguiu fugir da prisão inglesa. Viveu na Austrália, donde veio para o Brasil no final da década de 60, residindo no Rio de Janeiro durante alguns anos sob nome falso.

Descoberto por jornalistas e preso pela Polícia Federal, não foi possível extraditá-lo para a Grã Bretanha, porque o Brasil e este país não tinham tratado de extradição, uma vez que o governo britânico não se dispunha a comprometer-se com reciprocidade, conforme declarado pela Missão diplomática britânica no Brasil: por ter dado refúgio a muitos jovens brasileiros que haviam escapado da revolução militar de 1964, não queria a Inglaterra firmar pacto de reciprocidade de extradição, para não ficar obrigada a enviar os brasileiros de volta para as autoridades ditatoriais que governavam o Brasil.

Determinada sua deportação pelo Ministro da Justiça em virtude de sua entrada e permanência irregular no Brasil, Biggs impetrou *habeas corpus* junto ao Tribunal Federal de Recursos, sustentando estar vivendo matrimonialmente com cidadã brasileira, grávida de seu filho, que iria nascer dentro de alguns meses.

O entendimento do tribunal foi no sentido de não estender a ressalva de filho brasileiro consignada pelo legislador em matéria de expulsão ao caso da deportação, sendo denegada a ordem por cinco votos contra quatro, mas o Acórdão ressalvou que a deportação não se poderia efetivar para o país de origem de Biggs (por redundar em uma extradição vedada), nem para qualquer outro país que mantivesse convenção ou tratado de extradição com a Inglaterra. Conseqüentemente, Biggs permaneceu no Brasil.

Anos mais tarde, o STF julgou um *habeas corpus*¹⁴⁵ em que se discutiu hipótese de paciente que desistiu do pedido que impetrara para evitar sua expulsão. O Ministro Celso de Mello não homologou a desistência, pois a consequência seria que o expulsando acabaria sendo enviado a seu país, o Chile, onde pesava sobre ele acusação de crimes de natureza política, hipótese em que, se tivesse havido pedido de extradição, o mesmo não seria admitido; por via de consequência, também a expulsão não devia ser efetuada, negando, por isto, homologar a desistência do pedido de *habeas corpus*.

Comentando esta posição de seu ilustre colega, o Ministro Francisco Rezek se referiu ao que passou a ser conhecido como “doutrina do caso Biggs”, pela qual não se expulsa nem se deporta quem possa acabar sendo levado a seu país, em hipótese em que um pedido de extradição seria inadmitido por motivos como pena de morte, prescrição, tribunal de exceção. .

Muitos anos mais tarde, em 1995, Brasil e Reino Unido celebraram Tratado de Extradição e, em 1997, a Inglaterra solicitou a extradição de Biggs. Em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal foi negado o pedido por ter ocorrido a prescrição perante a lei brasileira, contada entre 1965 – quando Biggs evadiu-se, e 1997 – quando apresentado o pedido – 32 anos.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Caso Padre Vito Miracapillo – Em 30 de outubro de 1980, a Suprema Corte brasileira julgou o *Habeas Corpus* nº 58.409¹⁴⁸ impetrado contra o Sr. Presidente da República, General João Batista Figueiredo, que havia decretado a expulsão do prelado, de nacionalidade italiana.

À época discutia-se no país a Lei nº 6.815, de 19.8.1980, que – como visto acima – provocava veementes críticas por ter omitido qualquer ressalva familiar à expulsão, mantendo tão somente a restrição à expulsão que redundasse em extradição inadmitida.

Vivia o Brasil o início do retorno ao regime democrático, recuperada a liberdade de imprensa, a Ordem dos Advogados empenhada no restabelecimento dos direitos e garantias individuais, o país afetado pela onda de jovens

¹⁴⁵ *Habeas Corpus* nº 69.856, RTJ 150/765.

¹⁴⁶ Extradição nº 721-0 do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Diz a ementa do acordão:

“Se o tratado de extradição prevê que o país requerido poderá recusar o pedido ‘em decorrência de lapso de tempo decorrido’, compatibilizando-se assim com o preconizado no art. 77, VI, da Lei n. 6.815/80 e constatada, perante a lei brasileira, a prescrição da pretensão executória da condenação proferida pela Justiça alienígena, é de negar-se seguimento ao pedido de extradição, ficando prejudicada a possibilidade de decretação da prisão do extraditando.”

¹⁴⁷ Velho e doente, Biggs acabou viajando para a Inglaterra para gozar dos benefícios da previdência social britânica a que tinha direito. Cumpriu parte do restante de sua pena, sendo libertado alguns anos depois devido à gravidade de seu estado de saúde.

¹⁴⁸ RTJ 95/589.

argentinos fugidos do embate com o poder militar de seu país, e a inquietação de certos setores com a atuação sociopolítica de padres estrangeiros no Norte e Nordeste do Brasil.

Neste clima, o Presidente da República, por sugestão do Ministro da Justiça, decretou a expulsão do Padre Miracapillo, sob a acusação de que, tendo-se recusado a officiar as missas em Ação de Graças nos dias 7 e 11 de setembro, por ocasião das comemorações da Semana da Pátria e do aniversário da cidade de Palmares, Pernambuco, teria o clérigo declarado que entre os motivos de sua recusa figurava o fato de o povo brasileiro não ser efetivamente independente, reduzido à condição de pedinte e desamparado de seus direitos.

Segundo a Justificativa da expulsão, o fato enquadrava-se no art. 106 da Lei nº 6.815 (art. 107, segundo a redação dada pela Lei nº 6.964/81):

“O estrangeiro admitido no território brasileiro não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil”.

invocando-se ainda o art. 64, *caput*, e a letra *d*, de seu parágrafo único (art. 65 atual):

“É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Parágrafo único. É passível também de expulsão o estrangeiro que:
d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

O julgamento do *habeas corpus* prendeu a atenção do mundo jurídico brasileiro e o acórdão do Supremo Tribunal Federal representa uma valiosa contribuição à análise do direito de expulsão e do direito do estrangeiro no Brasil em geral, constituindo-se em uma lição comparativa de grande importância sobre a evolução e o estado destes institutos em países democráticos como a Itália, a França, a Grã-Bretanha, a Suíça e os Estados Unidos.

Vários Ministros da Suprema Corte contribuíram para o julgamento com longos e eruditos votos e, ante a relevância da matéria e o cuidado que a Suprema Corte a ela dedicou, reproduzimos trechos do voto do eminente Ministro Thompson Flores, que em sua manifestação fez um resumo dos votos anteriores de seus pares. Parece-nos importante conscientizar-nos da extraordinária liberalidade com que o estrangeiro é tratado no Brasil, pela Lei, pela Doutrina, pelas autoridades administrativas, pelo governo em geral e pelo Poder Judiciário em particular. Comparado com outros países, adiantados, ricos, poderosos, nosso tratamento é superior, mais humano, mais compreensivo, mais liberal, numa tradição que vem dos primórdios de nossa História.

Retrospectiva do Direito de Expulsão no Voto do Ministro Thompson Flores

“Sou o penúltimo dos juízes a proferir voto, e os que me precederam, cada um fundamentando o seu, praticamente já decidiram os pedidos com sua denegação, no que interessa.

Permita, porém, o Egrégio Tribunal, para bem definir, no caso, como convém, e face à larga repercussão a ele atribuída pelos órgãos de divulgação (imprensa falada, escrita e televisionada), meu entendimento sobre o direito de expulsão, agora sob a égide da Lei nº 6.815/80, em vigor deste 21 de agosto findo, quando se verificaram os fatos que teriam originado o ato aqui impugnado na via do *habeas corpus*.

O longo, erudito e meditado voto do eminente Relator (Ministro Djaci Falcão) bem examinou as questões suscitadas, especialmente as que vieram integrar o amplo e bem deduzido memorial anteontem distribuído.

S. Exa. começou pelo exame da legislação italiana, por certo, em atenção à pátria do expulsando. Passou, após, ao direito francês, terra das liberdades, desde a queda da Bastilha. Por fim, observou como é considerado pela nação norte-americana, que se diz campeã na igualdade dos direitos humanos, da qual tanto se ufana.

Tudo fez para, cotejando tais princípios com a legislação brasileira e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, mostrar como aqui no Brasil tal direito é cercado e disciplinado com mais seguras garantias ao alienígena que se pretende expulsar. Dispõe ele, o paciente, de um procedimento administrativo onde lhe é assegurada a necessária defesa, desde o interrogatório. E pode usar até do pedido de reconsideração contra o ato expulsório. Tais prerrogativas existem no direito estrangeiro? Jamais, com tantas garantias, e como é por demais sabido, e assim concluiu o eminente Relator. Além disso, ao direito suíço se referiu o eminente Ministro Cordeiro Guerra, lembrando o caso de expulsão da estudante suíça que na Bahia estava indiciada em crime contra a Segurança Nacional e aqui examinado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 54.222-DF, do qual V. Exa., Senhor Presidente, foi relator. Sobre o direito inglês comentou o eminente Ministro Leitão de Abreu, acentuando que é bastante uma palavra de estrangeiro em desatenção à rainha para justificar sua expulsão.

Tudo isso, Senhor Presidente, rememorei, em homenagem às sustentações orais e à compacta assistência, especialmente de eminentes integrantes da Igreja Católica, à qual pertence o expulsando, para que tenham conhecimento do exame que o Supremo Tribunal Federal, com a independência e serenidade, diariamente, silenciosamente, como é de seu dever, dá às questões que lhe são submetidas. Não desta, apenas, mas de todas que lhe vêm para serem julgadas, e sobre as quais, como Tribunal Supremo da Federação, sejam quais forem as partes, seja S. Exa. o Presidente da República, sejam as Mesas do Congresso Nacional, profere julgamento final e definitivo.

E o faz, quero sublinhar, não em Conselho, em pronunciamento secreto e reservado, como acontece na generalidade das Nações mais adiantadas, como a Itália, a França e os Estados Unidos, por sua Suprema Corte, mas em sessão pública, para que cada um dos presentes assista ao voto a descoberto de cada um de seus juízes, os quais assumem integral responsabilidade pelos votos que vêm de proferir e constam dos julgados publicados. A tal tipo de julgamento classificou o eminente constitucionalista Professor Schwartz quando visitou esta Corte, e o acompanhei a este Plenário, como sendo julgamento que se realiza em 'praça pública'.

Senhor Presidente, tenho posição definida perante o Supremo Tribunal Federal, e poderia até dispensar tal afirmativa, diversamente do eminente Ministro Moreira Alves, que o fez porque se manifestava pela vez primeira sobre o tema. Há pouco mais de doze anos, em fins de março de 1968, logo após ingressar nesta Corte, vindo da Presidência do Tribunal de Justiça do meu estado, o Rio Grande do Sul, participei do julgamento do HC nº 45.067 do DF, impetrado em favor do diácono francês Guy Michel, sendo Relator sorteado o eminente Ministro Victor Nunes, cuja decisão vem referida pelo Professor Haroldo Valladão, em seu clássico 'Direito Internacional Privado' desde a 3ª edição, p. 423 (RTJ 49/829). O eminente Relator, Ministro Djaci Falcão, teve a bondade de rememorar meu voto, proferido, então, de improviso, mas que formou a maioria da Corte, então composta de 16 Ministros, somando dez deles, inclusive do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, posto que conhecido pela forma liberal pela qual sempre apreciava os *habeas corpus* e seus recursos, também o denegou, acompanhando-me e qualificando o ato impugnado como ato político e discricionário, como então o conceituei.

O clérigo em questão fora surpreendido quando, pela madrugada, distribuía, na cidade de Volta Redonda, Estado do Rio de Janeiro, impressos considerados subversivos. Após procedimento administrativo, regulado então pelo Decreto-lei 479/68, que precedeu ao Decreto-lei nº 941/69, estava ele sendo, ademais, processado criminalmente pela citada infração, merecera expulsão.

Houvera por bem o Presidente da República, o saudoso Presidente Costa e Silva, com base naquele decreto-lei, de expulsá-lo porque considerou que a presença do estrangeiro se tornara nociva aos interesses nacionais.

Considerarei, então, em meu voto, como o fizeram os demais juízes, que tal ato é de soberania político-jurídica, discricionário, atribuído ao Chefe da Nação, que encarna a Nacionalidade, e como tal, sujeito apenas às exigências impostas pela lei. É de sua legalidade, simplesmente, que se faz o controle pelo Poder Judiciário. O juízo da conveniência e da oportunidade da medida é privativo do Chefe da Nação, e sua apreciação é política, própria, no alto sentido da expressão, a qual, jamais, o Judiciário poderá reapreciar como tal, pois, se assim o fizesse, estaria invadindo área da competência do Poder Executivo, e descumpriria o princípio que se insculpe no artigo 6º da Carta Maior, 'cânon clássico' e que vem de tempos demasiado remotos, inspirado na própria lição de Montesquieu, já citado pelo eminente Relator, no pertinente ao direito de liberdade dos cidadãos em geral.

Estas as afirmações, no tocante à conceituação jurídica do ato de expulsão, a que tenho, repetidas vezes, e coerentemente, seguido, com base nas mesmas premissas. Recordo-me que, mais recentemente, maio de 1976, ao ser julgado o HC 54.222, do qual foi relator o eminente Presidente, Ministro Antônio Neder, caso da Suíça, longamente o reforcei (RTJ 78/362).

Não poderia, pois, Senhor Presidente, deixar de reiterá-lo aqui e agora. O que fez o expulsando? Negou-se a rezar missa comemorativa à data nacional de '7 de Setembro', e isto desde 1823, ou seja, há mais de século e meio, se o faz, festivamente.

Poderia, evidentemente, fazê-lo, posto que estranhamente. Protege-se o artigo 153, § 2º, da Constituição: 'Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.' E lei alguma obriga o vigário a rezar missa.

Mas, a toda evidência, não foi por esse proceder, o que seria até ridículo, que se originou o ato expulsório.

Todavia, em *ofício circular*, justificou por que não o fazia. O tal *ofício circular* foi aqui lido e relido. E mais, não se limitou a tal tipo de *circular*. Seguiu adiante, instruindo outro, também *circular*. Leu-os, há pouco, o eminente Ministro Soares Muñoz, que bem os interpretou, e sobre os quais, também, se deteve o eminente Ministro Cunha Peixoto, em seu voto. Outros atos adicionais, e em coerência àqueles, atuou o vigário italiano.

E, note-se, numa localidade de bisonhos paroquianos, todos brasileiros, modestos agricultores, sobre os quais persuadia de como deveriam atuar na busca de seus pretensos direitos.

É este o proceder que a lei nega permissão a estrangeiros, sejam eles clérigos ou não, porque políticos.

Deveria o Governo ficar inerte ante tal estrangeiro que assim agitava a pacata população do longínquo município de Ribeirão, no estado de Pernambuco, onde ocorrem graves problemas político-sociais?

Juiz único para bem avaliar a importância do ocorrido, apreciando o procedimento que se instaurava, houve por bem determinar a expedição de decreto expulsório, após o procedimento administrativo próprio.

Fê-lo no exercício regular do direito que a Constituição e as leis lhe asseguram. Suspendeu-a o eminente Relator para admitir o exame da legalidade do ato presidencial, medida que, se não tomasse, tornaria frustrado o *habeas corpus*. Só por isso e nada mais. E também só por isso, o Plenário o referendou, como costumeiramente tem feito.

Foi além o eminente Relator, requisitou os autos do procedimento administrativo porque dizia-se, no memorial já citado, que fora cerceada a defesa do expulsando no processo em questão.

Seu atendimento se fez no mesmo dia de ontem. Mera arguição, porém. E que religiosamente exercera o expulsando, desde o interrogatório, assistido

pelo defensor que ele próprio constituíra, o qual, como advogado, ofereceu longa e bem deduzida defesa.

O próprio Decreto nº 66.689/70, não afetado pela Lei nº 6.815/80, no particular, assegura até, em seu artigo 79, § 7º, que, se o expulsando não apresentar defesa, a autoridade processante o dará, e para o fim de defesa, o que bem mostra como ela se exerce em nosso território.¹⁴⁹ Mas, no caso, ela foi oferecida e bem deduzida, como já afirmei. Nela não se arrolou, sequer, uma testemunha e diligência alguma foi suplicada. O expulsando, que ratificou todo o seu procedimento, confiou que dispunha do direito de tanta liberdade para 'agir, falar e escrever' como se brasileiro fosse. Por isso postulou o arquivamento do procedimento. E note-se, do ato expulsório sequer tentou usar do pedido de reconsideração a que se refere o artigo 82 do Decreto-lei nº 941/69, hoje limitado a 10 dias pelo artigo 71 da Lei nº 6.815/80,¹⁵⁰ como esclareceu o eminente relator a pergunta minha.

Agora, no memorial propugna o contraditório e acena com os §§ 15 e 16 do artigo 153 da Constituição.

Dizem eles:

'Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.'

A invocação é de todo impertinente, *data maxima venia*. Referem-se ambos ao procedimento criminal. Daí as expressões 'acusado', 'foro', no primeiro; e, no segundo, 'instrução criminal', 'crime e pena' e 'réu'.

Nada disso o processo administrativo de expulsão cogita. Antes, ele tem disciplinação própria. Nem visa à aplicação de *pena*, pois a expulsão, cujo ato presidencial é de soberano, não visa punir, senão defender a nacionalidade daquele que, estrangeiro, tornou-se nocivo ou inconveniente aos interesses da Pátria que o recebeu.

Por último, para não deixar sem resposta a invocação feita ao artigo 153, e seu § 1º, da citada Constituição, também invocado no memorial.

Certo, ao assegurar aí o elenco das garantias individuais a que se refere o *caput* do citado artigo 153, não distinguiu a Constituição entre brasileiros e estrangeiros, e seu § 1º estatui o princípio da isonomia, quer no pertinente ao 'credo religioso', quer no alusivo a 'convicções políticas'.

¹⁴⁹ O defensor dativo também é previsto no Decreto nº 86.715, de 10.12.1981, que regulamenta a lei nova e que foi decretado após este julgamento.

¹⁵⁰ Art. 72 na reformulação produzida pela Lei nº 6.964, de 9 de dezembro de 1981.

Mas é mister considerá-lo, ante o disposto no § 20, sob cujo pálio também se procurou amparar o expulsando.

A liberdade de locomoção nele prevista se estende aos casos de expulsão por construção pretoriana.

Requer, porém, que, como ali se diz, haja: ‘... coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder’. Nada disso ocorreu. O direito de permanecer o estrangeiro no Brasil é sempre precário, no sentido jurídico do termo. Depende do comportamento que adotar.

A toda evidência, não poderia nivelar-se ao nacional. Ambos se regem pela mesma Constituição, a qual reconhece que leis diferentes cuidam da conduta pública de cada um.

E isto é da tradição, desde o Império, e mesmo sem legislação específica, como em certa época ocorreu. Mas o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamentos vários, de longínqua época, sempre assim o considerou.

A pretensa isonomia entre o nacional e o estrangeiro, portanto, inexistente, como não poderia, em verdade, ocorrer, no particular. Nem o próprio diplomata, que dispõe de posição qualificada, goza do direito de aqui permanecer, como ocorre na legislação pertinente, e assinalam os autores.

Em conclusão, Senhor Presidente, *in casu*, o procedimento adotado pelo paciente nada teve com o exercício de seu sacerdócio. Foi manifestamente político, no sentido próprio, e se inclui no rol da lei – nocivos e inconvenientes aos interesses nacionais. É o que dispõem os artigos 65 e 70 da Lei nº 6.815/1980, invocados no Decreto expulsório aqui impugnado.

Em remate, Senhor Presidente, acompanho os demais votos indeferindo os três primeiros pedidos de *Habeas Corpus*, 58.409, 58.411 e 58.438, e não conhecendo daquele que guarda o nº 58.443.

É como voto, pedindo escusas por estas observações em voto aqui elaborado, pois se estendeu a mais do que desejava.”

Esta tem se mantido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em todos os casos em que os expulsandos tentam se socorrer do Judiciário para impedir a expulsão decretada pelo Executivo.

No *Habeas Corpus* nº 68.402, julgado em 1991, a Corte reiterou que “o ato de expulsão do estrangeiro é um ato político que se reconhece ao Estado, que se baseia na nocividade da permanência daquele no território nacional.”¹⁵¹

¹⁵¹ *Habeas Corpus* nº 68.402, RTJ 142/552, relator Ministro Carlos Velloso. O Ministro Celso de Mello em seu voto qualificou a expulsão de “medida político-administrativa”.

Indenização por Expulsão

No início do século XX registraram-se alguns casos de arbitragem versando reclamações de países pela expulsão sofrida por seus cidadãos em outros países.

No *caso Tillet*, as autoridades belgas haviam expulso um inglês que pretendia discursar numa reunião pública sobre a causa sindical. O árbitro decidiu que a Grã-Bretanha nada tinha a reclamar da Bélgica, que exercera a plenitude de sua soberania ao decidir que o comportamento do alienígena merecia a expulsão.

No *caso Boffolo*, um italiano foi expulso da Venezuela por ter publicado um artigo em que criticara uma decisão judicial e outro artigo em que recomendava a leitura de um jornal socialista. Neste caso o árbitro decidiu que a Venezuela havia apresentado razão inadequada para justificar a expulsão e concedeu à Itália uma indenização de 2.000 bolívares.¹⁵²

Também no *caso Maal* a arbitragem decidiu que a expulsão de um cidadão americano da Venezuela foi executada com desnecessária dureza e indignidade, concedendo uma compensação aos Estados Unidos.

Em todas estas arbitragens não se questionou o direito e a validade da expulsão, decidindo-se apenas que em certos casos a forma pela qual se efetua a expulsão pode levar a uma obrigação de indenizar o Estado da nacionalidade do expulsando.¹⁵³

Não há notícia de qualquer procedimento desta natureza contra nosso país, cujo Judiciário, sempre que provocado, examinou e julgou com critério as medidas de expulsão de estrangeiros.

Em sua 65ª Conferência, realizada no Cairo, em 1992, a *International Law Association* aprovou uma Declaração no sentido de que os Estados que, por suas políticas internas, forçam seus cidadãos a se tornarem refugiados, praticam um ato internacionalmente ilegal, do qual resulta a obrigação de compensar o mal cometido, mediante indenização dos nacionais forçados a deixar a pátria.

¹⁵² EVANS, A. C. Op. cit., p. 21.

¹⁵³ *American Journal of International Law*, 1993, p. 157.