



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

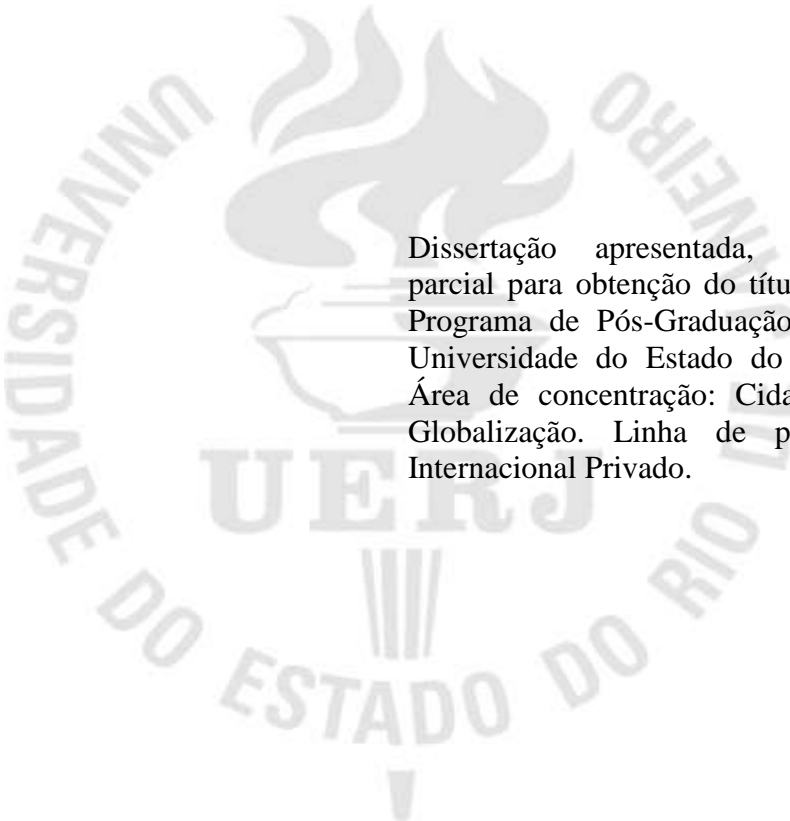
**A efetivação dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no
Brasil**

Rio de Janeiro

2012

Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

A efetivação dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no Brasil



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional Privado.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gruenbaum

Coorientadora: Prof.^a Dra. Carmen Beatriz de Lemos Rodrigues Tibúrcio

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R696 Rodrigues, Paulo Cesar Villela Souto Lopes.

A efetivação dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no Brasil / Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues. - 2012.
291 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gruenbaum.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional privado - Teses. 2. Direitos fundamentais – Teses. 3. Política migratória – Teses. I. Gruenbaum, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.9

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

A efetivação dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no Brasil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional Privado.

Aprovada em 24 de agosto de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Gruenbaum (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues

(Coorientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Marilda Rosado de Sá

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Paulo Borba Casella

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, à minha mãe e ao meu irmão, por me ensinarem a ser como sou.

Aos meus alunos da Faculdade Nacional de Direito, da UFRJ, com quem pude experimentar muitas das idéias aqui ventiladas.

Aos meus orientadores, pela generosidade, e, sobretudo, pelo que me inspiram.

Nous somme des étrangers, des sans-papiers,
des hommes et des femmes sans domicile Oh!
notre-dame et nous te demandonsasile! asile!

Luc Plamondon

RESUMO

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto. *A efetivação dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no Brasil*. 2012. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação aborda a efetivação dos direitos dos estrangeiros, irregulares e clandestinos, no Brasil. Para tanto, divide os estrangeiros em regulares e irregulares e estuda quais direitos são assegurados a cada um desses grupos. No primeiro capítulo, apresenta os conceitos instrumentais, necessários à compreensão das idéias com que se trabalha ao longo da dissertação, e apresenta o esquema de trabalho. No segundo capítulo, estuda a condição jurídica do estrangeiro na Antiguidade Clássica, na Grécia e em Roma, e nos preceitos bíblicos que inspiram o direito hebraico. No terceiro capítulo, estuda a nacionalidade, como doutrina geral, e, especialmente, no direito positivo brasileiro. O estudo da nacionalidade releva para a formação do conceito de estrangeiro, que se extrai por oposição ao de nacional. No capítulo quarto, aloca a disciplina Condição Jurídica do Estrangeiro como tema de Direito Internacional Privado e apresenta o rol de direitos e garantias assegurados aos estrangeiros no Brasil. O capítulo quinto se ocupa das políticas migratórias brasileira e estrangeira, apresentado informações de direito comparado. Apresenta um histórico do tratamento do estrangeiro no Brasil, do Brasil Colônia aos dias atuais. O sexto capítulo estuda como efetivar os direitos assegurados pelo ordenamento aos estrangeiros irregulares e clandestinos por meio do controle dos atos da Administração Pública que se dá em sede de revisão judicial. Por fim, o sétimo capítulo apresenta as conclusões do estudo, e, em especial, os valores que informam a atual política migratória brasileira, que abandona a doutrina da segurança nacional e da proteção do mercado de trabalho interno, como valores únicos, e se volta para um sistema de garantias, concessivo de direitos, mais consuetâneo com a Carta Política de 1988.

Palavras-chave: Direito internacional privado. Condição jurídica do estrangeiro. Garantias constitucionais. Direitos fundamentais. Política migratória. Controle judicial dos atos da administração pública.

ABSTRACT

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. *Documented and undocumented foreigners rights effectiveness in Brazilian law*. 2012. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

This dissertation aims to expose brazilian system of foreigners rights and his immigration policy. To achieve that, divide foreigners in four different groups: documented and undocumented; immigrants and non-immigrants. At first, it will expose the work scheme, by defining some theoretical frameworks that will guide the research. The second chapter studies how foreigners were treated in ancient times, specially in Greece and Rome and in the hebrew law, based on ancient testament principles. The third chapter will analyze brazilian nationality rights. The fourth chapter will show where the theme of foreigners law is located in brazilian law doctrine and wich rights brazilian state provides to foreigners. Fifth chapter presents brazilian immigration policy. The sixth one is about judicial review in matter of foreigners, exposing how brazilian courts solve these kind of cases. The final chapter shows our conclusions.

Keywords: International law. Foreigners rights and immigration policy. Civil rights. Judicial review.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRF1	Tribunal Regional Federal da Primeira Região
TRF2	Tribunal Regional Federal da Segunda Região
TRF3	Tribunal Regional Federal da Terceira Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da Quarta Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da Quinta Região
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
HC	<i>habeas corpus</i>
MS	Mandado de Segurança
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
Emb	Embargos
AgR	Agravo Regimental
REsp	Recurso Especial
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	O ESTRANGEIRO NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA, GRÉCIA E ROMA; E OS ESTRANGEIROS NOS PRECEITOS BÍBLICOS QUE INSPIRAM O DIREITO HEBRAICO	28
1.1	Os estrangeiros na Grécia	29
1.2	Os estrangeiros em Roma	32
1.3	O estrangeiro nos preceitos bíblicos que informam o direito hebraico	36
2	A NACIONALIDADE E O CONCEITO JURÍDICO DE ESTRANGEIRO	41
2.1	Direito de nacionalidade. Doutrina geral	45
2.2	Apatridia e Polipatria	50
2.3	A nacionalidade no direito brasileiro	56
3	A CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO COMO TEMA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	75
3.1	A condição jurídica do estrangeiro	84
3.1.1	<u>Estrangeiro. Classificações. O Estrangeiro clandestino</u>	87
3.2	A entrada do estrangeiro	89
3.2.1	<u>Regimes especiais de entrada</u>	92
3.3	Direitos do estrangeiro regularmente admitido e do estrangeiro irregular no território nacional	98
3.3.1	<u>Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direitos políticos</u>	99
3.3.2	<u>Direitos privados</u>	120
3.3.3	<u>Acesso às funções públicas</u>	125
3.3.4	<u>Restrições aos estrangeiros no Brasil</u>	126
3.3.5	<u>Direitos legalmente assegurados a estrangeiros irregulares e clandestinos. As leis de anistia</u>	131
3.3.6	<u>O direito à remuneração pelo trabalho</u>	134
3.3.7	<u>O estrangeiro recluso. O estrangeiro no processo penal brasileiro</u>	138
3.3.8	<u>Os crimes previstos na Lei n. 6.815/80</u>	153
3.4	Saída compulsória do estrangeiro: impedimento, deportação, expulsão e extradição	155
3.4.1	<u>Impedimento</u>	156

3.4.2	<u>Deportação</u>	159
3.4.3	<u>Expulsão</u>	164
3.4.4	<u>Extradicação</u>	167
4	AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS E O FENÔMENO DA CIRCULAÇÃO DAS PESSOAS NO MUNDO	172
4.1	A política migratória brasileira. Evolução histórica	176
4.1.1	<u>A política migratória brasileira hoje</u>	187
4.1.2	<u>A Lei n. 6.815/80. O estatuto do estrangeiro</u>	195
4.1.3	<u>O projeto de Lei n. 5.655/09. A lei de estrangeiros com lei de migração</u>	199
4.1.4	<u>As leis de anistia</u>	204
4.1.5	<u>O aparato estatal brasileiro para tratar com as questões de estrangeiros</u>	206
4.2	A política migratória do Mercosul	208
4.3	As políticas migratórias do Paraguai, Bolívia e Perú	211
4.4	A política migratória argentina	217
4.5	A política migratória francesa	219
4.6	A política migratória norte-americana	222
5	O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	229
5.1	A relevância do procedimento	231
5.1.1	<u>Os limites à sindicabilidade judicial do ato administrativo</u>	242
5.1.2	<u>O exame do ato administrativo: sua estrutura</u>	244
5.1.3	<u>O exame do mérito administrativo</u>	247
5.1.4	<u>O controle dos atos vinculados: deportação e reconhecimento da condição de refugiado e naturalização extraordinária</u>	249
5.1.5	<u>O controle de atos discricionários: naturalização ordinária</u>	252
5.1.6	<u>O controle dos atos de soberania: impedimento, expulsão e extradicação</u>	253
6	CONCLUSÕES	263
6.1	Sobre o estrangeiro na antiguidade clássica e nos preceitos bíblicos que informam o direito hebraico	263
6.2	Sobre a nacionalidade	264
6.3	Sobre a condição jurídica do estrangeiro	266
6.4	Sobre a política migratória brasileira	268
6.5	Sobre a efetivação judicial dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no Brasil	272
	REFERÊNCIAS	281

INTRODUÇÃO

O direito pode ser percebido como campo do conhecimento filosófico, que se ocupa do estudo da justiça¹. Pode, por igual, ser percebido como ciência, técnica de controle social que regula os comportamentos humanos por meio de normas de conduta; que os fomentam, quando com elas compatíveis; ou os sancionam, se a elas contrárias. Eventualmente, em se verificando conflitos entre as pessoas, o direito os dirime, encontrando no sistema de normas a solução que lhe pareça a mais justa para por fim ao conflito de interesses, e para, com isso, pacificar o conflito social².

Assim, como ciência, o direito trabalha com seus próprios instrumentos e categorias, de forma que, embora haja conceitos comuns a todas as ciências sociais; e conceitos comuns às ciências e ao senso comum, há conceitos que são próprios e específicos do direito, ainda que mantenham alguma relação com a forma com que os fenômenos por ele estudados se relacionam com as outras ciências humanas, como com a filosofia, ou com o próprio senso comum³. É o caso, por exemplo, do conceito de cidadania, cujas percepções jurídica e sociológica embora muito se aproximem, não se igualam⁴.

¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 8: "Reuna um grupo de juristas. Pergunte-lhes: para que serve o direito? Não é absolutamente evidente que estejamos fazendo uma pergunta ociosa: seria útil saber definir nosso campo de estudo. Quanto mais não seja para elaborarmos um programar escolar coerente. Você não encontrará resposta".

² DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3: "Quando Oliver Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem juiz Learned Hand, quando ía para o trabalho. Ao chegar ao seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: 'Faça justiça, juiz!' Holmes pediu ao condutor que parasse e voltasse, para surpresa de Hand. 'Não é esse o meu trabalho', disse Holmes, debruçado na janela".

³ VILLEY, Michel. op.cit. pp. 9-10: "[...] o sentido das palavras empregadas pelos juristas, em primeiro lugar as mais gerais, é muito móvel e incerto [...] Se ao menos essa incerteza só atingisse noções tão teóricas! Mas ela afeta a linguagem técnica e as palavras mais necessárias à ciência do direito no sentido restrito, tais como: 'obrigação', ou 'contrato, propriedade, posse' etc. [...] elas divergem não só de um país para o outro (as palavras propriedade, contrato, revestem-se de sentidos diferentes na Inglaterra, na União Soviética e na tradição francesa), mas também no mesmo país, de uma escola de pensamento a outra. Jossierand ou Duguit não concebem propriedade como Georges Ripert."

⁴ Juridicamente, cidadania é o exercício de direitos políticos, ao passo que, sociologicamente, cidadania é a aptidão genérica para o exercício de direitos fundamentais. O termo cidadania encontra sua origem na Cidade Antiga, na civilização greco-romana, de que se ocupa, com profundidade, Fustel de Coulanges, em que, anteriormente à

O objetivo deste trabalho é estudar como o direito brasileiro - o positivo e os construídos pela doutrina e jurisprudência - trabalha com as questões referentes aos direitos conferidos a estrangeiros no Brasil, especialmente às garantias constitucionais asseguradas aos estrangeiros irregulares, incluídos nestes os denominados clandestinos, e como o Poder Judiciário, em sua tarefa constitucional de dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva (controlando, e eventualmente revisando, atos da Administração Pública) se posiciona frente às garantias constitucionais que devam ser observadas pelo Estado brasileiro ao estrangeiro irregular, especialmente o clandestino.

Para tanto, impõe-se estabelecer, de início, a necessidade de se descolar o pensamento multidisciplinar que o tema envolve da percepção jurídica dos fenômenos estudados. É dizer: por mais que outros ramos do conhecimento humano (história, economia, sociologia, antropologia) se ocupem dos temas que serão aqui tratados, é sob o filtro do direito, com seus conceitos, categorias e fórmulas próprios que será o tema abordado, o que, a toda evidência, não exclui se possam mencionar outras perspectivas que não as só estritamente jurídicas, o que se fará, por exemplo, no capítulo 5, que trata das políticas migratórias.

Assim, o instrumental com que se trabalha é o regulado pelo direito, para que se possam obter conclusões exclusivamente jurídicas. Em matéria de direitos dos estrangeiros, há sempre o risco de que o estudioso se valha, preponderantemente, de uma dogmática de direito internacional, em especial da de direitos humanos, que, por sua nota de universalidade, afasta, muitas vezes, a necessária construção de raciocínios de direito pátrio constitucional, administrativo, civil, processual, penal, do trabalho, únicos capazes de, no plano interno, e conjugadamente, responder às questões práticas e imediatas que se agitam nos tribunais.

Dessa forma, conceitos como os de soberania, jurisdição, controle judicial, fato jurídico, ato jurídico, ato administrativo, entrada, ingresso, estrangeiro, e, como já se disse, cidadania, devem ser previamente definidos antes que se possam elaborar os raciocínios jurídicos que responderão às questões candentes que se colocam na quadra atual, quadra em que o Brasil, tendo redefinido seu papel no mundo, se torna, mercê da pujança de sua economia, novamente um país atrativo para os que vem de

existência do Estado, ser cidadão era ser apto a tomar parte nos assuntos da cidade. Em regra, pela comunhão religiosa. Em Roma, cidadania era um estado, uma condição pessoal: o *status civitatis*.

fora⁵. Esta situação exige que o Estado tenha como responder a um sem-número de demandas dela decorrentes.

A partir da pesquisa da situação dos estrangeiros no direito internacional, e no direito comparado⁶, se estudará como o aparato estatal brasileiro, - sua política migratória, suas escolhas estratégicas, suas normas de conduta e sua organização interna (órgãos, agentes públicos etc) -, lida com a questão do estrangeiro; e, especialmente, como o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, o faz. Em outras palavras: estudar a prática judicial brasileira, em sede de revisão judicial de atos administrativos, no que concerne a assegurar as garantias constitucionais previstas em nossa Carta Política a estrangeiros não-residentes, irregulares, e, especialmente, clandestinos.

O artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, apresenta o rol do que se denominam direitos e garantias fundamentais. Em seu inciso XV, mantém longa tradição constitucional de acolhida ao forasteiro, ao assegurar, como regra, ser "livre a locomoção no território, em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens"⁷, mas assegura mais que isso, equiparando, em direitos e garantias fundamentais, brasileiros e estrangeiros. Em seu *caput*, enuncia que, na República Federativa do Brasil, 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".

É certo que uma primeira, açodada, e literal leitura deste último dispositivo, encartado, como se disse, no título dos direitos e garantias fundamentais, poderia fazer crer que a norma constitucional retiraria dos indivíduos que se encontrassem no

⁵ Historicamente, se verifica que os Estados passam por ciclos distintos de atração e desinteresse, em tema de imigração. Tome-se, por exemplo, o que ocorre em Portugal: em meados do século XX, Portugal era um país de emigração; nos anos 1970, com a independência das colônias africanas, tornou-se um país de retorno. A partir dos anos 1980, inserindo-se no desenvolvimento da Europa, e, nos anos 1990, entrando para a União Européia, passou a ser um país de imigração. Hoje, verifica-se que a saída em massa de imigrantes que lá permaneceram pelos últimos 20 anos. Cf. ROCHA, João Luís Moraes. *Reclusos Estrangeiros. Um Estudo Exploratório*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 23.

⁶ Cf. Capítulo 5: Políticas Migratórias.

⁷ O inciso VI, do artigo 179, da Constituição Imperial de 1824, previa: "Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo prejuízo de terceiro".

território nacional, mas que não fossem brasileiros ou estrangeiros residentes, as garantias de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da Constituição da República⁸.

No entanto, uma série de compromissos internacionais⁹ assumidos pelo Estado brasileiro¹⁰ o impedem de limitar a proteção destas garantias fundamentais somente aos brasileiros e estrangeiros residentes, na medida em que tais garantias revelam valores universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade do ser humano, pela tão-só condição de ser humano. Trata-se, aqui, de norma informada pelo se conhece por direitos humanos, de sorte que o Brasil deve estender a proteção destas garantias a todos os que aqui se encontrem, nacionais ou estrangeiros; e, se estrangeiros, residentes ou não, regulares ou irregulares.

A questão que se coloca em seguida então é: a que título são estas garantias protegidas no ordenamento jurídico brasileiro? Seriam elas somente a observância da norma de direito internacional, veiculada em tratados internacionais, internalizados pelo Brasil, ou se trata efetivamente de conferir efeitos ao comando constitucional?

A estas questões somam-se duas considerações: (1) a primeira, sobre eventual distinção entre direitos humanos, tal como definidos acima, e direitos fundamentais, entendidos como aqueles escolhidos pelo legislador constituinte, entre os valores protetivos da dignidade da pessoa humana, quando da formação do Estado, para

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65: "A posição do estrangeiro não-residente em face dos direitos e garantias assegurados no art. 5º não é fácil de delinear, tendo em vista que aí só se mencionam brasileiros e estrangeiros residentes no país. [...] Por isso, quando a Constituição assegura tais direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, indica, concomitantemente, sua positivação em relação aos sujeitos (subjativação) a quem os garante. Só eles, portanto, gozam do direito subjetivo (poder ou permissão de exigibilidade) relativos aos enunciados constitucionais dos direitos e garantias individuais."

⁹ Como, por exemplo: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto dos Direitos Civis e Políticos; Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); Tratado de Assunção; Acordo de Seguridade Social do Mercosul; Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Parte do Mercosul, Bolívia e Chile.

¹⁰ O comando constitucional insculpido no artigo 4, II, da Carta Política, assevera a prevalência absoluta dos direitos humanos como princípio que rege a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Se consideramos o fato de que a maioria dos estrangeiros ostenta alguma nacionalidade, e, nessa medida, representam um dos elementos que compõe o próprio Estado estrangeiro, como se vê em Teoria Geral do Estado, já que este é entendido, em linhas gerais, como a união dos elementos território, governo e/ou soberania e povo (conjunto de nacionais), teremos que a prevalência dos direitos humanos informa, com base neste inciso II, do artigo 4º, as relações entre o Brasil e os estrangeiros, ao menos os que possuam alguma nacionalidade.

figurar de forma expressa no documento constitucional; e, (2) a segunda, sobre o alcance que se possa dar ao conceito de residente, adjetivo escolhido pelo legislador constituinte para qualificar o substantivo estrangeiro, limitando, em tese, um tipo entre muitos. Ou seja: em se tratando de norma constitucional reveladora de direitos e garantias fundamentais, se imporia uma interpretação elástica do conceito de residente, que desbordasse do conceito de residência regular ou autorizada, para alcançar a mera estada, longa ou curta, a qualquer título?

A partir destas premissas iniciais é que o presente estudo tenta responder, mas, sobretudo, expor como o país torna efetivas ou não estas garantias constitucionais aos indivíduos não expressamente mencionados no dispositivo constitucional ou mesmo se o dispositivo constitucional alcança a todos os que se encontrem em solo brasileiro, ainda que de forma meramente irregular ou clandestina. Pretende, portanto, apresentar um estudo sobre as garantias constitucionais conferidas pelo ordenamento jurídico brasileiro aos estrangeiros que aqui se encontrem de forma irregular, notadamente aqueles de cuja entrada não tem o Estado conhecimento formal, os chamados estrangeiros clandestinos, e sobre a efetividade destas garantias¹¹.

Para tanto, parte-se do geral, de quais direitos são conferidos a estrangeiros, regulares ou irregulares, para encontrar, na possibilidade de interpretação extensiva da norma insculpida no artigo 5º, I, da Carta da República, a concessão destas mesmas garantias constitucionais aos estrangeiros não-residentes que se encontrem irregularmente no país.

Com este objetivo, conceituam-se estrangeiros irregulares como os não-nacionais (nacionais de outros estados soberanos e indivíduos que não ostentem nacionalidade alguma, os apátridas) que não possuam título autorizativo de entrada e/ou permanência (visto), incluídos neste conceito aqueles sobre os quais não se conheça formalmente a entrada¹² - os denominados estrangeiros clandestinos¹³ -, ou

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85: "A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social."

¹² Para os fins deste trabalho, o conceito de entrada será o de manifestação da vontade da Administração, veiculada em ato jurídico (aquele previsto em lei, cujas consequências jurídicas são, por igual, previstas em lei) emanado do Poder Público, consistente em admitir formalmente o estrangeiro no território nacional, como concretização do

os que possuam o mencionado título em desacordo com sua efetiva situação no território nacional, tal como ocorre com quem tenha tido em seu favor emitido visto temporário que se encontre expirado ou mesmo visto de categoria que não permita o exercício de trabalho remunerado, e o esteja exercendo, por exemplo¹⁴.

O estudo se apresenta em quatro partes: (1) um esboço histórico sobre o tratamento dado a estrangeiros na Antiguidade Clássica, na Grécia e em Roma, e nos preceitos bíblicos que informam o direito hebraico, seguido de (2) um estudo sobre a nacionalidade, necessário para conceituar-se, com segurança, o estrangeiro; (3) uma terceira parte se ocupa da dogmática, em que se discorrerá sobre os direitos humanos e fundamentais¹⁵, sobre os direitos conferidos aos estrangeiros pelo direito internacional e convencional¹⁶; uma (4) quarta parte estuda o tratamento do

princípio de direito internacional da *Admissão Discricionária do Estrangeiro*, que decorre do conceito de soberania, entendido aqui como insubmissão ao estado estrangeiro. Nesta medida, será distinto do conceito de ingresso, que, em linhas gerais, representa o fato jurídico de adentrar o território.

¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira Editora, 1986. Pg 415: “clandestino [...] feito ou realizado às ocultas [...] ilegal, ilegítimo [...] indivíduo que se introduz sub-repticiamente em navio, avião, trem, etc.; para viajar sem documentos nem passagem [...]”.

¹⁴ Ao se referir a estrangeiros, o trabalho os dividirá em duas grandes categorias para fins de analisar as consequências jurídicas de sua presença no território nacional: regulares e irregulares. Os regulares serão ainda divididos em temporários (turistas, detentores de vistos de trânsito, de visto temporário em viagens de negócio, de visto temporário para tratamento médico etc.) e permanentes (detentores de visto permanente por casamento com nacional brasileiro, por reunião familiar, para investidor, visto de permanência para refugiados etc.).

¹⁵ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. p.393. Coimbra, Almedina, 2003: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”

¹⁶ O artigo 2º, do Código Bustamante, internalizado no direito pátrio pelo Decreto nº 18.871/29, dispõe: “Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos estados contratantes gozarão também, no território dos demais de garantias individuais idênticas às dos nacionais, salvo restrições que em cada um estabeleçam a Constituição e as leis”.

O artigo 5º, da Convenção de Havana, de 1928, sobre Condição Jurídica do Estrangeiro, internalizada no direito brasileiro pelo Decreto nº 18.956/36, assim dispõe: “Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos seus próprios nacionais e ao gozo de direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos direitos e garantias”.

estrangeiro na experiência histórica brasileira, a política migratória brasileira, desde a chegada dos portugueses, passando pela chegada dos africanos, e pelas ações afirmativas que consistiram no fomento à imigração europeia, no século XIX, como plano político não só de substituir a mão-de-obra escrava, mas de resolver o *problema* da excessiva mestiçagem brasileira por via do *branqueamento* populacional¹⁷, além do controle da imigração asiática no século XX¹⁸, por meio do sistema constitucional de cotas, estabelecido nos anos 1930. O estudo explora a construção da política migratória nos anos 1980, fundada na doutrina da segurança nacional, que informou a elaboração do atual Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80, até a atual situação do Brasil como país em desenvolvimento, cuja pujança econômica constitui fator atrativo de estrangeiros. Analisa, neste ponto, o Projeto de Lei nº 5.655/09, que dispõe sobre a nova lei dos estrangeiros como lei de migração, que se afastando de uma orientação restritiva de direitos - preconizada pela doutrina da segurança nacional - se aproxima, atualmente, de uma pauta de concessão de direitos, informada pelos direitos humanos; finaliza com uma (5) quinta parte de direito aplicado, com a apresentação do aparato estatal brasileiro referente ao tratamento de estrangeiros (estrutura organizacional do Estado, e normativa constitucional, legal e convencional), seguida da análise de casos concretos, enfrentados pela jurisprudência brasileira, que explicitam a situação do estrangeiro irregular e do estrangeiro clandestino no Brasil, com a observância das garantias constitucionais a ele conferidas, à luz do direito constitucional e administrativo brasileiro, especialmente quanto aos limites do controle judicial do ato administrativo e do ato administrativo de natureza política, insindicável judicialmente, como regra, por se tratar de ato de soberania¹⁹, anotando-se, ainda, questões referentes

¹⁷ PRUDENTE, Wilson. *A Verdadeira História Constitucional no Brasil. Desconstruindo o Direito do Opressor. Construindo um Direito do Oprimido. Volume I.* Niterói: Impetus Editora, 2009.

¹⁸ SILVA, Zélia Lopes in *“Cem Anos da Imigração Japonesa. História, Memória e Arte”*. São Paulo: editora UNESP, 2008.

¹⁹ No ponto se analisa a jurisprudência da Suprema Corte brasileira no trato com o ato político (aquele que recolhe diretamente da constituição sua autoridade) e a possibilidade de ter este tipo de ato seu mérito judicialmente sindicado. Recentemente, no julgamento realizado nos autos da Petição Avulsa na Extradução 1085/10, recebida como Reclamação nº. 11.243, formou-se maioria no sentido de que alguns atos, como o do Presidente da República de não entregar estrangeiro, mesmo quando autorizada pela Suprema Corte a extradição, consubstanciam atos de soberania que não se submetem ao controle judicial. Discordando desta tese, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes defendeu, em linhas gerais, que, na atual quadra - e no moderno estado democrático de

aos direitos do trabalhador estrangeiro clandestino; do preso estrangeiro irregular e do estrangeiro irregular que simplesmente tenha o desejo de permanecer, de forma regular, no Brasil.

O interesse pelo tema surgiu a partir de duas constatações: (1) a primeira, de que desde o início dos anos 2000, o crescimento econômico acentuado dos denominados *Países Emergentes* ou *Países em Desenvolvimento*, anteriormente chamados de *Países do Terceiro Mundo*, entre eles o Brasil, promoveu um incremento do fluxo migratório, verificado pelo aumento da entrada de estrangeiros que buscam beneficiar-se do crescimento econômico do país²⁰; a segunda, (2) de que o aparato estatal brasileiro, tanto na esfera administrativa quanto judiciária, não conta com instrumentos técnico-jurídicos (normativa, práticas, jurisprudência consolidada) aptos a dar conta de gerenciar tamanha entrada e mesmo a situação dos estrangeiros que, irregularmente, adentram o território nacional e, nele, permanecem.

A estabilização da moeda; a construção de estádios para abrigar os jogos da

direito - não existe ato do Poder Público que possa ser emitido sem fundamentação e que, portanto, não há ato que se furte ao controle judicial.

²⁰ <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/autorizacoes-para-estrangeiros-trabalharem-no-brasil-crescem-30-em-2010.htm>> “Balanço da Coordenação Geral de Imigração (CGig), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), mostra que 56.006 profissionais estrangeiros foram autorizados a trabalhar no Brasil em 2010. Deste total, 53.441 foram autorizações de caráter temporário, com estada no país de até dois anos. Em 2009, foram 42.914 autorizações de trabalho concedidas. Por estado, foi em São Paulo onde houve a maior concentração de autorizações concedidas, passando de 18.285 em 2009 para 25.550 em 2010. O Rio de Janeiro é o segundo da lista, passando de 18.956 para 22.371 solicitações de visto de trabalho. Minas Gerais manteve-se na terceira colocação, com 2.644; Amazonas, 1.164 e, e Paraná, 1.035. (...) Por país de origem, os americanos foram os que mais solicitaram autorizações de trabalho: foram 7.550 em 2010, contra 5.590 no ano anterior. Filipinas está na sequência, com 6.531 em 2010; Reino Unido, 3.809; Índia, 3.237 e, Alemanha, 2.904. (...) Dentre os países do Mercosul, os argentinos são os que mais solicitam autorizações de trabalho no Brasil. Em 2010, foram 644 concessões para trabalhadores desta naturalidade. Venezuela (562), Chile (383), Bolívia (90), Uruguai (66) e Paraguai (28) completam a lista. (...) Por gênero, os homens são em maior número entre os estrangeiros que vêm para o país. Do total das autorizações, 50.653 foram concedidas para eles. Em relação a escolaridade, 31.662 estrangeiros que conseguiram autorização tinham superior completo ou habilitação legal equivalente; 21.639 tinham o 2º grau completo ou técnico profissional; 476, mestrado e 202 pós-graduação. Apenas 88 possuíam o 2º grau incompleto e 54 ainda não tinham completado o 1º grau. (...) As autorizações de trabalho para profissionais estrangeiros são concedidas com base em Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração. Tais resoluções são aprovadas por consenso entre os três blocos que compõem o CNIg: Governo (nove ministérios), Centrais Sindicais (5 principais) e Confederações Empresariais (5 principais). Além disso, o CNIg monitora a evolução dos dados de autorizações concedidas”. Acesso em 05.10.2011.

Copa do Mundo de Futebol, de 2014; os preparativos para os jogos olímpicos de 2016; a descoberta de riquezas naturais na região do pré-sal, associadas às excelentes perspectivas internacionais para a economia brasileira, especialmente se comparadas ao cenário de crise econômica vivenciado por países da União Europeia e nos Estados Unidos, tornaram o Brasil, nos últimos anos, um mercado com muitas oportunidades tanto para profissionais qualificados quanto para quem, embora sem qualificação, se encontra vivendo em economias estagnadas e sem perspectiva; no entanto, atualmente, o que se percebe, como se disse, é que o aumento da entrada de estrangeiros é inversamente proporcional à estrutura jurídica brasileira para absorvê-los, fazendo-se necessária a reflexão sobre a forma como o estado brasileiro define sua condição jurídica, especialmente a situação dos estrangeiros clandestinos.

Mas não é só. Além dessas mencionadas alterações na economia mundial, que trouxeram para o Brasil um sem-número de estrangeiros em busca de melhores oportunidades de vida, outros fatores, como as questões climáticas no Haiti²¹,

²¹ A professora Carmen Tiburcio discorreu sobre o tema, em artigo publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*: "O ingresso de haitianos no Brasil traz à tona questão delicada que suscita aspectos econômicos, sociais, políticos e humanitários, que devem ser analisados no âmbito de suas respectivas competências. Quanto aos aspectos jurídicos cabem alguns esclarecimentos.

O direito internacional estabelece claramente a regra de que somente os nacionais têm o direito de ingressar no país de sua nacionalidade. Há algumas exceções que envolvem agentes diplomáticos e consulares e pessoas que sofrem perseguições no exterior. Assim, qualquer autorização para ingresso e permanência, salvo as exceções mencionadas, se insere no poder discricionário dos Estados, de modo que nenhum país é obrigado a abrir as suas fronteiras a não-nacionais. É importante mencionar, todavia, que não se admite que o Estado impeça o ingresso por razões puramente discriminatórias, ou seja, porque o estrangeiro é negro, judeu, muçulmano ou mulher. Mas tampouco se exige que o país justifique sua decisão, o que dificulta o controle.

Para que um estrangeiro ingresse no Brasil, em geral, exige-se passaporte e visto, concedido por autoridades brasileiras no exterior. Os vistos podem ter caráter temporário ou permanente e somente nesse último caso se autorizam a residência e o exercício de atividade remunerada no país. Além disso, o estrangeiro pode pretender ingressar por sofrer perseguição em seu país de origem, o que dá margem à concessão de asilo ou refúgio, instrumentos de proteção de direitos humanos.

O asilo é empregado apenas na América Latina. Em 1954 foram firmados dois tratados versando o tema, ambos ratificados pelo Brasil: um sobre asilo territorial, concedido pelo Estado no qual o indivíduo se encontra, e o outro disciplinando o asilo diplomático, concedido temporariamente por embaixador para permitir que o asilado deixe o país onde se vê ameaçado. Já o refúgio se baseia na Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, alterada por um Protocolo de 1967. A convenção considera refugiado toda pessoa que seja, ou tema ser, perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Os tratados foram ratificados pelo Brasil e, na sua essência, reproduzidos na Lei do Refúgio brasileira. Atualmente, segundo o ACNUR encontram-se, no Brasil, estrangeiros de aproximadamente 77 nacionalidades beneficiados com esse status.

trouxeram, por razões humanitárias, um grande número de pessoas que aqui ingressaram com a intenção de se fixar.

Muitos, ou mesmo a maioria, dos estrangeiros que para aqui acorrem, o fazem sem a necessária entrada regular, ou sem a manutenção desta condição, ainda quando ingressam regularmente, e, com isso, promovem, na Justiça Federal brasileira, competente para processar e julgar as causas referente à entrada e/ou permanência de estrangeiros, com fundamento na previsão contida no artigo 109, I, da CRFB/88²², um considerável aumento dos pedidos formulados por aqueles que se encontram no país em situação irregular. Tratam-se de ações de segurança, em que se objetiva compelir a Administração a se abster de promover a saída compulsória do estrangeiro irregular; ações de *habeas corpus*, para evitar o recolhimento à prisão, para fins de deportação,

No caso dos haitianos, não se cogitou tratar de concessão de refúgio por razões econômicas ou ambientais, até porque esses fundamentos não foram previstos na convenção ou na lei brasileira. Assim, trata-se de hipótese de imigração, o que suscitou a decisão governamental de outorga de visto permanente aos interessados.

Por fim, há que se mencionar o tratamento que o Brasil tem conferido aos estrangeiros. Em entrevista recente, o secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto, ressaltou com propriedade que o Brasil tem tradição no tratamento favorável dos estrangeiros. A verdade é que o Brasil se destaca nessa área. A legislação tradicionalmente impede a expulsão de estrangeiro com família nacional, o que ocorreu no caso de Ronald Biggs — o inglês que participou do assalto ao trem postal em 1963 — e em muitos outros. Apenas para que se tenha uma ideia, esse direito só veio a ser reconhecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no final da década de 80 e ainda assim não de forma absoluta, pois a Corte ressalva que a expulsão pode ocorrer por motivo de ordem pública, o que o Brasil não admite em nenhuma hipótese. A política para estrangeiros, no Brasil, sempre esteve muito mais próxima da tutela dos direitos humanos do que da prevalência dos interesses do Estado.

Esse tratamento favorável não decorre somente da lei, mas também da jurisprudência. A legislação determina que o reconhecimento de um filho depois de editado o decreto de expulsão não a impede, mas o Superior Tribunal de Justiça tem ignorado essa regra, permitindo a permanência de estrangeiro com filho brasileiro, que dele dependa econômica e afetivamente. Segundo o tribunal, ainda que seja possível a ocorrência de fraude, há valores mais importantes envolvidos, tais como a proteção à família e à criança.

Relativamente ao tratamento oferecido pelas autoridades brasileiras aos haitianos e, de maneira geral aos estrangeiros em situação análoga, duas circunstâncias merecem registro. Eventual aspereza é decorrência de preconceito econômico — também suportado por brasileiros — e não de intolerância a estrangeiros. Ademais, o tratamento conferido pela Administração Pública a brasileiros também é frequentemente criticado, por força da burocracia estatal, por vezes intransponível, sem que isso decorra de preconceito contra estrangeiros. Em outras palavras: a dificuldade, pessoal ou burocrática, de lidar com essa situação específica é ruim, mas não mancha a tradição protetiva do Estado brasileiro. Em <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-24/haitianos-tratamento-estrangeiros-estado-brasileiro>> acessado em 19.06.2012.

²² Art.109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”

e para evitar a efetiva execução de medidas de saída compulsória; ações sob rito ordinário, com ampla dilação probatória, para rever atos indeferitórios de visto ou autorização de permanência, da condição jurídica de refugiado e uma messe de hipóteses em que se tem a colidência de eventuais garantias constitucionais do estrangeiro irregular com o exercício da soberania pelo estado brasileiro.

A legislação de regência da matéria é antiga, esparsa, e, quando recente, não apresenta critérios claros e ágeis para a pleiteada regularização do estrangeiro em território nacional. A prática administrativa, por sua vez, é improvisada, atécnica e não uniforme, o que promove um tratamento absolutamente anti-isonômico e casuístico no trato da Administração Pública com o estrangeiro irregular.

Estes são os fatos que exigem a presente reflexão e a soluções jurídicas que possam dela decorrer.

Por outro lado, a questão é interdisciplinar e não somente jurídica, exatamente porque envolve escolhas políticas, que devem considerar, necessariamente, questões sociais e econômicas. Mesmo no campo estritamente jurídico, não se pode desconsiderar que atos como os de impedimento, deportação, expulsão e extradição envolvem, em maior ou menor medida, atos de soberania, políticos, e, por isso, muitas vezes insindicáveis judicialmente. Nestas hipóteses, ainda que se possa discutir perante o Judiciário sua validade formal, ou seja, a observância do devido processo legal, seria seu mérito passível de revisão judicial? Em termos práticos: pode um estrangeiro que ostente visto de entrada e, ainda assim, tenha sido impedido pela autoridade migratória de entrar no país, manejar uma ação de segurança e obter sucesso com ela? Só obteria sucesso se declarados os motivos determinantes desta recusa ou seria o ato imperscrutável ainda assim? Pode o estrangeiro clandestino pleitear uma providência liminar para se manter no país e obstar seu retorno por qualquer outro fundamento que não a violação do devido processo legal? Esta garantia constitucional lhe deve ser observada no processo administrativo de saída compulsória? O ato administrativo de impedimento, praticado pela autoridade migratória, pode ter seu mérito sindicado judicialmente? É possível ao Judiciário controlar o mérito do ato administrativo nestes casos, ao fundamento de que, irrazoáveis, violam o devido processo legal substancial? Ou seja: de que seriam ilegais por desproporcionais?

O objetivo de investigar quais direitos o ordenamento brasileiro confere aos estrangeiros irregulares, especialmente no que concerne às garantias constitucionais, e como são, na quadra atual, garantidos estes direitos pelo Estado brasileiro, se alcança pela análise da jurisprudência a respeito, cotejando-a com a doutrina específica, apontando, especificamente: (1) quais direitos são conferidos a estrangeiros em geral; e, (2) quais direitos podem ser validamente observados a estrangeiros irregulares no Brasil, considerada a norma constitucional que assegura, a brasileiros e estrangeiros residentes, os mesmos direitos e garantias fundamentais.

No capítulo 4, que cuida da condição jurídica do estrangeiro, para atender aos objetivos do trabalho, os estrangeiros são divididos em grupos, assim tomados como regulares e irregulares. Os regulares são ainda subdivididos em temporários (turistas, detentores de vistos de trânsito, de visto temporário em viagens de negócio, de visto temporário para tratamento médico, etc) e permanentes (detentores de visto permanente por casamento com nacional brasileiro, por reunião familiar, para investidor, visto de permanência para refugiados, etc). Após são divididos os direitos em categorias: direitos e garantias fundamentais; direitos sociais e econômicos; direitos privados; direitos do trabalho; direitos públicos e direitos políticos, para, por fim, se identificar quais direitos são assegurados a cada grupo de estrangeiros. Esta divisão utiliza tanto a classificação apresentada pela Professora Carmen Tiburcio no livro *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law* (direitos fundamentais; direitos privados; direitos sócio-culturais; direitos econômicos; direitos políticos e direitos procedimentais ou ao procedimento) quanto a utilizada por François Rigaux, tal como explicitada na obra do Professor Jacob Dolinger²³.

O estudo da dogmática dos direitos fundamentais se faz com apoio na doutrina, nacional e estrangeira, específica sobre o tema.

A evolução histórica da política migratória brasileira é apresentada tanto com referências históricas, não estritamente jurídicas, como com o tratamento dado aos estrangeiros por nossas constituições.

É apresentada uma necessária alocação da disciplina “Condição Jurídica do Estrangeiro” como tema de Direito Internacional Privado²⁴, ao lado do Conflito de

²³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 233.

²⁴ Como se disse em um primeiro momento, o tema é interdisciplinar. Não só porque necessariamente se deve recorrer a outras ciências, como história, geografia, sociologia, antropologia, como porque, no próprio direito, ela

Leis; Conflito de Jurisdições e Nacionalidade. Discute-se a pertinência de se encartar o estudo da Condição Jurídica do Estrangeiro como matéria pertencente ao Direito Internacional Privado, considerado o tratamento eminentemente constitucional e de direito público que este envolve. Anota, no ponto, quais são as subdivisões do estudo da condição jurídica do estrangeiro: direitos de entrada; regimes especiais de entrada (asilo e refúgio); direitos do estrangeiro admitido; e saída do estrangeiro, livre e forçada (impedimento, deportação, expulsão e extradição).

Apresenta um estudo sobre a nacionalidade brasileira, necessário à definição do conceito de estrangeiro. Conceitua e analisa estrangeiro. Discorre sobre a diferença conceitual entre estrangeiro regular, irregular e clandestino.

A parte final se dedica ao direito aplicado. Inicia-se com a apresentação da normativa brasileira sobre o tratamento de estrangeiros (constitucional, legal e convencional). Em seguida, apresenta um panorama dos direitos e deveres conferidos a estrangeiros no Brasil, sempre que possível cotejado com a legislação estrangeira e com normas convencionais que regulam a matéria: legislação brasileira aplicável à matéria (constituição, leis e tratados de que o Brasil seja signatário); estrutura administrativa do estado brasileiro responsável pela execução da política nacional para estrangeiros (Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros; Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Conselho Nacional para Refugiados – CONARE, Departamento de Polícia Federal; Ministério do Trabalho e do Emprego, Conselho Nacional de Imigração; Ministério das Relações Exteriores); garantias constitucionais dos estrangeiros em território brasileiro (art. 5º, da CRFB); restrições constitucionalmente previstas aos estrangeiros (arts. 12, §§ 2º e 3º; 17, II; 222, §§§§ 1º a 4º, da CRFB); restrições legais impostas aos estrangeiros (arts. 106, 107 e 110 da Lei nº 6.815/80); direitos e deveres legalmente previstos para estrangeiros e direitos concedidos a estrangeiros clandestinos (leis de anistia).

Passa então à análise de casos concretos, enfrentados pela jurisprudência brasileira, que explicitam a situação do estrangeiro irregular e do estrangeiro clandestino no Brasil, com a observância das garantias constitucionais a ele conferidas, à luz do direito constitucional e administrativo brasileiro, especialmente quanto aos limites do controle judicial do ato administrativo e à natureza política do

ato de soberania, que o torna, como regra, insindicável judicialmente, anotando-se, ainda, questões referentes aos direitos do trabalhador estrangeiro clandestino; do preso estrangeiro irregular e do estrangeiro irregular que simplesmente tenha o desejo de permanecer, de forma regular, no Brasil.

Analisa as garantias constitucionais conferidas a estrangeiros clandestinos (vida, liberdade, inviolabilidade pessoal, acesso a Justiça, direito de petição, duração razoável do processo, observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além do acesso aos remédios constitucionais do *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança).

Estuda a questão do estrangeiro clandestino que cometa crime: sua participação na ação penal, sua situação no território durante a duração do processo, sua situação como preso provisório e como apenado. Tenta responder às seguintes indagações: o estrangeiro clandestino que é réu em ação penal passa a se encontrar em situação regular no país tão-só pelo fato de estar sob persecução penal? A formalização de sua situação como réu implica em momentânea regularidade de sua condição como estrangeiro? Traça um panorama do preso estrangeiro no Brasil. No ponto, analisa a jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à impossibilidade de expulsão do preso que tenha prole concebida anteriormente ao cometimento do delito, e mesmo após este; bem como a possibilidade ou não de se conceder ao estrangeiro infrator os benefícios da suspensão condicional do processo nos delitos de menor potencial ofensivo; da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; da progressão de regime, e da liberdade condicional²⁵.

Discorre sobre a questão da prisão para fins de expulsão do estrangeiro condenado.

Apresenta a questão da necessária observância de direitos trabalhistas aos trabalhadores clandestinos, e sua configuração jurisprudencial no Brasil.

Discute, ainda, a possibilidade de ser reconhecer a estrangeiros irregulares direitos sociais revestidos de jusfundamentalidade, tais como o direito à educação e a saúde, que são constitucionalmente previstos como de todos e de obrigação do estado. Em termos práticos: a possibilidade de um estrangeiro irregular matricular seus filhos em escolas públicas de ensino fundamental, ou a possibilidade de serem os estrangeiros nesta condição socorridos em unidades hospitalares públicas, seja em

²⁵ Veja-se por todos: STJ, *habeas corpus* nº 15.9070/SP. Relator Ministro Gilson Dipp.

atendimentos emergenciais; seja em tratamento contínuo, custeado pelo Poder Público, como é o caso do programa brasileiro de combate à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, que fornece, gratuitamente, nas unidades do Sistema Único de Saúde, remédios para a contenção dos efeitos da doença e cuja obrigação já foi reconhecida pela Suprema Corte brasileira como decorrente de direito fundamental a saúde, direito de todos, sem distinção, e obrigação do Estado, prevista em norma constitucional de aplicabilidade direta, imediata, como se vê do artigo 196, da Carta da República.

No ponto, cuida da possibilidade ou não de amparar-se estrangeiros irregulares com recursos provenientes da seguridade social, considerada a abertura da norma constitucional, como é exemplo a previsão de pagamento de benefício de valor equivalente a um salário mínimo "a quem dele necessitar", nos termos do artigo 203, V, da CRFB/88, considerado que a jurisprudência brasileira admite, excepcionalmente, a concessão de tais benefícios a estrangeiros regulares²⁶.

Analisa, com apoio na jurisprudência pátria, casos concretos referentes ao manejo das garantias constitucionais processuais por estrangeiros clandestinos, especialmente no que concerne aos direitos de entrada e permanência, à luz do *Princípio da Admissão Discricionária* do estrangeiro. No ponto, discute qual o limite da intervenção judicial para revisar o ato que impede a entrada do estrangeiro, que determina sua deportação ou que o expulsa.

Expõe e analisa, no ponto, as exigências feitas aos estrangeiros clandestinos, para que possam regularizar sua situação, pelas leis de anistia, cuja interpretação à luz dos postulados constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade constituem uma garantia constitucional, como é exemplo a exigência feita ao estrangeiro clandestino, aquele, portanto, que não entrou formalmente no Brasil, que comprove, documentalmente, e só desta forma, sua entrada no país, não podendo valer-se de declarações de pessoas que o conheçam. É dizer: se a presença física do estrangeiro clandestino é um fato jurídico, um fato, portanto, de que decorrem consequências jurídicas, e se este indivíduo jamais entrou no país, sob o ponto de vista jurídico-procedimental, como provar, documentalmente, tal entrada? A razoabilidade,

²⁶ Processo número 2009.51.51.047895-6/01. Segunda Turma Recursal do Rio de Janeiro. Relator Juiz Federal Vladimir dos Santos Vitovsky.

entendida como princípio constitucional, ou como legalidade sob a perspectiva do devido processo legal substancial, impõe sua observância no caso concreto? Ou a especial situação de ser este indivíduo um estrangeiro irregular, somada ao exercício do poder discricionário do estado brasileiro, decorrente de sua soberania, de admitir ou não quem quiser em seu território afastaria sua observância?

Conclui pela necessidade de se repensar a política nacional de estrangeiros à luz do novo papel do Brasil no cenário político-econômico mundial.

A metodologia utilizada para a elaboração do trabalho é a apresentação teórico-conceitual do problema, seguida de uma análise de aspectos específicos pertinentes à matéria, cotejando-se doutrina, legislação e aplicação jurisprudencial do direito, sem descuidar de elementos interdisciplinares, como aspectos sociológicos e econômicos, com vistas à obtenção de conclusões sobre os problemas estudados. São utilizados os métodos descritivo e comparativo para examinar os dados coletados.

As fontes utilizadas são: (1) textos de doutrina brasileira e estrangeira de direito internacional, privado e público; e de direitos constitucional e administrativo e processual, civil e penal, brasileiros; (2) textos legislativos (nacionais, estrangeiros e internacionais); (3) jurisprudência (brasileira, estrangeira e internacional) sobre o tema, além de textos não jurídicos sobre a temática abordada, inclusive material publicado pela imprensa, e; (4) dados estatísticos oficiais acessíveis em portais mantidos em ambiente virtual por órgãos do Estado brasileiro. Desta forma, espera-se alcançar uma análise crítica da legislação pertinente nacional, convencional ou estrangeira, além de uma análise doutrinária dos dispositivos legais e dos temas ligados à matéria e, por fim, um estudo de direito aplicado, com a análise da jurisprudência associada à análise das informações interdisciplinares coletadas.

Alguns casos concretos são utilizados para servir à exposição do tema. Dentre os muitos casos utilizados no trabalho, para discutir a observância de garantias constitucionais a estrangeiros clandestinos, encontra-se, por exemplo, o do nacional chinês que, pretendendo ver-se beneficiado pela Lei de Anistia nº 11.961/09, requereu, com fundamento em seu artigo 2º, a concessão de anistia e a regularização de sua estada no país. A lei exige que o estrangeiro faça prova de que se encontra no país desde antes de fevereiro de 2009. O pedido foi administrativamente indeferido pela autoridade policial federal ao argumento de que a lei exige prova documental da entrada no país e o estrangeiro se limitara a colacionar declarações de pessoas que

atestavam sua entrada desde o ano de 2008. Indeferido administrativamente, impetrou o estrangeiro clandestino mandado de segurança pleiteando, liminarmente: (1) manter-se no país até a solução do *writ*; e, (2) que a autoridade policial federal admitisse as declarações apresentadas como prova e processasse seu pedido. No mérito, requereu a manutenção do provimento liminar e a concessão da anistia pleiteada com a regularização de sua estada no país, na qualidade de estrangeiro permanente. A liminar foi concedida. Na solução do caso, as questões que se colocam são as seguintes: se o pleito fora indeferido administrativamente, o exame de mérito dos documentos já havia sido feito. Pode o estrangeiro clandestino exigir que a aplicação da lei de anistia se faça sob à luz do postulado da razoabilidade? Tem o estrangeiro clandestino direito ao devido processo legal substancial? Tem direito a comprovar o que alega por todos os meios admitidos em direito, ou tem de se sujeitar à tarifação probatória, legalmente estabelecida? Tem o estrangeiro clandestino direito líquido e certo à permanência no país, a ele concedido pela lei de anistia ou sua permanência remanesce um ato de soberania do Estado brasileiro? A lei de anistia cria direito subjetivo para o estrangeiro irregular/clandestino? Pode o Judiciário intervir na vontade manifestada pelo Estado brasileiro, de recusa do estrangeiro clandestino, para revisá-la, ao argumento de que suas garantias constitucionais (devido processo legal; observância do postulado da razoabilidade) não foram observadas?

Outro caso concreto de interesse é o da trabalhadora colombiana que prestou serviço como analista de sistemas para operadora de telefonia celular, de primeiro de janeiro de 1999 a oito de agosto de 2002. De 1999 a 2000 de forma irregular, na medida em que só obteve visto de trabalho no Brasil em 26 de março de 2000. Após sua dispensa, propôs reclamação trabalhista pleiteando o pagamento dos direitos referentes a todo o período em que trabalhou para a empresa. O julgador de primeiro grau acolheu preliminar de carência do legítimo exercício do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido relativo aos pleitos anteriores a 26 de março de 2000 e declarou a existência de vínculo de trabalho somente a partir daquele período. Para o juiz, o ordenamento jurídico proíbe o reconhecimento de vínculo de emprego com estrangeiro em situação irregular no Brasil. Em grau de recurso, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região reconheceu o vínculo de emprego por todo o período, ao argumento de que o trabalho de estrangeiro irregular no país poderia até ser proibido, mas não ilícito. O acórdão do TRT asseverou que, no caso, deveria ser

observado o princípio da primazia da realidade do Direito do Trabalho, segundo o qual a nulidade dos atos não alcança o fato de que houve prestação de trabalho, razão porque eram devidas todas as verbas trabalhistas decorrentes da força de trabalho despendida. Inconformada, interpôs a reclamada recurso de revista ao TST, que, em voto da lavra do ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, manteve a decisão do regional. Para o relator, a garantia aos direitos sociais independe da situação migratória do estrangeiro, asseverando que, constitucionalmente, os estrangeiros residentes no país gozam dos mesmos direitos e tem os mesmos deveres dos brasileiros. Outros fundamentos expendidos foram os da observância do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), do valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF) e do direito fundamental da igualdade (caput do artigo 5º).

O trabalho conclui, ao final, pela necessidade de se repensar a política nacional de estrangeiros à luz do novo papel do Brasil no cenário político-econômico mundial, apresentando, para tanto, soluções legislativas, judiciais e administrativas, decorrentes das reflexões aqui expendidas.

1 OS ESTRANGEIROS NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA, GRÉCIA E ROMA; E OS ESTRANGEIROS NOS PRECEITOS BÍBLICOS QUE INFORMAM O DIREITO HEBRAICO

Para se compreender a condição jurídica do estrangeiro hoje, e como os Estados soberanos lidam com as questões concernentes à presença de estrangeiros em seu território, especialmente no que concerne aos preconceitos contra o estrangeiro e a resistência em se lhe conferir direitos em igualdade com os nacionais, interessante é recorrer ao estudo da história; ao estudo de como os estrangeiros foram percebidos desde tempos imemoriais.

Assim, encontra-se, por exemplo, na concepção que os antigos tinham do bárbaro, a idéia do estrangeiro como inferior, idéia até hoje enraizada na cultura de alguns Estados desenvolvidos, que enxergam o indivíduo, que migra por questões econômicas, como um indivíduo de segunda a classe, a quem se faz muito em receber no território, não se admitindo enxergá-lo como um igual. Na estratificação das sociedades greco-romanas, encontra-se a raiz da falta de mobilidade social do estrangeiro de poucos recursos, e sua eventual aceitação quando de origem abastada.

O sofisticado sistema jurídico romano chegou mesmo ao detalhamento de diferenciar, legalmente, os estrangeiros em distintas categorias, conferindo-lhes certos direitos, consoante sua condição jurídica, e permitindo, eventualmente, alguma alteração desta condição não só jurídica, mas, antes de tudo, social.

O próprio conceito de cidadania, hoje tão comumente confundido com o de nacionalidade pode, neste período, ser identificado tanto com o atual conceito de nacionalidade, por representar um vínculo do indivíduo com o local de sua origem, quanto com o atual conceito jurídico de cidadania, já que representava, na Antiguidade, a aptidão para tomar parte nos assuntos da cidade, ou seja, a aptidão para o exercício de direitos políticos.

O período histórico conhecido como Antiguidade Clássica é o que vai, na Grécia, de 700 a.C., com o surgimento da poesia de Homero²⁷, a 1 d.C., quando

²⁷ Em *A Ilíada*, Homero narra a Guerra de Tróia e rapto de Helena, mulher de Menelau, rei de Esparta, por Páris, filho do rei de Tróia, e como os espartanos, sobretudo Agamenon, irmão de Menelau e Aquiles, o mais valoroso dos guerreiros, conseguiram ludibriar os troianos e penetrar na Ílion, ou Tróia, dentro de um cavalo de madeira.

conquistada pelo Império Romano²⁸, e se estende até o século V, quando cai o Império Romano do Ocidente.

Por fim, extrai-se dos preceitos bíblicos que informam o direito hebraico, o quanto a experiência do exílio, e da escravidão em terras do Egito, influenciou aquele povo, bem como toda a cultura ocidental, no sentido de dispensar-se ao estrangeiro um tratamento acolhedor, de tratá-lo com dignidade e, na medida do possível, de conceder-lhe direitos em igualdade de condições com o nacional.

1.1 Os estrangeiros na Grécia

Para o estudo da Antiguidade Clássica, Grécia é entendida como o conjunto de cidades situado na Península dos Balcãs e nas ilhas Mar Egeu.

Muito pouco se sabe do que aconteceu nesta região entre o colapso da Civilização Micena, em 1070 a.C, e o estabelecimento, na região, de povos de origem desconhecida, os helenos, que fundaram as cidades-estado gregas por volta de 750 a.C. Entre estes, os jônios, que ocuparam a Hélade, onde fundaram Atenas; os dórios, que se estabeleceram no sul da península, no Peloponeso, onde fundaram Esparta; e os aqueus e eólios, que ocuparam as ilhas do Mar Egeu, e lá fundaram Lesbos, Cósira, Corfu, Chipre etc²⁹.

Mesmo que não precisamente definidos os limites territoriais das cidades em torno do Mediterrâneo, havia entre seus habitantes o sentimento de pertencer a uma civilização comum³⁰, esse sentimento discriminatório é o que opunha os do lugar, ou seja, os das cidades que compunham a civilização conhecida, como uma melhor categoria de pessoas; aos de fora, os bárbaros, como gente de inferior qualidade, que

Em *A Odisséia*, Homero narra a tormentosa viagem de Ullisses, de volta a seu reino em Ítaca, e a fidelidade de sua mulher Penélope.

²⁸ Como exemplo da circularidade da história, e da efemeridade das condições de primazia e superioridade dos povos em relação aos seus semelhantes, e, ainda, de estratificação da sociedade, tem-se que os cidadãos de cidades-estado gregas, conquistadas por Roma, passaram, em Roma, a ser considerados peregrinos ordinários, ou seja: estrangeiros oriundos de povos rendidos, se lhes reconhecendo, somente, alguns poucos direitos.

²⁹ CICCIO, Cláudio de. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.40.

³⁰ ALLAND, Denis; RIALS, Stephane. *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 732.

vivia em outras regiões do mundo conhecido. Os estrangeiros eram, então, percebidos pela civilização grega como duas categorias distintas: os bárbaros, que, quando capturados, eram destinados a se tornar escravos; e os *xenoi*, estrangeiros provenientes de outras cidades do mundo civilizado, com quem se poderia manter alguma relação em igualdade de condições.

Entre os *xenoi*³¹, as relações dependiam das relações entre as cidades, se amigáveis ou hostis, e estas relações se refletiam na forma como era o estrangeiro tratado quando no território de cidade que não a sua. Esparta se caracterizava pelo isolamento, fechada a tudo que fosse exterior a sua cultura. Atenas era aberta ao estrangeiro.

Em Atenas, desenvolveu-se a condição jurídica do estrangeiro com a criação de institutos jurídicos específicos, que regulavam sua presença e atividades no território. Assim, aqueles que não tinham domicílio no local, e, por isso, ainda não podiam exercer direitos; em outras palavras, aqueles que não eram cidadãos, ostentavam a condição de *metecos* (*metokoi*), ou *aqueles que moram entre os cidadãos*, ou ainda, *aqueles que mudaram de domicílio*³². A este estrangeiro, ainda não domiciliado em Atenas, se observavam direitos. Eram beneficiados pelo denominado patrocínio (*proxenia*), que consistia no seu acolhimento por um cidadão ateniense que patrocinava seus interesses, representando-o e praticando, eventualmente, atos da vida civil que eram defesos ao estrangeiro não domiciliado.

Para viver em Atenas, estes estrangeiros não domiciliados pagavam um tributo (*metoikion*) e dispunham de uma jurisdição especial para apreciar e julgar as causas em que fossem partes, a *polemarca*.

A cidadania grega, de qualquer das cidades, ou o exercício de direitos, ou mesmo o acolhimento de alguém como membro da comunidade, tinha estreita relação com as práticas religiosas³³. Os direitos, tanto civis como até mesmo políticos,

³¹ Termo que deu origem ao radical *xenos*, que forma, por exemplo, a palavra xenofobia, que significa aversão ao que é estrangeiro.

³² ALLAND, Denis; RIALS, Stephane. loc.cit.

³³ FUSTEL DE COULANGES. *A Cidade Antiga. Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 177: "Reconhecia-se o cidadão naquele que participava do culto da cidade, e era dessa participação que lhe vinham todos os direitos civis e políticos. Renunciasse ao culto, e estaria renunciando aos direitos. Falamos anteriormente em refeições públicas, que constituíam a principal cerimônia do culto nacional.

emanavam da participação no culto da cidade, de forma que, enquanto os altares foram inacessíveis ao estrangeiro, lhes foi vedado ser proprietário, casar-se, ou contrair qualquer obrigação com pessoa da cidade.

Dessa forma, a religião estabelecia entre o cidadão e o estrangeiro profunda distinção que impedia se lhe concedesse a cidadania. No tempo de Heródoto, Esparta³⁴ não havia concedido a nenhum estrangeiro o direito de cidadania, exceto a um único indivíduo, um adivinho, mas como cumprimento de uma ordem formal do oráculo³⁵.

Mesmo em Atenas, Pireu e Rodes, centros comerciais mais abertos ao estrangeiro que Esparta, aos estrangeiros, num primeiro momento, não se observava qualquer direito, até que, por razões estritamente econômicas, decorrentes da necessidade de comércio entre as cidades, é que se possibilitou aos estrangeiros, por meio dos mencionados institutos da *proxenia* e da *polemarca* o exercício de alguns direitos³⁶.

Quando domiciliados, no entanto, passavam a exercer direitos em igualdade de condições com os cidadãos. Atenas passou, assim, a conceder a cidadania

Ora, em Esparta, aquele que não comparecia à refeição pública, mesmo que não fosse por culpa sua, cessaria de imediato de ser considerado um cidadão. Cada cidade exigia que todos os seus membros participassem das festas do culto. [...]

Se quiséssemos definir o cidadão dos tempos antigos por seu atributo mais essencial, deveríamos dizer que é o homem que possui a religião da cidade. É aquele para quem o arconte ou o príate oferece o sacrifício todo o dia, quem tem o direito de aproximar-se dos altares, quem pode penetrar no recinto sagrado onde ocorrem as assembléias, quem assiste às festas, quem acompanha as procissões e se mistura aos panegiristas, quem se senta para as refeições sagradas e recebe sua porção das vítimas.

Também esse homem, no dia em que foi inscrito no registro dos cidadãos, jurou que praticaria o culto dos deuses da cidade e combateria por eles. Vejam-se os termos da língua: ser admitido entre os cidadãos é expresso em grego com as palavras *metenai ton hieron*, partilhar das coisas sagradas".

³⁴ Esparta passou de monarquia primitiva a uma aristocracia militar, constituída por dois reis, cinco éforos ou juizes, e vinte e oito gerontes. Sua organização social era estratificada em espartanos ou cidadãos, ilotas, ou inferiores, que não eram cidadãos nem tinham culto doméstico e periecos ou estrangeiros. Atenas também fora, em princípio, uma monarquia, e também se transformou em aristocracia. Esta era composta de nove arcontes: o rei, o juiz (eponômio), o comandante do exército (polemarco) e os intermediários com o povo ou administradores (tesmotetas). A organização social era estratificada em nobres (ou eupátridas), povo, constituído de comerciantes (zeugitas) e estrangeiros (metecos) e a estratificação mais baixa do povo, constituída de tetras ou diaristas. Vide CICCO, Cláudio de. op.cit. pp.46-47.

³⁵ FUSTEL DE COULANGES. op.cit. p. 178.

³⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado. Volume I*. 11ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. pp.166-167.

ateniense, mas o procedimento era extremamente dificultoso, sendo necessário que o estrangeiro fosse admitido em votação, em dois turnos, pela assembleia, e podendo qualquer cidadão exercer o direito de veto³⁷.

Mais tarde, em meados do século V, quando a democracia progredia em Atenas, a cidade passou a fechar-se ao estrangeiro. Uma lei do tempo de Péricles, 451 a.C., passou a exigir, para tomar parte nos assuntos da cidade, a dupla ascendência cidadã, que consistia em que só o filho de pai e mãe cidadãos atenienses poderia ser considerado verdadeiramente cidadão, e gozar os direitos decorrentes desta condição. Diferencia-se, assim, juridicamente, o indivíduo local do estrangeiro. Com isso, a sociedade se estratifica em cidadãos, estrangeiros (*metecos*) e escravos (bárbaros). Os bárbaros eram os estrangeiros de outras partes do mundo, que não o das cidades que compunham a *humanidade grega*, e que, desde sempre, se destinavam, quando capturados, a escravidão³⁸.

O prestígio do estrangeiro assimilado foi reduzido, e sua condição social se afastou da condição de próximo ao cidadão para ser identificado com o bárbaro. O termo *metoikos* assumiu acepção pejorativa que não mais desapareceu.

Aristófanes, ao final do século V, escreveu para ser dito por uma de suas personagens: "os cidadãos são trigo da cidade, e os metecos, o joio?"³⁹.

A queda das cidades antigas, e sua conquista pelo rei da Macedônia, Alexandre, O Grande, favorável a miscigenação (tendo, ele mesmo, casado com uma estrangeira), não reverteu, nos gregos, a idéia de que o estrangeiro era inferior.

1.2 Os estrangeiros em Roma

A liberdade era um ideal a ser alcançado por todo habitante do mundo romano. Não era prerrogativa de todos. Na estratificada organização social romana; no entanto, ambicionava-se mais que isso. Não só ser livre, mas ser cidadão⁴⁰.

³⁷ FUSTEL DE COULANGES. loc.cit.

³⁸ ALLAND, Denis; RIALS, Stephane. loc.cit.

³⁹ idem.

⁴⁰ JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009. p. 73.

A primeira e mais importante condição para ser um cidadão é ser livre, já que, pelo direito romano⁴¹, nem todos o são. O *status libertatis* permite se alcance, eventualmente, o *status civitatis* que permitiria ao indivíduo ser regrado pelo *jus civile*, e, portanto, usufruir do direito dos cidadãos⁴².

Em linhas muito gerais, a sociedade romana era dividida entre: romanos e não-romanos⁴³, assim como hoje, mudando o que deve ser mudado, seriam considerados nacionais e não-nacionais, portanto: nacionais e estrangeiros. Entre os não-romanos, se identificavam os latinos (velhos, colonários⁴⁴ e junianos) e os peregrinos (ordinários e deditícios)⁴⁵.

Os cidadãos⁴⁶ romanos o são por nascimento ou por aquisição posterior deste *status*. Por nascimento, só se é romano se filho de ventre romano. É dizer: só se é

⁴¹ A construção do direito romano, visto em perspectiva e em conjunto, é obra que alcança quatorze séculos de história. Seu estudo reclama a compreensão de que ele sofre variações conforme a época. Autores romanistas o estudam consoantes distintas divisões: a partir da perspectiva histórica externa, consideradas as distintas formas de governo adotadas em Roma, dividindo-se o direito em: (1) período real (das origens à queda da realeza, em 510 a. C.); (2) período republicano (de 510 a.C. a 27 a.C., quando Otaviano, futuro Augusto, é investido pelo Senado no poder supremo com o título de *princeps*); (3) período do principado (de 27 a.C. a 285 d.C., com o início do *dominato* por Dioclesiano); e, (4) período do *dominato* (de 285 d.C. até a morte de Justiniano em 565 d.C.). Ou a partir do critério jurídico interno, em que se o pode distinguir em: (1) época arcaica (de 753 a 130 a.C.); época clássica (de 130 a.C. a 230); época pós-classica (de 230 a 530); e, por fim, justineia (de 530 a 565). Cf. JUSTO, Santos. op.cit. pp. 17-18 e ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1.

⁴² JUNIOR, José Cretella. op.cit. p. 74

⁴³ O povo romano era dividido em três estamentos: (1) a *gens*; (2) a clientela; e, (3) a plebe. (1) A *gens* origina-se na família patriarcal, que agrupando-se, deu origem às *gens*, que, em grupos maiores, formaram a cidade (conjunto de várias *gens*). Eram os patrícios, ou aqueles que descendiam do patriarcado; (2) a clientela era uma espécie de vassalagem, que incluía os estrangeiros vencidos, e submetidos às *gens* por meio da *deditio* e os estrangeiros emigrados, que se submetiam, por vontade, a uma *gens* em virtude da *applicatio*, ato solene pelo qual um estrangeiro, que emigrava para Roma, se colocava sob a proteção e dependência de um *pater familias patronus*, tornando-se seu cliente e (3) a plebe, que era composta pelos deditícios. Vide ALVES, José Carlos Moreira. op.cit. p. 10.

⁴⁴ JUSTO, Santos. op.cit. p. 129: "O colono é o indivíduo que, embora tenha personalidade jurídica, está vinculado permanentemente, com seus familiares, ao *fundus* que trabalha e de que é considerado membro".

⁴⁵ JUNIOR, José Cretella. loc.cit.

⁴⁶ IGLESIAS, Juan. *Direito Romano*. Tradução da 18ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 205: "Roma é a cidade - a *civitas* - e forma, por si só, um Estado. Roma tem constituição de cidade desde sua fundação até o século III de Cristo. O território cidadão encontra-se distribuído, sob a República, em 35 tribos - 4 urbanas e 31 rústicas-. [...] A cidadania é um estado - *status civitatis* - que interessa por igual ao *ius publicum* e ao

romano se a mãe ostentar o *status civitatis*. Esta regra foi alterada, no final da República, pela *Lex Minicia* que estabeleceu que o *status* do indivíduo se aferiria pelo *status* do pai, no momento do nascimento, independentemente do *status* da mãe⁴⁷.

Por aquisição do direito, se é romano: (1) por se domiciliar em Roma, como é o caso dos latinos velhos (*latini veteres*); (2) por concessão legal, a *Lex Julia*, de 90 a.C., concedeu cidadania romana a todos os latinos da Itália e, mais tarde, o édito de Caracala, de 212 d.C., a concedeu a todos os habitantes do Império, com exceção dos peregrinos deditícios; (3) por prestar serviço militar: os peregrinos que servissem ao exército de Roma recebiam o *status civitatis*; (4) por denúncia: os peregrinos que denunciasses magistrados concussionários, que viessem a ser condenados em razão desta denúncia, adquiriam a condição jurídica de cidadãos; e, (5) por concessão graciosa, particular ou coletiva⁴⁸.

Os estrangeiros são divididos em latinos e peregrinos. Os latinos não são propriamente estrangeiros, no sentido de não serem do local, mas não-romanos, no sentido de não ostentarem o *status* de cidadãos de Roma.

Esta classe, a dos latinos, subdivide-se em velhos (*veteres*), colonários (*colonarii*) e junianos⁴⁹ (*juniani*). Os primeiros são os antigos habitantes do Lácio, das antigas colônias a quem os romanos concederam o *status* de latinos; os segundos, eram os colonos que em 486 a.C., foram por Roma assim reconhecidos, habitando ou não as colônias latinas e os terceiros, os julianos, eram habitantes do Império, regulados por lei especial, a *Lex Junia Norbana*⁵⁰. Esta lei declara que os libertos manumitidos por formas não solenes não são cidadãos romanos, ainda que livres.

ius privatum, no sentido de que somente o *civis* pode participar nas relações que nascem de um e outro. Na noção antiga - não exclusivamente romana - , a personalidade jurídica, assim no público como no privado, é privilégio do cidadão. Rege, pois, o princípio da 'personalidade do Direito', em virtude do qual cada indivíduo vive sujeito à lei de sua própria cidade ou nação. Tal lei não tem vigência territorial, senão que segue o cidadão onde quer que esteja, na cidade ou fora dela."

⁴⁷ JUNIOR, José Cretella. loc.cit.

⁴⁸ idem.

⁴⁹ CAMPOS, J.A. Segurado e. (tradução do texto latino e notas). *GAIUS. Instituições de Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010. pp. 82-83: "a estes homens dá-se o nome de latinos junianos; são cidadãos latinos porquanto assimilados aos colonos latinos, e junianos porque obtiveram a liberdade em virtude da lei Júnica, dado que anteriormente eram considerados escravos. 23. A lei Júnica, todavia, não lhes permite, nem que eles próprios façam testamento, nem que sejam beneficiários de um testamento, nem que sejam nomeados tutores por testamento".

⁵⁰ JUNIOR, José Cretella. op.cit. p. 75

Eram considerados escravos pelo direito civil, e livres por construção do direito pretoriano, fundada na equidade.⁵¹

Os peregrinos são os estrangeiros. A eles, num primeiro momento não se reconhecia qualquer direito. Posteriormente, foram-lhes concedidos alguns direitos. Dividem-se em ordinários e *deditícios*. Os ordinários eram os habitantes das cidades, como gauleses e gregos, que se renderam à Roma; e os *deditícios*, os que pegaram em armas contra ela.

Quanto aos direitos concedidos a cada estrato da sociedade romana, tem-se que, ao cidadão⁵², eram observados, no campo do direito privado, o *jus commercii*, o *jus connubi*, e o direito de pedir em juízo, a *legis actio*. No direito público, o *jus suffragii*, direito de votar e o *jus honorum*, direito de ser votado e exercer uma magistratura, e, ainda, o direito de servir nas legiões. O nome⁵³ do cidadão romano era composto por nome, nome da *gens* e cognome (*praenomen*, *gentilicum*, *cognomen*) assim um prenome, um nome de família e um nome pelo qual seria conhecido, um apelido. Os latinos velhos tinham os mesmos direitos do cidadão romano, no campo privado; e, no campo do direito público, tinham o *jus commercii*, e o *jus suffragii*, direito de votar se estivessem na cidade no dia das eleições. Não podiam ser votados ou exercer magistraturas, o *jus honorum*, e não podiam tomar parte nas legiões romanas. Aos peregrinos⁵⁴ só se concedia o *jus commercii*, daí o surgimento da idéia de que a atividade comercial seria uma atividade inferior⁵⁵.

⁵¹ *idem*.

⁵² JUSTO, Santos. *op.cit.* p. 133.

⁵³ *idem*: "O cidadão romano tem um nome (*nomen*) que assinala sua privilegiada situação jurídica. E, em regra, recebe um *praenomen* (que o distingue dos outros membros da família), um *cognomen* (que indica a que ramo pertence dentro da *gens*) e um sobrenome ou *agnomen* (que refere a alguma condição especial ou familiar)".

⁵⁴ CAMPOS, J.A. Segurado e. *op.cit.* p.83: "Quanto aos que pertencem ao número dos *deditícios*, esses não podem receber nada por testamento seja a que título for, como de resto sucede a qualquer estrangeiro; eles, de resto, também não podem fazer testamento, segundo a opinião mais generalizada. 26. A categoria mais baixa de liberdade é a da classe de *deditícios*, uma vez que não há qualquer lei, *senátus-consulto*, ou constituição imperial que lhes facilite o acesso à cidadania romana. 27. Mais ainda, não lhes é permitido habitar em Roma, nem sequer a menos de cem milhas da cidade de Roma; se não cumprirem esta prescrição, tanto suas pessoas como os seus bens serão vendidos em hasta pública, e mesmo assim na condição de não poderem servir como escravos nem em Roma, nem a menos de cem milhas de Roma, e de nunca mais poderem ser manumitidos; se forem manumitidos <pelos seus donos>, passarão a ser escravos do povo romano. Todo este articulado figura na lei *Élia-Sênica*".

⁵⁵ JUSTO, Santos. *loc.cit.*

Em 212 d.C., o imperador Marco Aurélio Basanus, conhecido como Caracala, concedeu o *status civitatis* a todo habitante do Império, a exceção do peregrino deditício. Esta concessão ficou conhecida com édito de Caracala, e marcou o fim da distinção entre romanos e não-romanos, a exceção, como se disse, do peregrino deditício, que pegou em armas contra Roma⁵⁶.

1.3 O estrangeiro nos preceitos bíblicos do direito hebraico

O direito hebraico, ou mosaico, é, como muitos sistemas jurídicos, um direito religioso. Consiste no conjunto de leis e preceitos religiosos, de caráter monoteísta, vigente entre os antigos israelitas⁵⁷. Trata-se de um conjunto de normas consideradas sagradas pela comunidade de fiéis até os dias de hoje. A ele há quem também se refira como direito judaico, direito talmúdico, ou direito rabínico. Suas fontes são a *Torah*, que corresponde ao Pentateuco Cristão, que se divide em cinco livros: *Bereshit* (Gênesis); *Shemôt* (Êxodo); *Va-yiaqra* (Levítico), *Ba-midbar* (Números) e *Debarin* (Deuterônimo). As leis se encontram previstas nos quatro últimos livros, especialmente no *Debarin* que é conhecido como *O Livro da Lei*. A legislação contemplada alcança matérias cíveis, criminais, comerciais e ritualísticas⁵⁸. Também constituem sua fontes os *Ketubin* (Escritos) e *Nebiin* (Profetas), que, com a *Torah*, compõem o *Tanak*, ou Antigo Testamento.

A experiência do Êxodo é marca indelével na cultura judaica. Ela é a orientação hermenêutica da aplicação da lei sempre com vistas à contemplar a dignidade e igualdade dos excluídos. No ponto, a idéia de que todos os homens foram feitos a imagem e semelhança de seu criador, retomada pela filosofia cristã medieval para pavimentar o caminho da fundamentação do que hoje conhecemos por direitos humanos, também contribuiu, no direito hebraico, para uma concepção inclusiva do outro, do que vem de fora, do que é estrangeiro.

⁵⁶ JUNIOR, José Cretella. op.cit.p.76.

⁵⁷ PALMA, Rodrigo Freitas. *Manual Elementar de Direito Hebraico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25.

⁵⁸ *ibidem*. p. 34.

A Torah indica seis cidades, *Quedes, Siquém, Quiriate-Arva, Bezer, Hamote e Golã*, para servirem de refúgio e asilo aqueles que cometeram homicídios culposos⁵⁹.

Entre os desamparados com quem a *Torah* se preocupa, estão as *viúvas, os órfãos, os pobres da terra, e os estrangeiros*.

O judaísmo nasce da promessa feita a Abraão. Deus procura entre os seres humanos aqueles que são fiéis. Em Canaã, os judeus se fixaram, e, com Abraão, Deus selou uma aliança, pela qual lhe prometeu uma descendência. Mesmo que o velho pastor já contasse 70 anos, vieram os filhos: Isaac, Jacob, Josué e seus irmãos, mas Deus o advertiu de que "*seus descendentes viverão como estrangeiros numa terra que não será a deles*" (Gênesis, 15,13).

As escrituras não deixam escapar menção à hospitalidade de que foram beneficiários os patriarcas em Canaã. Com a morte de Sara, Abraão se declara *estrangeiro e peregrino* (Gênesis, 23,4), e reclama Hebron como terra sepulcral.

Quando Isaac, filho mais velho de Abraão, envelhece, decide transmitir a benção divina, recebida de seu pai, à sua descendência, e como deve fazê-lo ao primogênito, manda Esaú caçar o animal a ser assado na festa da benção. Como sua mulher, Rebecca, gostava mais de Jacob do que de Esaú, enrola, na mão daquele, a pele de um animal para que Isaac, velho e cego, pensasse se tratar de Esaú, e assim passasse a benção a Jacob, no lugar do irmão. Descoberta a fraude, e ameaçado de morte pelo irmão traído, Jacob foge e encontra uma escada que liga a terra ao Céu. Nela, Deus lhe confirma que a benção lhe fora efetivamente transmitida, apesar da trapaça. No caminho da fuga, Jacob encontra Labão, e se apaixona por sua filha, Raquel. Labão, porém, promete a filha mais velha em casamento a Jacob se trabalhar para si por sete anos; e, por mais sete, a mão de Raquel. Casado com as duas, passados muitos anos, Jacob retorna ao lar. Para reconciliar-se com seu irmão, oferece-lhe riquezas, não sem antes travar uma luta noturna com Deus, luta da qual saiu com o nome de Israel, que significa *Deus luta*.

Em sua terra natal, estabeleceu-se, então, Israel. A partir de seus doze filhos (*Rubem, Simeão, Levi, Judá, Issacar, Zabulon, Dã, Neftali, Gad, Aser, Josué e Benjamin*), formaram-se as doze tribos de Israel. Outros dez filhos de Israel sentiram-se tratados de forma inferior, e, por vingança, venderam Josué para mercadores do Egito. Israel foi convencido de que Josué morrera atacado por um animal no deserto.

⁵⁹ *ibidem*. p. 70.

Josué foi parar em terras do faraó, e tornou-se, por seus méritos, o segundo homem do Egito. Tempos mais tarde, com a grande fome que assolava Canaã, a família de Isaac se refugia no Egito. Josué reencontra os familiares e não é por eles reconhecido, mas reconhece os irmãos. Pensa em vingar-se, mas sucumbe à alegria de reencontrar o pai e os demais irmãos, e se revela a eles. Tem-se, assim, que a escravidão no Egito se inicia com a hospitalidade do faraó na terra de Gessen (Gênesis, 47, 1-12). Josué anuncia ao faraó que seu pai vem com seus irmãos e com tudo o que possuem; que chegaram da terra de Canaã e estão em Gessen, peregrinos que são porque não há pastos para ovelhas e é grave a fome na terra de Canaã. O faraó diz a Josué que podem habitar Gessen.

Os filhos de Israel então permanecem no Egito e se tornam cada vez mais numerosos. Josué morre e, após sua morte, passam os filhos de Israel, estrangeiros em terra do Egito, a ser mal vistos. Os egípcios ordenam que todos os filhos homens de Israel sejam mortos ao nascer. Para salvar seu filho, uma mãe israelita o coloca numa cesta de vime no Nilo. Achada a criança pela filha do faraó, é criada com o nome de Moisés.

Adulto, Moisés mata um egípcio e tem de se refugiar no deserto. Lá, ouve o nome o santo nome do Deus de Abraão, de Isaac e de Jacob, o nome que nenhum fiel pode pronunciar, e percebe que pertence a seu povo, e que deve conduzi-lo do Egito para a terra já prometida por Deus a Abraão. Moisés pede ao faraó que possa o povo de Israel deixar o Egito. O faraó assente num primeiro momento, mas recua, e proíbe. Deus envia pragas ao Egito, causando a morte de todos os primogênitos. Os filhos de Israel são poupados porque passam sangue de cordeiro em suas portas, para que o anjo da morte não entre em suas casas. A passagem inofensiva do anjo da morte recebe o nome de *pessach*. Nesta noite, o povo de Israel decide deixar o Egito. Nesta noite, celebram a força de Deus. E a força de Deus se manifesta ainda uma vez, quando Moisés divide o Mar Vermelho, permitindo a passagem de seu povo por entre ele, voltando as águas a unir-se, afogando os que queriam a ruína de Israel. E um longo período seguiu-se de caminhada pelo deserto, até que atingissem o Monte Sinai.

O nome do filho primogênito de Moisés indica a situação de seu povo, Guershon, ou o *imigrante em terra estrangeira* (Êxodo, 2 - 22). Em Êxodo 22, 20; 23, 9, o comando de acolhida e respeito aos estrangeiros, liga-se às referências da antiga opressão pelo faraó: "não explore nem oprima o estrangeiro, porque fostes estrangeiro

em terras do Egito". No segundo discurso, no Deuterônimo, capítulo 10, versículos 16-19, Moisés é ainda mais explícito, e coloca o estrangeiro sobre a proteção divina

"Circuncidai, pois, o prepúcio de vosso coração e não endureçais a vossa cerviz. Pois o Senhor, vosso Deus, é o Deus dos deuses e o Senhor dos senhores, o Deus grande, poderoso e terrível, que não faz acepção de pessoas, nem aceita recompensas; que faz justiça ao órfão e à viúva e ama o estrangeiro, dando-lhe pão e veste. Pelo que amareis o estrangeiro, pois fostes estrangeiros na terra do Egito"

E completa (Deuterônimo, 15, 7-8)

"Quando houver pobre no teu meio, que seja um só de teus irmãos numa só de tuas cidades, na terra que Iahweh teu Deus te dará, não endurecerás teu coração, nem fecharás a mão para com este teu irmão pobre; pelo contrário, abre-lhe a mão, emprestando-lhe pó que falta, na medida da sua necessidade".

Em Números, capítulo 9, versículo 14, há a lembrança ritual da celebração da primeira Páscoa no deserto, celebração esta que lembra aos homens que Deus, de forma extraordinária, libertou os hebreus do Egito, onde eram escravos. Com isso, estabelece a igualdade jurídica entre os homens, que, sendo iguais, devem obedecer às mesmas leis.

"Se algum estrangeiro reside entre vós e celebra a Páscoa a Iahweh, deverá celebrá-la segundo o ritual e os costumes da Páscoa. Haverá entre vós apenas um estatuto, tanto para o estrangeiro quanto para o natural da terra".

No Levítico, capítulo 19, versículos 33-34, volta-se ao tema da escravidão no Egito, e a necessidade de considerar-se o estrangeiro como um igual, porque o hebreu já experimentou ser discriminado por não ser do local.

"Se um estrangeiro habita convosco na vossa terra, não o molestareis. O estrangeiro que habita convosco será para vós um compatriota, e tu o amarás como a ti mesmo, pois fostes estrangeiro na terra do Egito".

Ainda no mesmo livro, capítulo 20, versículo 22, a exortação para que se tenha generosidade com o estrangeiro.

"Quando segardes a messe de vossa terra, não segarás até o limite extremo do teu campo e não respingarás a tua messe. Deixarás isso para o pobre e para o estrangeiro. Eu sou Iahweh".

No versículo 22, do capítulo seguinte, o comando de perdão e acolhimento ao estrangeiro.

"Se o teu irmão que vive contigo achar-se em dificuldade e não tiver com que te pagar, tu o sustentarás como a um estrangeiro ou hóspede, e ele viverá contigo".

Mas há restrições ao estrangeiro⁶⁰. No Deuterônimo, capítulo 23, versículo 5, tem-se que os estrangeiros de origem moabita ou amonita não podem ter assento nas assembleias culturais, por terem deixado, no passado, de cumprir regras de hospitalidade (Números 22, 2; Neemias 13,2). Só a circuncisão faz de um imigrante um cidadão, embora o estrangeiro, mesmo não circuncidado, esteja submetido à obrigação do *Sabat* (Êxodo, 20, 10).

No Deuterônimo, 14, 21, tem-se a concepção de povo sagrado, distinto do estrangeiro: "Não comereis nenhum animal morto, ao estrangeiro, que está em dentro de sua porta, o darás a comer ou o venderás ao estranho, porquanto és povo santo".

Posteriormente, idéias messiânicas anunciam uma mudança de concepção que se operará nas escrituras com relação à distinção entre o povo escolhido e os demais, quando em Isaías, 14, 1, referindo-se a Isarel, se anuncia: "Ele os instalará sobre sua terra. Os estrangeiros se juntarão a eles e serão incorporados à casa de Jacob". Com o Cristianismo, a distinção entre estrangeiros convertidos e simpatizantes da causa judaica desaparece. As condições de pagão e estrangeiro são abolidas com Paulo, através da redenção operada no sangue do Crucificado. Já não há "estrangeiros ou imigrantes" mas "concidadãos do Povo de Deus" (Efésios 2,19). Pelo Cristo, todos os estrangeiros são recebidos no corpo da Igreja para formar um único corpo e um único espírito⁶¹. Surge o fundamento do ideal cristão de igualdade.

⁶⁰ POTTIER-THOBY, Anne-Cécile. *Da Traição à Redenção*. in: MONTANDON, Alain (dir.). *O Livro da Hospitalidade. Acolhida do Estrangeiro na História e nas Culturas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Senac, 2011.p.120.

⁶¹ *ibidem*. p. 121.

2 A NACIONALIDADE E O CONCEITO JURÍDICO DE ESTRANGEIRO

O conceito de estrangeiro se obtém por exclusão. Estrangeiro é todo aquele que não é nacional⁶². Pouco importa em que condição o indivíduo que não é nacional se encontre no território, se em situação regular ou irregular, se nacional de tal ou qual país, ou mesmo que não ostente qualquer nacionalidade. Seja nacional de outro país, refugiado, asilado, apátrida, regular, temporário ou permanente, meramente irregular ou clandestino, turista, homem de negócios ou missionário religioso, todo aquele que não é nacional é um estrangeiro.

Assim, se o conceito de estrangeiro se extrai por exclusão, pelo tão-só fato de não ser um nacional, o conceito de nacional é necessário à compreensão do conceito de estrangeiro.

Em linhas gerais, a nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo⁶³ a um Estado soberano. É jurídico porque regulado pelo direito, embora outros setores das ciências humanas se ocupem dele⁶⁴. Em geral, é o texto constitucional de um Estado quem estabelece quem são os seus nacionais⁶⁵; e político porque apontar quem são os nacionais é uma decisão política fundamental⁶⁶ tomada

⁶² CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 26.

⁶³ Embora também se possa trabalhar com a idéia de nacionalidade de pessoas jurídicas (ficção com a qual trabalha o direito para: (1) separar o patrimônio das pessoas físicas do patrimônio das pessoas morais; e, (2) identificar a vontade coletiva por meio da expressão da vontade da maioria, observadas as regras de constituição das pessoas jurídicas) ele não configura objeto do presente trabalho. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 11, dispõe que as sociedades obedecem à lei do Estado em que se constituírem. A nacionalidade das pessoas jurídicas é reconhecida com base em três critérios: (1) o da incorporação: ostenta a nacionalidade do local onde se constitui; (2) o da sede social, de onde se encontra seu principal estabelecimento e seus órgãos diretivos e (3) o do controle, em que terá a sociedade a nacionalidade dos detentores de capital da sociedade. O artigo 1.126 do Código Civil estabelece ser brasileira a sociedade organizada de acordo com a lei brasileira e que tenha no país a sede de sua administração.

⁶⁴ THIELLAY, Jean-Philippe. *Le droit de la nationalité française*. 3ª ed. Paris: Berger Levrault, 2011. p. 11: “Le droit français de la nationalité est un droit complexe, à plus d’un titre, notamment parce qu’il fait appel tant à des mécanismes juridiques qu’à des considérations politiques et quasi philosophiques”

⁶⁵ No Brasil, o artigo 12, incisos I e II, da CRFB/88 estabelece quem são os nacionais brasileiros.

⁶⁶ O professor alemão Carl Schmitt desenvolveu o conceito político de constituição em sua obra *Teoria da Constituição*. Para ele, a constituição de um Estado é a sua decisão política fundamental. A força da norma

na própria formação do Estado⁶⁷, pelo poder constituinte originário, ou mesmo em sua configuração posterior⁶⁸, por meio do poder constituinte derivado, ainda assim com força fundante, como é próprio do exercício do poder constituinte independentemente do momento em que é exercido. O conceito de soberania como insubmissão a Estado estrangeiro, na perspectiva externa⁶⁹, compreende, inclusive, o direito de decidir

constitucional não se legitima em sua justiça, mas na decisão política de formação do Estado que ela representa. Essa premissa permitiu ao constitucionalista alemão estabelecer a distinção entre constituição e leis constitucionais. A primeira compreenderia a disciplina materialmente constitucional: organização do Estado, aquisição, exercício e perda do poder; além dos direitos fundamentais. As segundas, diriam respeito às normas só formalmente constitucionais, ou seja, as que, não obstante tratem de temas não constitucionais, se encontrassem encartadas no texto constitucional, como é o caso, no Brasil, por exemplo, da norma encartada na Constituição, referente ao Colégio Pedro II, que o situa no Rio de Janeiro e o qualifica como instituição federal.

⁶⁷ FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 15: "O Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou reconstrói), através da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda seus fins."

⁶⁸ No Brasil por meio do exercício do poder constituinte derivado, na elaboração de emendas constitucionais, como é o caso da EC 54/07, que deu nova redação à alínea c, do inciso I, do artigo 12, da CRFB/88.

⁶⁹ Adotamos aqui o conceito corrente, encontrado na doutrina de direito internacional, de soberania como monopólio do uso legítimo da força, no plano interno, e insubmissão a Estado estrangeiro no plano externo. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.36. Os tratados de Westfália (Münster e Osnabrück), de 1648, colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos, e promoveram, com isso, a separação entre Estado e Igreja, o que ensejou, como consequência, a criação de uma sociedade de Estados independentes, não hierarquizados e soberanos; BROWNLIE, Ian. *Principles of a Public International Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.289: "The sovereignty and equality of states represent the basic constitutional doctrine of the law of the nations, wich governs a community consisting primarily of states having a uniform legal personality [...] sovereignty is in a major aspect a relation to other states (and organization of states) defined by law"; REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25: "No plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria, e fazendo valer, para todos, tanto o acervo legislativo quanto as situações e atos jurídicos que, mesmo no âmbito privado, se produzem na sua conformidade"; FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 6-15. Historicamente, sabe-se que a primeira formulação do conceito de soberania, pelo menos no que concerne à sua faceta externa, antes mesmo da formulação do conceito no plano interno, feita por Bodin e Hobbes, foi concebida por Francisco de Vitoria, no séc.XVI, como necessidade de encontrar-se um fundamento jurídico para sustentar a conquista do novo mundo, sem que se precisasse se recorrer aos até então aventados: *ius inventionis* (direito de descobrimento) e o fato de serem os índios americanos *infideles* (pecadores que deveriam ser resgatados).

quem seja o seu nacional, não se admitindo, em direito internacional, possa outro Estado soberano determinar quem será o nacional de Estado que não o seu próprio.

O Estado, tal como o concebemos nos dias atuais, é composto basicamente de três elementos: território, governo (ou soberania) e povo. Povo é o conjunto de nacionais⁷⁰, que além desse vínculo jurídico-político mencionado, tem, em regra, uma identidade comum: étnica, cultural, religiosa e idiomática⁷¹.

Como se vê, a nacionalidade tem muito maior relação com o conceito de Estado soberano do que com a idéia de nação. Para Eric Hobsbawm, o fenômeno nação pode ser percebido tanto de forma objetiva, em linhas gerais, como conjunto de indivíduos que tenham a mesma língua, etnia, religião, cultura, e a mesma história

Para Vitória, o conceito de soberania se funda em três pilares: (1) uma comunidade internacional como sociedade natural de Estados Soberanos; (2) a teorização de direitos naturais dos povos e dos estados, como os direitos de comércio, de migrar, de comunicar; e, (3) a reformulação da doutrina cristã da guerra justa, concebida como possibilidade de se sancionar as ofensas sofridas pelos espanhóis por índios americanos. Com relação a este último tópico, os conceitos de *ius ad bellum* (direito a guerra) e *ius in bellum* (direito da guerra) são trabalhados quanto aos limites das ofensas a que se possa reagir. Não é qualquer ofensa que autoriza a guerra, só uma grave ofensa que coloque em risco a segurança legítima o príncipe a iniciar a guerra para neutralizá-la, na medida em que a guerra sempre coloca em risco os próprios súditos do soberano. Quanto à comunidade de Estados, a grande inovação está na idéia de que a comunidade de Estados não só se vincula pela obrigatoriedade dos pactos firmados, mas também pela força de normas que desejam todo o gênero humano por eles representados. *Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestate ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt iure gentium... Neque licet uni regno nolle tenere iure gentium: est enim latum totus orbis autoritate* (O mundo inteiro, que de alguma forma é uma república, detém o poder de fazer leis justas e convenientes a todos, como são as do direito das gentes... E não é lícito que um único reino se recuse ser regido pelo direito das gentes: pois esse direito adveio da autoridade do mundo inteiro); e PAUPÉRIO, A. Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.15: "Soberania, do latim *super omnia* ou de *superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus), significa, vulgarmente, o poder incontestável do Estado, acima do qual nenhum outro poder se encontra. Gerber definiu-a como poder de dominação - *Herrschergewalt* - de império.

Orban, como a plenitude do poder público, a suprema *potestas*". AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Globo, 2008. p. 23: "A autoridade é instrínseca ao Estado, é o seu modo de ser, e o poder um de seus elementos essenciais. Sem dúvida, em outras formas de sociedade a autoridade e o poder também existem. Mas o poder do Estado é o mais alto dentro de seu território, e o Estado tem o *monopólio da força* para tornar efetiva sua autoridade."

⁷⁰ Em Teoria Geral do Estado, conceito de povo diferencia-se do de população por ser este último considerado como o conjunto de indivíduos, nacionais ou estrangeiros, no território de um Estado. Cf. AQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2010. pp. 23-38. *passim*.

⁷¹ Ainda em Teoria Geral do Estado, esta identidade comum revela o conceito de nação.

comum; quanto de forma subjetiva, como grupo de indivíduos que se percebe e se declare como uma nação⁷².

No entanto, o que releva para o conceito de nacionalidade, pelo menos sob a ótica estritamente jurídica, é se encontrarem estes indivíduos vinculados jurídico-politicamente a um Estado soberano do qual recebam proteção. Assim, conclui o historiador britânico que não são as nações que formam os Estados e os nacionalismos, mas o oposto⁷³.

Os critérios de concessão de nacionalidade podem ser os mais variados (nascimento, parentesco, etnia, religião, domicílio, honra⁷⁴) considerada a liberdade com que os Estados soberanos podem, no exercício de sua soberania, determinar quem serão considerados os seus nacionais⁷⁵. No que concerne a concessão de nacionalidade originária, aquela que é reconhecida como existente desde o nascimento, dois, basicamente, são os critérios predominantemente utilizados: o direito do sangue (*ius sanguinis*) e o direito do solo (*ius soli*)⁷⁶.

⁷² HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismo desde 1780*. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. pp.14-20.

⁷³ *ibidem*. p. 19.

⁷⁴ FONTES, André. *Nacionalidade Brasileira e Adoção Internacional*. p. 11. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2a Região / RJ 2011 - volume 15, n. 1. "Os direitos espanhol e monagesco, por exemplo, concedem nacionalidade por relevantes serviços prestados à nação, como título honorífico, outorgado pelo monarca, a quem os tenha prestado".

⁷⁵ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Volume V. Da Nacionalidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. pp. 134-135: "Não havendo regra de direito internacional, que estabeleça uma técnica, a que obedeçam os Estados na determinação das circunstâncias, de que depende a atribuição da qualidade de nacional, é manifesto que nada impede tenha cada qual a sua técnica, [...] Não há uniformidade de vistas, quanto à classificação das normas sobre nacionalidade, nos diversos sistemas legislativos.

Na maior parte dos Estados, é na própria Constituição política que se encontram as bases da nacionalidade. Muitos estabelecem na Constituição os requisitos de aquisição e perda da nacionalidade, completando em leis especiais as disposições concernentes à nacionalidade de origem, e, principalmente, à naturalização. Outros fazem a declaração de que a nacionalidade será regulada por lei ordinária, consignando alguns deles uma ou outra disposição no próprio texto constitucional.

Em vários Estados, é somente a lei de direito público que regula toda a matéria de nacionalidade.

Poucos são os Estados que incluem na lei civil os dispositivos reguladores da condição de nacional, quer originária, quer adquirida".

⁷⁶ O Departamento de Estado Norte-Americano divulgou regras para a obtenção da nacionalidade (cidadania) norte-americana para filhos gerados por meio de reprodução assistida, considerado o fato de que algumas crianças nascidas no exterior, filhas de pais norte-americanos, mas não biologicamente relacionados a estes, tinham problemas em regressar aos EUA, na medida em que eram considerados estrangeiros. Assim, esclareceu o Departamento de Estado que crianças concebidas por métodos assistidos, que não tivessem relação biológica com

Países de tradição emigratória, como a Alemanha, o Japão ou a Polônia, ou seja, aqueles que exportam seus nacionais, tendem a conferir nacionalidade pelo critério do direito do sangue. É dizer: a nacionalidade do indivíduo é a mesma de seus genitores no momento do nascimento. A idéia é a de que os nacionais só deixam o território premidos pelas circunstâncias, geralmente em busca de melhores oportunidades de vida, mas que um dia retornarão, e, não o fazendo, o Estado permitirá que o retorno à pátria se dê por seus filhos, ou até mesmo por seus netos, que carregarão o mesmo sangue, e, com isso, o mesmo vínculo com a pátria.

Países de tradição imigratória, aqueles construídos pela mão do imigrante estrangeiro, como o Brasil e os Estados Unidos da América, por sua vez, tendem a conferir a nacionalidade pelo critério do direito do solo. Trata-se de uma concessão mais generosa, com vistas à acolhida do estrangeiro que acorra ao território para participar da construção do país. A nacionalidade concedida por este critério permite que o filho do estrangeiro seja um nacional do lugar onde a família escolheu fixar-se. Por vezes, como se verá mais adiante, esta concessão generosa implicará em vínculo que pode até mesmo não ser desejado, na medida em que a nacionalidade é fonte de direitos, mas também de deveres⁷⁷.

Alguns países combinam estes critérios como regra (Bélgica, Bulgária, Cuba, França, Grã-Bretanha).⁷⁸

2.1 **Direito de nacionalidade. Doutrina geral**

É consenso hoje no mundo ostentar a nacionalidade a condição de direito fundamental, reconhecendo-se na sua concessão a observância de valores universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade da pessoa humana.

país norte-americanos não são considerados nacionais (cidadãos) norte-americanos no momento do nascimento. Em <http://travel.state.gov/law/citizenchip_5177.html>, acessado em 06.06.2012.

⁷⁷ No caso brasileiro, ser nacional significa, para os indivíduos do sexo masculino, a obrigação de prestar serviço militar; e, para todos os indivíduos, maiores de 18 anos, e antes de contar 70, a obrigatoriedade de participar do processo eleitoral na qualidade de eleitor.

⁷⁸ FARIA, Milton. *Prática Consular*. Rio de Janeiro: Publicações do Instituto Rio Branco, 1950.

O artigo XV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, enuncia: "Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade". A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, por sua vez, estabelece em seu artigo 20, que trata do direito à nacionalidade, que: "1 - Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade; 2 - Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra; 3- A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la."

A nacionalidade fornece às pessoas um sentido de pertencimento, de identidade, de comunhão com determinada comunidade, mas não só. Cria uma série de obrigações e deveres e, mais importante, permite o exercício de um sem-número de direitos que lhes seriam negados se fossem considerados estrangeiros.

Atenta a estas questões, a Organização das Nações Unidas exortou os Estados, em duas Convenções (a Convenção de 1954, sobre o Estatuto dos Apátridas, e a de 1961, para Reduzir os Casos de Apatridia) a que não deixassem de conferir, com critérios os mais generosos possíveis, o direito fundamental à nacionalidade.

O direito a uma nacionalidade corresponde, ainda, aos direitos de mudar de nacionalidade e de não mudá-la. Assim, o direito de mudar compreende o direito de renunciar a uma nacionalidade⁷⁹ e o direito a adquirir outra nacionalidade, como ocorre, como regra e por exemplo, com o indivíduo que adquira, por vontade, uma outra nacionalidade que não a que ostente. Nesta situação, no mais das vezes, a

⁷⁹ "Constitucional – Nacionalidade – Renúncia à Nacionalidade Brasileira Originária – Pedido Expresso – Art. 12, I e II, CF/1988 – Art. 140, CF/1967 1. Apelação em face de sentença que, em ação declaratória de renúncia à nacionalidade brasileira, julgou procedente o pedido autoral. 2. As previsões da Constituição da República de perda da nacionalidade foram criadas para impedir que o Estado arbitrariamente retirasse do indivíduo sua nacionalidade, sendo um instrumento de proteção do cidadão diante do aparato estatal, e não o inverso, e se os próprios autores pretendem abdicar de sua nacionalidade, nada pode o Estado fazer contra este anseio. 3. Infere-se do artigo 12, I e II, da Constituição Federal de 1988, que as hipóteses tanto de perda, quanto de aquisição de nacionalidade, não levam em conta só a vontade exclusiva do Estado, mas, também, a individual, ambas concorrendo harmonicamente para a decretação da perda. 4. O que os autores querem é menos que a perda, mas uma abdicção, uma renúncia de sua nacionalidade brasileira, para que possam viver nos Estados Unidos de forma plena, com todos os direitos, prerrogativas e garantias que um cidadão com nacionalidade apenas norte-americana possa ter. 5. Tendo os autores manifestado validamente a vontade de serem apenas norte-americanos, e sendo estes capazes civilmente, já com residência fixa nos Estados Unidos, seria inútil forçar a ser brasileiro quem deu contundentes provas de querer possuir nacionalidade diversa. 6. Apelação a que se nega provimento." (TRF2. Oitava Turma. Apelação Cível no 2005.50.02.000411-9. Relator Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa. Julgado em 16 de junho de 2009)

aquisição de uma nova nacionalidade (direito de adquirir) implica na perda da nacionalidade anterior (direito de perder)⁸⁰. O direito de não mudar é identificado no direito de não adquirir, como ocorre com pessoas que se encontrem em territórios anexados por outros Estados e com a situação jurídica da mulher casada, a quem hoje se reconhece o direito de não adquirir, se assim o desejar, a nacionalidade do marido pelo casamento (neste caso, quando há a aquisição de nacionalidade pela mulher, em razão do casamento, se tem a concessão de nacionalidade por vontade da lei). O direito de não perder é ilustrado por Jacob Dolinger com o exemplo da anexação de território, em que o nacional do antigo Estado pretende permanecer como nacional deste⁸¹.

Ainda com relação ao direito de não perder, o artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de prever que "Todo homem tem direito a uma nacionalidade", esclarece que "Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade"⁸².

⁸⁰ Recentemente, observou-se nos Estados Unidos da América curioso fenômeno de aumento do número de nacionais, que residem fora dos EUA, e que renunciam à nacionalidade (lá denominada cidadania) para furtar-se ao preenchimento de inúmeros formulários de imposto de renda, cujas regras, para os nacionais que vivem no exterior, se afiguram excessivamente complexas, segundo a avaliação destes que desejam não mais ostentar a nacionalidade norte-americana. Em <www.nytimes.com/2010/04/26/us/26expat.html?_r=1>, acessado em 30.05.2012. Também exemplo deste fenômeno é o noticiado pela revista *Veja*, na edição de 30.05.2012 (de nº 2271 - ano 45 - nº 22), p.69, na qual se afirma que o nacional originário brasileiro Eduardo Saverin, um dos homens mais ricos do mundo, segundo a revista *Forbes*, co-criador do site *Facebook*, renunciou à nacionalidade norte-americana derivada (ou cidadania, como preferem os norte-americanos) para evitar a alíquota de 15% sobre ganhos de capital, obtidos por nacionais norte-americanos no exterior.

⁸¹ DOLINGER, Jacob. op. cit. p.163.

⁸² A questão da restrição arbitrária da nacionalidade foi enfrentada pela Organização das Nações Unidas, e enunciada na *Declaração*, notadamente em razão do que experimentado pelos *judeus alemães* durante a Segunda Guerra Mundial. Com a ascensão do nazismo nos anos 1930, pôs-se em prática o longo plano de *evacuação* do povo judeu da Europa, empreendido pelo *III Reich*, que consistia, em último nível, em exterminar o que consideravam uma raça inferior, por meio do que se denominou *solução final*. Antes de se atingir esta *solução final*, os direitos dos judeus na Alemanha foram gradativamente restringidos por leis que ficaram conhecidas como *Leis de Nuremberg*, entre estas, a *Lei de Cidadania do Reich*, a *Lei de Proteção do Sangue Alemão* e o *Primeiro Regulamento para a Lei de Cidadania do Reich*. A *Lei de Proteção do Sangue Alemão* proibiu alemães de se casarem ou mesmo de ter relações sexuais com judeus. A *Lei de Cidadania do Reich* qualificava quem era considerado nacional alemão e conferia, a estes, a cidadania do *Reich*. O *Primeiro Regulamento para a Lei de Cidadania do Reich* qualificou os judeus como tais e cancelou, coletiva e arbitrariamente, a nacionalidade de todos os judeus na Alemanha. Cf. BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. *Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2007. pp.47-53. passim.

E com relação ao direito de não adquirir, a título ilustrativo, a Convenção da Haia, de 1930, sobre Nacionalidade, estabelece que os filhos de diplomatas em missão no exterior têm o direito de não adquirir a nacionalidade do local do nascimento, bastando, inclusive, para livrar-se dela e das obrigações decorrentes, a mera renúncia.

O magistério de Jacob Dolinger ainda nos lembra⁸³, muito a propósito, que não se devem confundir os conceitos jurídicos de nacionalidade e cidadania, embora muitos países o façam, chamando seus nacionais de cidadãos. A nacionalidade, como se viu, é o vínculo jurídico-político entre o indivíduo e um Estado soberano, ao passo que a cidadania é, em sentido jurídico e estrito, a aptidão para o exercício de direitos políticos⁸⁴. A confusão entre os termos⁸⁵, nos esclarece o festejado professor, adviria, entre outras coisas, da construção histórica da cidadania no direito norte-americano, na medida em que teria aquele país, em dado momento, nacionais (os índios nativos do território norte-americano) que não seriam cidadãos, os chamados *noncitizen nationals*.

Ainda hoje, há zonas cinzentas entre os dois conceitos. Antony Aust, estudando as distintas espécies de cidadania britânica, esclarece que o termo

⁸³ DOLINGER, Jacob. op.cit. pp. 156-160.

⁸⁴ Votar, ser votado (§ 3º, do artigo 14, I, da CRFB), ajuizar ação popular, tomar parte em plebiscito. O instituto de equiparação dos direitos dos nacionais brasileiros aos portugueses que se encontrem em território nacional (§ 1º, do artigo 12, II, da CRFB), a denominada *quase-nacionalidade*, cria a situação de se ter um não-nacional (estrangeiro, portanto), porque português, que seja cidadão brasileiro, porque pode exercer direitos políticos no Brasil. Por outro lado, uma criança brasileira é um nacional que não pode ser considerado um cidadão. Esta última questão, em termos constitucionais, pode ser observada no que concerne à legitimidade ordinária para o ajuizamento de ação popular. Não se pode, ainda, para desfazer a confusão entre os termos, deixar de lembrar que um nacional francês, ou italiano, ou português, é, por igual, um cidadão europeu. É dizer: embora não haja nacionalidade européia, na medida em que a Europa não é um Estado, os nacionais dos países que a compõe exercem direitos políticos na organização do bloco, sendo, portanto, cidadãos europeus. Por fim, de se lembrar que, em sentido sociológico, cidadania é aptidão para o exercício de direitos no Estado de Direito. Nessa acepção específica, uma criança seria sempre um cidadão.

⁸⁵ Como se viu no capítulo 2, na Antiguidade Clássica, anteriormente à formação dos Estados modernos, cidadania é um estado, uma condição, uma posição na sociedade. É a vinculação do indivíduo com as coisas da cidade, sua possibilidade de participar das decisões que interessam a todos na cidade. Fustel de Coulanges lembra que esta posição decorre, especialmente na Grécia, da participação do indivíduo no culto da cidade, de sua prática religiosa. Em Roma, questões como a origem precedem a comunhão religiosa que confere a condição social de cidadão, com todas as suas conseqüências jurídicas.

cidadania usualmente denota amplo gozo de direitos civis e políticos em um Estado nacional, e que cidadania e nacionalidade geralmente coincidem⁸⁶.

A Professora Carmen Tibúrcio⁸⁷, por sua vez, salienta que há distinção entre os conceitos de naturalidade, nacionalidade e cidadania. Além dos dois conceitos já expostos, o de naturalidade seria um conceito territorial, e referir-se-ia, portanto, somente ao lugar de onde a pessoa procede, o que eventualmente pode coincidir com o Estado que lhe concede nacionalidade. Assim, uma pessoa pode ter a nacionalidade do país em que nasceu, pode ainda, eventualmente, ser cidadã do lugar onde nasceu e de onde é nacional, mas isso não significa, necessariamente, que esta pessoa será natural, nacional e cidadã deste mesmo país, não se devendo, repise-se, confundir os três conceitos jurídicos, que são distintos.

Por fim, quanto à distinção dos conceitos de nacionalidade e cidadania, relevante anotar que a Constituição, em seu artigo 22, que dispõe sobre a competência legislativa da União, estabelece, em seu inciso XIII, ser a União competente para legislar sobre "nacionalidade, cidadania e naturalização", a indicar que se tratam de categorias jurídicas distintas, como se afirmou.

⁸⁶ AUST, Antony. *Handbook of International Law*. 2ª reimpressão. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 180: "The term 'citizenship' usually denotes entitlement, under the law of a state, to full civil and political rights, and citizenship and nationality normally coincide.

In the law of a state which still has the remnants of a colonial empire, 'citizenship' may be limited to persons with close connections with ('belongs to') the metropolitan territory, those belonging to its overseas territories having a separate status. Thus, the British Nationality Act 1981, as amended, distinguishes between three main categories: (1) British citizens - those belonging to the metropolitan territory of the United Kingdom, to the Channel Islands or to the Isle of Man, and now also to all remaining British overseas territories; (2) British Overseas Territories Citizens - persons who belonged to a former overseas territory but did not acquire the citizenship of that country on independence; and (3) British Nationals (Overseas) (former belongers of Hong Kong). Nevertheless, in international law, all those in the various categories are nationals of the United Kingdom, even though only British citizens are free of all UK immigration control."

⁸⁷ TIBURCIO, Carmen. *Human Rights of Aliens in International and Comparative Law*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. p.1.

2.2 Apatridia e Polipatria

A apatridia é o fenômeno que consiste na ausência de nacionalidade, e, tecnicamente, é o resultado de seu conflito negativo, que se opera pela incompatibilidade, verificada no caso concreto, entre distintos critérios concessivos de nacionalidade originária a que um mesmo indivíduo estaria submetido. Neste caso, o indivíduo se encontra em situação que, por nenhum critério conhecido (direito do sangue, do solo, domicílio, etnia, religião, trabalho em prol da pátria etc), forma vínculo jurídico-político com qualquer Estado soberano, ou que por qualquer razão: anexação de território, sucessão de Estados, restrição arbitrária, perde a nacionalidade que ostentava. Na experiência histórica, tem-se o dramático exemplo dos judeus alemães que, como visto, por força das *Leis de Nuremberg*, deixaram de ser considerados nacionais⁸⁸. O direito convencional (Declaração Universal dos Direitos do Homem; Convenções das Nações Unidas de 1954, sobre o Estatuto dos Apátridas, e a de 1961, para Reduzir os Casos de Apatridia; Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção da Haia sobre Nacionalidade, de 1930) exorta os Estados a que não deixem de conferir, sempre que possível, nacionalidade àqueles que se encontrem em seus territórios, e que não ostentem qualquer outra.

Aquele que não possui qualquer nacionalidade é comumente chamado de apátrida, registrando-se, ainda, os designativos anacional e *heimatlos*, este último de origem germânica. Neste ponto, José Farani Mansur Gueiros anota que há, ainda, o registro *apólides*, que teria sido criticado por Pontes de Miranda por fazer confundir nacionalidade com exercício de direitos políticos, na medida que o termo, de origem grega, se destinaria a designar aqueles que perderam a cidadania, ou, em outras palavras, aqueles que perderam ligação com a *pólis*⁸⁹.

Para alguns, o termo apátrida seria politicamente incorreto e estigmatizante, trazendo à lembrança período de triste memória como a supressão arbitrária e coletiva

⁸⁸ Cf. nota nº 82.

⁸⁹ Anota ainda o autor da tese pioneira sobre apatridia no Brasil que o termo *heimatlos*, de origem germânica, possui conotação pejorativa. É que *Heimat*, que pode ser traduzido por lar ou residência, acoplado ao sufixo de negação *los*, forma a locução *sem domicílio*, ou *sem residência*, que também é compreendida como *vagabundo*. Cf. GUEIROS, José Farani Mansur. *A Condição Jurídica do Apátrida*. Curitiba: UFPR, 1936. p. 13.

da nacionalidade, operada por regimes totalitários como os da Alemanha nazista, com os judeus; e o da extinta União Soviética, no trato dos dissidentes políticos⁹⁰.

A Convenção de 1954 se destina a delimitar a condição jurídica de apátrida e a estabelecer instrumentos mínimos para a sua proteção. Nessa medida, não alcança os denominados apátridas de fato, aqueles que embora formalmente considerados nacionais de algum Estado, na prática, não recebem proteção do Estado a que formalmente vinculados. Estes indivíduos são protegidos por normas internacionais de direitos humanos⁹¹. Para a Convenção, apátridas são todas as pessoas não consideradas por qualquer Estado como seu nacional⁹².

A Convenção de 1954 baseia-se na idéia fundamental de que nenhum indivíduo deve ostentar, em qualquer dos Estados Partes, condição jurídica inferior a do estrangeiro que possua nacionalidade. Para tanto, garante aos apátridas assistência administrativa (artigo 25), e direito a documentos de viagem (artigos 27 e 28). Com relação a certos direitos, como o de professar sua própria religião e o de acesso à educação, estabelece que os apátridas devam ser tratados da mesma forma que os nacionais. Alguns dispositivos se destinam a todos os apátridas; enquanto outros, somente aos apátridas formalmente reconhecidos pelo Estado onde se encontram como tais. Aos apátridas, a Convenção (artigo 2º) obriga a que acatem as leis e os regulamentos do Estado onde se encontrem.

O artigo 32 estabelece um importante mecanismo de proteção, o dispositivo solicita aos Estados Partes que facilitem a naturalização dos apátridas que se encontrem em seu território. É dizer: para a Convenção, a apatridia deve ser erradicada, considerada a natureza de direito fundamental o direito a uma nacionalidade. De qualquer forma, a Convenção exorta os Estados Partes a que, como se disse, facilitem a aquisição de nacionalidade, e não prevê especificamente este direito.

⁹⁰ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Nacionalidade e sua Presença no Direito Internacional Privado. In: Cidadania e Direitos Humanos. Tutela e Efetividade Internacional e Nacional*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2011. p. 11.

⁹¹ Por igual os refugiados, por ostentar tão-somente esta condição, recebem proteção da Convenção das Nações Unidas de 1951, relativa ao *Estatuto dos Refugiados*. Dessa forma, refugiados apátridas se encontram sobre a proteção tanto das normas convencionais relativas aos refugiados, quanto das protetivas dos apátridas.

⁹² Convenção de 1954, artigo 1º

A Convenção também solicita que os Estados Partes sejam capazes de identificar os indivíduos na condição jurídica de apátrida, e que a determinação desta condição deva ser objeto de procedimentos próprios de cada Estado, com observância de critérios justos e eficientes.

O artigo 1º da Convenção apresenta o critério de exclusão, ou seja, a ausência de proteção aos que, por fundadas razões, não mereçam a proteção da normativa convencional.

A Convenção de 1961 estabelece regras para a concessão ou não-privação da nacionalidade quando o indivíduo, de outra forma, for deixado na condição de apátrida. Estabelece, assim, salvaguardas contra a apatridia que devem ser implementadas pelos Estados Partes por meio de sua legislação local.

E o que esta Convenção, em linhas gerais, solicita aos Estados Partes?

(1) medidas para evitar a apatridia entre crianças. Os Estados Partes devem se comprometer a conceder nacionalidade às crianças que mantenham com eles qualquer vínculo referente ao nascimento no território ou descendência. O artigo 2º prevê que os Estados concedam nacionalidade às crianças abandonadas que se encontrarem no território; (2) medidas para evitar a apatridia devido à perda ou à renúncia da nacionalidade (artigos 5 a 7) para estabelecer que estas, por meio da garantia de manutenção da nacionalidade enquanto outra não é concedida, se destina a evitar a perda involuntária de nacionalidade, quando do exercício voluntário do direito de mudar de nacionalidade, não se destinando, especificamente, à perda ou renúncia com vistas a aquisição voluntária da condição de apátrida; (3) medidas para evitar a apatridia devida à privação de nacionalidade (artigos 8 e 9). Objetiva a evitar que Estados Partes privem arbitrariamente indivíduos de nacionalidade por questões raciais, étnicas, religiosas ou políticas. Estabelece, ainda, a proibição de privação de nacionalidade que implique em apatridia.

O problema da apatridia diz diretamente com a possibilidade de exercício de direitos por parte de uma categoria especial de estrangeiros que se encontra, presumidamente, em situação de vulnerabilidade.

O ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, estima que existam no mundo 12 milhões de pessoas sem nacionalidade⁹³. Sua maior concentração se dá, ainda segundo o órgão das Nações Unidas, no Sudeste Asiático,

⁹³ <<http://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas/>> em 12.06.2012.

Ásia Central, Europa Oriental, e Oriente Médio⁹⁴. Para o ACNUR, três focos exigem maior atenção da comunidade internacional: (1) as lacunas no sistema de proteção de pessoas; (2) o fato de o peso maior, em termos de recursos, para auxiliar pessoas em condição de apatridia, dever ser feito por países pobres; e, (3) a incapacidade de os Estados responderem, a contento, à questão da apatridia.

A prioridade do órgão é assegurar que um número cada vez maior de Estados adira às Convenções⁹⁵.

Existem juridicamente dois tipos de apátridas: os apátridas de direito (*de jure*) e de fato. Os primeiros se enquadram na definição daqueles que não ostentam qualquer nacionalidade, ou seja, que não mantém vínculo jurídico-político com qualquer Estado soberano. Os segundos, são aqueles indivíduos que, embora ostentem formalmente uma nacionalidade, não tem observados os direitos dela decorrentes, como ocorre com quem não possa retornar ao seu país e residir nele⁹⁶.

Questão que se coloca na atualidade é saber se é devida a proteção aos apátridas de fato, ante a ausência de previsão na Convenção de 1954, eis que define, em seu artigo 1º, apátridas como indivíduos que não ostentam qualquer nacionalidade.

Recentemente, entre os dias 27 e 28 de maio de 2010, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR, promoveu em Prato, Itália, no contexto dos cinquenta anos da Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, de 1961, uma reunião de especialistas para discutir questões referentes aos dois documentos internacionais, às duas Convenções, e estabelecer, por exemplo, o alcance do conceito de apátrida previsto no artigo 1º, da Convenção de 1954, que estabelece, em princípio, o conceito de apatridia *de jure*, sem considerar, ao menos em sua literalidade, o conceito de apatridia de fato⁹⁷.

Entre as conclusões deste encontro, restou assentado que a definição contida no mencionado dispositivo consubstancia, hoje, norma de direito internacional consuetudinário. Estabeleceu, ainda, que o objetivo do tratado é garantir ao apátrida o aproveitamento o mais amplo possível de seus direitos humanos, razão porque deve a

⁹⁴ ANDRADE, Willian Cesar; FANTAZZINI, Orlando. *Dossiê "A Apatridia" "O direito de se ter um lugar a que chamamos pátria"*. In.: *Refúgio, Migrações e Cidadania. Caderno de Debates. Volume 6*. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2011. p.34.

⁹⁵ idem.

⁹⁶ idem.

⁹⁷ ibidem. p. 37.

norma consuetudinária alcançar não só a nacionalidade formal, mas possuir o indivíduo uma nacionalidade efetiva, de fato⁹⁸, até porque um mesmo Estado pode ter distintas categorias de nacional, havendo, por igual, distinção entre estes quanto à fruição de direitos⁹⁹.

Quanto à locução "por nenhum Estado", estabeleceu o grupo de especialistas, reunidos em Prato, tratar-se de vinculação entre um indivíduo e um Estado soberano, reconhecido como tal pelo direito internacional¹⁰⁰. Aqui se tem o elemento cognitivo mais importante do próprio conceito de nacionalidade, como já se viu acima. Nacionalidade é, como já se disse, vínculo jurídico-político entre um indivíduo e um Estado soberano, esta é a razão pela qual, por outro lado, não se confunde o conceito de nacionalidade com o de cidadania, entendido como exercício de direitos políticos. Um não-nacional pode ser cidadão. É o que ocorre com o português, cujos direitos sejam equiparados aos de brasileiros naturalizados no Brasil, e com o nacional de países membros da União Européia que, embora não sejam nacionais europeus, eis que a Europa não é um Estado, são cidadãos europeus, porque exercem direitos políticos junto a esta pessoa jurídica de direito internacional público.

O grupo definiu os apátridas de fato como:

"[...] pessoas fora de seu país de nacionalidade que devido a motivos válidos não podem ou não estão dispostas a pedir proteção a este país. A proteção, neste sentido, refere-se à proteção diplomática exercida pelo Estado de nacionalidade a fim de corrigir um ato internacionalmente ilícito contra um de seus nacionais, bem como a proteção diplomática e consular e assistência geral, inclusive com o retorno para o Estado de nacionalidade."¹⁰¹

E Gabriel Gualano de Godoy explica que os apátridas de fato, embora não alcançados formalmente pela norma do artigo 1º, da Convenção de 1954, contam, ao menos, com a proteção geral da normativa internacional sobre direitos humanos e os

⁹⁸ ibidem. p. 38.

⁹⁹ ibidem. p. 40.

¹⁰⁰ ibidem. p. 43.

¹⁰¹ ibidem. p. 45.

apátridas refugiados, com a proteção dada por esta mesma normativa aos refugiados¹⁰².

No âmbito do Brasil e do Mercosul, verificam-se os casos conhecidos como "brasileirinhos apátridas" que ensejaram a promulgação da emenda constitucional nº 54, de 2007, e a situação dos índios Guaranis Avá, que habitam a tríplice fronteira (Brasil, Argentina e Paraguai) e não ostentam, reconhecidamente, a nacionalidade de qualquer deles¹⁰³.

No caso dos "brasileirinhos apátridas" o que ocorreu, como se explicitará adiante, quando do estudo da nacionalidade no direito brasileiro, foi que prevista no texto original, e dele retirada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 03, de 1994, a possibilidade de registrar-se a criança, filha de pai ou mãe brasileira, em repartição consular brasileira no exterior, e considerando-se que a aquisição da nacionalidade originária por opção só poderia se dar após o atingimento da maioridade pelo optante, na medida em que se trata de ato personalíssimo, cuja prática não admite assistência ou representação, verificou-se, especialmente no sul do país, que muitos filhos de brasileiros, nascidos em países vizinhos, como o Uruguai, não seriam considerados brasileiros, no Brasil, até os 18 anos, sendo obrigados a viver no país, na condição de estrangeiros, até o implemento desta idade, tendo de se submeter, portanto, a todas as conseqüências jurídicas advindas da condição jurídica de estrangeiros. Também os filhos de jogadores de futebol, nascidos no exterior, se encontravam em igual situação. Atenta à questão, a Suprema Corte brasileira cuidou de construir uma solução pretoriana que não desamparasse estes brasileiros, natos em potencia, como se verá.

A polipatria é fenômeno ligado à possibilidade de um mesmo indivíduo ostentar distintas nacionalidades, adquiridas por distintos critérios, de sorte que possa ser nacional de um país por ter nascido em seu território, e, ao mesmo tempo, nacional de outros, por ter ascendentes nacionais dos outros Estados. Tem-se aqui, ao contrário do que ocorre na apatridia um conflito positivo de nacionalidade. A solução

¹⁰² GODOY, Gabriel Gualano de. *Considerações sobre recentes avanços na proteção dos apátridas no Brasil*. In.: *Refúgio, Migrações e Cidadania. Caderno de Debates. Volume 6*. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2011. p. 64.

¹⁰³ ANDRADE, Willian Cesar; FANTAZZINI, Orlando. *op.cit.* p. 53.

de tal conflito se dá pela descoberta da nacionalidade efetiva, tal como examinada na Corte Internacional de Justiça, no célebre caso *Nottebohm*¹⁰⁴.

O Brasil, assim como alguns países da América do Sul, de que são exemplos Uruguai e Argentina, registra um grande número de pedidos de reconhecimento de nacionalidade originária, junto a repartições diplomáticas de países europeus, com fundamento no direito do sangue, considerada a emigração realizada pelos antepassados dos requerentes, com vistas a possibilitar uma atual imigração para estes países, com o objetivo de conseguir trabalho em igualdade de condições com os nacionais que lá residam. Nesta situação, os nacionais destes Estados Sul-Americanos o são por direito do solo, nascimento no território, e, deferidos seus pleitos, passam a ser considerados nacionais dos Estados europeus, desde seu nascimento, por direito do sangue, verificando-se, assim, um caso de polipatria.

2.3 A nacionalidade no direito brasileiro.

No Brasil, o artigo 12, nos incisos I e II, da Carta da República, define quem são os nacionais brasileiros, e, portanto, quem são os estrangeiros.

O critério de concessão da nacionalidade brasileira é, preponderantemente, o do direito do solo (*ius soli*), havendo, contudo, previsão de sua concessão pelo critério do direito do sangue (*ius sanguinis*).

Na disposição constitucional, são separados os nacionais brasileiros em dois grandes grupos: os natos, cuja nacionalidade é originária; e os naturalizados, cuja nacionalidade é derivada, adquirida. A diferenciação constitucional permite estabelecer quais direitos são conferidos a um e outro grupo. O § 2º, do artigo 12, estabelece que a lei não poderá fazer distinção entre nacionais natos ou naturalizados, mas que à Constituição é permitido fazê-lo. E ela o faz. O § 3º, do mesmo dispositivo, dispõe que são privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e

¹⁰⁴ No caso *Nottebohm*, entre Liechtenstein e Guatemala, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a nacionalidade, para ser oponível a outros Estados no plano internacional, deve consistir num vínculo efetivo, genuíno, entre o Estado e o indivíduo a quem se confere proteção diplomática. Neste caso, o Sr. *Nottebohm*, nacional alemão por toda sua vida, adquiriu, durante breve passagem por Liechtenstein, esta nacionalidade, tendo depois solicitado sua proteção diplomática contra a Guatemala, país onde vivera por 34 anos.

Vice-Presidente da República; Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; de Ministro do Supremo Tribunal Federal; e membro da carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa.

Em consequência, o brasileiro não-nato só poderia tomar assento no Conselho da República¹⁰⁵, órgão superior de consulta do Presidente da República, na condição de deputado ou senador ou Ministro de Estado da Justiça, na medida em que os demais participantes (Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado e mais seis brasileiros natos¹⁰⁶, com idade superior a trinta e cinco anos, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado e dois eleitos pela Câmara) serão necessariamente brasileiros natos.

A razão destas distinções é estratégica e intuitiva, funda-se no compromisso que o legislador constitucional acreditou ter com a República Federativa do Brasil aquele que tem com este Estado um vínculo jurídico-político originário, pelo nascimento no solo ou pelo sangue de seus ascendentes.

No que concerne à extradição¹⁰⁷, tem-se que brasileiro naturalizado, ao contrário do brasileiro nato - que nunca poderá ser extraditado, sob nenhum fundamento -, poderá ser entregue a uma jurisdição estrangeira desde que o pedido extradicional se funde em crime cometido anteriormente à naturalização ou que se trate de pedido fundado na prática de tráfico de drogas¹⁰⁸.

Estas não são as únicas distinções. O artigo 222, do texto constitucional, estabelece que a propriedade de empresa jornalística e de radiofusão sonora e de sons e imagens deve ser privativa de brasileiros natos, ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos. Também aqui a distinção é estratégica, com o fim de proteção dos interesses nacionais. Quer com isso impedir que um nacional, não-nato, ou cujo compromisso com a pátria seja inferior a dez anos, possa controlar a informação circulante no país, por meio da empresa jornalística de sua propriedade.

¹⁰⁵ Artigo 89, da CRFB/88.

¹⁰⁶ Artigo 89, inciso VI, da CRFB/88.

¹⁰⁷ Extradição é espécie do gênero saída forçada do estrangeiro e ostenta natureza jurídica de cooperação jurídica internacional em matéria criminal. Conceitua-se como a entrega de um estrangeiro, a uma jurisdição estrangeira, para que seja nela jurisdicionado. É dizer: para que seja o estrangeiro processado e julgado por crime cuja pena (privativa de liberdade necessariamente) seja igual ou superior a um ano ou para que seja esta pena executada quando já anteriormente imposta.

¹⁰⁸ Artigo 5º, LI, da CRFB/88.

A lei, por sua vez, também faz distinções entre nacionais natos ou naturalizados. É o caso, por exemplo, da Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, que, em seu artigo 353, estabelece, no regime de proteção ao trabalhador brasileiro, que os estrangeiros se equiparam aos brasileiros, ressalvado o exercício de profissões reservadas aos brasileiros natos ou aos brasileiros em geral, devendo-se salientar, em verdade, que esta distinção entre natos e naturalizados jamais poderá ser feita por norma infraconstitucional, por disposição constitucional expressa.¹⁰⁹

E quando um brasileiro é nato ou naturalizado? Como se disse, é o texto constitucional que, no exercício da soberania brasileira, estabelece quem são os nacionais, natos ou naturalizados, e, por exclusão, os estrangeiros. Também como já se viu, dois são os critérios utilizados no Brasil para a concessão da nacionalidade nata, ou originária: o direito do solo, como critério preponderante; e o direito do sangue, como critério supletivo. De qualquer forma, antes de se adentrar à formula constitucional, necessário ainda se faz uma última, mas relevante, anotação sobre o que é nacionalidade nata, ou originária; e por naturalização, ou derivada.

A nacionalidade nata tem natureza declaratória. Em outras palavras: é aquela que se reconhece sempre ter existido¹¹⁰, ainda que tal reconhecimento se dê na vida adulta, ou mesmo na velhice. É a nacionalidade nata que permite, como regra, o fenômeno da polipatria, na medida em que, como compete a cada Estado soberano determinar quem é seu nacional, no exercício de sua soberania, não se permitindo a um Estado estrangeiro determinar quem é ou não nacional de outro país, pode ser que mais de um Estado soberano, por critérios distintos (direito do sangue, direito do solo, casamento, adoção, critérios religiosos), confirmam, ao mesmo tempo, nacionalidade

¹⁰⁹ Artigo 12, 2º, da CRFB/88: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo os casos previstos nesta Constituição”.

¹¹⁰ Tão relevante é politicamente esta definição que recentemente se viu um empresário norte-americano insinuar que o presidente daquele país não era norte-americano nato, o que o levou a, na mesma tarde, fazer exibir, nos veículos de comunicação de massa, sua certidão de nascimento em território norte-americano, no Estado do Havaí, comprovando, assim, que ostentava vínculo jurídico-político com o país, de forma originária, pelo critério do direito do solo. É que, do contrário, sua eleição e posse seriam nulas, bem como todos os atos praticados na condição de presidente dos Estados Unidos da América, conclusão a que se chegaria pela teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, construída, jurisprudencialmente, naquele mesmo país. O ato nulo, como se sabe, é aquele que nunca produziu qualquer efeito, em distinção ao ato anulável, que é o que produz efeitos até sua anulação.

originária a um mesmo indivíduo, o que faz com que ele ostente, ao mesmo tempo, distintas nacionalidades.¹¹¹

A nacionalidade derivada, ou por naturalização, é constitutiva. Ou seja: é aquela de quem possui uma determinada nacionalidade, ou nenhuma nacionalidade; e decide, num dado momento, estabelecer vínculo jurídico-político com um Estado soberano, adquirindo a nacionalidade que antes não possuía. É a nacionalidade adquirida¹¹².

¹¹¹ Como já se disse, é o que acontece muito comumente no Brasil, quando um nacional brasileiro requer, junto à representação diplomática de um Estado estrangeiro, geralmente europeu, o reconhecimento de sua nacionalidade originária daquele outro país, em regra de onde vieram seus pais ou avós emigrados, cuja nacionalidade é concedida pelo critério preponderante do direito do sangue. O objetivo destas pessoas é, como regra, a possibilidade de imigrar na condição de nacional do país para onde pretendam ir, ou mesmo de cidadãos europeus, para que possam se valer desta condição para obtenção de trabalho naquele continente. Menos comum, mas identificável, é o fenômeno dos requerimentos feitos com o único fim de facilitar viagens internacionais para países que exijam visto de entrada para brasileiros e o dispensem para nacionais de países europeus. Neste último caso, duas observações caberiam: por um lado, a de que este comportamento revelaria ausência do sentimento de nação, na medida em que estas pessoas se apresentariam no exterior com uma nacionalidade que não a sua efetiva - especialmente se se considerar que, muitas vezes, os brasileiros que requerem este reconhecimento da nacionalidade originária de outro Estado sequer mantêm vínculos culturais com estes países, não dominando sequer a língua local - justificada por uma providência essencialmente pragmática; por outro, a de que pode revelar que o conceito de globalização, nestes casos, pode ser aferido na prática, com o enfraquecimento do próprio conceito de nacionalidade. Em todos os casos, estes pedidos são atecnicamente chamados de pedidos de cidadania, quando em verdade, revelam pedidos de reconhecimento, por declaração, de nacionalidade originária (aquela que sempre existiu) dos Estados a quem se formula o pedido.

¹¹² No Brasil, o procedimento de naturalização é um procedimento híbrido, regulado pela Lei nº 6815/80. Em linguagem própria do direito administrativo, é procedimento complexo, ou seja, aquele de que depende a manifestação de vontade de mais de um órgão, sem vinculação positiva entre ambos. Deste tipo de procedimento, são exemplos: a escolha de juizes de tribunais superiores, em que o Presidente da República faz a indicação de um nome, cuja aprovação pelo Senado Federal é necessária, mas não vinculativa, somente em caso negativo e o procedimento extradicional, em que o Presidente da República pode negá-lo sumariamente, ou, na hipótese de desejar entregar o estrangeiro, submetê-lo a exame de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal que, deferindo o pedido, somente autoriza a extradição, que pode ainda não ser efetivada pelo Presidente; e, negando-a, o impede de realizar a entrega do estrangeiro. No procedimento de naturalização, o pedido é formulado ao Ministro de Estado da Justiça que, após analisar os requisitos constitucionais e legais, o defere ou indefere. Se indeferido, finda-se o procedimento (a menos que se promova sua revisão judicial), mas, se deferido, é encaminhado ao Juiz Federal da localidade de residência do naturalizando para que lá realize audiência solene de concessão de nacionalidade brasileira, tomando do estrangeiro o compromisso e examinando sua proficiência em língua portuguesa, podendo, em ambos os casos, negar a concessão. Por fim, o Decreto nº 86.715/81, em seu artigo 129, que regulamenta a audiência de entrega de certificado de naturalização, estabelece que o Juiz Federal deverá aferir se o naturalizando: (1) conhece a língua, pela leitura de trechos da Constituição; (2) renuncia à nacionalidade anterior; e, (3) assume o compromisso de bem cumprir os deveres de brasileiro. A eminente interacionalista,

A cabeça do artigo 12¹¹³, da Carta Política, diz: “São brasileiros:”. O inciso I revela, em suas três alíneas: *a*, *b* e *c*, as hipóteses em que um brasileiro será brasileiro nato. Vejamo-las. Alínea *a*: os nascidos no Brasil, mesmo que sejam estrangeiros os pais, desde que estes não estejam a serviço de seu país; alínea *b*: os nascidos no exterior, filhos de pai ou mãe brasileira, desde que o pai ou a mãe estejam a serviço do Brasil e alínea *c*: os nascidos no exterior, de pai ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição competente ou desde que venham a residir no Brasil, e, neste último caso, optem, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Cumpra então descobrir em que hipóteses será um brasileiro nacional nato, examinando, detidamente, cada uma das possibilidades do texto constitucional em suas múltiplas possibilidades normativas.

A primeira hipótese de concessão de nacionalidade nata é a da alínea *a*, que adota o critério do direito do solo para concedê-la. Será brasileiro nato aquele que nascer no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, salvo quando estes estejam a serviço de seu país. O que é nascer no Brasil? Fora o nascimento em toda extensão territorial brasileira, incluído o espaço aéreo e o mar territorial, considera-se território brasileiro embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo

Professora Carmen Tibúrcio, co-orientadora deste trabalho, enxerga nesta disposição uma desnecessidade além de uma clara violação aos direitos humanos do naturalizando, na medida em que nem a Constituição, nem a Lei nº 6.815/80, a exigem, e, especialmente, porque não pode a soberania brasileira impor a soberanias estrangeiras quando devam ou não considerar alguém um seu nacional. Por outro lado, esta exigência, ainda no entendimento abalizado da Professora, pode provocar prejuízo ao naturalizando que, em qualquer momento da vida, poderia valer-se de uma outra nacionalidade, que detém por vínculo originário, na medida em que a renúncia expressa, manifestada perante um Estado estrangeiro, provoca como consequência jurídica, em muitos sistemas legais estrangeiros, a perda da nacionalidade originária. Este autor, no exercício da magistratura federal, já exigiu a mencionada renúncia inúmeras vezes, ao presidir este tipo de audiência. Primeiro, por entender que ela representa, ainda que simbolicamente, o compromisso que o estrangeiro assume com a pátria com quem estabelece vínculo jurídico-político por opção e, segundo, por comungar do entendimento da Professora de que tal renúncia pode ser desconsiderada pela soberania estrangeira, no que concerne à condição de nacional nato que eventualmente queira conferir ao naturalizado brasileiro.

¹¹³ Artigo 12, I, da CRFB/88: “São brasileiros: I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.”

brasileiro, onde quer que se encontrem, ou estas mesmas embarcações e aeronaves brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se encontrem em território que não pertença a nenhum Estado soberano, espaço aéreo ou alto-mar.¹¹⁴ Este é o entendimento que se extrai do sistema jurídico brasileiro, considerando-se, por exemplo, as regras legais de territorialidade e extraterritorialidade da lei penal brasileira. O artigo 5º do Código Penal Brasileiro enuncia que se aplica a lei penal brasileira aos crimes cometidos no território nacional, para, em seguida, nos §§ 1º e 2º, explicitar o que considera a lei penal brasileira como território nacional, incluindo, neste conceito, embarcações e aeronaves brasileiras nas situações acima expostas. O artigo 7º, do mesmo diploma legal, revela situações em que, embora cometido no estrangeiro, é o delito alcançado pela lei penal brasileira, permitindo concluir-se que, no primeiro caso (art. 5º) tem-se a definição do território nacional em oposição às situações em que (art. 7º) mesmo no estrangeiro, considera-se o crime alcançado pela lei penal brasileira¹¹⁵.

¹¹⁴ FARIA, Milton. op.cit. p. 153: “É sabido que se consideram parte do território do Estado os vasos de Guerra, ainda que se achem fundeados em pôrto estrangeiro e os navios mercantes nacionais em alto mar ou em águas territoriais, da mesma forma que as aeronaves fora das camadas atmosféricas sujeitas à jurisdição de um Estado estrangeiro.

Os primeiros, como ensina Clovis Bevilacqua, são bens do Estado e representam a autoridade e a força do país de cuja defesa estão incumbidos; devem, por isso, estar necessariamente, a todo tempo, como fragmento do território pátrio, submetidos ao império exclusivo do Estado a que pertencem. Sua isenção da soberania local, quando se acham em águas territoriais estrangeiras, é princípio comum do direito internacional. Essa isenção abrange todo o pessoal do navio, assim como as pequenas embarcações do seu serviço. Os segundos não se acham nas mesmas condições, por seu caráter privado, mas, enquanto não entram na esfera de influência de uma soberania estrangeira, mantêm, na sua plenitude, o caráter de porção flutuante do território nacional. É assim que, se os navios mercantes estão em alto mar, todos os atos que se passam a bordo se regulam pelas leis de sua nação, como se estivessem nas águas territoriais dela”.

¹¹⁵ TENÓRIO, Oscar. op.cit. pp.195-197: "O problema do domínio do Estado, para efeito da determinação da nacionalidade de acordo com o princípio do *ius soli*, não se soluciona integralmente pelos preceitos da legislação interna. Tem-se de recorrer, em algumas situações, a regras concorrentes de direito interno e de direito internacional. Para alguns autores, o direito internacional postula sobre a coexistência dos dois grupos de regras, o que não se coaduna sempre com a orientação adotada em muitos sistemas nacionais, que se inspiram na determinação, pelo legislador nacional, de diretribuição dos preceitos.

No Brasil, consoante os princípios cardeais de nossa organização político-jurídica, de força emanada da Constituição, o conceito de domínio brasileiro é fornecido pela legislação brasileira, quer a ordinária, quer a convencional. Quando a Constituição de 1969 estipula que são brasileiros os nascidos em território brasileiro,

E continua o dispositivo constitucional: ainda que de pais estrangeiros. Ou seja, ainda que os pais do nascido no Brasil sejam ambos estrangeiros, de uma mesma nacionalidade, ou de nacionalidades distintas, ou mesmo sem nacionalidade alguma, e estejam somente de passagem pelo território, o filho aqui nascido será brasileiro. No ponto, necessário recordar o que já visto quanto ao fenômeno da polipatria. Será esta criança apenas brasileira? Para o Brasil, sim; o que não impede, por exemplo, que a filha de mãe francesa e pai alemão, seja também considerada, respectivamente na França e Alemanha, francesa e alemã, por critério de concessão de nacionalidade nata, ou originária, pelo direito do sangue.

Contudo, faz o dispositivo constitucional uma ressalva: serão brasileiros os nascidos no território nacional, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país. Aqui, algumas questões se colocam na compreensão do alcance da norma constitucional. Basta que um dos pais seja estrangeiro a serviço de seu país, ou os dois genitores precisam ser estrangeiros a serviço de seu país? Sendo os dois estrangeiros, de nacionalidades distintas, se encontrando apenas um deles a serviço de seu país, se poderia observar a restrição constitucional à concessão de nacionalidade originária ao filho aqui nascido? É necessário que os pais estrangeiros estejam a serviço de seu próprio país ou basta que estejam a serviço de país estrangeiro, ainda que não o seu? E se, mesmo sendo um dos pais estrangeiro, a serviço de seu país, for o outro brasileiro? É necessário que ambos os pais sejam estrangeiros, quando um deles estiver no Brasil a serviço de seu país.

Tomando por premissa a natureza jurídica de direito fundamental do direito de nacionalidade, tem-se a que interpretação dos dispositivos constitucionais pertinentes deva ser sempre a menos restritiva possível. Este o quadro, a norma que se extrai do texto constitucional deve ser assim entendida: será brasileiro o nascido no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, salvo quando os dois pais forem estrangeiros e um, ou ambos, estiverem a serviço de seu país. Assim, será brasileiro o nascido no Brasil, ainda quando: (1) um dos pais for estrangeiro, a serviço de seu país, e o outro for brasileiro. Neste caso, deve se considerar que a criança será brasileira por direito do solo, alínea *a*, e por direito do sangue, alínea *c*. Necessário, ainda, considerar-se que, do contrário, se teria a inusitada situação de que se o mesmo casal tivesse tido este

considera uma regra fundamental que se completa ou se torna explícita pelas leis ordinárias e os tratados e convenções internacionais."

mesmo filho no exterior, seria ele brasileiro, com fundamento na alínea *c*, do mesmo inciso I, do artigo 12, em tratamento claramente anti-isonômico em relação à criança, em igual situação, nascida no território nacional. Por fim, não se deve desconsiderar que o texto constitucional, na alínea *a*, faz menção a ambos os pais como estrangeiros "desde que estes" e nas demais alíneas, *b* e *c*, refere-se, sempre, ao pai ou à mãe, expressamente¹¹⁶; e, (2) ambos os pais forem estrangeiros e um deles, ou ambos, estiverem a serviço de Estado estrangeiro, que não seja o seu país de nacionalidade, de forma que um árabe, que represente no Brasil os interesses do Egito¹¹⁷, e aqui tenha um filho, pode ter esta criança reconhecida como brasileira nata. Neste caso, a vedação não é estratégica na proteção dos interesses nacionais. Tratar-se-ia, tão-somente, da profissão de ambos ou de um dos pais.

A alínea *b*, do inciso I, do artigo 12, estabelece que são brasileiros os nascidos no estrangeiro, de pai ou de mãe brasileiros, desde que qualquer destes esteja a serviço da República Federativa do Brasil. Trata-se da concessão de nacionalidade originária pelo critério do direito do sangue, no que se denomina *ius sanguinis* funcional. E o que se deve entender por estar a serviço da República Federativa do

¹¹⁶ Em sentido oposto, DOLINGER, Jacob. op.cit. p.176: "Por mais lógico que possa parecer o argumento, não aceitamos esta possibilidade de nacionalidade originária. Na hipótese em que um estrangeiro (a) vem ao Brasil para aqui servir seu país, o nascimento de seu filho em território brasileiro decorre de uma situação fortuita, eis que seus pais aqui se encontram tão-somente em obediência a uma determinação de governo estrangeiro; daí não se aplicar à hipótese o critério do *ius soli*; quanto ao *ius sanguinis*, pesa mais forte no caso a ascendência daquele daquele (a) genitor (a) estrangeiro que se encontra em nosso país, devendo considerar-se ainda que o próprio cônjuge brasileiro, também se encontra no Brasil, de certa forma, a serviço do governo estrangeiro, o que não ocorre na hipótese do nascimento ocorrer no exterior; cai assim o argumento do *ius soli* e mantém-se a coerência com a letra *b* que considera brasileiro nato o filho de pai ou mãe brasileiro que esteja a serviço do Brasil no exterior e ainda se respeita a letra *a* que deve ser interpretada como atribuindo a nacionalidade brasileira a quem nascer no Brasil, desde que nenhum dos pais esteja a serviço de seu país". Comentando regra constitucional semelhante (artigo 145, I, da Constituição de 1969), Oscar Tenório se posiciona no mesmo sentido: "Os nascidos no Brasil, filhos de brasileiros ou filhos de estrangeiros, são brasileiros, menos os filhos de estrangeiros a serviço de seus respectivos países.

É suficiente, no caso, que um dos pais seja estrangeiro, pai ou mãe, e não ambos estrangeiros. Indispensável que um deles seja estrangeiro e esteja a serviço de seu país. Não é, pois, estar a serviço de governo estrangeiro, mas, insistimos, a serviço do seu país". Cf. TENÓRIO, Oscar. op.cit. p. 198.

¹¹⁷ No caso de diplomatas, não se pode desconsiderar que a Convenção da Haia sobre Nacionalidade, de 1930, internalizada no direito pátrio pelo Decreto no. 21.798/32, prevê que os filhos destes agente possam libertar-se da nacionalidade adquirida por direito do solo, quando em missão, por meio de mera renúncia, libertando-se, assim, também dos deveres concernentes à nacionalidade.

Brasil? Aqui, o critério é a relação de direito sob regime jurídico-administrativo¹¹⁸. Em outras palavras, deve estar o genitor a serviço dos interesses do país, em missão oficial. Por República Federativa do Brasil, se deve entender a União e os entes federados, Estados e municípios, e as pessoas jurídicas de direito público que compõem a Administração direta e indireta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A alínea *c*, do mesmo dispositivo, prevê que são brasileiros natos, os nascidos no exterior, de pai ou mãe brasileiros, desde que registrados em repartição competente, ou que venham a residir no Brasil, e aqui, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, venham a optar pela nacionalidade brasileira. Na primeira hipótese, tem-se o denominado *ius sanguinis* registral, ou seja, a nacionalidade originária concedida pelo critério do direito do sangue, bastando, para tanto, que o nascido no exterior seja registrado em repartição diplomática competente. Essa forma de concessão de nacionalidade originária, embora tradicional nas Cartas Políticas brasileiras, foi retirada do texto original da Constituição de 1988 e somente reintroduzida no ordenamento em 2007. Esse lapso ensejou um sem-número de problemas que culminaram na construção jurisprudencial, pela Suprema Corte, do que se denominou *nacionalidade originária sob condição suspensiva*¹¹⁹. O registro em

¹¹⁸ TENÓRIO, Oscar. op.cit.p.199: "[...] não significa apenas serviço federal, mas também serviço estadual e municipal, incluindo-se o serviço de entes autárquicos. Não é necessário que ambos os pais estejam a serviço do governo. Basta que um deles, brasileiro ou brasileira, esteja [...]."

¹¹⁹ Prevista no texto original, e dele retirada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 03, de 1994, a possibilidade de registrar-se a criança, filha de pai ou mãe brasileira, em repartição consular brasileira no exterior, e considerando-se que a aquisição da nacionalidade originária por opção só poderia se dar após o atingimento da maioridade pelo optante, na medida em que se trata de ato personalíssimo, cuja prática não admite assistência ou representação, verificou-se, especialmente no sul do país, que muitos filhos de brasileiros nascidos em países vizinhos, como o Uruguai, que, muitas vezes, se encontra do outro lado da rua, não seriam considerados brasileiros, no Brasil, até os 18 anos, sendo obrigados a viver no país, na condição de estrangeiros, até o implemento desta idade, se submetendo a todas as conseqüências jurídicas advindas da condição jurídica de estrangeiros. Também os filhos de jogadores de futebol, nascidos no exterior, se encontravam em igual situação. Atenta à questão, a Suprema Corte brasileira cuidou de construir uma solução pretoriana que não desamparasse estes brasileiros natos em potencia: "Opção de nacionalidade brasileira (CF, art. 12, I, c): menor residente no País, nascido no estrangeiro e filho de mãe brasileira, que não estava a serviço do Brasil: viabilidade do registro provisório (L. Reg. Públicos, art. 32, § 2º), não o da opção definitiva. 1. A partir da maioridade, que a torna possível, a nacionalidade do filho brasileiro, nascido no estrangeiro, mas residente no País, fica sujeita à condição suspensiva da homologação judicial da opção. 2. Esse condicionamento suspensivo, só vigora a partir da maioridade; antes, desde que residente no País, o menor - mediante o registro provisório previsto no art. 32, § 2º,

repartição competente, que, como se disse, foi reintroduzido no texto constitucional pela Emenda número 54, de 2007¹²⁰, ensejou, na jurisprudência, a questão sobre se o texto se refere somente às repartições diplomáticas ou consulares brasileiras no exterior ou se também alcança os cartórios de registro de pessoas naturais no Brasil. É que a regra de transição prevista no artigo 95, do ADCT, também introduzido no texto constitucional pela referida emenda, menciona repartições diplomáticas e consulares, ou ofício de registro, se a criança vier a residir no Brasil. Assim, embora nos pareça tenha o legislador constitucional derivado pretendido referir-se somente às repartições diplomáticas ou consulares brasileiras no exterior, seja porque o registro no Brasil, ainda que tardio, sempre foi possível, e, por si só, nunca foi critério concessivo de nacionalidade¹²¹; seja porque a regra do artigo 95, do ADCT se refere somente às

da Lei dos Registros Públicos - se considera brasileiro nato, para todos os efeitos. 3. Precedentes." STF, Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 418.096. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 23 de fevereiro de 2005. Esta situação ensejou a promulgação da Emenda Constitucional nº 54, de 2007, trazendo de volta ao texto, a possibilidade de concessão de nacionalidade originária com o registro do nascimento no exterior.

¹²⁰ Esta emenda constitucional também introduziu, no texto dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 95, que veicula uma regra de transição: "art.95 - Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil."

¹²¹ No ponto é relevante anotar não ser incomum verificar-se, no Judiciário, pedidos de registro tardio, com fundamento da Lei de Registros de Pessoas Naturais, para conferir-se, a crianças estrangeiras, apátridas ou de quem não se conheça a nacionalidade, a nacionalidade brasileira, não se afigurando esta medida, a toda evidência, a adequada para este desiderato, especialmente porque, em se tratando de crianças estrangeiras, a proteção que se pode conferir é permitir sua naturalização ou, no caso das apátridas, reconhecer-lhe tal condição para conferir-lhe a proteção correspondente. No Brasil, os apátridas registrados em tal condição, ostentam o *status* migratório de estrangeiro regular permanente. É o que se verificou no processo nº 0220174-92.2010.8.19.0001, que tramitou na Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, da Capital, em que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro pede, como medida protetiva, registro tardio de uma criança de origem congoleza, que teria partido da República do Congo, acompanhando sua mãe, ameaçada de morte naquele país, deixando para trás tudo, inclusive os documentos, razão pela qual não estaria conseguindo, no Brasil, fruir direitos fundamentais que se asseguram às crianças. Na qualidade de fiscal da lei, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso de Agravo da decisão que deferira a medida protetiva, exatamente ao argumento de que a criança, por mais que merecesse a proteção do Estado brasileiro, não era uma nacional, e não poderia passar a sê-lo pelo mero registro tardio. Igual situação se verificou no processo nº 2009.021.038346-6, ajuizado originariamente pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro perante a Justiça do Estado e remetido pelo Juiz de Direito à Justiça Federal por se tratar de questão envolvendo concessão de nacionalidade brasileira. Na ação, que veio a ser extinta, sem exame de mérito, por desistência, a Ilma.Sr^a. Defensora Pública pleiteava o registro tardio de uma criança apátrida, nascida em Angola, que para o Brasil teria vindo com a mãe, ainda pequena. A autora, na data do ajuizamento da

crianças nascidas entre 7 de junho de 1994 e 21 de setembro de 2007, o fato é que uma interpretação menos restritiva levaria à conclusão que se deve entender os ofícios de registro no Brasil também alcançados pelo texto da alínea c¹²².

E continua o dispositivo constitucional mencionando os que, nascidos no exterior, filhos de pai ou mãe brasileiros, venham a residir no território nacional e, aqui, a qualquer tempo, após a maioridade, venham a optar pela nacionalidade brasileira. Nesta hipótese, não importa com que idade (desde que após os 18 anos) venha o filho de brasileiro a residir no território nacional. Por igual, desimportante saber se domina ou não o idioma. Vindo a residir no Brasil, o filho de brasileiro pode optar pela nacionalidade nata brasileira.¹²³ No ponto, necessário salientar que o direito

ação, já contava 18 anos, ostentava a condição de refugiada apátrida no Brasil, decorrente do mesmo *status* migratório de sua mãe, e desejava tornar-se brasileira, o que, segundo entendia, facilitaria sua vida no Brasil. Apesar da longa e profunda digressão de direito internacional de refugiados e apátridas empreendida pela Defensoria Pública, a ação não prosperou, e veio a ser extinta por desistência, sem exame de mérito.

¹²² Em 18 de agosto de 2010, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando a Apelação Cível nº 0008393-60.2010.8.19.0000, em que era Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu que um menor, nascido no estrangeiro, poderia ser considerado brasileiro pelo tão-só registro público tardio de seu nascimento. Para chegar-se a esta conclusão, o Tribunal reconheceu que, já residindo o menor no Brasil, irrazoável seria exigir-se sua retirada do território brasileiro para, no exterior, ser registrado em repartição consular competente. Entendeu assim o Tribunal que o conceito de repartição brasileira competente seria mais amplo que só o de repartição diplomática, incluindo, portanto, os cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais no Brasil. Essa interpretação não é, como se já se disse acima, estranha à jurisprudência brasileira. Aqui, o que causa espécie é esta decisão ter sido tomada pela Justiça do Estado, em sede de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público estadual, na qualidade de fiscal da lei, e, portanto, dos atos notariais e de registro, e ter o Acórdão mencionado, em sua página 2, que a genitora do menor requereu seu registro, optando pela nacionalidade brasileira: "A tanto basta ver que o menor, já residindo aqui, através de sua representante, mais precisamente sua mãe, fez requerimento, no Cartório competente, optando pela nacionalidade brasileira". A crítica que se faz é precisamente esta. Não se trata aqui de opção de nacionalidade brasileira, que consiste em procedimento judicial, de jurisdição voluntária, a ser intentado perante a Justiça Federal, evidente o interesse da União em matéria de nacionalidade, com a participação do Ministério Público Federal, na aferição dos requisitos constitucionais para homologar-se a opção, não sendo o "cartório" competente para receber e processar a opção de nacionalidade, sendo necessária, ainda, a capacidade civil plena do optante, nos termos de remansosa jurisprudência da Suprema Corte, por tratar-se de ato personalíssimo, para o qual não pode o optante ser representado ou assistido. De qualquer sorte, trata-se de decisão judicial que não voltou a garantia contra o garantido, e não deixou de reconhecer direito fundamental.

¹²³ Como se disse na nota anterior, a opção de nacionalidade é medida judicial de jurisdição voluntária, de competência da Justiça Federal, para a qual é legitimado o optante em nome próprio. Nestes procedimentos é indispensável a manifestação do Ministério Público Federal como fiscal da lei, considerada a natureza da ação, nos termos do art.82, III, do CPC. Cf. "PROCESSO CIVIL. OPÇÃO DE NACIONALIDADE. PROVIMENTO 3, DE 26.3.2002, DA CORREGEDORIA-GERAL. INAPLICABILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO

brasileiro não confere nacionalidade, originária ou derivada, por adoção¹²⁴ ou pelo casamento.

ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM. 1. O art. 255 do Provimento nº 3, de 26 de março de 2002, da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o art. 119, § 1º e 2º, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, prevêem que os processos de naturalização e seus incidentes serão encaminhados, diretamente, à primeira vara cível de cada seção ou subseção judiciária. 2. O procedimento de opção de nacionalidade não guarda pertinência com o de naturalização, nem é um incidente deste. **A opção é critério de atribuição de nacionalidade originária e, a naturalização, meio de obtenção de nacionalidade derivada, com rito específico, decisão do Poder Executivo e entrega solene de certificado do naturalizando pelo juízo federal da primeira vara ou, onde não houver vara federal, pelo juízo de direito (art. 110 e segs. da Lei nº 6.815/80).** 3. Não há razões para fixar-se diretamente a competência da primeira vara federal da Seção Judiciária do Amapá para o procedimento de opção de nacionalidade. 4. **A opção de nacionalidade é questão relativa ao estado e capacidade de pessoas**, matéria excluída da competência do Juizado Especial, por força do art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.099/95. Tal norma é aplicável ao Juizado Especial Federal, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.259/01. 5. Conflito julgado procedente para determinar a livre distribuição do processo a uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Amapá." (grifei) (TRF1. Terceira Seção. Conflito de Competência nº 200301000308388. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. Julgado em 02 de março de 2004 e publicado em 04 de maio do mesmo ano).

¹²⁴ A questão da nacionalidade do adotando consubstancia uma das mais instigantes em tema de nacionalidade no direito brasileiro. É que se por um lado, seduz o entendimento de que o estrangeiro adotado por brasileiro deve submeter-se à norma da alínea c, do inciso I, do artigo 12, da CRFB/88; por outro, não se pode deixar de considerar ser, nestas hipóteses, determinante o fator/critério biológico, eleito pelo legislador constituinte originário para conceder esta espécie de nacionalidade, ao mencionar, expressamente, "nascidos de pai ou mãe brasileira". Aqui, a expressão "nascidos de" parece representar, efetivamente, a ligação biológica, ou seja, não basta ser filho, o que pode ser um critério meramente jurídico, diz o texto constitucional ser necessário nascer de pai ou mãe brasileiros. No caso da nacionalidade do adotando, se poderia entender que o filho adotivo de pai ou mãe brasileiros, ainda que nascido no exterior, poderia, nos termos da alínea c, do inciso I, do artigo 12, tal como o filho biológico, ser registrado em repartição competente ou vir a residir no Brasil, e aqui, a qualquer tempo, depois da maioridade, optar pela nacionalidade brasileira, ao argumento de que a Constituição da República, ao estabelecer esta regra, não distingue expressamente filhos biológicos de adotivos, e nisso se coaduna com a norma do artigo 227, § 6º, que, na equiparação de todos os filhos, menciona, expressamente, que todos "terão os mesmos direitos". De qualquer forma, doutrina e jurisprudência são concordes no sentido de que a expressão "nascidos de pai ou mãe brasileira" representa, efetivamente, a ligação biológica, de forma que não basta ser filho, o que pode ser um critério meramente jurídico, para o texto constitucional é necessário ser filho biológico, ou seja, nascer de pai ou mãe brasileiros. E como ficam os direitos iguais assegurados na expressão "terão os mesmos direitos", utilizada pelo § 6º, do artigo 227? Tem-se aqui um conflito de normas que se resolve pela especialidade daquela contida na alínea c, do inciso I, do artigo 12, impondo seja a norma do pelo § 6º, do artigo 227 lida como *terão os mesmos direitos, salvo quando a própria Carta Política dispuser de forma diferente*, como é o caso: "OPÇÃO DE NACIONALIDADE BRASILEIRA - NASCIDO NOS ESTADOS UNIDOS, FILHO ADOTIVO DE PAI NATURALIZADO BRASILEIRO E MÃE BRASILEIRA NATA- ART. 227, § 6º, DA CRFB/88 - EQUIPARAÇÃO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA. 1.A nacionalidade é expressão da soberania do Estado, sujeita a normas rígidas, não preponderando a vontade do indivíduo ou seus interesses. 2.O art. 12, I, alínea "c" da

Vejamos agora quando a República Federativa do Brasil concede nacionalidade de forma derivada, por naturalização. Em outras palavras: como se tornam brasileiros aqueles que não o eram e que pretendem sê-lo.

As alíneas *a* e *b*, do inciso II, do artigo 12, da Carta da República, trazem as hipóteses de concessão de nacionalidade derivada. Esta nacionalidade, como já se disse, é constitutiva, ou seja, o estrangeiro passa a ser nacional, distinguindo-se, assim, daquele que, em dado momento da vida, tem reconhecida pelo Estado brasileiro uma nacionalidade que é sua desde o nascimento¹²⁵.

CRFB/88 estabelece que são brasileiros natos, os nascidos de pai ou mãe brasileiros, em solo estrangeiro. Comprovou-se não ser o caso da Requerente, que se liga a pais brasileiros pelo vínculo da adoção. 3.O art. 227, § 6º, da CRFB/88, bem com a legislação infraconstitucional (o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente), garantem tratamento sem discriminação aos filhos adotivos, equiparando-os aos biológicos, para fins civis e sucessórios. In casu, cuida-se de um direito público ligado à soberania do Estado, que a Carta Magna trata de forma particularmente restritiva. 4.A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao reconhecer que o vínculo adotivo, no Brasil, não produz efeitos sobre a nacionalidade do adotante. A ser admitido tal posicionamento, estaríamos permitindo a fruição de direitos exclusivos de brasileiros natos, como o de jamais ser extraditado por eventuais crimes cometidos no exterior, ou de ocupar cargos como o de Presidente da República, violando cláusulas constitucionais extremamente rígidas. 5.Não se nega o direito à nacionalidade do Apelante, que lhe será conferida através do processo de naturalização. 6.Recurso desprovido. Sentença mantida." (TRF2. Sexta Turma. Apelação Cível nº 200850010027446. Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros. Julgado em 20 de setembro de 2010 e publicado em 07 de outubro do mesmo ano) e também: "PRODEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA DE OPÇÃO DE NACIONALIDADE. I - Ajuizamento por paraguaio, nascido na China, que veio a residir no Brasil em 1998, tendo sido adotado por brasileira aos 17/02/2000, que almeja obter a nacionalidade brasileira com esteio no Art. 12, I, "c", da CF. II - A nacionalidade originária adquire-se pelo fato nascimento. III - A legislação só faz declarar serem brasileiros natos os que preenchem as hipóteses do Art. 12, I, da CF. Constitutivo da nacionalidade é o nascimento. IV - Ao contrário, quando da formulação de regras para a concessão da nacionalidade adquirida, incide a ordem jurídica para conferir novo "status" ao indivíduo, caso preenchidos certos requisitos que o tornem presumidamente afim da nação da qual deseja ser parte. V - Não contando o recorrente com o fato nascimento para que se presuma "juris et de jure" sua vinculação com este País, resta a ele, para se tornar nacional, aguardar ser contemplado pela hipótese do inciso II, "b", do Art. 12, da CF. VI - A equiparação em direitos e qualificações operada pelo Art. 227, § 6º, da CF, entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento, e por adoção, serve a fins unicamente civis, conforme esclarece o Art. 336, do Código Civil, não se prestando a defraudar as rigorosas e taxativas regras respeitantes à outorga de nacionalidade postas pela Constituição Federal." (TRF3 Terceira Turma. Apelação Cível nº 759974. Relator Desembargador Federal Baptista Pereira. Julgado em 12 de junho de 2004 e publicado em 11 de setembro do mesmo ano).

¹²⁵ Assim, o filho de um estrangeiro naturalizado será estrangeiro se o nascimento tiver se dado antes da naturalização dos pais, porque terá nascido filho de estrangeiros. Neste caso, se pretender tornar-se brasileiro, deverá, tal como os pais, naturalizar-se brasileiro. No entanto, se nascido após a naturalização dos pais, esta criança será brasileira nata, observada a hipótese da alínea *c*, do inciso I, do artigo 12, da CRFB/88, na medida em que o dispositivo não estabelece qualquer distinção entre nato ou naturalizado, referindo-se, tão-somente a filhos

A alínea *a* se refere aos que a requeiram, na forma da lei, sendo exigidos aos originários de países de língua portuguesa somente a residência no Brasil, pelo período mínimo de 01 (um) ano ininterrupto e idoneidade moral.

Nesta hipótese, qualquer estrangeiro pode, observados os requisitos dos incisos I a VIII, do artigo 112, da Lei nº 6.815/80 requerer ao Ministro da Justiça sua naturalização, bastando, aos estrangeiros originários de países de língua portuguesa comprovar apenas a residência no Brasil por um ano, ininterrupto, e idoneidade moral.

Submetido o pedido ao Ministro da Justiça¹²⁶, sua concessão é discricionária, por se tratar de ato de soberania.

A naturalização não importa em aquisição da nacionalidade brasileira pelo cônjuge e pela prole do naturalizado, nos termos do artigo 123 do citado diploma legal.

de pai ou mãe brasileiros. "CONSTITUCIONAL – NACIONALIDADE – OPÇÃO DE NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA – NASCIMENTO NO LÍBANO – NACIONALIDADE BRASILEIRA DOS PAIS POSTERIOR AO NASCIMENTO – ART. 12, I, 'C', CRFB/1988 1. Apelação em face de sentença que, em ação declaratória de nacionalidade brasileira, julgou improcedente o pedido autoral. 2. Pelos termos do art. 12, I, 'c', da Constituição da República, para o deferimento da opção de nacionalidade, o requerente, quando do nascimento, deveria ser filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, e a condição de nacional brasileiro de seus pais somente foi obtida a partir de requerimento de naturalização brasileira, em data posterior ao seu nascimento. 3. Por se tratar de hipótese de filiação estrangeira, sem que um dos pais seja brasileiro, não cabe o acolhimento da pretensão, por ausência dos requisitos exigidos. 4. A nacionalidade originária é aquela que o indivíduo adquire em razão do nascimento, segundo critérios sanguíneos, territoriais ou misto, ou seja, a nacionalidade originária nasce com o indivíduo. 5. Apelação a que se nega provimento." (TRF2. Oitava Turma. Apelação Cível nº 200751010016598. Relator Desembargador Federal Raldênio Bonifacio Costa. Julgado em 16 de junho de 2009 e publicado em 19 do mesmo mês)

¹²⁶ O procedimento é regulado pela Lei nº 6.815/80, nos artigos 111, e, posteriormente 116 e seguintes. Também pelo Decreto 86.751/81, nos artigos 119 a 134. A concessão da nacionalidade brasileira derivada se dá por Portaria do Ministro da Justiça, que, nos termos do artigo 119 da Lei nº 6.815/80 emitirá certificado em nome do naturalizando e o encaminhará ao juiz federal da cidade onde tenha domicílio. É nesta localidade, na 1ª Vara, onde houver mais de um Juízo Federal, ou na Vara Única, onde só existir uma, que o juiz federal fará a entrega mediante o preenchimento dos requisitos já citados na nota nº 95. Ressalte-se que, consoante firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Extradição nº 1074, julgada em 14 de fevereiro de 2008), "A concessão da naturalização constitui, em nosso sistema jurídico, ato que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se como faculdade exclusiva do Poder Executivo (Lei nº 6.815/80, art. 111). - A aquisição da condição de brasileiro naturalizado, não obstante já deferida pelo Ministro da Justiça, somente ocorrerá após a entrega, por magistrado federal, do concernente certificado de naturalização."

A alínea *b*, do mesmo inciso II, cuida da hipótese de naturalização do estrangeiro, de qualquer nacionalidade, ou mesmo sem nacionalidade, que se encontre em território nacional por mais de quinze anos ininterruptos, e sem condenação criminal, desde que a requeira.

Neste caso, tem-se a chamada *naturalização-anistia*, que vem a ser a desconsideração de eventual irregularidade na permanência em território brasileiro. Aqui, preenchidos os requisitos constitucionais, não há qualquer discricionariedade por parte do Estado brasileiro. Trata-se de um direito subjetivo, constitucional, à nacionalidade brasileira. É que se a Constituição estabeleceu todos os requisitos para sua obtenção, nenhuma margem deixou ao Executivo para considerações de conveniência e oportunidade. Mas e no caso dos estrangeiros, originários de língua portuguesa, mencionados na alínea *a*, também se teria um direito subjetivo constitucional? Não, porque nesta hipótese há expressa remissão à lei, ao dizer-se, "na forma da lei", e a lei afirma ser a concessão de nacionalidade derivada uma discricionariedade do Estado brasileiro.

No caso da *naturalização-anistia*, tem-se que o vínculo estabelecido pelo estrangeiro que aqui esteve por mais de quinze anos, sem condenação criminal, é suficientemente forte a permitir-lhe a obtenção da nacionalidade brasileira, independentemente da vontade do governante, na medida em que a previsão é constitucional e não faz referência a qualquer lei ou regulamento.

"CONSTITUCIONAL. NATURALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. RECONHECIMENTO DA PERMANÊNCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL PELO PRAZO DE QUINZE ANOS ININTERRUPTOS. AUSÊNCIAS PARA RENOVAÇÃO DE VISTO NÃO DESCARACTERIZA O DIREITO. DESNECESSIDADE DE VISTO PERMANENTE. APELO NÃO PROVIDO. 1. Apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL em face da sentença prolatada em sede de ação ordinária, que julgou procedente o pedido deduzido na Inicial, reconhecendo, para fins de posterior pedido de naturalização, do preenchimento de permanência no território nacional pelo período de quinze anos, assegurando a permanência da Recorrida no país, consoante tutela anteriormente deferida. 2. A Recorrida teve seu pedido administrativo negado em razão de não possuir residência no território nacional há mais de quinze anos ininterruptos como prevê o texto constitucional, eis que por diversas vezes teve que deixar o país e ingressar com novo visto. 3. Consoante se observa dos documentos juntados pela Autora, verifica-se que a mesma entrou pela primeira vez no território nacional em 1989, oportunidade em que, segundo aduz, resolveu a prestar trabalhos voluntários. Em seguida, retornou ao país em abril de 1990, para continuação dos serviços assistenciais no Colégio Piramarta, residindo no país até o momento, em razão de diversas renovações de visto, já que possuidora de autorização de permanência temporária. Satisfeito o critério

temporal estabelecido pelo art. 12, II, b, da CRFB de 15 anos no território nacional restou satisfeito. 4. O magistrado singular ponderou devidamente a situação fática ocorrida e a necessidade de retorno ao país de origem para fins de renovação do visto. Verifica-se que a Recorrida, ao longo destes mais de quinze anos, somente em poucas oportunidades se ausentou do país. Assim, entendo que não restou prejudicado o critério de residência quinzenária, tendo em vista a continuação do liame que a vinculava a atividades caritativas e voluntárias no território brasileiro. 5. No caso, tratando-se de reconhecimento do pedido de permanência no território nacional para fins de posterior instrução de pedido de naturalização extraordinária, entendo que incabível qualquer restrição afora dos requisitos estabelecidos no art. 12, II, b da Constituição Federal. É que tal naturalização, consoante entendimento doutrinário preponderante, faz parte do arcabouço de direitos subjetivos do estrangeiro, tendo em vista que o mandamento constitucional não faz referência alguma à lei integrativa para reger a referida situação. 6. Não constato impedimento à obtenção do reconhecimento da permanência quinzenária no território nacional, somente pelo fato da Apelada ter residido no país com base em vistos de turista, temporário item I e temporário item V, tendo em vista a desnecessidade de visto permanente na hipótese de naturalização extraordinária. 7. Apelação não provida. (TRF5. Segunda Turma. Apelação Cível nº 200681000127721. Relator Desembargador Federal Francisco de Barros Dias. Julgado em 22 de junho de 2010 e publicado em 01 de julho do mesmo ano)”

Questão que se coloca é saber se a residência mencionada no dispositivo constitucional significa autorização formal e regular para residir ou a mera constatação de um fato jurídico, consistente na estada do estrangeiro no território, pelo prazo estabelecido constitucionalmente, pouco importando seu *status* migratório. Uma interpretação teleológica da norma não autorizará a exclusão do imigrante irregular desta hipótese constitucional. É que se a intenção é anistiar, é regularizar a situação daqueles que estabeleceram fortes vínculos com o Estado brasileiro, nada justifica se lhes exija uma residência regular e autorizada para que possam se beneficiar do permissivo constitucional. Esta questão, a do conceito de residência no Brasil como um conceito de residência autorizada ou mera estada fática, é, como se verá adiante, relevantíssima para informar a observância de direitos e garantias ao estrangeiro irregular que se encontre no território, já se podendo adiantar que este trabalho considera que quando a Constituição se refere ao estrangeiro residente, este elemento conceitual do dispositivo, *residência*, deve ser entendido como mera estada, para fins de obtenção de direitos.

Por fim, em se tratando de um direito público, subjetivo, constitucional, à nacionalidade brasileira, de forma que não pode ser recusada a nacionalidade derivada, pelo Estado brasileiro, a quem preencher os requisitos constitucionalmente

elencados, tem-se que a Portaria do Ministro da Justiça que concede a naturalização nestes casos tem caráter meramente declaratório.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ESTRANGEIRO. NATURALIZAÇÃO. REQUERIMENTO FORMALIZADO ANTES DA POSSE. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. "O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea "b" do inciso II do art. 12 da Carta de Outubro, é suficiente para viabilizar a posse no cargo triunfalmente disputado mediante concurso público. Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal. A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos não de retroagir à data do requerimento do interessado. Recurso extraordinário a que se nega provimento" (STF, RE 264848, Rel. Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 14/10/2005, p. 489). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (TRF1. Quinta Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 200801000612500. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. Julgado em 25 de março de 2009 e publicado em 08 de maio do mesmo ano)”

A perda da nacionalidade brasileira se dá, constitucionalmente, em duas hipóteses, nos termos dos incisos I e II, e alíneas *a* e *b*, deste último, do § 4º, do artigo 12: quando, em se tratando de brasileiro naturalizado, tiver cancelada a naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional ou; tratando-se de qualquer brasileiro, nato ou naturalizado, adquirir outra nacionalidade, salvo quando se tratar de reconhecimento de nacionalidade originária estrangeira, nas hipóteses, como já se viu, de conflito positivo de nacionalidade, fenômeno conhecido como polipatria, ou por imposição de Estado estrangeiro, para o exercício de algum direito pelo brasileiro residente naquele local.

Quando se tratar de brasileiro naturalizado, o cancelamento da naturalização só pode se dar na via judicial. Trata-se de ação em que se apura a efetiva prática de atividade nociva ao interesse nacional, permitindo-se ao brasileiro naturalizado defender-se. O juízo de atividade nociva é formado pelo Ministério Público Federal, que é o legitimado para a ação. Pode o *parquet* federal agir por iniciativa própria ou provocado por meio de representação. A competência para o processo e julgamento é da Justiça Federal, evidente o interesse da União.

A redação da alínea *a*, do inciso II, desconsidera a natureza declaratória do reconhecimento de nacionalidade originária. É que o dispositivo fala em aquisição de outra nacionalidade, quando, em verdade, tecnicamente, o fenômeno da polipatria se

verifica no fato de o indivíduo ostentar mais de uma nacionalidade originária, ainda que esta não tenha sido ainda reconhecida. Como já se disse, a natureza da nacionalidade originária é declaratória. Seu reconhecimento formal por um Estado estrangeiro se opera *ex tunc*, na medida em que não se trata de concessão, mas de mero reconhecimento. A nacionalidade originária acompanha o indivíduo desde o nascimento, e, por isso, não interfere, em termos constitucionais, no vínculo jurídico-político, estabelecido entre o Estado brasileiro e aqueles que ostentem nacionalidade brasileira nata.

A aquisição de outra nacionalidade por naturalização sempre foi, no direito brasileiro, forma de perda da nacionalidade brasileira. Nesta situação, em que se adquire uma nova nacionalidade e se perde a nacionalidade brasileira, valoriza-se o elemento volitivo em adquirí-la, a demonstrar alguma desconsideração pela nacionalidade brasileira, nata ou adquirida, por parte do brasileiro que adquire nova nacionalidade. É dizer: quem se naturaliza assume compromisso com outra soberania, não sendo possível, para a Carta Política brasileira, manter o compromisso com o Estado brasileiro em decorrência desta escolha. Ainda com base no elemento volitivo, é que o texto constitucional ressalva desta perda, os que se naturalizam estrangeiros no exterior não por vontade, mas premidos pelas circunstâncias, o que se verifica das expressões "como condição de permanência em seu território" e "para o exercício de direitos civis". Esta ressalva, introduzida no texto constitucional pelo Poder Constituinte Reformador, na Revisão nº 03, de 1994, objetivou a assegurar aos muitos imigrantes brasileiros, que eram compelidos no exterior a se naturalizar para que pudessem viver em condições de dignidade mínimas nos países para onde foram, que não perdessem sua nacionalidade originária brasileira, na medida em que, em verdade, nunca desejaram perdê-la.

Ocorre que o enunciado é de tão amplo espectro que, na prática, o Ministério da Justiça muito raramente abre processo administrativo para perda de nacionalidade brasileira em decorrência de naturalização. É que na imensa maioria dos casos, verifica-se que as situações fáticas subsumem-se à hipótese da alínea *b*, do inciso II, do do § 4º, do artigo 12, da CRFB/88.

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTESTAÇÃO DE MÉRITO. PRETENSÃO RESISTIDA. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE NACIONALIDADE

BRASILEIRA. OPÇÃO POR NACIONALIDADE AMERICANA PARA CURSAR UNIVERSIDADE PÚBLICA. EXCEÇÃO À PERDA DA NACIONALIDADE. ART. 12, § 4º, II, "b", CF/88. DIREITO FUNDAMENTAL. RETROAÇÃO. 1. O interesse processual não desaparece, na ausência de prévio requerimento administrativo, especialmente quando a Ré, em contestação, demonstra claramente oposição ao pretense direito do autor (pretensão resistida). 2. Quando a opção pela nacionalidade americana se dá para o exercício do direito (civil) de cursar uma instituição de ensino superior nos Estados Unidos, configura-se a hipótese prevista no art. 12, § 4º, II, "b", da Constituição Federal. 3. Tratando-se de direito fundamental previsto na Constituição da República, deve abranger a todos os que nele se enquadrem, mesmo que o fato tenha ocorrido no passado, já que todas as leis devem se adequar à nova ordem constitucional. 4. Remessa Oficial e Apelação a que se nega provimento." (TRF1. Quinta Turma. Apelação Cível nº 200001000639728. Relator Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira. Julgado em 16 de novembro de 2005 e publicado em 26 do mesmo mês)."

CONSTITUCIONAL: BRASILEIRO NATO QUE, PARA TRABALHAR NOS EUA, PERDEU SUA NACIONALIDADE. DESEJA OBTÊ-LA NOVAMENTE. APLICÁVEL, AO CASO, A LETRA B, § 4º, ART. 12 DA CF. NÃO FAZ SENTIDO, NA ESPÉCIE, SUBTRAIR-LHE A OPORTUNIDADE DE READQUIRIR A NACIONALIDADE BRASILEIRA, QUANDO PARA CÁ RETORNOU, DESDE 1990, CONTRAINDO NÚPCIAS COM UMA BRASILEIRA E, SOBRETUDO, TENDO EM VISTA O PERMISSIVO CONSTITUCIONAL EM APREÇO. REMESSA OFICIAL CONHECIDA, MAS IMPROVIDA, NOS TERMOS DO VOTO CONDUTOR. (TRF1. Terceira Turma. Remessa ex officio. nº 9602434783 Relator Desembargador Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 12 de maio de 1998)"

Como sustenta Haroldo Valladão¹²⁷, o Brasil admite, há mais de um século, a perda da nacionalidade, mas; por outro lado, hoje, considerada a natureza jurídica de direito fundamental, é como se não se houvesse superado o princípio *uma vez súdito, sempre súdito*.

"EXTRADIÇÃO. HAVENDO O EXTRADITANDO COMPROVADO A REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, INDEFERE-SE O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 153, PARÁGRAFO 19, PARTE FINAL. NÃO CABE INVOCAR, NA ESPÉCIE, O ART. 77, I, DA LEI Nº 6.815/80. ESSA REGRA DIRIGE-SE, IMEDIATAMENTE, A FORMA DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, POR VIA DE NATURALIZAÇÃO. **NA ESPÉCIE, O EXTRADITANDO É BRASILEIRO NATO (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART.145, I, LETRA 'A'). A REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE, POR BRASILEIRO NATO, IMPLICA MANTER ESTE STATUS E NÃO O DE NATURALIZADO.** INDEFERIDO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO, DESDE LOGO, DIANTE DA PROVA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, DETERMINA-SE SEJA O EXTRADITANDO POSTO EM LIBERDADE, SE AL NÃO HOVER PERMANECER PRESO." (grifei) (STF. Extradição nº 441. Relator Ministro Néri da Silveira)"

¹²⁷ VALLADÃO, Haroldo. op.cit.p.299.

3 A CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO COMO TEMA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Os distintos ordenamentos jurídicos pertencentes a distintos Estados soberanos, o comércio internacional, a circulação de pessoas, e a prática de atos e negócios jurídicos por estas pessoas, em diferentes localidades, submetidos à regulação por estes distintos ordenamentos, impõem que o direito se valha de instrumental que atenda à solução dos conflitos nascidos de relações jurídicas submetidas a mais de um sistema jurídico nacional. As pessoas se casam, contratam, se estabelecem comercialmente, nascem e morrem no exterior, e, com isso, necessário se faz um "conjunto de preceitos reguladores das relações de ordem privada internacional"¹²⁸.

O direito internacional privado é, portanto, e em linhas gerais, o direito que regula as relações jurídicas que se estabelecem entre sujeitos de direito privado, pessoas físicas ou jurídicas, quando há nesta relação jurídica um elemento de extraneidade, elemento este que pode ser a lei estrangeira, o território estrangeiro, o negócio jurídico avençado no exterior, ou mesmo a presença na relação jurídica de um indivíduo não-nacional. É o ramo do direito que se ocupa das soluções para os problemas que nascem das relações privadas de caráter internacional. Assim, historicamente, o direito internacional privado é o direito que se formou tendo por objeto de estudo o que é estrangeiro para que, com ele, possa o direito interno se relacionar. Seu escopo se concentra na regulação de relações jurídicas entre as pessoas submetidas à distintas ordens jurídicas, e entre as pessoas de um determinado local com aquelas que não são do lugar: os estrangeiros. Dispõe sobre quem seja o estrangeiro e as relações jurídicas que com ele se possam estabelecer, daí porque, da Cidade Antiga, estudada por Fustel de Coulanges¹²⁹ ao Estado moderno, as relações entre os locais e os estrangeiros compõem o objeto principal do estudo das relações jurídicas que se desenvolvem além dos limites territoriais da comunidade ou do

¹²⁸ BEVILACQUA, Clovis. *Direito Internacional Privado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 15.

¹²⁹ FUSTEL DE COULANGES. *A Cidade Antiga. Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e Roma*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Estado (definidos consoante o momento histórico e a organização social respectiva). Como se viu no capítulo segundo deste trabalho, na Antiguidade Clássica, gregos e romanos viam no estrangeiro o inferior, o bárbaro. O tratamento que lhes conferiam; contudo, diferenciou-se conforme a época. Embora na Grécia, em um primeiro momento, ao estrangeiro não se observassem direitos, razões econômicas levaram ao seu acolhimento. Denominado *meteco*, os estrangeiros chegaram a ter seus direitos equiparados aos dos cidadãos gregos, quando domiciliados; e dispuseram de uma jurisdição especial para apreciar e julgar as causas em que fossem partes, a *polemarca*. Contavam até mesmo com um auxiliar para a prática de atos da vida civil, o *próxeno*¹³⁰. Em Roma, sua condição, de início, era de menor prestígio: o estrangeiro era escravo¹³¹. No entanto, a própria organização romana do direito privado se dá com base na consideração jurídica do estrangeiro, especialmente no que concerne à clássica divisão entre o direito civil (*ius civile*), que regravava as relações jurídicas referentes aos cidadãos romanos, e o direitos das gentes (*ius gentium*), que num

¹³⁰ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado. Volume I*. op.cit. pp.166-167: “Os direitos civis e políticos emanavam da participação no culto da cidade. Os altares eram inacessíveis ao estrangeiro, a quem se vedada ser proprietário, casar-se, contrair obrigação com pessoa da cidade. O Bárbaro era o inimigo, proibida qualquer amizade com êle. As leis invocadas eram as da ‘humanidade grega’, [...] Modificou-se a situação quando os centros comerciais e industriais, como Atenas, Pireu e Rodes, precisaram do estrangeiros para entreter suas atividades. As cidades gregas acolheram o estrangeiro, impulsionadas por interesses econômicos e não por interesses políticos.

Mais tarde, a proteção se ampliou ao estrangeiro domiciliado e até ao estrangeiro de passagem. A instituição da hospitalidade tomou vulto em Atenas. O estrangeiro domiciliado chama-se meteco. Não era cidadão e pagava uma taxa especial. Mas estava equiparado ao ateniense quanto aos direitos civis, contando com a boa justiça dos tribunais e a proteção do polemarca sobre sua família e seus bens”.

¹³¹ CAMPOS, J.A. Segurado e. (tradução do texto latino e notas). *GAIO. Instituições de Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010. pp. 79-80: “todo o direito de que nos servimos diz respeito às pessoas, ou às coisas, ou às acções. Começemos por analisar o direito das pessoas. A condição jurídica das pessoas. Uma primeira e fundamental distinção a fazer é a divisão entre os homens em cidadãos livres e escravos. Por sua vez entre cidadãos livres há que se distinguir entre ingénuos e libertos. São ingénuos os que já eram cidadãos livres ao nascer; são libertos os que foram manumitidos de um estado legal de servidão. Por sua vez, entre os libertos há que se distinguir três categorias: a dos cidadãos romanos, a dos latinos e a dos deditícios. Dá-se o nome de estrangeiros deditícios àqueles homens que em tempos pegaram em armas para combater o povo romano, e que, depois de vencidos, se renderam. Os escravos a quem foram impingidas uma das penas humilhantes, seja qual for o modo ou a idade com que tenham sido manumitidos, e ainda que fossem de pleno direito propriedade de seus senhores, nunca os consideraremos cidadãos romanos, nem latinos, mas incluí-los-emos de qualquer modo no número dos deditícios”.

primeiro momento regravava as relações entre estrangeiros e, em momento posterior, as relações entre estrangeiros e cidadãos romanos¹³².

Em apertada síntese, a queda do Império Romano, e sua invasão pelos bárbaros do norte, em 476 da era Cristã, promovem a convivência entre pessoas de distintas origens, línguas e culturas. A necessidade de se estabelecer uma lei aplicável aos conflitos de interesses, somada à inadaptabilidade destes povos à lei romana, leva à construção do entendimento de que cada pessoa deveria ser julgada por sua lei de origem, a lei de seu grupo, povo, tribo. É o surgimento do denominado direito do sangue.

A morte de Carlos Magno, no século IX, leva à fragmentação do Império Carolíngio - que se tornaria os reinos de França, Reino Central (Lorena, Borgonha e Lombardia) e o reino da Alemanha -, e promove o aparecimento de unidades menores de poder¹³³; e, nelas, a observância da lei territorial¹³⁴. Assim, no momento histórico

¹³² DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil. Teoria Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 21: "O direito privado é um só. Todas as relações entre particulares estão regidas por um conjunto de normas que não apresenta, no seu seio, diferenciação ou especialização. A palavra direito civil, esta expressão, ocorre, mas ocorre em um sentido especial, peculiar ao direito antigo. Provavelmente os senhores conhecem muito bem o *jus civile*, é alguma coisa que se contrapõe no direito romano clássico ao *jus gentium*, e no direito romano do tempo de Justiniano ao *jus gentium* e ao *jus naturale*. O *jus civile* é, no direito clássico, aquela parte das normas de direito privado que só se aplica aos cidadãos romanos, enquanto o *jus gentium* aplica-se às relações entre os estrangeiros, isto é, entre os cidadãos romanos e os estrangeiros.

O *jus gentium* do *jus civile* diferencia-se, por conseguinte, conforme a nacionalidade das pessoas que tomam parte na relação jurídica. É o *jus civile* só para os romanos, e o *jus gentium* só para estrangeiros ou para as relações entre romanos e estrangeiros. Este sentido, que é o sentido clássico da palavra, mesmo no mundo romano, vai alterando-se. No dia em que a cidadania romana é estendida a todos os que habitam no império, não há mais razão para a distinção, pois se todos são cidadãos romanos, todo o direito que se aplica no império é *jus civile*".

¹³³ CICCO, Claudio. op.cit. p.97: "Para manter a unidade de seu Império, Carlos Magno confiou o governo das províncias a homens de seu crédito, os condes, a quem investiu de autoridade sobre os condados, tomando como modelo a administração eclesiástica dos bispados, pelos bispos.

Com o tempo, os condes foram crescendo em importância, marcando com personalidade própria sua gestão. Sendo o cargo transmissível de pai para filho, assegurava-se a continuidade administrativa, surgindo, então, uma estirpe de governantes com enorme influência social na região em que se radicava. [...] Após a morte de Carlos Magno, seus descendentes partilharam seus vastos domínios (partilha de Verdum-843) para pôr fim as suas dissensões. Isso abalou profundamente a unidade do Império.

Durante os séculos IX e X, os bárbaros normandos (dinamarqueses, suecos, noruegueses, chamados vikings ou 'reis do mar') atacaram o norte da Europa. [...] A unidade, comprometida pelo Tratado de Verdun, agora desaparecia por completo. [...] Sob a liderança de seu chefe, o conde - pertencente a uma estirpe que tinha seu fundador no enviado de Carlos Magno, habituado a reger os negócios da região e a resolver questões difíceis -, as

conhecido como Feudalismo, construiu-se a idéia de aplicação do direito do solo como regra.

Haroldo Valladão¹³⁵ ensina que no final da idade média, fins do século XI, e ainda nos séculos XII e XIII:

"o grande florescimento industrial, comercial e político das populosas cidades e comunas do norte da Itália, com os respectivos habitantes em constante intercâmbio, mas cada uma delas regendo-se por leis próprias, *statuta*, ao lado dum direito positivo comum, o direito romano - determinou a eclosão frequente do concurso de leis, dos conflitos dos estatutos entre si e com o direito romano, a exigir solução dos práticos, dos magistrados e dos juristas".

Assim, o comércio entre cidades-estado da península itálica demonstrou aos estudiosos do direito de então, a importância de se conhecer a lei do outro, a lei do estrangeiro, do que não é do lugar, e de aplicá-la em seu território, para, com isso, estabelecer as regras que se poderiam utilizar nas relações comerciais, de forma que o estudo realizado pelos estatutários, recuperando o direito romano, para estabelecer um sistema de aplicação de leis estrangeiras, permitiu a construção de mecanismos jurídicos que permitiram estabelecer, no comércio entre pessoas submetidas a distintos ordenamentos, a solução de questões práticas, como as regras de criação e extinção das obrigações, tempo e modo de pagamento, e dissolução do contrato. A relevância prática disto para a época? Estabelecer, por exemplo, que o pagamento feito em moeda estrangeira poderia ser representado por um documento que valesse o que nele estivesse designado, e que poderia ser trocado por moeda ou repassado adiante, servindo como indicativo de crédito na moeda local, até que fosse, em algum

vítimas das invasões procuravam os montes mais escarpados, as zonas ocultas dos pântanos ou marecage, para organizarem postos de defesa. [...]

Em quase todos os pontos da Europa, surgiram nesse momento núcleos de resistência. Cada um deles gravitava em torno de um chefe [...]"

¹³⁴ André Weiss, citado por Eduardo Espínola. *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Volume VI. Da Condição Jurídica dos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 220, informa que, depois da invasão, os Francos, tribo germânica, tendo se tornado conquistadores, mudaram radicalmente sua forma de vida, passando de nômades a colonizadores, daí que, nesta época, altera-se o próprio conceito de estrangeiro, passando este a ser aquele oriundo de território não conquistado pelos Francos.

¹³⁵ VALLADÃO, Haroldo. op.cit. p. 105

momento futuro, trocado por dinheiro: documento que foi chamado de carta de troca, ou letra de câmbio¹³⁶.

Ainda como nos é lembrado por Haroldo Valladão, doutrinariamente, a disciplina direito internacional privado surgiu como sistema de aplicação da lei estrangeira - baseada na consideração de que era necessário estabelecer regras jurídicas de convivência de leis, que solucionassem seus conflitos - elaborado pelos pós-glosadores, em comentários à primeira lei do Código de Justiniano, e foi chamada, desde os estatutários holandeses, de conflito, colisão ou concurso de estatutos ou leis¹³⁷.

O direito internacional privado, hoje, observa, na doutrina, variações sobre o seu alcance. Na doutrina estrangeira, verifica-se que a Alemanha o identifica com o conflito de leis, limitando a este tema seu objeto de estudo. Inglaterra e Estados Unidos¹³⁸ consideram que a disciplina tem por escopo o estudo dos conflitos de leis e de jurisdição¹³⁹. Para a Escola Anglo-Saxônica, o direito internacional privado se ocupa em responder: (1) em que local acionar (referente à questões processuais); (2) qual a lei aplicável (utilização dos métodos de solução do conflito de leis); e, (3) como executar decisões estrangeiras (cooperação entre jurisdições)¹⁴⁰. Na França, no entanto, o direito internacional privado compreende o estudo de quatro grandes temas: (1) conflito de leis, (2) conflito de jurisdição, (3) nacionalidade e (4) condição jurídica do estrangeiro¹⁴¹.

¹³⁶ WHITAKER, José Maria. *Letra de Câmbio*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957. p.10: "Ha quem sustente que era usada pelos romanos e mesmo que dos assírios não era desconhecida; mas o certo é que exemplares autênticos mais antigos da letra de câmbio são italianos e datam, apenas, da Idade Média".

¹³⁷ VALLADÃO, Haroldo. op.cit. p. 45.

¹³⁸ Em 1834, o Juiz da Suprema Corte Norte-Americana Joseph Story lançou a obra clássica de direito internacional privado *Conflict of Laws*.

¹³⁹ DOLINGER, Jacob. op.cit. p. 2.

¹⁴⁰ ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 34.

¹⁴¹ AUDIT, Bernard; d'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*. 6ª ed. Paris: Economica, 2010. p.21: "Le Code Civil ne comportait en matière de conflits de lois et de juridictions que des dispositions très generales et incompletes: essentiellement l'art.3 sur le premier point, les art. 14 et 15 sur la competence des tribunaux français; l'art. 2123 fait une simple mention des jugements étrangers. Le Code réglementait en quelques règles l'attribution et la perte de la nationalité française (art.7, 9, 10 et 12; 17 à 19, 21); en matière de statut des étrangers, il posait un principe général de réciprocité par traité (art.11), lequel n'a jamais réellement exprimé le droit positif et a été répudié par la Cour de cassation à l'époque moderne (nº 1066). Les conflits de juridictions sont partagés entre le

O conflito de leis refere-se ao estudo da escolha da lei aplicável às causas multiconectadas¹⁴² ou plurilocalizadas, quando se verifica, no caso concreto, a presença, na relação jurídica sob análise, de um elemento estrangeiro; o conflito de jurisdição¹⁴³ diz com identificar qual jurisdição¹⁴⁴ pode ser provocada para apreciar e

droit commun, essentiellement jurisprudentiel, des conventions internationales assez nombreuses et surtout aujourd'hui deux règlements communautaires, d'application plus fréquente que le droit commun ou conventionnel. Le droit de la nationalité, devenu de plus en plus précis et détaillé, fit l'objet d'un Code de la nationalité (Ord. du 19 oct. 1945, mod.) de quelque 130 articles; ses dispositions ont été réintroduites en 1993 dans le Code civil (art.17 à 33-2), aux pris d'une multiplication des numéros indiciaires. Le statut des étrangers fit à la même époque l'objet d'une ordonnance (2 novembre 1945) conçue pour rassembler la matière. Modifiée et complétée par d'innombrables textes, elle a été abrogée et remplacée en 2004 par un 'Code des étrangers et du droit d'asile'. En ce qui concerne les conflits de lois et de juridictions, les textes sont demeurés inchangés nonobstant l'évolution des relations internationales. C'est donc là jurisprudence qui a pour l'essentiel façonné le droit positif (un grand nombre de décisions y sont pour cette raison connues du nom des parties)".

¹⁴² ARAÚJO, Nadia. op.cit. p. 32: "Cada Estado possui, inserido em seu ordenamento jurídico, um conjunto de regras para resolver as questões atinentes a essas situações multiconectadas".

¹⁴³ O estudo do conflito de jurisdição se divide, no Brasil, em linhas gerais, em: jurisdição direta e indireta. (1) A jurisdição direta é o estudo do sistema de competência (em verdade, jurisdição) internacional previsto no Código de Processo Civil Brasileiro (artigos 88, 89 e 90) ou em normas convencionais. É, portanto, saber quando a jurisdição brasileira, provocada, pode validamente solucionar a demanda em que se verifique a presença do elemento estrangeiro (artigo 88), ainda que mesma demanda seja submetida a uma jurisdição estrangeira; ou quando só a jurisdição brasileira proferirá decisão apta a produzir efeitos no Brasil (artigo 89). O sistema de competência internacional da lei processual estabelece, ainda (artigo 90), que a ação intentada no estrangeiro não induz litipendência (fenômeno processual que, identificando em uma demanda os mesmos pedido, partes e causa de pedir, impõe a extinção, sem mérito, da demanda posterior, com o objetivo de evitar decisões conflitantes), nem constitui óbice a que a mesma demanda seja proposta no Brasil. O raciocínio é evidente: se se tratar de competência (jurisdição) concorrente (artigo 88, I, II e III), tanto uma como outra poderão produzir efeitos no Brasil: ou a sentença brasileira que transitar em julgado, ou a sentença estrangeira que for homologada, o que ocorrer primeiro; e, em se tratando de competência (jurisdição exclusiva) só a sentença brasileira produzirá efeitos no território nacional, por força de lei, ou seja, nunca se verificará a convivência de decisões conflitantes. (2) A jurisdição indireta cuida das espécies do gênero cooperação jurídica internacional, a saber: em matéria cível e criminal, homologação de sentenças estrangeiras, cartas rogatórias, auxílio direto; e, exclusivamente em matéria penal, transferência de presos, transferência de processos e extradição.

¹⁴⁴ Jurisdição pode ser definida, em sentido amplo, como reunião de competências (legislativas, executivas ou administrativas e judiciárias) para o exercício do poder. Em sentido estrito, é poder, atividade e função de dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva. Em ambos os casos, é territorial porque atributo da soberania, que, por sua vez, pode ser definida, em linhas gerais, como monopólio do uso da força no plano interno e insubmissão a Estado estrangeiro no plano externo. Cf. BROWNLIE, Ian. *Principles of a Public International Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.289. "The sovereignty and equality of states represent the basic constitutional doctrine of the law of the nations, which governs a community consisting primarily of states having a uniform legal personality [...] sovereignty is in a major aspect a relation to other states (and organization of states) defined by law". p.299. "Jurisdiction refers to a particular aspects of general legal competence of states often

julgar uma causa que contenha um elemento estrangeiro, e, em sendo possível movimentar mais de uma, qual produzirá uma decisão apta a produzir efeitos em território distinto do seu¹⁴⁵; a nacionalidade é o estudo do vínculo jurídico-político que liga uma pessoa, física ou jurídica, a um Estado soberano e a condição jurídica do estrangeiro¹⁴⁶ diz com o estudo da situação regulada pelo direito de um estrangeiro (nacional de outro Estado soberano ou sem qualquer nacionalidade), regular ou irregular, em determinado território. Seu estudo se divide em: (1) direitos de entrada; (2) direitos do estrangeiro admitido ou do irregular que se encontre no território; e, (3) saída compulsória do estrangeiro.

referred to as 'sovereignty'. Jurisdiction is an aspect of sovereignty and refers to judicial, legislative, and administrative competence". SHAW, Malcom N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 513-514: "Até época bem recente, considerava-se que a soberania era atributo de um indivíduo particular dentro de um Estado, e não uma manifestação abstrata da existência e do poder do Estado. O soberano era uma pessoa definida, a quem se devia lealdade. Como parte integrante dessa mística, o soberano não podia ser sujeito aos processos judiciais de seu país. Consequentemente, não era de admirar que não pudesse ser julgado por tribunais estrangeiros. Se os tribunais pudessem exercer jurisdição sobre soberanos estrangeiros, a idéia do soberano pessoal seria, sem dúvida, minada. A personalização foi paulatinamente substituída pelo conceito abstrato de soberania do Estado, mas a mística permaneceu. Além disso, a independência e igualdade dos Estados tornou difícil, tanto do ponto de vista filosófico quanto do prático, admitir que tribunais locais de um país exercessem poder sobre Estados estrangeiros soberanos sem o consentimento destes".

¹⁴⁵ O que se faz, no Brasil, por meio da homologação de sentenças estrangeiras. Trata-se de espécie do gênero cooperação jurídica internacional, considerada a territorialidade da jurisdição. A idéia é a de que, se a jurisdição se presta a pacificar conflitos de interesse, e se alguns desses conflitos já se encontram pacificados pela solução dada por uma jurisdição estrangeira, óbice não haveria a que se aproveitasse esta pacificação do conflito, atribuindo ao ato de força de outra soberania (o poder, atividade e função de dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva), aptidão para produzir efeitos em território nacional, desde que esta decisão, o seu conteúdo e o processo observado pela jurisdição estrangeira para proferí-la, não contrastem com o sistema de valores da ordem jurídica brasileira, ou seja, com a ordem pública brasileira. No Brasil, a competência para homologar sentenças estrangeiras é do Superior Tribunal de Justiça, desde de 2004, quando promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que transferiu para este Tribunal competência que até então era do Supremo Tribunal Federal. O pedido deve ser encaminhado pela parte interessada ao STJ (artigo 3º, da Resolução nº9/05, do Tribunal), que, em exame perfunctório dos autos, a que se denomina delibação (do latim, *delibare* = tocar), verifica o preenchimento de requisitos formais e a compatibilidade com a ordem pública (artigo 5º, da mesma Resolução). Deferido o pedido, pode a parte interessada executar a decisão perante juiz federal (artigo 475-N, VI, do Código de Processo Civil).

¹⁴⁶ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Volume VI. Da Condição Jurídica dos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 179: "É preferível, para evitar confusões, manter a designação tradicional - condição jurídica do estrangeiro - para exprimir o gôzo dos direitos, reconhecido por um Estado aos indivíduos, que não tenham a sua nacionalidade, quer o fato do domicílio exerça alguma influência, quer não".

No Brasil, Eduardo Espínola e Amílcar de Castro¹⁴⁷ entendem que o objeto de estudo do direito internacional privado se circunscreve ao estudo da solução dos conflitos de lei, embora admitam que o estudo da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro sirvam de pressupostos didáticos para o estudo da disciplina, na medida em que a nacionalidade - cujo conceito define, por oposição, o de estrangeiro - constitui importante elemento de conexão¹⁴⁸ entre sistemas jurídicos, e portanto se presta à solução dos conflitos de leis. Também entre nós, Haroldo Valladão e Clovis Bevilacqua¹⁴⁹ concordam compor o objeto do direito internacional privado o estudo da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro ao lado do estudo dos conflitos de lei e de jurisdição.

A questão que se coloca, no que concerne a alocação da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro como temas de direito internacional privado, diz respeito ao fato de que seria contraditório que dois temas eminentemente de direito público¹⁵⁰ - é a constituição, em regra, quem define quem são os nacionais e os

¹⁴⁷ DOLINGER, Jacob. op.cit.p. 2.

¹⁴⁸ A solução do conflito de leis, quando se verifica, no caso concreto, um elemento estrangeiro, por exemplo, a presença de um estrangeiro na relação jurídica; o fato de um determinado bem se encontrar em território estrangeiro; ter a obrigação sido contraída do exterior, ou se contraída em território nacional, tiver de ser executada em outro país; ser a pessoa, nacional ou estrangeira, domiciliada no exterior etc., se dá, no método conflitual ou indireto (ou europeu continental) por meio de presunções legais de qual lei, nacional ou estrangeira, se encontra melhor posicionada para solucionar esse tipo de questão, a que se denomina multiconectada ou plurilocalizada. A utilização deste método consiste em dividir e classificar as relações jurídicas, em operação denominada qualificação, assim em pessoais (nome e capacidade civil), de família, obrigacionais, contratuais, reais e sucessórias, e, para cada uma delas, escolher a própria lei nacional, denominada de norma indireta, qual a lei substantiva (ou direta) é aplicável, nacional ou estrangeira e; se estrangeira, a de qual Estado, valendo-se, para tanto, de um elemento de relevo nessas relações jurídicas, que conecte a norma indireta à norma estrangeira substantiva, a que se dá o nome de elemento de conexão. Este elemento de conexão, é, tradicionalmente, a nacionalidade ou o domicílio. Em 1848, Friedrich Carl von Savigny, no oitavo volume de seu *Sistema do Direito Romano Atual*, defendeu que o domicílio era o mais importante elemento da vida civil de um indivíduo, na medida em que representava onde queria se fixar, e, como consequência, por qual sistema jurídico gostaria de ter sua vida regrada. Pasquale Mancini, em 1859, no seu *Direito Internacional*, embora se utilize do mesmo método de solução de conflitos de lei, identifica na nacionalidade o mais relevante dado da vida de alguém, o que faz com que o indivíduo carregue consigo, para onde quer que vá, a intenção de ter suas relações jurídicas regradas pela lei de seu país.

¹⁴⁹ DOLINGER, Jacob. op.cit.p. 3.

¹⁵⁰ No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a disciplina direito internacional privado está, tanto na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, quanto na Faculdade Nacional de Direito - FND, da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, vinculada ao Departamento de Direito Civil. No passado, a Faculdade Nacional de Direito

estrangeiros¹⁵¹ – compusessem o objeto de um ramo do direito privado¹⁵². A esta indagação responde a doutrina francesa no sentido de que a questão da condição jurídica do estrangeiro acompanha, geralmente, uma questão de conflito de leis, ou seja, saber se um estrangeiro pode exercer determinado direito no território. Quanto à nacionalidade, é a sua ligação com a condição jurídica do estrangeiro que a liga, como tema, ao direito internacional privado¹⁵³.

Estabelecidas estas premissas, tem-se que este trabalho trata, portanto, de um estudo de direito internacional privado, o que, a toda evidência, não exclui se possa, e se deva, trabalhar com outras províncias do direito, que assim só se divide, em verdade, para fins didáticos, de forma que se podem fazer, e efetivamente se fazem, considerações de direito constitucional, administrativo, do trabalho, civil, penal e processual penal¹⁵⁴.

não incluía a disciplina nem no Departamento de Direito Privado, nem no Departamento de Direito Público, mas num departamento autônomo. VALLADÃO, Haroldo. op.cit. p. 65: “a Faculdade Nacional de Direito, ao organizar os seus departamentos, não incluiu o DIP nem no Departamento de Direito Público, nem no Departamento de Direito Privado, nem no de Direito Penal, mas num Departamento autônomo, de Estudos Gerais, juntamente com Direito Romano e Introdução à Ciência do Direito, Regimento (publicado no D.Oficial de 14 de março de 1947), art.83, c, (15-B)”.

¹⁵¹ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Volume V. Da Nacionalidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 134.

¹⁵² ibidem. pp.135-136: "A Côte de cassação de Paris, provocada a pronunciar-se sobre a questão, declarou por memorável acórdão das camaras reunidas, a 2 de fevereiro de 1921 que - a nacionalidade é matéria de direito público, porque a questão primordial, que ela tem de resolver, é uma questão de soberania."

¹⁵³ BATTIFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Traité du Droit International Privé*. 8^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 29: “Il est dependant une matière qui fait traditionnellement l’objet en France de développements propres au droit international privé, c’est celle qui est désignée sous le nom de ‘condition des étrangers’. Il s’agit des règles qui refusent aux étrangers la jouissance de certains droits reconnus aux Français, par exemple ceux de la législation sur les baux commerciaux ou ruraux. Ces refus établissent une différenciation fondée sur la seule qualité d’étranger, il s’agit donc une question générale propre au droit international, celle de savoir si l’étranger est apte à la jouissance des droits au même titre que le national. Son étude d’ensemble ne saurait trouver une place convenable dans aucun chapitre du droit civil ou commercial interne. De plus, la question de condition des étrangers accompagne solvante celle du conflit de lois, ce qui justifie que leur étude relève de la même discipline. Quand un étranger veut exercer un droit en France, il faut déterminer selon quelle loi il l’exercera, question de conflit de lois, mais également s’il est admis à la jouissance de ce droit, question de condition des étrangers (...) Nationalité. Ces’t son lien avec la condition des étrangers qui peut enfin expliquer d’un point de vue formel l’inclusion en France de la nationalité dans le droit international privé."

¹⁵⁴ TENÓRIO, Oscar. op.cit. pp. 250-251: "A condição legal do estrangeiro que decorre do princípio de sua admissão no território do Estado não se disciplina por normas deste ou daquele ramo do direito. Um complexo de

Assim, embora no Brasil seja o Ministério do Trabalho o órgão cujas decisões tem, por meio do Conselho Nacional de Imigração, maior relevo na gestão da Política Migratória Nacional, e embora juízes e tribunais se debrucem com maior inclinação sobre questões de direito constitucional e administrativo, quando do exame das revisões judiciais de atos da Administração que afetam a vida dos estrangeiros no Brasil, o estudo específico da condição jurídica do estrangeiro não se encontra, cientificamente, encartado no direito do trabalho, ou no direito constitucional ou mesmo no direito administrativo. Trata-se, como se disse, de tema típico de direito internacional privado.

3.1 A condição jurídica do estrangeiro

Como se assentou, a condição jurídica do estrangeiro é tema de direito internacional privado, e se ocupa dos direitos concedidos a um estrangeiro em território que não o seu de nacionalidade. A nacionalidade estabelece uma especial relação jurídica entre o indivíduo e o Estado soberano a que está vinculado. O estrangeiro se distingue do nacional justamente por não ostentar este vínculo. É desta distinção, do que se assegura ao não-nacional no território, que se ocupa a condição jurídica do estrangeiro. Não houvesse qualquer distinção no que se concede a nacionais e estrangeiros, concedendo-se a ambos os mesmíssimos direitos e prerrogativas no Estado nacional, nenhuma razão haveria para que se fizesse a distinção, comum a todos os Estados que compõem a sociedade internacional contemporânea, entre nacionais e estrangeiros.

A forma como cada Estado soberano trata a questão do estrangeiro é, como regra e em razão do atributo da soberania, uma questão de direito interno, de forma que pouco importa que tal ou qual direito seja assegurado a um estrangeiro em seu país de nacionalidade, de domicílio, de residência habitual, ou onde estivesse, por qualquer razão, antes de ingressar no território nacional. Para se saber de quais

normas, de princípios, de tendências e de puras concepções doutrinárias regula a matéria, de forma que se torna difícil ao jurista, no trabalho de aplicação do direito positivo, estabelecer critérios seguros."

direitos desfrutará no Estado em que é estrangeiro, necessário investigar o que a lei local, seja ela constitucional ou infraconstitucional, diz a respeito¹⁵⁵.

É certo que normas internacionais estabelecem padrões gerais de tratamento de estrangeiros pelos Estados nacionais. Estes padrões referem-se a um mínimo¹⁵⁶ que se deva observar como reconhecimento de direitos a estrangeiros quando se encontrem no território dos Estados Partes destes tratados¹⁵⁷. No entanto, é mesmo no ordenamento jurídico nacional que se verificará a que situação, regulada pelo direito, se submete o não-nacional, seja ele permanente ou temporário, regular ou irregular. Em verdade, estas categorias: regular, irregular, permanente ou temporário, são criadas pela legislação local, ainda que correspondam a padrões internacionais, na medida em que é o próprio Estado que define quem é estrangeiro, o que faz por oposição à definição de nacional, e, neste grupo, o de estrangeiros, quem se encontra no território de forma permanente ou temporária, regular ou irregular.

Assim, o que se estuda aqui é como o Estado enxerga, juridicamente, o estrangeiro, venha ele ao território para uma curta estada, ou por período de tempo maior, como visitante ou como imigrante: o que se lhe oferece; o que se lhe assegura

¹⁵⁵ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. op. cit. *Volume VI*. p. 183.

¹⁵⁶ *idem*.

¹⁵⁷ O artigo 5º, da Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros, de 1928, estabelece: "Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos seus próprios nacionais e o gozo de direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias". O Código Bustamante, em seu artigo 1º, enuncia que: "Os estrangeiros que pertençam a qualquer um dos Estados contratantes, gozam, no território dos demais dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais" No entanto, ainda segundo o dispositivo: "Cada Estado contratante pode, por motivo de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros, e qualquer destes Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício aos nacionais do primeiro". Assim como a Declaração dos Direitos do Homem, que em seu artigo 2º, impede distinções entre nacionais e estrangeiros; O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de Nova York, de 1966, em seu artigo 2º; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 1966, nos artigos 2º e 26 e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 1º: "Obrigação de Respeitar Direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para fins desta Convenção, pessoa é todo o ser humano."

e o que se lhe proíbe. Trata-se, portanto, do estudo do gozo de direitos por certos indivíduos em razão de sua qualidade de não-nacionais.

Oscar Tenório¹⁵⁸ aponta três correntes do tratamento, regulado pelo direito, de um estrangeiro no território que não o seu: (1) a da equiparação ao estrangeiro do tratamento dispensado ao nacional; (2) a do melhor tratamento ao estrangeiro; e, (3) a do melhor tratamento ao nacional.

Em matéria de direitos civis, de acordo com o professor, o Chile foi, ainda do século XIX, o pioneiro da primeira corrente, em termos de direito positivo, igualando os direitos concedidos aos estrangeiros. A segunda concepção, a de melhor tratamento ao estrangeiro, é conseqüência da idéia de que o estrangeiro, além do direito nacional do Estado em que se encontra, pode valer-se da proteção que lhe dá o direito internacional público. Assim, ainda que o Estado não forneça aos seus próprios nacionais um rol mínimo de direitos e garantias fundamentais, o direito internacional público se ocuparia de fornecê-los a todas as pessoas, podendo o estrangeiro, desta forma, dele se valer. Alfred Verdross, citado por Oscar Tenório, concebe este rol mínimo como sendo: (1) reconhecer-se todo o estrangeiro como sujeito de direitos; (2) respeitar-se os direitos privados adquiridos por estrangeiros; (3) conceder-se aos estrangeiros direitos essenciais relativos à liberdade; (4) permitir aos estrangeiros acesso aos tribunais; e, (5) proteger os estrangeiros de delitos que ameacem sua vida, liberdade, propriedade e honra¹⁵⁹.

O regramento da situação jurídica do estrangeiro pode ser tratado na Carta Política, em leis infraconstitucionais ou em normas convencionais internacionais. No Brasil, é encontrado em todas estas fontes.

O estudo da condição jurídica do estrangeiro no Brasil se divide, como se disse, em: (1) direitos de entrada, compreendendo a admissão no território entendida como manifestação de vontade da Administração, no exercício de sua soberania, em permitir, a qualquer título, a entrada regular de um estrangeiro em seu território, de forma absolutamente discricionária, concretizando o princípio de direito internacional público da *Admissão Discricionária do Estrangeiro*; e, por igual, os regimes especiais de entrada, como o asilo e o refúgio; (2) direitos de permanência, ou seja, os direitos do estrangeiro regularmente admitido e os direitos do estrangeiro irregular ou

¹⁵⁸ TENÓRIO, Oscar. op.cit. p. 253.

¹⁵⁹ idem.

indocumentado, investigando-se ainda, neste ponto, quais direitos, privados ou públicos, se lhe garantem no território; e, por fim, (3) a saída compulsória do estrangeiro, momento em que se estuda o impedimento, a repatriação, a deportação, a expulsão e a extradição.

3.1.1 Estrangeiro. Classificações. O Estrangeiro clandestino

É o direito interno que classifica juridicamente os estrangeiros no território. Como se anunciou na introdução, este estudo trabalhará com o a seguinte classificação: os estrangeiros podem ser divididos em regulares e irregulares. Os regulares são os que possuem autorização de entrada/estada (visto), também chamados pela doutrina de documentados. Este grupo se subdivide em em temporários (turistas, detentores de vistos de trânsito, de visto temporário em viagens de negócio, de visto temporário para tratamento médico etc.) e permanentes (detentores de visto permanente por casamento com nacional brasileiro, por reunião familiar, para investidor, visto de permanência para refugiados etc.). Os irregulares são os que não possuem título autorizativo de entrada e/ou estada (visto), incluídos neste conceito aqueles sobre os quais não se conheça formalmente a entrada - os que o presente trabalho chama estrangeiros clandestinos - ou os que possuam o mencionado título em desacordo com sua efetiva situação no território nacional, tal como ocorre com que tenha tido em seu favor emitido visto temporário que se encontre expirado ou mesmo visto de categoria que não permita o exercício de trabalho remunerado, e o esteja exercendo, por exemplo.

No que concerne à classificação do estrangeiro como clandestino, releva salientar que a Lei nº 6.815/80 por vezes utiliza este adjetivo, indistintamente, para considerar estrangeiros irregulares (documentados ou não). É o que se vê das regras relativas ao impedimento, artigo 27, ao referir-se a lei à saída do clandestino, significando alí irregular, e do impedido, que pode ser um estrangeiro documentado, com autorização de entrada (visto) concedida, e que, ainda assim, por razões de ampla discricionariedade estatal, fora impedido pelo agente de imigração de formalmente entrar no território (artigo 26).

Quando trata das infrações administrativas e penais cometidas por estrangeiros no Brasil, a lei de regência volta empregar o termo clandestino, aparentemente, como sinônimo de irregular, mas, numa leitura mais atenta, apresentando uma definição mais segura de estrangeiro clandestino. É o que se vê do inciso I, do artigo 125 ao estabelecer: "Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas: I - entrar no território nacional sem estar autorizado". Assim, pelo menos em termos legais, clandestino é o estrangeiro que adentra o território sem que tenha sido para tanto autorizado. É dizer: aquele que se encontra no território sem que tenha nele entrado formalmente (procedimento administrativo de entrada consistente na autorização recebida pelo agente de imigração, no porto de entrada), independentemente de ter autorização documental (visto) ou não. É, como já se disse, aquele de cuja entrada ou permanência no território não tenha o Estado brasileiro notícia oficial.

Este entendimento, que confina o conceito de clandestino ao de estrangeiro sem entrada formalizada, e que, portanto, o distingue do meramente irregular (que pode ser, por exemplo, aquele documentado, que entra formalmente como turista, e que permanece no território expirado o prazo do visto, ou mesmo aquele que regularmente entra como estudante, e aqui exerce atividade remunerada, infringindo a lei de regência, e tornando-se, portanto, irregular, sem que com isso se considere clandestino) é mais consentâneo com a definição de clandestino em língua portuguesa, conceito que se identifica, como se viu na introdução, com o que é escondido, feito ou realizado às ocultas.

Ainda nos termos da Lei nº 6.815/80, colhe-se da redação do tipo penal previsto no inciso XII, do artigo 125 "introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular" a demonstrar a distinção entre os dois conceitos.

Para que a questão reste extrema de dúvida, tomem-se os termos utilizados pela Lei nº 11.961/09, a última lei que anistiou estrangeiros irregulares e/ou clandestinos no território brasileiro. A cabeça de seu artigo 2º enuncia: "Considera-se em situação migratória irregular, para fins desta Lei, o estrangeiro que:" e completa, nos incisos I, II e III:

"I - tenha ingressado clandestinamente no território nacional; II - admitido regularmente no território nacional, esteja com prazo de estada vencido ou; III - beneficiado pela Lei nº 9.675, de 29 de junho de 1998, não tenha

completado os trâmites necessários à obtenção da condição de residente permanente".

Vê-se dos incisos I e II, do dispositivo legal mencionado, que o legislador distingue, claramente, a condição daquele que entra às escondidas no território, sem submeter-se a qualquer controle e, portanto, sem ter tido sua entrada formal, jurídica, deferida, daquele, que, no inciso II, embora tenha ingressado de forma regular, ou seja, com visto de entrada e autorizado pela autoridade migratória, tenha passado à condição de irregular, pelo decurso do tempo desta autorização. Na hipótese do inciso I, tem-se o estrangeiro de quem o Estado brasileiro não tem notícia formal da entrada, porque ela não ocorrera, o estrangeiro clandestino; na do inciso II, o estrangeiro meramente irregular.

Com estas observações, parece claro haver distinção conceitual entre ambos.

3.2 A entrada do estrangeiro

A entrada de um estrangeiro, de um não-nacional, no território de um determinado Estado, pode ser entendida, em sentido jurídico, como a admissão do estrangeiro, formalizada pela manifestação de vontade da Administração¹⁶⁰, no exercício de sua soberania, em permití-la. Trata-se, nesse caso, de um ato jurídico¹⁶¹ praticado pela Administração Pública¹⁶², veiculando manifestação de vontade sua. Trata-se, portanto, de um ato administrativo¹⁶³.

¹⁶⁰ No Brasil, a Polícia Federal exerce funções de polícia de imigração, nos termos do artigo 144, § 1º, III, da CRFB/88.

¹⁶¹ Ato previsto em lei, cujas conseqüências jurídicas também são previstas em lei.

¹⁶² Dispõe o artigo 22, da Lei nº 6.815/80: "A entrada no território nacional far-se-á somente onde houver fiscalização pelos órgãos competentes dos Ministérios da Saúde, da Justiça e da Fazenda."

¹⁶³ MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 147: "O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Partindo desta definição, podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a finalidade pública que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico, como acentuam administrativistas autorizados.

Em sentido fático, a entrada pode também ser entendida como o ingresso físico no território, como por exemplo: a chegada ao aeroporto, antes de passar pelo agente de imigração, ou a travessia clandestina, à pé, de uma fronteira seca. Este ingresso físico, contudo, quando desprovido da necessária autorização estatal de entrada (consubstanciada pela prática do ato administrativo autorizativo pelo agente competente), não pode ser compreendida como admissão, ou entrada em sentido jurídico, e consubstancia um fato jurídico¹⁶⁴, ou seja, um fato, humano ou natural, de que decorrem conseqüências jurídicas¹⁶⁵. Tem-se, então, que o ato de adentrar o território, quando não autorizado a tanto, recebe a denominação jurídica de ingresso e não de entrada, que equivale à admissão regular.

A regular, e, portanto, jurídica, admissão de um estrangeiro no território é ato político¹⁶⁶, de império, de Estado, executivo, de soberania¹⁶⁷, informado pelo

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria."

¹⁶⁴ Vide MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Tomo I. Das Pessoas Físicas e Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 148: "Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica." e AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 6a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 341-342: "Fatos jurídicos são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de seus direitos. Os fatos jurídicos dizem-se positivos quando implicam uma ação ou declaração de vontade, e negativos quando consistem em uma abstenção ou omissão, por exemplo, o não pagamento, a prorrogação tácita de um contrato, o silêncio circunstânciado etc.; simples, quando consistem em um único evento, como o nascimento, a morte, e complexos, quando requerem o concurso de vários acontecimentos simples, ou de vários elementos, como no caso de usucapião, de contrato etc. No fato complexo, os efeitos se contam desde o início, diz-se que a eficácia é *ex tunc*, se do fim, *ex nunc*."

¹⁶⁵ Uma relevantíssima conseqüência jurídica que aqui se poderia aventar é a do estrangeiro, não formalmente admitido no território, que, clandestinamente aqui se encontre por mais de 15 anos, e aqui não ostente condenação criminal. Nos termos do artigo 12, II, *b*, da CRFB/88 preenche este estrangeiro os requisitos constitucionais exigidos para a obtenção da nacionalidade derivada, a denominada "nacionalidade-anistia" e pode requerê-la ao Ministro da Justiça. Se negada, pode pleitear a revisão judicial do ato, na medida em que esta forma de concessão de nacionalidade consubstancia ato vinculado. Trata-se aqui, como se viu, de uma conseqüência jurídica decorrente do fato jurídico entrada irregular.

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely. *op.cit.* pp. 682-683: "Ato político são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de sua competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação de conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial."

*Princípio da Admissão Discricionária do Estrangeiro*¹⁶⁸. Em outras palavras, nenhum Estado soberano é obrigado, em razão de sua soberania, a admitir em seu território um estrangeiro.

Para ser admitido, é necessário que o estrangeiro possua um título autorizativo de entrada. O direito internacional chama este título de visto^{169,170}. Como prática internacional, uma comprovação de que esta autorização foi concedida, é aposta no documento de viagem do estrangeiro, em geral o passaporte. No entanto, como a admissão é amplamente discricionária, embora seja sempre necessária à admissão a existência da autorização, ou visto, sua posse não configura garantia de entrada¹⁷¹. É dizer: ao chegar ao porto de entrada, o estrangeiro pode ter a entrada recusada pelo

¹⁶⁷ VATTEL, Emmerich de. *O Direito das Gentes*. Ijuí: Editora Ijuí, 2008. p.456: "Como senhor do território pode proibir a entrada nele quanto julgar oportuno, sem dúvida ele é senhor das condições em que quiser permití-la".

¹⁶⁸ Veja-se por todos o próprio item nº 2 dos Princípios e Diretrizes da Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante, do Conselho Nacional de Imigração, que assim dispõe: "A admissão de migrantes no território nacional é ato de soberania do Estado" em <http://mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf> acessado em 05.06.2012.

¹⁶⁹ O visto, como se disse, é uma autorização de entrada. Na prática internacional, essas autorizações são fisicamente representadas por carimbos, ou adesivos, ou folhas anexadas a documentos de viagem. No entanto, o visto, juridicamente, é a autorização estatal prévia de entrada, e os carimbos, adesivos, e folhas anexas nada mais são que sua prova. É o que ocorre, mudando o que deve ser mudado, com o bilhete de passagem que, em verdade, não é o contrato de transporte, mas, tão-somente, a prova de que há um contrato de transporte entre passageiro e transportadora. Muitas vezes, o visto (ou autorização de entrada e/ou estada) é dispensado por tratado bilateral, ou multilateral, de forma que sequer é necessário um carimbo, ou adesivo, ou folha, bastando mostrar-se ao agente de imigração o passaporte emitido por Estado Parte do tratado. Nestas situações, em que se fala em "dispensa de visto", se pode considerar ter-se, em verdade, uma autorização de entrada, um visto portanto, anteriormente concedido a todos os nacionais do país signatário do tratado.

¹⁷⁰ AUST, Antony. *Handbook of International Law*. op.cit. p.186: "Entry and residence can be made subject to presentation of a passport or a national identity card, obtaining a visa and restrictions as to length or stay, place of residence and employment. A national of an EU state enjoys almost unrestricted freedom to entry into others EU states, although permanent residence can be subject to certain restrictions. For certain EU states, the Schengen Agreement 1990 has abolished internal immigration controls for EU and third state citizens. In the case of tourists and short-stay visitors, many states have unilaterally waived the requirement of a visa or have concluded bilateral visa-abolition agreements".

¹⁷¹ O artigo 26, da Lei nº. 6.815/80, preceitua: "O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministro da Justiça".

oficial de imigração, ainda que detentor de visto, sem que este agente do Estado esteja obrigado a declarar os motivos ensejadores da recusa¹⁷².

Admitido, tratar-se-á de um estrangeiro regular¹⁷³, temporário ou permanente, devendo-se investigar quais direitos são conferidos aos estrangeiros nesta situação.

Antes, no entanto, relevante tratar dos regimes especiais de entrada, formas que discrepam da admissão ordinária, na medida em que consubstanciam a concretização de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, para proteção de estrangeiros em situação de perigo.

3.2.1 Regimes especiais de entrada

Dois são os chamados regimes especiais de entrada: o asilo e o refúgio. Nestes regimes, tem-se o cumprimento de compromissos internacionais¹⁷⁴, assumidos pelos Estados soberanos, no que concerne à admissão de determinada categoria de estrangeiros, cuja entrada no território, se faça necessária para garantir sua segurança. Em linhas gerais, e de forma bastante sucinta, estes regimes especiais de entrada se diferenciam em que o asilo é medida de natureza política, amplamente discricionária, ou ato de soberania, de competência exclusiva do Presidente da República, destinada à proteção de quem eventualmente esteja a sofrer perseguição política individual. Consubstancia um princípio que rege a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (artigo 4º, X, da CRFB/88). Pode ser requerido no exterior ou no território nacional e não se exige, porque medida amplamente discricionária, a efetiva comprovação da alegada perseguição. Sua concessão ou denegação não se

¹⁷² No Brasil, como se vê do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Petição Avulsa, na extradição nº 1085/10, recebida como Reclamação nº. 11.243, há quem entenda que no Estado Democrático de Direito, ou - para Sua Excelência, em expressão que usa de forma recorrente - naquele "*em que não há soberanos*" todo e qualquer ato do Estado deve ser sempre motivado, e, motivado, enseja a possibilidade de revisão judicial.

¹⁷³ Para fins deste trabalho, os estrangeiros são divididos em dois grandes grupos: regulares e irregulares. Os regulares são ainda subdivididos em temporários e permanentes; os irregulares, em meramente irregulares e clandestinos.

¹⁷⁴ Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, e Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967.

submetem à revisão judicial e, portanto, constituem matéria de natureza política, infensa ao controle judicial.

Há quem confunda os termos asilo e refúgio, para quem são estes conceitos equivalentes. Ambos marcam a acolhida do estrangeiro em dificuldades, em sentido amplo. No entanto, embora os dois objetivem a livrar o estrangeiro de perseguições odiosas (ou seja, sem justa causa) dividem-se em asilo (político: territorial, diplomático e militar) e refúgio¹⁷⁵.

André de Carvalho Ramos salienta, ainda, que em alguns países da América Latina, em especial no Brasil, os termos significam institutos jurídicos distintos¹⁷⁶. Sobre o tema, especificamente, a Professora Carmen Tibúrcio:

"[...] Para que um estrangeiro ingresse no Brasil, em geral, exige-se passaporte e visto, concedido por autoridades brasileiras no exterior. Os vistos podem ter caráter temporário ou permanente e somente nesse último caso se autorizam a residência e o exercício de atividade remunerada no país. Além disso, o estrangeiro pode pretender ingressar por sofrer perseguição em seu país de origem, o que dá margem à concessão de asilo ou refúgio, instrumentos de proteção de direitos humanos. O asilo é empregado apenas na América Latina. Em 1954 foram firmados dois tratados versando o tema, ambos ratificados pelo Brasil: um sobre asilo territorial, concedido pelo Estado no qual o indivíduo se encontra, e o outro disciplinando o asilo diplomático, concedido temporariamente por embaixador para permitir que o asilado deixe o país onde se vê ameaçado. Já o refúgio se baseia na Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, alterada por um Protocolo de 1967. A convenção considera refugiado toda pessoa que seja, ou tema ser, perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Os tratados foram ratificados pelo Brasil e, na sua essência, reproduzidos na Lei do Refúgio brasileira. Atualmente, segundo o ACNUR encontram-se, no Brasil, estrangeiros de aproximadamente 77 nacionalidades beneficiados com esse status."¹⁷⁷

O Projeto de Lei nº 5.655/09 define, em seu artigo 56, a condição de asilado, estabelecendo que sua concessão é ato discricionário do Estado, que poderá ser diplomático ou territorial, e outorgado como medida de proteção à pessoa.

O refúgio, por sua vez, consubstancia medida de natureza humanitária, e se encontra previsto na Lei nº 9.474/97. Seu pedido deve ser formulado no Brasil, quando da chegada ao território (artigo 7º) ou, eventualmente, depois de aqui se

¹⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas*. In.: *60 anos de ACNUR. Perspectivas de futuro*. São Paulo: CLA Editora, 2011.p.15.

¹⁷⁶ idem.

¹⁷⁷ Cf. nota nº 21.

encontrar, tendo sido o estrangeiro, em um primeiro momento, formalmente admitido ou ingressado de forma clandestina. O artigo 1º, do mencionado diploma legal, elenca em seus três incisos quem a lei brasileira considera refugiado¹⁷⁸. A lei brasileira considerará refugiado aquele que, em linhas gerais, sofra perseguição de grupo, por motivos étnicos, de gênero, religiosos, de nacionalidade, de estamento social, de opiniões políticas etc. Não se trata aqui, como ocorre no asilo, de perseguição ao indivíduo, diretamente, mas ao grupo a que pertence, e a ele, por consequência.

O estrangeiro que tenha reconhecida sua condição de refugiado tem direito a um documento de identidade nacional (artigo 6º). No Brasil, o refugiado ostenta o *status* migratório de estrangeiro regular e tem, por esta razão, expedida uma carteira que contenha o seu Registro Nacional de Estrangeiro - RNE, onde se identificará e constará sua nacionalidade, ou a sua ausência. Este *status* é extensivo ao cônjuge, descendente, ascendente e demais membros do grupo familiar que vivam sob dependência econômica do estrangeiro que requeira refúgio.

O reconhecimento desta condição submete-se ao preenchimento, pelo estrangeiro requerente, dos requisitos previstos na norma. Trata-se, portanto, o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil, de um ato vinculado. É dizer: preenchidos os requisitos legais, o Estado é obrigado a conceder o *status* de refugiado. Não preenchidos, é obrigado a negá-lo. Não se trata de medida de natureza política, nem discricionária. Este raciocínio já permite concluir que a pretensão administrativa do estrangeiro ao reconhecimento de sua condição de refugiado submete-se à revisão judicial, restando somente estabelecer, com clareza, o alcance desta revisão. Em outras palavras: se pode o Judiciário adentrar o mérito do exame do preenchimento, ou se o controle judicial cinge-se ao controle sobre o devido processo legal, observado ou não no processo administrativo.

O requerimento pelo estrangeiro do reconhecimento de sua condição de refugiado pode ser feito, oralmente inclusive, perante qualquer autoridade

¹⁷⁸ artigo 1º, da Lei nº 9474/97: "Será considerado refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possua ou não queira acolher-se à proteção de seu país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país".

migratória¹⁷⁹, no momento do desembarque, ou, posteriormente, junto à Polícia Federal. Se não souber se comunicar em língua portuguesa, se fará a tradução do pedido, não se exigindo trate de tradução juramentada, bastando, portanto, que se compreenda o pedido e as razões que o embasam. O pedido será reduzido a termo, em formulário próprio, pela autoridade policial federal, e encaminhado ao Ministério da Justiça.

O órgão responsável pelo exame do pedido é o Comitê Nacional para Refugiados - CONARE, órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça. Nesta fase, há produção de provas (artigo 23), que pode contar com consulta ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR, sobre seu conhecimento quanto à alegada perseguição em determinada parte do mundo. Após a análise do pedido, o Comitê delibera sobre a concessão ou não do *status* de refugiado, que implica na concessão de autorização de permanência no Brasil. Concessória a decisão, o estrangeiro será registrado como refugiado junto ao Departamento de Polícia Federal (artigo 28), sendo-lhe emitida, como se disse, cédula de identidade (Registro Nacional de Estrangeiro) em que identificará sua condição de permanente como refugiado¹⁸⁰. De eventual decisão indeferitória, cabe recurso administrativo (artigo 29), no prazo de 15 (quinze) dias ao Ministro da Justiça, cujo exame, por igual, ainda que em instância revisora, se circunscreve ao preenchimento ou não dos requisitos legais pelo requerente¹⁸¹.

¹⁷⁹ No Brasil, a Polícia Federal exerce atribuições de polícia portuária, como se vê do artigo 144, § 1º, III, da CRFB/88.

¹⁸⁰ Comitê especialmente criado no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - DPERJ se ocupa da capacitação, por meio da prestação de informações pertinentes, dos agentes prestadores de serviços públicos (saúde, educação etc), para que acolham o refugiado. É que o desconhecimento, por parte destes agentes, do que venha a ser a condição de refugiado, leva, muitas vezes, à negativa, por parte do Estado, da prestação de serviços essenciais a que o refugiado tem direito, na condição de estrangeiro regular e permanente.

¹⁸¹ No julgamento da extradição nº 1085/10, requerida pela República Italiana, o Supremo Tribunal Federal, como questão prejudicial, examinou a natureza jurídica do ato que concede refúgio como ato vinculado e só válido quando coincidente com as hipóteses legais: "1 - **EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito.** Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea "g", da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. **Questão sobre existência jurídica, validez e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar**

inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa. 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. **Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica conseqüente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição.** 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo. 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. **Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado.** 5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa. 6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade conseqüente de apreciação do valor das provas e de rejuízo da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido. 7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição. 8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à

Por outro lado, de relevo salientar que o mero pedido de refúgio, nos termos do artigo 34, da lei de regência, impede o prosseguimento de todo e qualquer procedimento, administrativo ou judicial, de saída compulsória do estrangeiro, inclusive a extradição¹⁸². Trata-se de medida protetiva que objetiva a impedir que o procedimento administrativo que venha a reconhecer a condição de refugiado, e conceder a permanência com base neste *status* migratório, deixe de surtir efeitos porque já fora do território o requerente¹⁸³. O Brasil adota a regra do *non refoulement* quanto ao pedido de refúgio, ou seja, pedido o refúgio não se entrega o estrangeiro até que se decida quanto a esta condição específica.

Cessa a condição de refugiado (artigo 38) quando se tornar desnecessária a proteção. Perde tal condição (artigo 39) aquele que a ela renunciar; que tenha fraudado o exame dos requisitos legais; que exerça atividades contrárias ao interesse nacional ou à ordem pública e que saia do território sem prévia autorização do Governo brasileiro¹⁸⁴.

eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando." (grifei)

¹⁸² Cf. STF Extradicação no 785, requerida pelo México: "O pedido de refúgio, formulado após o julgamento de mérito da extradição, produz o efeito de suspender o processo, mesmo quando já publicado o acórdão, impedimento o transcurso do prazo recursal".

¹⁸³ Na prática, o que se observa é que muitos imigrantes irregulares, que não teriam qualquer razão para pleitear o reconhecimento da condição de refugiado, se valem deste permissivo legal para impedir, no último minuto, sua saída compulsória, mesmo depois de ter a autoridade policial federal encetado todos os procedimentos necessários para tanto, como no caso de deportação. Para resolver esta situação, a única solução prática que nos ocorre seria o exame célere do pedido pelo órgão competente (CONARE). É que um país cioso de seus compromissos internacionais não pode deixar de examinar todo e qualquer pedido de refúgio a ele submetido, sob pena de criar-se, na prática, uma espécie de recusa sumária não prevista na legislação. É princípio geral de direito que a boa-fé seja sempre presumida. É, por igual, princípio geral de direito que a mera utilização de recursos legais não se preste a agravar a situação daqueles que dela se valem, por si só. Assim, ainda que evidente a intenção do estrangeiro em requerer o refúgio para manter-se no país, sem a ele, em tese, fazer jus, deve-se observar a norma legal (artigo 34) que determina que todo e qualquer procedimento de saída compulsória seja sobrestado até a decisão pelo órgão competente.

¹⁸⁴ Neste último caso, se o fizer, estará, tacitamente, reconhecendo desnecessária a proteção especial concedida pelo Estado.

3.3 Direitos do estrangeiro regularmente admitido e do estrangeiro irregular no território nacional

Jacob Dolinger informa que a condição jurídica do estrangeiro é analisada por François Rigaux¹⁸⁵, classificando os direitos que se observam aos estrangeiros em cinco categorias: (1) entrada, estada e estabelecimento; (2) direitos públicos; (3) direitos privados; (4) direitos econômicos e sociais; e (5) direitos políticos. Ao primeiro grupo, correspondem as normas migratórias, incluída a normativa concernente à saída compulsória. O segundo grupo se ocupa dos direitos e garantias fundamentais e, ainda, da possibilidade do acesso à função pública pelo estrangeiro. O terceiro grupo refere-se ao direito privado em que há, como regra, a equiparação entre nacionais e estrangeiros regulares. O exercício de atividades econômicas e laborais é tema do quarto grupo, e, por fim, cuida o quinto grupo do exercício de direitos políticos no território.

Já examinada a entrada do estrangeiro, e sua submissão ao *Princípio da Admissão Discricionária*¹⁸⁶, cumpre distinguir quais categorias de direitos são conferidas tanto aos regularmente admitidos, quanto aos que, admitidos como regulares, tornaram-se irregulares, em razão de vício que maculou seu título autorizativo de entrada e/ou permanência (visto), quanto àqueles de quem o Estado sequer conhece a entrada e/ou a estada no Brasil: os estrangeiros clandestinos.

Para esse cotejo, necessário se faz agrupar em categorias, por um lado, os direitos; e por outro, os estrangeiros. Os direitos seriam divididos em: (1) direitos humanos, fundamentais (vida, liberdade, honra, propriedade), e públicos (acesso às funções públicas); (2) direitos sociais (trabalho, saúde, educação, e seguridade social) e privados (casar, testar, contratar); e (3) direitos políticos (votar, ser votado, ajuizar ação popular). Os direitos sociais imbricam-se nos direitos fundamentais. A categoria direito ao procedimento, utilizada pela Professora Carmen Tibúrcio, constitui no Brasil, por igual, um direito fundamental; seja sob o enfoque do acesso à justiça; seja sob a perspectiva da observância do devido processo legal como garantia, e, portanto, será tratado como direito fundamental. E por outro lado, agrupar os estrangeiros, nas

¹⁸⁵ DOLINGER, Jacob. op.cit. pp. 233-234.

¹⁸⁶ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

categorias já enunciadas, em: (1) regulares (temporários ou permanentes); e, (2) irregulares (meramente irregulares ou clandestinos).

Impõe-se começar, então, pelas categorias de direitos.

3.3.1 Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direitos políticos

Os direitos do homem são válidos para qualquer homem, em qualquer tempo. Os direitos a que denominamos fundamentais são estes mesmos direitos, limitados no espaço e no tempo¹⁸⁷, conforme a quadra vivida, e por esta razão, selecionados pelo legislador constitucional para figurar na Carta Política, fazendo, assim, parte da configuração do Estado, no momento em que este é pensando por seus fundadores.

Os denominados direitos humanos podem ser definidos por valores universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade da pessoa humana, ou seja: a proteção do ser humano por essa tão-só condição. Esses valores: direito a vida, a incolumidade física, a liberdade, a ser remunerado pelo trabalho, a não ser encarcerado sem ordem escrita, emanada de autoridade competente, seriam, em tese, reconhecidos a todo e qualquer ser humano, onde quer que se encontre. Daí sua universalidade. É claro que distintas culturas podem acolher ou perceber estes valores de distintas formas, com distintas nuances. Nem todas as culturas percebem conceitos como liberdade e incolumidade física da mesma forma. Nisto estaria o relativismo dos direitos humanos, que seria creditado ao multiculturalismo que caracteriza o mundo. Também esta percepção distinta dos mesmos valores constituiu objeto de proteção pelo direito, na medida em que protege a forma como determinada cultura percebe determinados comportamentos humanos.

Tradicionalmente, estes direitos, desde a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, marco da Independência norte-americana, e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da Revolução Francesa, são enunciados em declarações com pretensões de universalidade. Em ambas as declarações, e nas que lhes sucederam, como a Declaração dos Direitos do Homem, da Organização das

¹⁸⁷ Cf. nota 15.

Nações Unidas, de 1948¹⁸⁸, fala-se em *homem, todo homem* etc., a representar sempre toda a humanidade, por esta tão-só condição de ser humano.

Em sentido político, estas declarações objetivam a reconhecer direitos inatos ao ser humano, direitos que não precisam necessariamente ser previstos em norma escrita para que sejam percebidos, considerados e observados, direitos que encontram fundamento na razão ou na religião (direitos naturais, portanto) e que seriam, como se vê da declaração norte-americana, *auto-evidentes*.

Em sentido jurídico, as declarações de direitos têm: (1) função hermenêutica: representam valores que servem de paradigma de interpretação da ordem jurídica; e, (2) função nomogenética, na medida que exortam os Estados soberanos a produzir normativa com elas compatível.

O conteúdo destes direitos é produto de construção histórica e acompanha o desenvolvimento da sociedade. Sua criação, desenvolvimento, e avanço se dá, historicamente, em ondas, e acompanham a necessidade de proteção setorial que percebe a sociedade conforme se desenvolve. Para fins didáticos, é dividido em gerações que, pelo fato de se juntarem às precedentes, e não as substituírem, são modernamente denominadas dimensões.

Estes valores, como se disse, universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade da pessoa humana, quando positivados no ordenamento jurídico, via de regra por meio da Carta Política do Estado, são denominados direitos fundamentais¹⁸⁹, nomenclatura que prefere aos alemães¹⁹⁰.

¹⁸⁸ A Carta Internacional dos Direitos Humanos é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, somada aos Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹⁸⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37: "O direito é direito conformado pela história e não se pode compreender sem a sua história. As regulações jurídicas podem ter um fôlego mais prolongado que as ordens políticas em que surgem, quando assentem em circunstâncias sociais e econômicas constantes ou quando dão respostas a questões humanas invariáveis. Mas estas mesmas regulações também podem extinguir-se com as ordens políticas. Os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direito político e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Mas os direitos fundamentais são também, simultaneamente, uma resposta a questão fundamental invariável da relação entre a liberdade individual e a ordem política.

A formação gradual dos direitos fundamentais está relacionada com o estado constitucional civil dos tempos modernos, que encontrou suas primeiras configurações por ação da Revolução Americana e da Revolução Francesa. Mas esses desenvolvimentos do direito não tiveram qualquer influência imediata no pensamento de direito público na Alemanha. Também no ano de 1848, os tempos não estavam maduros para a instituição

Os direitos fundamentais são tradicionalmente divididos em três gerações, ou dimensões. Alguns autores identificam estas dimensões com o ideário da Revolução Francesa, de forma que a primeira corresponderia à liberdade; a segunda, à igualdade; e a terceira, à fraternidade.

A primeira geração ou dimensão corresponde às conquistas contra a arbitrariedade do Estado, são os chamados direitos negativos, que impõem ao Estado uma abstenção. É o caso da liberdade de expressão, do direito de sufrágio, de não ser preso sem ordem escrita, emanada de autoridade competente. São conhecidos como liberdades públicas, e identificados historicamente com o período que vai da Revolução Francesa, em 1789, até 1848, denominado de *Primavera dos Povos*. Em nossa Carta Política, podem ser encontrados nos artigos 5º, 4º, II, 6º, 7º, 14 a 16.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais diz com os direitos econômicos, sociais e culturais. Foram encartados nas legislações do século XX. Impõe uma efetiva ação do Estado no sentido de assegurá-los e promovê-los. São, por isso, considerados direitos positivos ou direitos prestacionais: direito à saúde (artigo 196, da CRFB/88); à previdência e assistência social (artigos 201 e 203, da CRFB/88); à educação (artigo 205, da CRFB/88). Direitos a uma prestação do Estado. Estes são o que maior complexidade apresentam no trato da condição jurídica do estrangeiro.

A terceira, mas não última dimensão, diz com os direitos transindividuais, cujo titular não é, em regra, previamente definido, e que reclamam a participação de toda a sociedade em sua proteção, como ocorre com o direito ao meio-ambiente equilibrado (artigo 225, da CRFB/88)¹⁹¹.

duradoura de um Estado constitucional fundado nos direitos fundamentais. Um tal Estado só foi instituído pela Revolução alemã de 1918, tendo, depois do retrocesso ocorrido entre 1933 e 1945, conseguido estabilidade com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha."

¹⁹⁰ *Grundrechte*.

¹⁹¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 18.56/RJ, em voto da lavra do Ministro Celso Mello, entendeu: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - **PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA**

Paulo Bonavides, com apoio em Carl Schmitt, noticia que os direitos fundamentais de primeira geração seriam aqueles do homem livre e isolado, direitos em face do Estado, direitos da liberdade, correspondendo, assim, a uma concepção de direitos absolutos que só se relativizariam dentro de critérios legais, aqueles historicamente tidos como inalienáveis, imprescritíveis, naturais e sagrados. Direitos que abarcam a liberdade, a propriedade, a vida, a segurança e a resistência à opressão¹⁹².

Estes direitos, a toda evidência, devem ser observados a todos os que se encontrem no território nacional¹⁹³: brasileiros e estrangeiros, residentes ou de passagem, regulares ou irregulares, ou mesmo clandestinos. Dessa forma, embora também decorram de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, os direitos

GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - **A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.** - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). **Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL.** - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.” (grifei).

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 561-562.

¹⁹³ VATTEL, Emmerich de. op.cit.p. 456: “É necessário advertir que o dono do território deve respeitar nele os deveres de humanidade?”.

concernentes à vida, à segurança, à propriedade, e à liberdade, devem ser observados a todos com fundamento jurídico no cumprimento do comando constitucional.

No Brasil, os direitos fundamentais se caracterizam por: (1) ter aplicação imediata; (2) constituírem-se em cláusulas pétreas; e, (3) posicionarem-se no topo da hierarquia constitucional, servindo como parâmetro de constitucionalidade das leis¹⁹⁴.

E qual o conteúdo dos direitos fundamentais no Brasil? Os direitos fundamentais no Brasil se encontram positivados no rol do artigo 5º, da Carta Política, mas não só nele. Incluem o respeito à vida, à integridade física, à integridade moral; a liberdade, de locomoção, de crença, de religião, de profissão, de reunião e de associação, de expressão; a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem; a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações, do domicílio; o direito de propriedade, incluída a propriedade imaterial; a intangibilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido; as garantias processuais, o acesso à justiça, os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos trabalhistas, o direito a um meio-ambiente equilibrado e quantos mais possam ser identificados como valores básicos para uma vida digna em sociedade, que digam com condições materiais mínimas de sobrevivência, e preservem valores essenciais do espírito¹⁹⁵.

E quais destes direitos se asseguram, no Brasil, a estrangeiros, em especial, aos estrangeiros irregulares e clandestinos? Como se viu quando se tratou da *Admissão Discricionária*, os direitos acima mencionados referem-se à proteção do ser humano. Nessa medida, embora, como também já se viu, não tenha o estrangeiro direito ao território brasileiro, tem ele direitos no território brasileiro. Entre estes, especialmente, os que, aqui, são considerados direitos fundamentais, de forma que, ainda que um estrangeiro tenha a entrada, em sentido jurídico, impedida, enquanto ele faticamente permanecer no território, terá, a toda evidência, de ter respeitados seu

¹⁹⁴ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

¹⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.36: "Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. [...]"

direito a vida, a incolumidade física, a honra, a propriedade, bem como lhe devam ser assegurados o acesso a justiça.

O acesso à justiça é uma garantia constitucional, um direito fundamental, uma conquista da civilização. Seu acesso no Brasil não é vedado a quem quer que seja, desimportante sua condição de nacional, estrangeiro, e, nesta última, de regular ou irregular. Desimportante, por igual, a natureza do pedido. Ainda que a pretensão de direito material (*Anspruch*) não possa ser satisfeita, o direito de ação consubstancia direito autônomo, desvinculado da pretensão, público, subjetivo, abstrato e constitucionalmente assegurado. É o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional; de exigir do Estado que diga o direito, no caso concreto, com força definitiva.

O artigo 2º, da Lei nº 1060/50, que regulamenta a assistência judiciária gratuita no Brasil refere, expressamente, ao indicar os destinatários na norma, tal como fez a cabeça do artigo 5º da Constituição da República, a brasileiros e estrangeiros residentes. Aqui, cabe o mesmo raciocínio utilizado para o interpretar-se o texto constitucional. Em outras palavras: o conceito de estrangeiro residente, em se tratando de um direito, ou garantia, fundamental só pode ser o conceito largo de todo e qualquer estrangeiro que se encontre no território, e não somente aquele que tenha obtido regular autorização de permanência.

Tem-se, assim, que o direito à tutela jurisdicional não é vedado ao estrangeiro, nem se condiciona ao seu *status* migratório¹⁹⁶.

É da tradição brasileira, e do direito internacional, não se vedar ao estrangeiro o acesso à justiça, nos mesmos moldes em que é franqueado aos nacionais¹⁹⁷.

¹⁹⁶ No século XIX, o Alvará de 04 de maio de 1808 criou o cargo de juiz conservador da Nação Britânica no Brasil, pelo que os súditos ingleses residentes no local da jurisdição escolhiam um juiz brasileiro, cujo nome aprovado pelo embaixador era levado ao Príncipe Regente. Este juiz conservador se ocupava das lides em que eram partes os súditos ingleses no Brasil. Tratava-se, pois, de uma jurisdição especial em razão da qualidade da pessoa, uma jurisdição para o estrangeiro. Havia promessa de reciprocidade (juiz conservador da Nação Portuguesa na Inglaterra) que, evidentemente, nunca foi efetivada. Perdurou o privilégio até 1844, quando o Imperador baixou Resolução extinguindo-o, após ouvir o Conselho de Estado, quando os processos pendentes foram remetidos aos juízes da Corte e Províncias.

¹⁹⁷ OCTAVIO, Rodrigo. *Direito do Estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1909. p. 138: "O Aviso de 14 de setembro de 1833 consignou expressamente que 'no Brasil todos os estrangeiros citam e são citados pelas justiças territoriaes, em qualquer parte que em que se achem transitoria ou fixamente, para se

Ainda quanto ao denominado direito ao procedimento, aqui entendido, como se disse acima, como garantias fundamentais de acesso à justiça e ao devido processo legal, de se considerar fazer jus o estrangeiro, regular ou irregular, à garantia da duração razoável do processo, incorporada ao texto constitucional pela Emenda nº 45/04. É o que se colhe de decisão proferida pela Quinta Turma, do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em recurso de sentença proferida em sede de *habeas corpus*, pelo Juízo da 8ª Vara Federal Criminal, do Rio de Janeiro, no processo nº 201151010015718. Na decisão, da lavra do Juiz Federal Convocado Júlio Emílio Abranches Mansur, destacou-se que a demora na tramitação do processo administrativo de autorização de permanência, no Ministério da Justiça, inobservava garantia constitucional de razoável duração do processo.

"HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ESTRANGEIRO COM VISTO VENCIDO. DEMORA NO JULGAMENTO DO PLEITO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88 E DA LEI Nº 9.784/99. DIREITO DE IR E VIR AMEAÇADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A injustificada demora na apreciação do pedido de residência provisória formulado pelo impetrante junto ao Ministério da Justiça importa inobservância da garantia constitucional materializada no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, que visa assegurar a todos a razoável duração do processo judicial ou administrativo, representando, outrossim, afronta aos artigos 24, 28 e 49 da Lei nº 9.784/99. Tal fato confirma a lesão ao direito de ir e vir da impetrante, a ser sanada pela via do Habeas Corpus.

Na hipótese vertente, impõe-se a concessão parcial da ordem apenas para que não venha a ser expulsa ou deportada enquanto não solucionado o mencionado processo administrativo, sendo, porém, inviável a concessão de autorização indiscriminada para que possa a paciente deixar e retornar ao território nacional sem as observâncias dos procedimentos legais aplicáveis à espécie.

Recurso conhecido. Ordem concedida em parte, com ampliação *ex officio* da medida liminar, com fulcro no 2º, do art.654 do CPP, determinando-se ao Ministério da Justiça a conclusão do processo administrativo no prazo de três meses, bem como autorizando a saída e retorno da paciente do país, uma única vez, dentro do prazo citado."

Aos estrangeiros residentes, nos termos da própria cabeça do artigo 5º, são assegurados todos os direitos fundamentais previstos na Carta Política, salvo os que sejam limitados pela própria Constituição, como o ajuizamento de ação popular

conhecer e julgar nos respectivos juízos de suas demandas, ou sejam havidas como nacionais ou com os outros estrangeiros do mesmo ou diverso país', conforme a Ord. do L. 1º tit. 52 e L. 3º tit 3º; seguindo-se o princípio de Direito das gentes, segundo o qual se considera qualquer Estado na obrigação de administrar justiça aos estrangeiros, com a mesma prontidão e imparcialidade que aos do país"

(artigo 5º, LXXIII) ou concorrer a cargo eletivo (artigo 14, § 3º, da CRFB/88), raciocínio que se estende aos não-residentes, na medida em que os direitos fundamentais consubstanciam, por igual, direitos humanos¹⁹⁸. O dispositivo constitucional, ao referir-se a estrangeiros residentes, pode, e deve, ser interpretado como estrangeiros que estejam, a qualquer título, sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, desimportante seu *status* migratório, sob pena de opor-se o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro a compromissos internacionalmente assumidos, como o que se extrai do artigo 1º, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁹⁹.

Questão interessante que se coloca, no que concerne aos direitos fundamentais observados aos estrangeiros, diz respeito à jusfundamentalidade dos direitos políticos²⁰⁰, sua classificação como espécie do gênero direitos fundamentais. Seriam eles direitos de primeira dimensão? Se forem, são, por igual, assegurados aos estrangeiros? Dúvida não há que os direitos políticos sejam, de fato, direitos fundamentais de primeira dimensão. Correspondem à fase inaugural do constitucionalismo no ocidente.²⁰¹

Inobservado aos estrangeiros no Brasil, o direito ao voto é exercitado, em maior ou menor medida, em muitos Estados da América Latina, como Paraguai, Argentina, Chile, Uruguai, Bolívia, Colômbia, Equador, México e Peru²⁰².

Esta exclusão dos direitos políticos do rol de direitos fundamentais garantidos aos estrangeiros no território permite três conclusões genéricas, partindo-se deste

¹⁹⁸MARMELSTEIN, George. op.cit. p.25. O autor classifica esta categoria de direitos como: (1) direitos do homem, valores ligados à dignidade humana, mas não positivados; (2) direitos humanos, valores ligados à dignidade humana e positivados em documentos internacionais; e, (3) direitos fundamentais, valores ligados à dignidade humana, positivados no direito interno, em geral na Carta Constitucional.

¹⁹⁹ Artigo 1º Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo o ser humano.

²⁰⁰ No Brasil, correspondem a: (1) direito de sufrágio, ou aptidão para eleger e ser eleito, em sentido geral; (2) alistabilidade, aptidão para votar em eleições, plebiscitos e referendos; (3) elegibilidade, aptidão para ser eleito; (4) iniciativa de lei, a denominada iniciativa popular; (4) controle da Administração Pública por meio do ajuizamento de ação popular; e, (5) organização e participação em partidos políticos.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 563.

²⁰² <www.cdnhic.org.br>

exemplo específico: (1) a primeira, que nem todos os direitos fundamentais, assegurados aos nacionais pela Carta Constitucional, são extensíveis aos estrangeiros. Como se vê, os direitos políticos, embora fundamentais, são expressamente vedados aos estrangeiros pelo texto constitucional (artigo 14, da CRFB/88); (2) eventualmente quando um valor, universalmente reconhecido como protetivo da dignidade humana, não corresponder a uma norma garantidora de direito fundamental a um estrangeiro, deve-se, para protegê-lo, procurar o fundamento de sua proteção nos direitos humanos, ou seja, no Brasil, para verificar-se se o estrangeiro tem direito à proteção, deve-se recorrer primeiramente ao texto constitucional, e, à sua falta, socorrer-se o exegeta das normas internacionais; e, (3) pode ocorrer que um valor universalmente reconhecido como protetivo da dignidade da pessoa humana não encontre fundamento jurídico que o garanta, nem no ordenamento positivo, ou seja, no texto constitucional, nem nas normas convencionais internacionais que protejam direitos humanos, como é o caso, por exemplo, dos direitos políticos, vedados pelo ordenamento constitucional brasileiro, e não autorizado pelas normas convencionais²⁰³, embora a doutrina dos direitos fundamentais o identifique como tal, e seja esta uma reivindicação universal das comunidades de imigrantes, no mundo, e, particularmente, no Brasil.

No que concerne aos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, aqueles que correspondem a uma prestação do Estado, tem-se a questão mais delicada no trato com os estrangeiros, em especial, com estrangeiros irregulares e/ou clandestinos. Teriam os estrangeiros não-residentes, irregulares e clandestinos, direito a tratamento de saúde, custeado pelo Estado brasileiro, ou mesmo à obtenção de benefício assistencial, nos termos do artigo 203, V, da CRFB/88, ou à educação fundamental?

A Carta Política brasileira foi extremamente generosa na previsão das obrigações estatais concernentes à observância de direitos fundamentais de segunda dimensão. Seu artigo 196 declara, expressamente, ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado. Ao referir-se a todos, deixou claro não haver, na titularidade deste direito, qualquer distinção entre nacionais ou estrangeiros, e, entre os

²⁰³ O artigo 7º, da Convenção de Havana sobre Condição dos Estrangeiros, de 1928; e o artigo 38 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe que o estrangeiro não deve participar de atividades políticas, privativas de nacional, no Estado em que se encontra, podendo tal conduta ser sancionada pela lei local.

estrangeiros, entre regulares ou irregulares. E foi além, ao afirmar que o acesso a ações e serviços destinados a promoção, proteção e recuperação da saúde é universal e igualitário.

A seguridade social brasileira, estabelecida na Constituição, se caracteriza pelo conjunto de ações destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social. O sistema de saúde, constituído por sistema único, integrado e hierarquizado, é, pelo menos em tese, extremamente generoso, eis que engloba tanto a prevenção quanto o tratamento de enfermidades. A esse sistema assim abrangente, tem, como se viu, acesso todos aqueles que se encontrem no território brasileiro, desimportante seu *status* migratório.

Aqui, a questão que se coloca - especialmente se se comparar com sistemas de saúde de Estados estrangeiros, e o que se assegura aos estrangeiros nestes sistemas - é saber se o legislador constituinte originário descuidou de prever a hipótese de tornar-se o Brasil, uma vez mais em sua história, polo atrativo de estrangeiros. É saber se o Estado tem como suportar o custo desta previsão constitucional assim tão ampla, ou mesmo se a questão deva ser enfrentada sob a ótica da concessão de direitos àqueles que aqui se encontrem, independentemente da regularidade de sua condição migratória.

Veja-se o seguinte exemplo: um turista que sofra um acidente no Brasil terá direito ao tratamento de emergência, cuja recusa constituiria, até mesmo, conduta típica, ilícita e culpável, nos termos do artigo 135, do Código Penal Brasileiro. Mas se o migrante acometido de doença grave e crônica decide vir tratar-se no Brasil, receberá ele o tratamento, em qualquer unidade hospitalar, inclusive as de excelência, referência no tratamento de específicas enfermidades, enquanto dele necessitar?²⁰⁴ Diria-se aqui que, irregular sua situação e descoberta esta quando da internação, autorizada estaria sua saída compulsória. Certamente. Contudo, tal saída só poderia se dar ao final do tratamento, já que não poderia decorrer da enfermidade.

²⁰⁴ “SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residente no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais.” (TRF 4ª Região, Agravo nº 2005040132106/PR, julgado em 29 de agosto de 2006).

Alguns hospitais públicos, ou privados conveniados ao sistema público de saúde, encontram dificuldades para atender ao estrangeiro irregular, especialmente para o tratamento de enfermidades em caráter não-emergencial. É que no Sistema Único de Saúde - SUS, o ressarcimento econômico pelo atendimento realizado depende do preenchimento e envio de requisição em que a unidade hospitalar deve fazer constar, necessariamente, os dados do paciente, para o fim de evitar fraudes. Ocorre que os dados que se devem inserir no sistema, como número de inscrição no CPF, número de registro geral etc, são incompatíveis com a documentação que porta o estrangeiro irregular, que muitas vezes se limita ao passaporte. Nestes casos, tem os hospitais optado por negar o atendimento, considerando tratar-se de situação não-emergencial. No entanto, como se viu, a Constituição, no que concerne à saúde, não distingue, para qualquer fim, tratamento emergencial de não-emergencial, bem como nacionais de estrangeiros, ou ainda, estrangeiros regulares de irregulares. Trata-se, como se colhe do texto constitucional, de direito de *todos*, *dever* do Estado e acesso *universal*²⁰⁵. Por esta razão, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 1.560, de 29 de

²⁰⁵ Em 12 de setembro de 2000, assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271286/RS, relatoria do Ministro Celso de Mello, que a norma insculpida no artigo 196, do texto constitucional, tem efetiva aplicação, constituindo assim o acesso a saúde, suas ações e programas, um direito de todos, como se vê da ementa do julgado: "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria

agosto de 2002, que diz:

"Art. 4º. Todos os brasileiros, natos ou naturalizados, bem como os estrangeiros com residência permanente no país, têm direito ao CARTÃO SUS, independentemente de sua idade. Art. 5º. A ausência do CARTÃO SUS não poderá impedir o atendimento à pessoa brasileira ou estrangeira, com qualquer tipo de visto de entrada no país, em qualquer unidade de saúde integrante do Sistema Único de Saúde, sob pena do cometimento de crime de omissão de socorro".

Acrescente-se a isso que as unidades de saúde, por óbvio, não poderão recusar atendimento também àqueles estrangeiros, cujos vistos se encontrem expirados ou sejam incompatíveis com as atividades que exercem no país, e também aos que não possuam qualquer visto, ou cuja entrada não tenha se dado de forma regular, os clandestinos.

O que se observa aqui é que a burocracia do serviço público, ao não contemplar em seus sistemas a identificação dos estrangeiros irregulares ou clandestinos, impede a fruição de um direito fundamental. Veremos que o mesmo ocorre, mudando o que deve ser mudado, com o exercício de alguns direitos privados por estes mesmos estrangeiros no Brasil. É que embora a lei não impeça o exercício destes direitos privados: como casar, fazer testamento público, ou comprar um imóvel, a falta de documentação do estrangeiro em situação migratória irregular ou clandestina o impede completamente de exercê-los.

Ainda no que concerne aos direitos fundamentais, outra questão que se coloca é: e se o estrangeiro irregular se encontrar em condições de miserabilidade, aquelas previstas na Lei nº 8.472/93, que autorizam o recebimento de um salário mínimo, nos termos do inciso V, do artigo 203, da CRFB/88? É certo que a lei, em seu artigo 1º, refere a *cidadão*, o que, em tese, excluiria os estrangeiros, regulares ou irregulares, a exceção do português equiparado a brasileiro naturalizado, mas aqui não se pode esquecer que o mencionado benefício é concedido, sem problemas, a crianças, que,

Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (grifei).

como já visto²⁰⁶, não são tecnicamente cidadãos. O Decreto que regulamenta a lei, de nº 6.214/07, em seu artigo 7º, enuncia, como beneficiários, somente os brasileiros, natos ou naturalizados. Pode a lei, e o decreto, restringir o que o dispositivo constitucional não restringe, quando refere a *quem dele necessitar*? Teria o Estado brasileiro de suportar a manutenção e o sustento deste estrangeiro em território nacional? Comparado a qualquer sistema de seguridade social do mundo desenvolvido, a concessão de benefícios assistenciais a estrangeiros, regulares ou irregulares, seria considerado um exagero? Isso impede que o Estado brasileiro assim se comporte?²⁰⁷

Todas as questões que dizem com a compatibilidade vertical entre lei e seu decreto regulamentador e a ordem constitucional estão postas à discussão, perante a Suprema Corte, no Recurso Extraordinário nº 587.970-4/SP, em que foi reconhecida a repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda pendente de julgamento²⁰⁸.

²⁰⁶ Cf. nota nº 84.

²⁰⁷ Quanto a estrangeiros regulares, permanentes, a jurisprudência não oferece maior resistência em conceder o benefício. Veja -se por todos: "CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO (ART. 557, §1º, CPC). BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. I - Ao dar provimento à apelação do autor, julgando procedente o seu pedido, a decisão agravada filiou-se ao entendimento já manifestado anteriormente por esta C. Turma, no sentido de que a concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos países, desde que presentes os requisitos legais autorizadores. (Precedentes do E. TRF da Terceira Região). II - O autor reside no país desde a década de 1970, podendo-se concluir que já poderia ter requerido sua naturalização voluntariamente, não sendo válido, no entanto, que esta seja exigida para que ele faça jus ao exercício de um direito fundamental. III - Agravo (art. 557, §1º, CPC) interposto pelo réu improvido." (TRF3. Apelação Cível nº 1540369. Décima Turma. Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento. Julgado em 13 de março de 2012 e publicado no dia 21 do mesmo mês). Por outro lado, o Brasil é signatário de uma série de tratados internacionais que garantem reciprocidade de tratamento na concessão de benefícios previdenciários as nacionais dos Estados signatários nos territórios dos demais. Nestes casos, a jurisprudência, por igual, não oferece qualquer obstáculo à concessão destes benefícios, embora, em sede administrativa, a questão não se apresente tranquila. Vide Processo número 2009.51.51.047895-6/01. Segunda Turma Recursal do Rio de Janeiro. Relator Juiz Federal Vladimir dos Santos Vitovsky.

²⁰⁸ A 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de São Paulo concedeu a uma estrangeira residente o benefício de prestação continuada, conhecido como BPC ou LOAS, contra o que se insurgiu a autarquia previdenciária ré, o INSS, no Recurso Extraordinário nº 587.970-4/SP. Sustenta o INSS que o acórdão da 1ª Turma Recursal está em desconformidade com o texto constitucional, precisamente com a cabeça do artigo 5º, e com o artigo 203, V. Segundo o INSS, nacionais e os estrangeiros não ostentam idêntica situação fática, pois, do contrário, não haveria razões lógico-jurídicas para se estender aos portugueses residentes no Brasil os mesmos

Aqui, de relevo reproduzir-se voto proferido pelo Juiz Federal George Marmelstein, em sede de Recurso Inominado, interposto pelo INSS, em demanda ajuizada por estrangeiro irregular, nos Juizados Especiais Federais, objetivando à obtenção de benefício assistencial em razão de enfermidade que o incapacitou, de forma permanente, para o trabalho. O voto, proferido no julgamento do Recurso Inominado nº 0507062-90.2009.4.05.8100, pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará, merece leitura atenta, não só pela densidade com que enfrenta o tema, cerne da questão; mas, por igual, pela técnica jurídica rigorosa com que fere, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, a um só tempo, todas as grandes questões que envolvem o tratamento de estrangeiros no Brasil, em especial os irregulares e/ou clandestinos:

"Mama Selo Djalo nasceu em Guiné-Bissau, que, assim como o Brasil, também foi colônia de Portugal. O Brasil, contudo, teve a sorte de conquistar a independência desde 1822. Guiné-Bissau, por outro lado, só conquistou a independência em 1974 e, desde então, vive mergulhado em crises internas, guerras civis, golpes de estado e diversos problemas sociais sérios, típicos de diversos países que obtiveram uma descolonização tardia. Guiné-Bissau está entre os vinte países do mundo que possuem os piores Índices de Desenvolvimento Humano, ocupando a 173ª posição do ranking do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Em 2001, em virtude dos problemas vividos em seu país, Mama Djalo resolveu sacrificar sua vida familiar, seu trabalho local, seus amigos, sua cultura e, apesar de todos os riscos, incertezas e custos, largou tudo em sua terra natal para tentar construir uma vida melhor no Brasil. Apertou aqui como turista e resolveu ficar de vez. Fixou residência, fez amigos e se integrou na comunidade. Já vive aqui por quase dez anos.

Em 2005, Mama Djalo contraiu uma doença renal crônica terminal (anexo 24). Seu fim seria a morte rápida, se não recebesse o tratamento adequado. Conseguiu ser inserido no sistema público de saúde brasileiro e está recebendo o tratamento na Santa Casa de Misericórdia. No mesmo período, quase foi deportado, pois não possuía visto de permanência e o seu visto de turismo já havia expirado (anexo 7). Graças à sensibilidade de um juiz federal, Dr. Alcides Saldanha, conseguiu garantir a sua permanência no país, por força de ordem judicial, até o fim do seu tratamento médico. Na referida sentença, o juiz federal consignou que: “a permanência do estrangeiro no território nacional revela-se como um dos únicos meios disponíveis, senão o único, para se garantir a continuidade do

direitos dos brasileiros naturalizados. Por outro lado, afirma-se, no recurso, que a CRFB/88, no inciso V, do art. 203, submete a concessão do benefício de prestação continuada à fixação por lei, já tendo o STF assentado, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1, a impossibilidade de o Judiciário conferir interpretação extensiva à Lei 8.742/93. Assim, caberia à lei, e só a ela, definir critérios para aferição da hipossuficiência, razão porque não poderiam ser estendidos aos estrangeiros os direitos que a lei garante apenas aos cidadãos brasileiros. Em

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=101479&id_site=1116> acessado em 20.06.2012.

tratamento médico, mormente quanto ao fato de que o país de origem do autor (Guiné-Bissau) sabidamente não possui estrutura médico-hospitalar adequada para o combate à moléstia que o acomete (insuficiência renal crônica terminal por nefrosclerose hipertensiva)” (Proc. 2009.81.00.000642-6 – 10ª Vara/CE).

Mama Djalo, antes da doença, vivia de bicos, pedia esmolas, vendia bebidas na noite boêmia de Fortaleza. Ganhava o suficiente para pagar o aluguel. Depois da doença, sua situação laboral mudou drasticamente, pois, agora, precisa passar boa parte de sua vida fazendo hemodiálise, a qual tem que se submeter durante três vezes na semana. Seu estado de saúde está cada vez pior, já que a doença é progressiva e irreversível. Mama Djalo não tem como trabalhar, pois está muito debilitado fisicamente. Vive da ajuda de amigos. O aluguel já está atrasado há vários meses (anexo 14). No desespero, procurou a Defensoria Pública da União que ingressou com a presente ação, no intuito de receber o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo mensal, previsto no artigo 203, inc. V, da Constituição Federal brasileira: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Partindo do pressuposto de que restou devidamente comprovado nos autos que Mama Djalo é portador de uma doença grave que o incapacita para o trabalho, impedindo-o de prover à própria manutenção, resta saber se faz jus ao benefício assistencial. A questão não é simples, pois ele não é brasileiro e, a rigor, mesmo que fosse saudável, sequer poderia trabalhar em nosso país já que não possui formalmente o visto de trabalho.

A juíza federal Cíntia Brunetta, que costuma ser muito criteriosa na concessão de benefícios assistenciais, julgou o pedido procedente, fundamentando a sentença em diversos precedentes que garantem ao estrangeiro o direito ao benefício assistencial (anexo 27). O INSS recorreu, alegando que, por não ser brasileiro nato ou naturalizado, Mama Djalo não teria direito ao benefício. O Dr. Vidal, juiz desta Turma Recursal, após estudar a matéria cuidadosamente, apresentou seu voto acolhendo a tese do INSS, alegando que Mama era um imigrante ilegal que deveria ser deportado; logo, não deveria receber o benefício assistencial. Vidal ainda apresentou várias teses a respeito do benefício assistencial para estrangeiros, mas nenhuma seria útil ao autor da presente ação, pois ele não estaria em situação regular no Brasil. Para o Dr. Vidal, seria incoerente reconhecer a ilegalidade de sua permanência no Brasil e, ao mesmo tempo, concedê-lo um benefício de prestação continuada.

É lógico que há um forte apelo pragmático em favor dos argumentos apresentados pelo Dr. Vidal. Mama Djalo é um imigrante que, no momento, só gera ônus ao Brasil. Nenhum país do mundo seria tão generoso ao ponto de conceder para seus imigrantes ilegais um benefício financeiro mensal. Qualquer país que adotasse tal política certamente seria invadido por imigrantes necessitados. O Brasil não tem dinheiro para servir como fonte assistencial do mundo. Não poderíamos encarar o problema dos outros como se fosse um problema nosso. Há vários brasileiros em situação semelhante ou pior e não recebem qualquer tipo de ajuda estatal, e assim por diante. Enfim, os argumentos desenvolvidos pelo Dr. Vidal para negar o direito ao benefício são muito fortes.

Esses argumentos, de fato, seriam preponderantes se não fosse um detalhe que muda tudo: nossa Constituição nos obriga a não discriminar qualquer pessoa por conta de sua nacionalidade ou origem ou cor da pele ou condição social ou qualquer outro motivo (artigo 3º, inc. IV). Vigora, no Brasil, o princípio da equiparação de direitos e deveres entre nacionais e estrangeiros, com as exceções previstas na própria Constituição e na lei. Portanto, do ponto de vista constitucional, Mama Djalo não pode ser

discriminado arbitrariamente. À luz do nosso ordenamento jurídico, não interessa se Mama Djalo é africano, brasileiro ou europeu: é um ser humano e como tal deve ser tratado.

Talvez as palavras acima possam ser consideradas demasiadamente utópicas, exageradas ou fora da realidade. De fato, nossa Constituição não é tão taxativa assim, nem tão “cega quanto à nacionalidade”. Ela própria faz inúmeras discriminações para beneficiar os brasileiros. De início, estabelece que os direitos previstos no artigo 5º só são garantidos “aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”, não contemplando expressamente os seres humanos que não são residentes no Brasil. Mas esse não é o caso de Mama Djalo, que reside no Brasil há dez anos. Mama Djalo, portanto, deve ser considerado como um estrangeiro residente no país, sobretudo porque existe uma decisão judicial em seu favor garantindo a sua permanência no país. A situação atual de Mama Djalo não é de imigrante ilegal: ele está autorizado, por força de uma sentença judicial, a permanecer no país enquanto durar o tratamento médico. Some-se a isso o fato de que Guiné-Bissau, assim como o Brasil, faz parte da Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP, que possuem um acordo específico sobre a concessão de visto temporário para tratamento médico, inclusive quando o cidadão da CPLP contraiu a doença após a entrada no país de destino (arts. 3º e 4º). Ressalte-se que os países membros da CPLP estão cada vez mais engajados na busca de uma integração maior entre os seus povos. Isso inclui uma série de medidas para facilitar a migração e a livre circulação no espaço da CPLP, bem como a concessão de direitos aos cidadãos da CPLP.

O fato de Mama Djalo ser estrangeiro residente no Brasil não significa dizer que ele tem todos os direitos garantidos aos brasileiros. Ele não pode, por exemplo, votar ou ser votado, nem ocupar determinados cargos públicos, nem exercer determinados direitos que são garantidos apenas aos brasileiros natos ou naturalizados. Apesar disso, como princípio geral, o estrangeiro residente não poderá ser discriminado, exceto se houver uma justificativa constitucional ou mesmo legal para tanto.

Poderiam ser citadas algumas justificativas para se negar o direito ao benefício assistencial para estrangeiros residentes, já que esse direito tem uma natureza prestacional que gera custos e é financiado por brasileiros. O próprio Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) talvez contenha um dispositivo que poderia ser utilizado contra o direito de Mama Djalo. Ao mesmo tempo em que proíbe qualquer tipo de discriminação por motivo de origem nacional, o Pacto prevê que “os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais” (artigo 2º, item II).

Com base nesse dispositivo do PIDESC, o Brasil poderia, sem dúvida, negar o direito ao recebimento do benefício assistencial aos “que não sejam seus nacionais”. O Brasil é um país em desenvolvimento e certamente não teria condições de acabar com a miséria do mundo. Estamos, portanto, inseridos na exceção que o próprio PIDESC estabeleceu. Não estaríamos descumprindo qualquer compromisso perante a comunidade internacional se discriminássemos os “não nacionais” em relação aos direitos de natureza prestacional.

Porém, nosso sistema assistencial não adotou expressamente esse entendimento, pois, em nenhum momento, excluiu os estrangeiros residentes de sua abrangência. Existe um princípio básico na interpretação de tratados de direitos humanos: os tratados não podem ser invocados para piorar ainda mais a proteção institucional dos direitos. Logo, o PIDESC não pode ser invocado na presente hipótese, especialmente porque expressamente estabelece que: “não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou

costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (artigo 5º, item 2).

Nossa Constituição estabelece que o benefício assistencial é devido “a quem dela necessitar” (art. 203), não fazendo, em princípio, qualquer discriminação por conta de nacionalidade. A própria Lei Orgânica da Assistência Social determina que o benefício será devido “à pessoa portadora de deficiência” (art. 20). Pessoa, até onde sei, não é só o brasileiro, mas qualquer ser humano (artigo 1º, do Pacto de San José da Costa Rica). Se Mama Djalo é estrangeiro que reside no país e se não há uma norma expressa que o exclua do rol de beneficiários dos direitos assistenciais, o INSS não está autorizado a discriminá-lo na esfera administrativa por falta de suporte jurídico para tanto.

É certo que o artigo 1º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), diz que a assistência social é “direito do cidadão e dever do Estado...”. A redação do referido artigo, segundo o INSS, indicaria que apenas os cidadãos brasileiros teriam direito ao benefício. É fácil refutar essa idéia. Em primeiro lugar, o INSS concede o benefício para menores de idade ou mesmo para portadores de graves deficiências mentais, que, a rigor, não são cidadãos no sentido técnico do termo. Além disso, é bastante claro que o texto não trata dos requisitos para a concessão dos benefícios, mas apenas adota uma linguagem retórica para dizer que todos têm o direito à assistência social. A cidadania não pode ser requisito para a concessão do benefício, até porque a própria Constituição não afirmou isso. Se apenas os cidadãos (i.e. os eleitores) pudessem receber benefício assistencial, tal restrição seria claramente inconstitucional.

Caso se entenda que o conceito de cidadania adotado no artigo 1º da LOAS é uma cidadania no sentido social e cultural, então não vejo porque excluir Mama Djalo da sua esfera de proteção, uma vez que ele já se integrou à sociedade brasileira. Mama Djalo há muito tempo já preencheu os requisitos para obtenção da nacionalidade brasileira. A CF/88 possui uma norma específica que visa facilitar a aquisição naturalização por parte daquelas pessoas que são originárias de países de língua portuguesa. O artigo 12, inc. II, “a”, estabelece que, para a aquisição da nacionalidade brasileira, “aos originários de países de língua portuguesa” deve ser exigida “apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral”. Há pelo menos oito anos, Mama Djalo já preencheu os requisitos para poder pedir a sua naturalização. Talvez não tenha pedido por desconhecimento de seus direitos.

É lógico, contudo, que o conceito de cidadania previsto no artigo 1º da LOAS nem tem um sentido técnico-eleitoral, nem um sentido sócio-cultural. Seu uso decorreu, provavelmente, de uma atecnia legislativa que evocou a palavra “cidadão” num sentido metafórico. Assim, o referido artigo não pode ser interpretado no sentido de exigir a cidadania brasileira como requisito para o recebimento do benefício.

O Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007, que autoriza a concessão do benefício assistencial para brasileiros naturalizados, também não pode servir como empecilho para o reconhecimento do direito aos estrangeiros residentes. Na verdade, o referido decreto é tautológico, já que a Constituição Federal é muito clara ao estabelecer que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (art. 12, §2º). Assim, seria flagrantemente inconstitucional qualquer lei que concedesse benefícios sociais apenas a brasileiros natos. Perceba que, se o legislador brasileiro quiser, pode excluir os estrangeiros residentes do rol de beneficiários do amparo assistencial, mas jamais poderia excluir os brasileiros naturalizados. No caso, o legislador pátrio incluiu expressamente os brasileiros naturalizados (e não poderia ser diferente), mas não excluiu expressamente os estrangeiros residentes, devendo prevalecer, no caso, a regra geral de igualdade, à falta de norma específica.

Poder-se-ia alegar que nenhum país do mundo daria direitos sociais a um

imigrante que ingressou ilegalmente no país. Não é bem assim. O mundo está mudando. Até mesmo um país geralmente acusado de ser xenofóbico, como os Estados Unidos da América, reconhece que os imigrantes ilegais não podem ser discriminados arbitrariamente, pois também estão protegidos pela cláusula da igualdade. No paradigmático caso Plyler v. Doe (1982), a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que “seja qual for o seu estatuto ao abrigo da legislação de imigração, um estrangeiro é uma ‘pessoa’ em qualquer sentido comum do termo”, razão pela qual os estados-membros não poderiam se negar a matricular filhos de imigrantes ilegais nas escolas públicas. Os estrangeiros “mesmo os estrangeiros cuja presença no país é ilegal, têm sido reconhecidos como ‘pessoas’ e, por isso, não podem sofrer discriminação injusta”. Dito de outro modo: para os juízes norte-americanos, até mesmo os estrangeiros que estão em situação irregular no país podem ser considerados titulares de direitos de caráter social!

Na Europa, que é um continente onde a imigração é muito intensa, existem inúmeras políticas públicas de caráter social extensíveis aos imigrantes. Em Portugal e Espanha, por exemplo, os cuidados de saúde estão acessíveis a todos os imigrantes, independentemente do seu estatuto legal, o que significa que também os irregulares possuem esse direito. A grande maioria dos países reconhece que os imigrantes regulares podem receber os cuidados preventivos e de emergência fornecidos pelo poder público. De um modo geral, na Comunidade Européia, o direito à educação é garantido indistintamente a nacionais e a estrangeiros. Em alguns países, como a Suécia e Portugal, os imigrantes regulares também podem ser favorecidos por medidas financeiras de proteção social. Como regra, os imigrantes são titulares de inúmeros direitos fundamentais, embora, muitas vezes, os serviços sociais disponibilizados aos imigrantes irregulares sejam muito mais restritos. (Fonte: PNUD).

Porém, mesmo que nenhum governo no mundo reconhecesse direitos sociais aos estrangeiros, não creio que um erro de outros países deveria pautar a política brasileira. A toda hora, criticamos a política externa de países hegemônicos por não ser tão solidária. Por que devemos seguir esse exemplo negativo? Em muitos momentos, ficamos indignados com o tratamento discriminatório que os brasileiros recebem quando estão no exterior. Por que devemos repetir as mesmas práticas que censuramos nos outros? O Brasil se orgulha de ser um país hospitaleiro e sem preconceitos, mas parece que esse orgulho não passa de um jogo de marketing. Afinal, por que os antepassados de Mama Djalo, que vieram forçados em navios negreiros para o Brasil, podiam ingressar no país e agora são deportados, como se fossem um fardo indesejável?

É preciso enfatizar novamente que Mama Djalo não deve ser considerado, hoje, como um imigrante ilegal. Ele obteve, por decisão judicial, o direito de permanecer no país para se tratar. Enquanto essa decisão estiver em vigor, Mama Djalo não pode ser deportado e, por óbvio, para fins de proteção jurídica, deve ser considerado como um “estrangeiro residente no país”. A sua condição, portanto, é de residente, tanto que lhe foi reconhecido o direito ao tratamento médico gratuito. Não é coerente reconhecer a ele o direito de ser tratado no Brasil e não lhe conceder os meios mínimos para a sua sobrevivência. Mama Djalo não pode trabalhar. Mas precisa se alimentar, pagar o aluguel e o transporte para o seu tratamento. O direito constitucional brasileiro previu o benefício assistencial exatamente para esse tipo de situação, onde a pessoa está em condições de extrema vulnerabilidade física e financeira. Negar a Mama Djalo esse direito só porque ele não nasceu em nosso país seria avalizar um preconceito por nacionalidade incompatível com qualquer noção de dignidade humana, especialmente quando não há qualquer norma constitucional ou legal que autorize claramente esse tipo de discriminação. Seria uma atitude muito hipócrita proclamar, em belos discursos jurídicos, o princípio da igualdade, o combate ao preconceito, a proibição de

discriminação e a idéia de que toda a vida humana possui o mesmo valor e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, adotar uma postura de falso patriotismo onde os nossos nacionais valeriam mais do que os demais seres humanos. Igualmente contraditório seria condenar o preconceito que os brasileiros sofrem em outros países e, aqui, fazermos o mesmo com pessoas de outras nacionalidades, especialmente de países ainda mais pobres que o nosso.

Em qualquer país civilizado, os imigrantes continuam sendo titulares dos direitos fundamentais básicos. Existem standards mínimos de proteção jurídica que nenhum ser humano pode ser privado. Os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à justa proteção jurídica são garantidos a todos os seres humanos indistintamente. Nossa Constituição, aliás, determina que os “brasileiros e estrangeiros residentes no país” podem invocar os direitos fundamentais em seu favor. O Pacto Internacional de San Jose da Costa Rica, de forma ainda mais abrangente, inclui qualquer pessoa na sua esfera de proteção (artigo 1º). E reconhece taxativamente que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”. O Brasil, portanto, tem um dever de respeitar, proteger e promover os direitos de “toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Entre os direitos fundamentais, certamente o direito à vida é um dos mais importantes, até porque é pressuposto para o exercício de todos os demais. E o direito à vida não tem apenas uma feição negativa, no sentido de que o poder público não pode privar um ser humano do direito de viver. O dever de proteger a vida humana também gera para o estado uma obrigação positiva, no sentido de adotar medidas concretas capazes de possibilitar a fruição desse direito para aquelas pessoas em situação de desvantagem sócio-econômica. Isso significa que o Estado tem o dever de fornecer os serviços básicos para a proteção do chamado mínimo vital. Existe, portanto, uma obrigação estatal de garantir que todos os seres humanos tenham acesso às necessidades básicas para a manutenção da vida. O fornecimento de medicamentos vitais para a sobrevivência de um determinado paciente é uma decorrência desse dever; do mesmo modo, pode-se mencionar o direito a uma renda mínima que lhe permita suprir as necessidades básicas para a sobrevivência, que é justamente o que se pede no presente caso.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, antes mesmo de ter sido editada a lei regulamentando a assistência social naquele país, reconheceu que o direito à renda mínima para os necessitados é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição. Isso porque o princípio da dignidade humana não exige apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria existência da pessoa humana ficaria sacrificada (BVerwGE 1, 159, 24/6/1954, conforme: SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, especialmente pp. 283/300). Em decisão posterior, a mesma corte, invocando o princípio do estado social, decidiu que: “Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as

necessárias instituições de cuidado” (SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 828).

É lógico que existem múltiplas formas de o estado garantir o mínimo vital para a sobrevivência de um indivíduo que esteja em condições de vulnerabilidade física e econômica, sendo o benefício social de prestação continuada apenas uma delas. Em linha de princípio, em deferência à separação de poderes, deve-se reconhecer que cabe ao governo federal estabelecer o melhor caminho para promover a dignidade humana, garantir o direito à vida e possibilitar a sobrevivência de pessoas necessitadas que estão sujeitas à jurisdição brasileira. Porém, no presente caso, o INSS, que é o órgão responsável pela Assistência Social, não apresentou qualquer medida alternativa que pudesse ajudar Mama Djalo, abandonando-o à própria sorte. Desse modo, à falta de opção melhor, a concessão do benefício assistencial mostra-se adequada e necessária para os fins a que se propõe.

Por fim, é preciso tecer algumas considerações sobre os argumentos do INSS envolvendo os aspectos econômicos do entendimento favorável à concessão do benefício assistencial para estrangeiros.

Não há dúvida de que seria uma atitude inconseqüente se assumirmos um compromisso de financiar o combate a todos os males do planeta sem que tenhamos condições econômicas para tanto. Nesse aspecto, temos que ser realistas. O benefício assistencial gera um custo, e esse custo é distribuído por toda a sociedade brasileira. Por óbvio, os recursos são escassos e, por isso, a sua distribuição deve ser criteriosa e seletiva. Não seria razoável conceder o benefício a pessoas que sequer moram no Brasil ou então que estão aqui meramente de passagem ou então que estão apenas querendo se aproveitar da nossa boa vontade, pois certamente não foi esse o objetivo do legislador brasileiro. Mas esse não é o caso de Mama Djalo. Ele já está inserido na sociedade há mais de dez anos. Boa parte de sua vida foi vivida no Brasil. Ele trabalhou, ainda que informalmente, pagou impostos (tem até CPF – anexo 2) e criou laços de amizade. Com toda certeza, ele não pode ser considerado como um aproveitador que veio ao Brasil apenas para receber tratamento médico gratuito e ainda receber dinheiro do governo federal.

O argumento do impacto financeiro desaparece por completo diante desse fato. Não parece factível que o sistema assistencial brasileiro entrará em colapso em virtude do pagamento do benefício assistencial mensal, no valor de um salário mínimo, para Mama Djalo. É provável que o custo que o estado brasileiro terá com o pagamento desse benefício nesses últimos momentos de vida que lhe restam será inferior ao que teria com a sua deportação, já que só o custo da passagem aérea de Fortaleza para Guiné-Bissau pode chegar a cinco mil reais (via TAP), que é o suficiente para pagar quase um ano de benefício assistencial. Se acrescentarmos a isso os demais gastos que o processo de deportação acarreta, então, sob o ponto de vista financeiro, talvez seja melhor mantê-lo aqui.

E mesmo que se raciocine com a extensão do benefício para estrangeiros em situação semelhante, o que certamente resultaria em um impacto econômico maior, ainda assim não restou provado nos autos qual seria a conseqüência econômica daí resultante. A meu ver, o temor de um impacto excessivo é infundado. No Brasil, residem cerca de 500 mil estrangeiros, conforme dados do IBGE referentes ao ano 2000. A quantidade de estrangeiros residentes que estão com as condições financeiras e de saúde semelhantes à de Mama Djalo é irrisória. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, de 1999, a imensa maioria dos estrangeiros residentes (92%) recebe mais de cinco salários mínimos. Uma quantidade muito pequena (3,3%) ganha menos de meio salário mínimo. Certamente, os que ganham menos de um quarto de salário mínimo e ainda estão incapacitados para o trabalho, representam uma população ainda mais insignificante, já que, entre a população brasileira, a quantidade

pessoas que fazem jus ao benefício assistencial não chega a 1,5% do total, incluídos aqui os idosos. Por isso, não vejo aí qualquer possibilidade de exaustão orçamentária caso se interprete a Constituição e a Lei Orgânica da Assistência Social no sentido de que os estrangeiros residentes não podem ser excluídos, tão somente por sua nacionalidade, do rol de beneficiários do amparo social.

O Brasil, cada vez mais, eleva os gastos com ajuda humanitária para países mais pobres, numa elogiável atitude de solidariedade mundial. Seria um contra-senso enviar milhões de reais para o exterior, para ajudar pessoas necessitadas em outros países, e não ajudar os estrangeiros necessitados que residem no país. Se o Brasil pretende ser um país com alguma liderança no novo cenário mundial, tem que começar tendo uma atitude moral coerente e sincera, onde a preocupação com a miséria humana em todos os lugares do planeta não é apenas da boca pra fora.

O receio de que a concessão de benefícios assistenciais para estrangeiros residentes gere um aumento do fluxo de imigrantes ilegais também é infundado. O número de estrangeiros que buscam o Brasil para aqui fixar residência tem diminuído e não aumentado. Esse número já chegou a mais de 700 mil no início dos anos noventa e, no último censo do IBGE, realizado em 2000, girava em torno de 500 mil. Além disso, é muito improvável que uma pessoa que esteja em outro país, distante do Brasil, em uma situação de miséria financeira e com a saúde debilitada, tenha condições de arcar com todos os custos e riscos de uma viagem onerosa para vir ao Brasil receber um salário mínimo por mês. Em geral, as pessoas optam por morar em outro país para fugir de conflitos políticos ou então para buscar novas oportunidades de emprego e não por conta de possíveis benefícios sociais que possam lá receber.

O Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, relativo ao ano de 2009, tratou precisamente da situação dos imigrantes e do impacto da mobilidade humano no desenvolvimento dos países. No referido estudo, foi demonstrado que, ao contrário do que a maioria pensa, a imigração traz diversos benefícios não apenas para o imigrante, mas também para o país de destino. A mobilidade dos seres humanos entre os países do mundo é um fator que estimula o desenvolvimento humano. Por isso, não devemos encarar o estrangeiro como um inimigo, nem como alguém que não é bem-vindo, que gera encargos sociais ou então que traz insegurança e violência. A possibilidade de se deslocar, mudar de local de residência e tentar melhorar de vida em outro lugar deve ser considerada como uma componente fundamental da liberdade humana.

Hoje, é fato, o mundo está se globalizando. As fronteiras estão desaparecendo. A economia é uma só. A ética é uma só ou, pelo menos, almeja ser uma só. O mundo caminha para a construção de um projeto ético comum. Se a idéia de um código moral uniforme para todos os habitantes do planeta é uma utopia irrealizável e, em certo sentido, indesejável (por ser demasiadamente pretensiosa e arrogante), percebe-se cada vez mais a necessidade de se desenvolver um modelo de regulamentação internacional que possa, pelo menos, harmonizar a pluralidade de códigos morais existentes, rumo a uma convivência pacífica entre todos os povos, onde cada ser humano possa ser, de fato e de direito, tratado como igualmente merecedor de respeito e consideração, independentemente de qualquer qualificativo.

Mama Djalo é um africano, pobre, doente e sem familiares para ajudá-lo. Ele veio ao Brasil de boa vontade com o intuito de melhorar seu bem-estar e fugir das péssimas condições de vida em seu país de origem. Talvez para a maioria de nós seja difícil sentir empatia por alguém que vem de um local que nem sequer sabemos indicar no mapa. Mas a obrigação de qualquer ser humano é ajudar outro ser humano que esteja em necessidade. Essa obrigação, para nós que somos brasileiros, não é uma mera obrigação moral. Trata-se, na verdade, de uma obrigação constitucional, que está

claramente prevista no artigo 3º da Constituição Federal: constitui objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem”. Em razão disso, por obrigação constitucional, deve ser mantida a sentença e reconhecido o direito de Mama Djalo receber o benefício assistencial enquanto permanecer no Brasil.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO INSS.

Fixo os honorários de sucumbência em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Fortaleza, 19 de abril de 2010

George Marmelstein Lima

Juiz Federal no Ceará"

No ponto, de se destacar, quanto ao conceito constitucional de estrangeiro residente, e sua não restrição ao conceito de residência regularmente deferida como autorização de permanência, que alguns programas sociais do Governo brasileiro, que concedem benefícios assistenciais, não diferenciam estrangeiros regulares de irregulares, como o *Prouni*, *Brasil Carinhoso*, e o *Bolsa Família*. Neste último, basta o cadastro realizado com o número de inscrição no CPF, que, por igual, não diferencia estrangeiros regulares de irregulares. No programa de fomento à aquisição de casa própria, denominado *Minha Casa, Minha Vida*, só se admite o ingresso de estrangeiros regulares.

Os direitos sociais e econômicos que se encontrem imbricados nos direitos fundamentais, seguem-lhe a mesma sorte. São observados no Brasil, tanto aos estrangeiros regulares como aos irregulares, ainda aos clandestinos, tanto o direito a ser remunerado pelo trabalho²⁰⁹, como se verá adiante, como o direito de propriedade²¹⁰, por exemplo.

3.3.2 Direitos Privados

Já no final do Império, em julho de 1889, D.Pedro II nomeou a Comissão Teixeira Freitas para a elaboração de um Código Civil. Conta-se que o Imperador, a

²⁰⁹ Como se verá adiante, a Justiça do Trabalho, por meio do Tribunal Superior do Trabalho - TST, vem consolidando o entendimento de que os direitos trabalhistas que consubstanciem, por igual, direitos fundamentais, porque direitos sociais, como o de ser remunerado pelo trabalho, devem ser observados aos estrangeiros, independentemente de seu *status* migratório.

²¹⁰ Artigo 5º, XV, da CRFB/88: "é livre a locomoção no território em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair **com seus bens**". (grifei)

exemplo de Napoleão Bonaparte, frequentava, por vezes, as sessões de trabalho, para assistir aos debates dos juristas, e que, numa destas sessões, discutia-se quais direitos a lei brasileira conferiria aos estrangeiros. Era o costume da época conceder-se direitos a estrangeiros pelo critério da reciprocidade, distinguindo-se as legislações nacionais pela maior ou menor exigência de reciprocidade, mas mantendo, sempre, a distinção entre nacionais e estrangeiros por essa medida. Desta forma, percebendo o Imperador que a Comissão de juristas pretendia introduzir na lei brasileira semelhante critério, exortou-os à fazer diferente, equiparando em direitos estrangeiros e nacionais. Com a proclamação da República, a Comissão Teixeira de Freitas foi dissolvida. No seu lugar, Clóvis Bevilacqua redigiu, e Ruy Barbosa revisou, o Código Civil de 1916 que trazia, em seu artigo 3º, a disposição de que a "lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis".²¹¹

O Código Civil Brasileiro em vigor não distingue entre nacionais e estrangeiros em seu artigo 1º, ao enunciar que "Toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"²¹².

Ainda que assim não fosse, uma série de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil impõem que se observem aos estrangeiros regulares, permanentes ou temporários, os mesmos direitos privados observados aos brasileiros²¹³.

Quanto aos irregulares, poder-se-ia dizer que a locução "toda pessoa", utilizada pela lei civil em vigor, porque alcaçaria a todos os indivíduos, não os distinguindo, consubstancia um silêncio eloqüente no que concerne à uma possível diferenciação entre estrangeiros regulares e irregulares.

²¹¹ DOLINGER, Jacob. *Saudades de D. Pedro II*. In.: *Direito & Amor*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp.459-460.

²¹² ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de Direito Civil*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 251: "Sobre o princípio da territorialidade também se baseia a teoria da reciprocidade.

É a doutrina expressamente aceita pelo Código Civil Francês.

Por ela os Estados concedem aos estrangeiros somente os direitos, que aos seus nacionais são garantidos pelos Estados, a que os estrangeiros pertencem. A reciprocidade pode ser, muitas vezes, uma medida de utilidade prática, de conveniência política, não é, porém, um princípio que satisfaça as exigências racionais do direito; além disso, 'autoriza iniquidades manifestas e empresta às relações internacionais uma estranha feição de ameaça e hostilidade'".

²¹³ Convenções mencionadas na nota nº 157.

De qualquer forma, o que aqui se compreende por direitos privados são a prática regular de atos da vida civil. Atos ou negócios jurídicos. É dizer: casar, contratar, testar, doar, receber doação, comprar, vender, alugar, representar alguém, outorgar poderes para se fazer representar, enfim, praticar atos da vida civil. Dessa forma, a questão do exercício de direitos privados por estrangeiros irregulares no Brasil parece situar-se no campo da capacidade civil, havendo quem entenda que o *status* migratório do estrangeiro é indiferente para a configuração desta capacidade. É o que já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

“APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. EXPLORAÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PELOS ARRENDATÁRIOS. ALEGAÇÕES DEFENSIVAS NÃO COMPROVADAS E/OU IRRELEVANTES. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA DE MULTA E VERBAS CONTRATUAIS POR RESILIÇÃO. **CONTRATO CELEBRADO POR ESTRANGEIRO (CO-ARRENDATÁRIO) COM VISTO DE TURISTA. SITUAÇÃO IRREGULAR. IRRELEVÂNCIA.** AUSÊNCIA DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. CHAMAMENTO AO PROCESSO. NÃO OBRIGATORIEDADE (ART.77, CPC). INCAPACIDADE CIVIL DO FIADOR. AUSÊNCIA DE PROVA. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. IMPROVIMENTO AOS APELOS.” (TJ/RJ. Décima Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 0010509-06.2008.8.19.0066. Relator Desembargador Mario Robert Mannheimer Julgado em 15 de fevereiro de 2011) (grifei)

É o que explicita o relator em seu voto.

"No que toca ao primeiro ponto do Agravo, cabe dizer que a ausência de visto ou autorização para trabalho por parte do co- arrendante estrangeiro, DIEGO FERMIN GOMEZ, não tem o condão de determinar sua ilegitimidade negocial ou mesmo invalidar automaticamente o negócio jurídico celebrado, pois que não consta qualquer proibição de contratar neste sentido, seja na Constituição Federal, seja no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/77), seja mesmo nas leis civis de regência (Lei de Locações e CC/02), não havendo que se falar em incapacidade civil como fundamento de nulidade do pacto (Art.166, I ou VII, CC/02). E mais, qualquer vício que pudesse advir pela ausência de legitimidade negocial exclusiva do estrangeiro estaria suprido na hipótese sob exame ante a existência, ao seu lado, como co-contratante, da própria Recorrente, nacional, maior, capaz e legitimada para o ato, subsistindo os efeitos jurídico-obrigacionais em aplicação do princípio do aproveitamento do negócio, previsto no Art.170, CC/02."

Porém, como regra, estes atos só podem ser validamente praticados no Brasil, em tese, por aqueles que aqui se encontrem em situação regular. Isso não significa, a toda evidência, que não venham alguns destes atos - para os quais não se exija

qualquer solenidade ou chancela estatal, como as que se exigem para o casamento ou para a feitura de um testamento público - a ser também praticados por estrangeiros irregulares. Quando um estrangeiro irregular faz sinal com a mão para tomar um ônibus, e o motorista para, e este estrangeiro entra no coletivo e paga a passagem, se tem um contrato de transporte firmado entre o preposto da transportadora, em seu nome, e o estrangeiro irregular. E ninguém dirá que não houve, aqui, um contrato perfeito e acabado.

Por outro lado, como se viu, o Código Bustamante, em seu artigo 1º, enuncia que: "Os estrangeiros que pertençam a qualquer um dos Estados contratantes, gozam, no território dos demais dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais" No entanto, ainda segundo o dispositivo:

"Cada Estado contratante pode, por motivo de ordem pública, recusar ou **sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros**, e qualquer destes Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício aos nacionais do primeiro". (grifei)

Outra situação curiosa, e possível, é o do estrangeiro irregular que pretenda casar-se, por vontade de constituir família ou somente para fins de obter, do Estado brasileiro, autorização de permanência para fins de reunião familiar, para, com isso, poder permanecer no Brasil. Poderá o estrangeiro irregular promover sua habilitação para o casamento no Brasil? Não. Este estrangeiro não preencherá os requisitos necessários à habilitação, até mesmo por não possuir a documentação que se exige para tanto, e o órgão do Ministério Público, no exercício das funções de fiscal da lei, muito provavelmente opinará pelo indeferimento da habilitação. Essa é a prática cartorária observada no Brasil. Embora não haja entre os impedimentos previstos na lei civil (artigo 1.521, do Código Civil) nada referente ao estrangeiro irregular, nem mesmo na Lei nº 6.815/80, alega-se ser possível a exigência de estada regular, ainda que temporária, podendo o agente notarial, nos termos do artigo 96, do Estatuto do Estrangeiro, exigir comprovação da regularidade da situação do habilitando.

Seria necessário então que este estrangeiro deixasse o país e retornasse em situação regular, para, aí sim, poder se habilitar ao casamento, casar-se, e, posteriormente, com fundamento no matrimônio, regularmente contraído, transformar sua autorização de estada temporária (visto de turista, por exemplo) em permanência, sem que, para isto, tenha de deixar o país. A transformação de vistos, sem a

necessidade de deixar o país para tanto, só pode ser dar quando de temporários para permanentes, não se admitindo a extensão de vistos temporários requeridos no próprio território. Mas se este mesmo estrangeiro estiver vivendo em união estável? Poderá requerer, no Brasil, com sucesso, a transformação de seu visto (ou, já se encontrando este expirado, razão de sua condição de irregular), ou, obter, sem a necessidade de deixar o território, uma autorização de permanência para fins de reunião familiar, com fundamento na convivência em união estável? Em outras palavras: o casamento é um negócio jurídico para o qual o nubente deve encontrar-se autorizado a realizar. A união estável é um fato jurídico a que a Constituição assegura a mesma proteção que confere ao casamento, mas que com ele não se confunde. Se teria aqui, então, uma situação anti-isonômica em favor da união estável? Em tese, o estrangeiro irregular em união estável estaria na mesma situação do nubente. Para obter a permanência, deveria deixar o território e a ele retornar, de forma regular, e, só então, pleitear a transformação de sua estada temporária em permanente, para fins de reunião familiar; contudo, não surpreenderia que este estrangeiro irregular, que conviva com nacional em união estável, pudesse obter, em sede de revisão judicial, ordem para que o Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Estrangeiros, autorizasse sua permanência, por este fundamento, com base na irrazoabilidade de se lhe exigir a saída do território para o cumprimento da formalidade de se encontrar aqui em situação temporária e regular, para obter o que a lei já concede, que é a autorização de permanência para a reunião da família, constitucionalmente protegida.

O que se quer com tudo isso dizer é que, ao menos em tese, não poderia o estrangeiro irregular validamente praticar os atos da vida civil para os quais se exija, formalmente, a regularidade de sua situação. Com isso, como consequência, e também em tese, lhe seria vedado exigir o cumprimento dos acordos, ou pretender a execução etática de alguns destes, justamente porque não poderia tê-los validamente acordado, já que não autorizado a tanto pelo ordenamento brasileiro.

Ocorre que, como se viu, embora haja entraves burocráticos e condicionantes ao exercício de alguns direitos privados, e embora estes entraves possam ser legítimos, na medida em que o Estado pode validamente restringir e condicionar o exercício de alguns direitos, quando, por exemplo, se objetivar à proteção do interesse público, o fato é que não se pode deixar de reconhecer que não há qualquer restrição expressa à prática geral de direitos privados por estrangeiros irregulares, fazendo as

convenções sobre a matéria, de que o Brasil é Estado Parte, menção a estrangeiros, sem os distinguir, de forma que, embora no passado se pudesse pensar que tais expressões faziam menção, tão-somente, a estrangeiros regulares, hoje não se pode deixar de observar uma interpretação mais elástica destes dispositivos, para alcançar a todos os estrangeiros que se encontrem no território, desimportante seu *status* migratório, em ordem a se reconhecer que a impossibilidade de praticar tal ou qual ato da vida civil, por parte do estrangeiro irregular ou clandestino, por conta de eventual entrave burocrático, deva ser entendida como uma impossibilidade que se impõe, por igual, aos brasileiros que se submetam, eventualmente, a estes mesmos entraves. Não se tem, portanto, uma regra que impeça a prática de atos da vida civil por estrangeiros irregulares ou clandestinos, mas, por vezes, uma impossibilidade prática decorrente de restrições e condicionantes impostas a todos indistintamente, e que, no mais das vezes, atingem especialmente estas pessoas.

Pensar o contrário é permitir que um estrangeiro irregular, tão-somente por ostentar esta condição, não possa validamente exigir a satisfação de um direito subjetivo a que corresponde um dever jurídico de outrem. Em outras palavras: não pode alguém se valer desta condição de uma das partes, para, inexecutando a parte que lhe cabe nas avenças, por exemplo, locupletar-se às suas custas.

A tradição jurídica brasileira assegura aos estrangeiros regulares a prática de atividades privadas²¹⁴.

3.3.3 Acesso à funções públicas

O acesso às funções públicas, vedado constitucionalmente até 1998, foi autorizado pela Emenda Constitucional nº 19, que, alterando o inciso I, do artigo 37, da Constituição, estabeleceu que "os cargos, empregos, e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim

²¹⁴ OCTAVIO, Rodrigo. op.cit. p. 138. "Todas estas restrições de liberdade civil, decorrentes, aliás, de razões de ordem pública, na afetavam propriamente o exercício de atividade privada dos estrangeiros. Debaixo das leis brasileiras elles podiam exercer livremente sua indústria, achando-se para elles abertos, do mesmo modo que para os nacionaes, os tribunaes de justiça".

como aos estrangeiros, na forma da lei". Referida Emenda, denominada de *Reforma Administrativa* acompanhou anterior alteração constitucional promovida pela Emenda nº 11, de 1996. Esta manifestação do poder constituinte derivado já havia autorizado a contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, também na forma da lei.

"ADMINISTRATIVO E CIVIL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR TEMPORÁRIO. CANDIDATA APROVADA EM TODAS AS ETAPAS DO CERTAME. NACIONALIDADE ESTRANGEIRA. PARECER DE ÓRGÃO CONSULTIVO CONTRÁRIO À CONTRATAÇÃO. EQUÍVOCO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMA LEGAL ADMITIDA PELA PRÓPRIA FUNDAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO (FUFMT). DANO MATERIAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Aberta seleção para contratação de professor temporário, nos termos da Lei n. 8.745/1993, na qual a autora obteve aprovação em primeiro lugar, deixando, porém, de ser contratada, por equivocado pronunciamento de órgão consultivo da UFMT, que entendeu constituir empecilho à almejada contratação, a nacionalidade estrangeira da demandante, a instituição de ensino superior de ensino deve indenizar a candidata, pela frustração ao exercício do cargo para o qual foi aprovada. 2. A indenização, todavia, limita-se àquilo que a autora efetivamente perceberia pelo exercício do cargo, durante o primeiro ano de contratação, visto que a prorrogação do prazo dependia da discricionariedade da administração da Universidade. 3. Correta, pois, a sentença que condenou a FUFMT a pagar à autora valor correspondente ao que teria auferido se tivesse lecionado durante o primeiro ano previsto no contrato temporário. 4. Sentença confirmada. 5. Apelações da autora e da FUFMT, e remessa oficial, desprovidas." (TRF1. Sexta Turma. Apelação Cível no 200136000059449. Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Julgado em 16 de novembro de 2009 e publicado em 07 de dezembro do mesmo ano).

O Supremo Tribunal Federal no entanto, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 439.754/RR, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, assentou que a norma insculpida no inciso I, do artigo 37, não possui aplicabilidade imediata, dependendo, portanto, de lei que a regulamente²¹⁵.

3.3.4 Restrições aos estrangeiros no Brasil

Como já se viu, a distinção entre nacionais e estrangeiros não é estranha ao direito e é própria da especial ligação que mantém os nacionais com o Estado a que

²¹⁵ No mesmo sentido, os Julgados: RE 544.655-AgR; e AI 590.663-AgR.

estão vinculados. Partindo deste pressuposto, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece uma série de restrições ao estrangeiro no Brasil. Tais restrições são de ordem constitucional e infraconstitucional.

A Constituição da República estabelece, no regramento da ordem econômica, artigo 176, § 1º, que "a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país".

No capítulo V, *Da Comunicação Social*, o texto constitucional dispõe que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é vedada ao estrangeiro. Nos termos do artigo 222, do texto constitucional, é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (anos) ou de pessoas jurídicas constituídas sob leis brasileiras que tenham sede no território nacional. A intenção do constituinte, aqui, é estratégica: quem controla informação, se encontra em condições de controlar o país. O brasileiro nato, como já se viu quando se tratou da nacionalidade, tem o mais expressivo vínculo com o Estado, e por esta razão, nada lhe é vedado em razão de sua origem. O naturalizado, a quem se veda o acesso a posições estratégicas, somente está autorizado a ser proprietário de empresa jornalística após 10 (dez) anos de naturalização, verificada, assim, a intensidade do vínculo que estabeleceu com o Estado brasileiro.

Também como já se viu, alguns cargos públicos são reservados aos brasileiros natos, nos termos do § 3º, do artigo 12, da Carta Política, excluindo-se, assim, destes postos, os naturalizados, os portugueses equiparados e os estrangeiros em geral.

O artigo 106, da Lei nº 6.815/80, traz um rol de atividades vedadas aos estrangeiros, são elas:

"I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre; II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas; III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior; IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica; V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica; VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro; VII - participar da administração ou

representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada; VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais; IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva. § 1º O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca. § 2º Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso: a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo; b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares".

Estas restrições foram pensadas com base na compatibilidade vertical que teriam com a Carta Constitucional de 1969, de sorte que algumas delas foram previstas na Constituição em vigor, e outras tornaram-se com esta incompatível, como é o caso, por exemplo, da posse e utilização de rádio amador.

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. JORNALISTA ESTRANGEIRA RESIDENTE NO PAÍS. REGISTRO PROFISSIONAL NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. DECRETO Nº 83.284/79, ART. 4º, I. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 5º, CAPUT E INCISO XIII. I. A exigência contida no art. 4º, I, do Decreto nº 83.284/79, quanto à prova da nacionalidade brasileira para a obtenção de registro como jornalista não foi recebida pela Constituição Federal de 1988, cujo art. 5º, caput, e inciso XIII, asseguram livre exercício profissional também aos estrangeiros residentes no país, caso da impetrante. II. Remessa oficial improvida." (TRF1. Primeira Turma. Remessa *ex officio* nº 9401086915 Relator Juiz Aldir Passarinho Junior. Julgado em 05 de junho de 1996 e publicado em 19 de agosto do mesmo ano)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO Nº 646/92. DECRETO-LEI Nº 2.472/88. DESPACHANTE ADUANEIRO. ESTRANGEIRO. EXIGÊNCIA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA COMO CONDIÇÃO PARA EXERCÍCIO DO EMPREGO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Decreto nº 646/92, ao prever como condição ao exercício de atividade de despachante aduaneiro junto à Receita Federal nos portos, a nacionalidade brasileira, viola a CF/88, que, no § 3º, do art. 12, excepciona os casos de cargos privativos de brasileiros natos. 2. Remessa oficial e apelação da União não providas." (TRF1. Terceira Turma Suplementar. Apelação em Mandado de Segurança nº 199932000027110. Relator Juiz Federal Avio Mozar José Ferraz de Novaes. Julgado em 04 de agosto de 2005 e publicado em 01 de setembro do mesmo ano).

O artigo 107, do mesmo diploma legal, veda ao estrangeiro a atividade política. Como já se viu, a Constituição, em seu artigo 14, § 3º, e normas de direito internacional seguem a mesma orientação.

O artigo 110 do Estatuto do Estrangeiro permite ao Ministro da Justiça,

sempre que considerar conveniente aos interesses nacionais, proibir a realização, por estrangeiros, de conferências, congressos e exposições artísticas. Tal permissivo legal é, a toda evidência, incompatível com a garantia fundamental, constitucional, da liberdade de expressão.

O exercício de profissões liberais não é em tese vedado, em observância ao que dispõe o artigo 5º, XIII, do texto constitucional; no entanto, profissões como a advocacia²¹⁶ e a medicina, exigem prévia validação de diploma obtido no exterior e

²¹⁶ Recentemente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se reuniu, em audiência pública, para discutir a regulamentação da atividade de advogados estrangeiros no país: "Brasília – Ao encerrar nesta segunda-feira (07) a audiência pública sobre a atuação de advogados estrangeiros no país, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, disse que foi atendida a expectativa de se ampliar o debate, de maneira democrática e transparente, e fornecer elementos para que a entidade possa se posicionar em torno das propostas sobre uma possível mudança nas regras vigentes. Ainda não há data prevista para exame da matéria, que tem como relator o conselheiro federal Marcelo Zarif (BA).

A audiência teve início com a exposição do ex-conselheiro federal Sérgio Ferraz, integrante da Comissão criadora do Provimento 91/200, que dispõe sobre o exercício da atividade de consultores e sociedades de consultores em Direito estrangeiro no país. Ferraz lembrou que no ano 2000 já era intensa a afluência de grandes bancas de advocacia interessadas em atuar no Brasil e exercer a advocacia no contexto da globalização.

“À época, o Ministério das Relações Exteriores mostrava-se bastante sensível aos reclamos internacionais de liberação do mercado para as bancas internacionais. Hoje nota-se um respeito muito maior e uma grande expectativa sobre qual será a posição da OAB quanto à presença estrangeira”, afirmou Ferraz, para quem o Provimento 91 é cauteloso ao disciplinar as formas de atuação da advocacia estrangeira no Brasil.

O vice-presidente do Conselho Geral da Advocacia Espanhola, Joaquim Garcia-Romanillos, defendeu o aprofundamento das relações e acordos entre sociedades de advogados espanholas e brasileiras. Para ele, respeitando-se o princípio da reserva da habilitação, esse tipo de relacionamento seria “conveniente” para os clientes. “Na regulamentação espanhola não existe obstáculo à colaboração entre sociedades de advogados. Essa relação não resultou no desaparecimento de nenhum tipo de escritório espanhol, nem grandes nem pequenos”, afirmou Romanillos, para quem parcerias entre advogados de distintas jurisdições redundam em benefícios.

André de Almeida, presidente da Federação Interamericana de Advogados (FIA) – que representa 44 organizações profissionais da advocacia – sustentou que os advogados brasileiros não deixarão de ser protagonistas da advocacia no país mesmo diante de um possível reajuste no mercado. “Não acredito que um sócio brasileiro que firme parceria com uma sociedade estrangeira estará fadado a perder sua independência. Os estereótipos de invasão do país pelas sociedades estrangeira são, para mim, um grande equívoco”. Ao descrever a realidade da advocacia no BRICs – agrupamento do Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – Almeida criticou a decisão da Índia, de encerrar a advocacia nas mãos de poucos grupos profissionais indianos, e ressaltou que tanto a China quanto a Rússia, que permitiram a abertura de seu mercado, tem convivido de forma harmônica com grandes escritórios americanos e ingleses.

O representante da União Internacional dos Advogados (UIA), Paulo Lins e Silva, afirmou que a entidade que congrega mais de 200 Ordens e Colégios de Advogados em todo o mundo, posiciona-se de forma neutra em relação à abertura do mercado aos estrangeiros para não colidir com a atividade escolhida por cada país. No entanto, Lins e Silva afirmou que a UIA segue caminho diverso da cultura adotada por grandes escritórios, com

autorização do órgão fiscalizador do exercício profissional.

No que concerne especificamente à advocacia, a Lei nº 8.906/94 não veda a atividade do advogado estrangeiro no Brasil, mas condiciona o exercício da profissão à inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e esta à validação do diploma estrangeiro.

O Provimento nº 91, de 2000, da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece

filiais em vários países do mundo. “A arte de advogar, sob a nossa concepção, deve ser a de receber o cliente pelo nome, conhecendo a sua vida ou a vida de sua empresa, e não tratá-lo como um número. Essa é a política adotada no Brasil e a qual a UIA adota”, afirmou o representante da UIA em defesa do que chamou de “artesanía” na advocacia e da preservação da cultura advocatícia brasileira.

Representando o Sindicato das Sociedades de Advogados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, Alfredo de Assis Gonçalves Neto classificou como “condenável” estender às associações estrangeiras o que o provimento 92 define como permitido para facultar a atuação desregrada de escritórios estrangeiros no Brasil. Para o dirigente, nunca haverá a recíproca esperada, porque os escritórios estrangeiros que virão ao Brasil são, normalmente, de países nos quais o Brasil jamais terá condições de entrar. “Não podemos permitir que, sob o manto do nome ‘associações’, acabem acontecendo fatos que retirem das sociedades brasileiras os limites que nosso Estatuto e o Regulamento Geral estabeleceram”, afirmou Neto, criticando o que chamou de “simbioses perigosas” e a possibilidade de mercantilização da advocacia a partir da atuação estrangeira na advocacia nacional.

Para o representante do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) José Luiz Freire, o que está em debate é a estrita observância das leis e ressaltou que a lei federal brasileira que rege a profissão é extremamente liberal. “O estrangeiro pode validar seu diploma no Brasil, pode se inscrever na OAB e assim, ficar apto a praticar sob as normas do direito brasileiro. Podem também os advogados estrangeiros atuar no Brasil como consultores em Direito estrangeiro. Nossas normas tem, pois, caráter essencialmente liberal”, afirmou o membro do CESA – que reúne mais de mil sociedades de advogados brasileiras –, ressaltando a importância da preservação do princípio da legalidade e do Estatuto da Advocacia, bem como suas normas regulamentadoras.

O membro da Comissão Nacional de Direitos Difusos e Coletivos da OAB Nacional, Augusto Aras, defendeu que não se pode tratar de um assunto tão importante no contexto do simples sim ou não. Em sua avaliação, é preciso construir um novo caminho que preserve a independência e a autonomia dos advogados. “Esse é o grande desafio. Num regime democrático e num sistema capitalista de mercado, o que nos cabe é o caminho do meio: preservar a atividade fim da advocacia e facultar a atividade meio naquilo em que for possível, com a compreensão de que nada é melhor do que o princípio da razão para evitar que a advocacia brasileira seja usada para associações embusteiças”.

Na avaliação do presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB, o membro honorário vitalício Cezar Britto, esse é um dos temas mais importantes para o futuro da advocacia brasileira e deverá ser decidido sob a ótica da reciprocidade. Por essa razão, Britto lembrou que a Comissão de Relações Internacionais compreendeu que o Provimento 91 cumpre o seu papel no que se refere à consultoria. “O que temos a discutir agora é como o advogado brasileiro pode crescer com as empresas que estão crescendo com o Brasil. É preciso compreender esse novo país que vivemos e que deve ter a melhor e mais organizada advocacia do mundo”, ressaltou Britto.

Após a apresentação dos convidados, vários conselheiros federais apresentaram questionamentos e pontos de vista sobre a matéria”. Em <http://www.oab.org.br/Noticias/pesquisa?pagina=1&argumento=estrangeiro>

que o estrangeiro, habilitado ao exercício da advocacia em seu país, poderá exercê-la no Brasil se autorizado pela OAB. Esta autorização, no entanto, é precária e se destina, exclusivamente, à consultoria em direito estrangeiro, vedando-se, ao advogado estrangeiro autorizado, a atividade em contencioso judicial no Brasil ou assessoria em direito brasileiro.

O artigo 14, da Lei nº 8.935/94, que regulamenta o artigo 236 da CRFB/88, dispõe, em seu inciso II, que a atividade notarial e de registro depende da nacionalidade brasileira. O Decreto nº 13.609/43, em seu artigo 3º, alínea c, reserva aos brasileiros as funções de tradutor oficial e intérprete comercial.

A Lei nº 8112/90 exige, no artigo 5º, a nacionalidade brasileira como requisito para investidura em cargo público. Como se viu, a EC19/98, que alterou a redação do inciso I, do artigo 37, da CRFB/88, autorizou a assunção de função pública por estrangeiros, nos termos da lei. Como já assentou o Supremo Tribunal Federal, o comando constitucional não é auto-aplicável, ou seja, exige lei que o regule. Dessa forma, quando regulamentada a participação do estrangeiro em funções públicas o dispositivo legal deixará de ser observado.

3.3.5 Direitos legalmente assegurados a estrangeiros irregulares e clandestinos. As leis de anistia

Anistiar significa perdoar, esquecer. A anistia é concedida por lei e se destina a relevar, desconsiderar determinada irregularidade. No direito penal, destina-se a relevar infrações à lei, impedindo o início de processos, extinguindo processos instaurados ou penas já impostas. Ostenta natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade²¹⁷.

No direito administrativo, especialmente no direito administrativo sancionatório, refere-se ao perdão das infrações à norma administrativa, como é o caso dos estrangeiros que se encontrem no território nacional, seja porque se furtaram à submissão ao procedimento de autorização de entrada, nas fronteiras; seja porque,

²¹⁷ Artigo 107, do Código Penal Brasileiro: "Extingue-se a punibilidade: [...] II - **pela anistia**, graça ou indulto."
(grifei)

regularmente admitidos, permaneceram no território por mais tempo do que inicialmente autorizados a permanecer.

No dia 3 de julho de 2009, entraram em vigor a Lei nº 11.961/09, e o Decreto 6.893/09, que a regulamenta, com o objetivo de permitir a regularização e a permanência de todos os estrangeiros que se encontravam em situação irregular no território, seja porque expirado o prazo de estada temporária; seja porque de sua entrada não tinha o Estado brasileiro conhecimento formal; em outras palavras: seja porque ostentavam o *status* migratório de clandestinos, na medida em que sua entrada jurídica, formal, como regular admissão pelo Estado brasileiro, por meio de seus agentes, ao território não havia ocorrido, embora, faticamente, aqui se encontrassem, tal como visto acima.

Antes de sua entrada em vigor, a última lei de anista editada pelo Brasil tinha sido a de nº 9.675, em 29 de junho de 1998.

Trata-se de um específico direito subjetivo, legalmente previsto, para os estrangeiros irregulares e clandestinos. Não se trata de concessão discricionária de autorização de permanência, mas de decisão do legislador de relevar a situação irregular em que se encontra o estrangeiro e a ele conferir um direito à regularização. Assim, preenchidos os requisitos legais para a obtenção da anistia, ela será devida ao estrangeiro que a postular. O procedimento administrativo específico para tanto, e as possíveis intercorrências que levam aos pedidos de revisão judicial de atos administrativos indeferitórios destes pedidos, serão objeto de apreciação detida no capítulo 6.

A anistia prevista em lei corresponde a um dos objetivos da atual política migratória brasileira, qual seja o de facilitar a regularização do imigrante irregular, evitando, com isso, que o estrangeiro nestas condições tenha de se submeter a trabalho escravo. Aos estrangeiros beneficiados com a lei, em sua maioria oriundos de países latino-americanos, mas, por igual, de países da África e da Ásia, se possibilitou, como consequência de sua regularização no país, o acesso à proteção oferecida ao trabalhador nacional, como: (1) contrato de trabalho anotado em Carteira de trabalho e Previdência Social - CTPS; (2) recolhimento de contribuições previdenciárias ao INSS e FGTS; (3) livre utilização do sistema público de saúde; e (4) livre entrada e saída do país, o que não lhes era possível sem a regularização.

Considera no seu escopo, por igual, aqueles estrangeiros que há anos vivem no Brasil, em situação aparentemente regular, mas cuja entrada consubstancia efetiva ilegalidade. É o caso dos que, não tendo obtido autorização para permanecer, entram e saem do território, infinitas vezes, para aqui residir na condição formal de estrangeiro temporário regular, como turista.

Veja-se decisão do Tribunal Regional da Segunda Região, tomada no recurso de apelação em mandado de segurança nº 29728, por sua Oitava Turma, em voto da lavra do Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, julgado em 04 de outubro de 2005, e publicado no dia 11 do mesmo mês. Na decisão, o Tribunal refere ao entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é irregular a situação do estrangeiro que reside no Brasil com autorização de estada temporária de turista:

"ADMINISTRATIVOS. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR. RESIDÊNCIA NO BRASIL. BREVE SAÍDA DO PAÍS. REGISTRO PROVISÓRIO. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2771/98. 1. Objetiva a impetrante que a autoridade coatora seja obrigada a fornecer o formulário estipulado no art. 4º do decreto do Sr. Presidente da República nº 2771 de 08.09.98, e o receba com os documentos exigidos nos itens I, II, III, IV, V e expeça o protocolo previsto no art. 5º do referido decretos. 2. A r. sentença concedeu parcialmente a segurança, para que a impetrante possa receber tratamento isonômico aos demais estrangeiros considerados como em situação irregular no país e que receberam a oportunidade de anistia, por força do Decreto Presidencial nº 2771/98. 3. Conforme iterativas decisões dos Tribunais pátrios, as constantes idas e vindas, com o fito de renovar-se o visto de turista, aperfeiçoam uma falsa legalidade, e, sendo assim, negar-lhes a possibilidade de obter visto é ir de encontro ao espírito do legislador. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou que "É ilegal a situação de quem vive permanentemente no Brasil, usando visto de turista. A renovação periódica de tal visto não afasta a irregularidade, nem impede a outorga do registro provisório, desde que o primeiro ingresso em nosso território tenha ocorrido até 29-06-98 (L. 9.675/98 – Art. 1º)"(REsp 278.461/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 20.8.01). 4. In casu, constata-se que a impetrante se encontra no Brasil, entre idas e vindas, desde outubro de 1991 na condição de turista, conforme reconhecido pela própria autoridade coatora, e com ânimo de aqui estabelecer domicílio definitivo, conforme afirma, desde 1995. Sendo assim, não parece coerente que pelo simples fato de ter a impetrante se ausentado por um curto lapso de tempo do território nacional deva perder o direito de, em igualdade de tratamento com os demais estrangeiros em situação irregular, usufruir das benesses do Decreto nº 2771/98, tanto mais quando aqui reside com ânimo definitivo e não se ausentou com o intuito de abandonar o Brasil. 5. Diferente seria acaso "a entrada extemporânea do alienígena tivesse ocorrido pela primeira vez após o término do prazo, ou se antes dele tivesse estado no país por curto espaço de tempo, logicamente não poderia aproveitar-se do favor legal"(REsp nº 290.684/PR, DJ 08.9.2003). 6. Remessa e recurso conhecidos e desprovidos".

Esta decisão corrobora, como se disse, entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ESTRANGEIROS. DIVERSAS ENTRADAS. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO IRREGULAR COM VISTO DE TURISTA. APLICAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 1º DA LEI 7.685/88.

1. Tem direito ao registro provisório o estrangeiro cujo primeiro ingresso em território nacional tenha ocorrido até 29/6/98 - art. 1º da Lei 9.675/98 -, ainda que vivendo permanentemente no Brasil por renovações periódicas de visto de turista. Precedentes.

2. Recurso especial improvido. (STJ. Segunda Turma. Recurso Especial nº 384471/PR. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 21 de março de 2006 e publicado em 31 do mesmo mês)”

Em 2009, foi assinado o acordo de autorização de residência temporária, por dois anos, do Mercosul e países associados. Ele alcança todos os nacionais de países que compõem o Mercosul e seus associados, independentemente do *status* migratório que ostentem nos demais países do bloco, em que se encontrem como estrangeiros, há com isso o que se poderia chamar de uma anistia permanente para as pessoas nesta condição.

3.3.6 O direito à remuneração pelo trabalho

Para fins puramente didáticos, divide-se o direito em público e privado. Cada vez mais esta distinção vem perdendo relevância, na medida em que nas relações jurídicas, direta ou indiretamente, haverá sempre a presença do Estado. O direito privado, considerando-se ainda esta divisão, se ocuparia das relações jurídicas preponderantemente privadas. O direito público, daquelas em que predomina o interesse público. O direito do trabalho sempre foi considerado ramo do direito privado; no entanto, a relevância social das relações jurídicas que regula, com cores mesmo de direitos fundamentais (os direitos sociais são direitos fundamentais) faz com que se diga, hoje, que há uma publicização do direito do trabalho. Em verdade, o fenômeno é ainda que maior que tão-somente isto. Fala-se em privatização do direito público (na medida em que este, cada vez mais, trabalha com categorias próprias do direito privado) e em publicização do direito privado. Nesta zona híbrida privado-

público, de coloração jusfundamental, é que se deve, hoje, compreender o direito à remuneração pelo trabalho.

Por outro lado, a política migratória brasileira, dos anos 1980 para cá, embora atualmente em franca virada de direção, foi construída tendo como eixos a doutrina da segurança nacional e a proteção do mercado de trabalho, sendo, por isto mesmo, o Conselho Nacional de Imigração, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho, o mais relevante ator na execução da política migratória brasileira, de forma que o direito do trabalho está intimamente ligado às questões concernentes ao direito dos estrangeiros no Brasil, e, portanto, assume, também por isto, um caráter marcadamente público.

O trabalho não remunerado só se enquadra em duas categorias possíveis: é voluntário ou escravo. Daí porque, como se disse, o direito ao trabalho digno, e a ser remunerado por ele, assume contornos de direito fundamental, na medida em que consubstancia um valor universalmente reconhecido como protetivo da dignidade da pessoa humana, e por isso escolhido pelo legislador constituinte, para compor o elenco de direitos fundamentais de nossa Carta Política, sob a rubrica de direito social.

Por esta razão, os tribunais vêm enfrentando a questão do não pagamento de remuneração por trabalho já realizado, com o fundamento de que o trabalhador que o realizou encontrava-se em situação migratória irregular, razão porque não poderia validamente ter contratado o vínculo laboral.

Do sul do Brasil, chegou ao Tribunal Superior do Trabalho questão que o levou a assentar que o *status* migratório irregular não autoriza a não remuneração pelo trabalho prestado. Trata-se do caso da trabalhadora colombiana que prestou serviço como analista de sistemas para operadora de telefonia celular, de primeiro de janeiro de 1999 a oito de agosto de 2002. De 1999 a 2000 de forma irregular, na medida em que só obteve visto de trabalho no Brasil em 26 de março de 2000. Após sua dispensa, propôs reclamação trabalhista pleiteando o pagamento dos direitos referentes a todo o período em que trabalhou para a empresa. O julgador de primeiro grau acolheu preliminar de carência do legítimo exercício do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido relativo aos pleitos anteriores a 26 de março de 2000 e declarou a existência de vínculo de trabalho somente a partir daquele período. Para o juiz, o ordenamento jurídico proíbe o reconhecimento de vínculo de emprego com estrangeiro em situação irregular no Brasil. Em grau de recurso, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região reconheceu o vínculo de emprego por todo o período, ao

argumento de que o trabalho de estrangeiro irregular no país poderia até ser proibido, mas não ilícito. O acórdão do TRT asseverou que no caso deveria ser observado o *Princípio da Primazia da Realidade do Direito do Trabalho*, segundo o qual a nulidade dos atos não alcança o fato de que houve prestação de trabalho, razão porque eram devidas todas as verbas trabalhistas decorrentes da força de trabalho despendida. Inconformada, interpôs a reclamada recurso de revista ao TST, nº 49800-44.2003.5.04.0005, que, em voto da lavra do ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, manteve a decisão do regional. Para o relator, a garantia aos direitos sociais independe da situação migratória do estrangeiro, asseverando que, constitucionalmente, os estrangeiros residentes no país gozam dos mesmos direitos e tem os mesmos deveres dos brasileiros. Outros fundamentos expedidos foram os da observância do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), do valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF) e do direito fundamental da igualdade.

Grande é a preocupação do Conselho Nacional da Imigração com o aumento do trabalho escravo no Brasil. Não só tendo como nacionais os expolarados, mas especialmente direcionados aos trabalhadores estrangeiros, que se encontram, no mais das vezes, em situação de vulnerabilidade. Esta preocupação levou o Conselho a lançar, em 2011, um *Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas as de Escravo*²¹⁸.

Em linhas gerais, considera-se escravo o trabalho: (1) forçado; (2) em jornada exaustiva; (3) exercido em condições materiais degradantes; (4) com restrições à locomoção; (5) sob vigilância ostensiva; e, (6) com retenção de documentos.

A preocupação do Conselho Nacional de Imigração com o trabalho escravo, especialmente o verificado com relação a trabalhadores latino-americanos em cidades como São Paulo, para onde são levados para trabalhar na confecção de roupas, em jornadas extremamente extenuantes, levou à edição de uma série de resoluções, de conteúdo normativo na matéria, como as Resoluções nº 80, de 2008, nº 84, de 2009; nº 93, de 2010 e nº 97, de 2012.

A de nº 80, de 2008 disciplina a concessão de autorização de trabalho para quem não tenha autorização de permanência no Brasil; a de nº 84, de 2009, disciplina

218

<<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF>>

concessão de visto de investidor, exigindo, para tanto, valores menores dos que até então exigidos, com vistas a regularizar as denominadas *oficinas*, que são as confecções irregulares de roupas que se utilizam, também por falta de opção, de trabalho escravo; a nº 93, de 2010, que disciplina a concessão de visto de permanência ao estrangeiro que tenha sido vítima de tráfico de pessoas; e, a de nº 97, de 2012, que regulariza a situação dos haitianos que entraram neste ano, pela fronteira norte do país

O Ministério do Trabalho, a que o Conselho Nacional de Imigração é vinculado, realiza, periodicamente, diligências de verificação de trabalho escravo que são chamadas de *resgates*.

Os vistos de trabalho para estrangeiros devem ser requeridos diretamente pelos contratantes do trabalho ao Conselho Nacional de Imigração. Verificado pelo Conselho o preenchimento dos requisitos legalmente exigidos, comunica o deferimento ao Ministério das Relações Exteriores para que a representação diplomática brasileira, em função consular, emita, no exterior, o visto de trabalho. O processamento deste pedido junto ao Conselho é, desde 2010, totalmente eletrônico, por meio do preenchimento de formulários encontrados em seu sítio eletrônico.

Por fim, de se destacar que há vozes que defendem a mais ampla admissão do estrangeiro ao trabalho no Brasil, independentemente do seu status migratório, considerando o acesso ao trabalho como uma garantia fundamental de mesma hierarquia jurídico-axiológica da ação de *habeas corpus*, por exemplo.

"[...] Por essas razões, são manifestamente inconstitucionais as regras contidas nos arts. 98, 99, 100, 101, 104, 106 e 125, inciso VIII, do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.515/80). Estas regras proíbem o exercício de atividade remunerada pelo estrangeiro e sancionam o faltoso com a sanção administrativa da deportação. Trata-se, aqui, de reconhecer a universalidade do direito fundamental ao trabalho, independentemente do vínculo jurídico estabelecido pela pessoa com o Estado. Não importa, assim, o tipo de visto que é concedido ao estrangeiro, nem tampouco se está ele em situação regular ou irregular no país. Não é possível lhe negar o acesso ao trabalho, da mesma forma como não é possível lhe subtrair a garantia do *habeas corpus*, caso venha a ser ilegalmente detido. Portanto, qualquer estrangeiro poderá postular, inclusive judicialmente (através de mandado de segurança ou outro remédio jurídico), a emissão da carteira profissional necessária ao registro da relação de emprego e ao gozo dos direitos trabalhistas previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. Além disso, se a Polícia Federal ou algum órgão de fiscalização encontrar um estrangeiro exercendo atividade remunerada não poderá, apenas em razão deste fato, sancioná-lo com a deportação.

Interpretação diversa importaria em negar o caráter universal dos direitos fundamentais, como tentamos demonstrar [...]"²¹⁹

3.3.7 O estrangeiro recluso. O estrangeiro no processo penal brasileiro

Numa sociedade extremamente desigual como a nossa, diz-se, muitas vezes, que os excluídos só são reconhecidos pelo Estado quando cometem crimes, e são punidos por eles. Essas são as situações em que aqueles que não têm documentos, que não sabem ler ou escrever, que não são registrados em qualquer repartição pública passam a fazer parte do sistema estatal de controle, e recebem um número, e um *status* jurídico na sociedade: o de réu em um processo penal, confrontando seu direito de liberdade com o direito de punir do Estado.

Esta situação não é diferente para o estrangeiro irregular, e, especialmente, para o estrangeiro clandestino. Como já se disse aqui, mais de uma vez, clandestino é o estrangeiro de que o Estado não tem notícia formal da entrada. Isso, contudo, não impede que este estrangeiro se encontre, por vezes, vivendo por anos entre nós. Trabalhando, estudando, e, muitas vezes, praticando crimes. Seja por inclinação pessoal, ou premido pelas circunstâncias, este estrangeiro infrator, ao ser identificado pelo sistema de controle do Estado, por seu sistema punitivo, passa a ser dele conhecido: recebe um número, uma anotação, uma referência, assistência jurídica, se não tem condições de provê-la por seus próprios meios, e se submete, em formal igualdade de condições com os nacionais, ao processo penal brasileiro: inquérito, eventualmente prisão de natureza cautelar, ação penal, condenação e cumprimento da pena. A igualdade com os brasileiros é meramente formal, porque materialmente há muitas distinções. É que, ao final do cumprimento da pena, será este estrangeiro expulso do território nacional, nos termos do artigo 65, da Lei nº 6.815/80, a menos que tenha conjuge brasileiro ou filho dependente.

²¹⁹ SUIAMA, Sérgio Gardenghi. *O Trabalho como Direito Humano Universal*. Em <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/destrangt/Artigo%20-%20O%20Trabalho%20como%20Direito%20Humano%20Universal.pdf>> acesso em 25 de julho de 2012.

Como se disse, nenhuma distinção, em princípio, haverá entre o nacional e o estrangeiro, ainda que irregular ou clandestino, no que concerne ao inquérito policial, cuja natureza jurídica é a de procedimento administrativo preparatório da ação penal, e em que não há, como regra, contraditório, ocorrendo o que se chama contraditório diferido, ou seja, seu exercício somente no curso da ação penal, que se inicia com o recebimento da denúncia, caso não haja absolvição sumária ou sua rejeição²²⁰. Assim, se tiver de ser identificado o estrangeiro o será; se tiver de ser cautelarmente segregado, o estrangeiro o será; se necessitar de assistência jurídica gratuita, o estrangeiro a terá.

As questões que se colocam em matéria de processo penal, que envolvem o estrangeiro, em especial, o clandestino, dizem, especialmente, com a necessidade de segregação cautelar e com a possibilidade, ou não, de se lhe conceder alternativas legais previstas para o prosseguimento do processo ou para a imposição de pena privativa de liberdade, ou ainda, a possibilidade de beneficiar-se, na execução da pena, do direito à progressão de regime.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores nos últimos anos, especialmente do Supremo Tribunal Federal²²¹, impulsionou o legislador a confinar a prisão processual

²²⁰ JUNIOR, Walter Nunes da Silva. *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79: "Afinado com a melhor processualística, o legislador cuidou das hipóteses de rejeição da ação penal no art.395 do CPP e, em relação às questões de mérito que podem dar ensejo ao julgamento antecipado da lide, no art.397 do CPP, como situações que conferem lastro à absolvição sumária, após o contraditório.

Assim, todas vezes que se tratar de matéria afeta à condição da ação ou pressuposto processual, o que pode ocorrer é a rejeição da ação penal, ao passo que, quando for a hipótese de questão de mérito que possibilita o julgamento antecipado da lide, de absolvição sumária".

²²¹ O Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* nº 91414, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJ em 25 de abril de 2008, assim se posicionou: "Habeas Corpus. 1. "Operação Navalha". Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegações de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e de ofensa ao direito constitucional do paciente permanecer em silêncio (CF, art. 5º, inciso LXIII e CPP, art. 186). 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. **Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva.** Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. 8. Na medida

às situações de absoluta necessidade processual, na medida em que a Lei nº 12.403/11, que alterou a redação de diversos artigos do Código de Processo Penal, exige do magistrado, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante (artigo 310), que relaxe a prisão ilegal imediatamente, ou decrete a prisão preventiva (artigo 312), se for o caso, e se não se afigurarem suficientes as medidas cautelares previstas no artigo 319; ou conceda, ouvido o Ministério Público, a liberdade provisória, com ou sem fiança. Tudo a demonstrar a excepcionalidade da prisão processual no ordenamento jurídico brasileiro.

A prisão preventiva (artigo 312) terá lugar, quando, além da prova do crime e indícios poderosos de autoria, seja necessária: (1) por conveniência da instrução criminal; (2) para assegurar a aplicação da lei penal e (3) para a garantia da ordem pública ou econômica

A conveniência da instrução criminal diz com não interferir na colheita de provas, destruindo-as, quando materiais, ou pressionando testemunhas; assegurar a aplicação da lei penal é aferir, no caso concreto e a partir de efetivos elementos de convicção, se o acusado está em vias de evadir-se, furtando-se à aplicação da lei penal. Em termos concretos: se comprou passagem, reservou hotel, se esta a se desfazer de seu patrimônio etc. A garantia da ordem pública, para o Supremo Tribunal Federal é, em linhas gerais: (1) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; (2) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal; e, (3) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente. A garantia da ordem econômica diz com o

em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva. 9. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. 10. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 11. Motivação insuficiente. 12. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente”. (grifei)

impacto de que a liberdade do acusado, considerado o delito de que é acusado, por exemplo, contra o sistema financeiro nacional, provoca na economia.

A questão que se coloca é, partindo da premissa de que a prisão processual é uma situação excepcional, sendo a liberdade, portanto, a regra, quando um estrangeiro irregular, especialmente um clandestino, não se enquadrará nas hipóteses do artigo 312, especialmente no que concerne à assegurar-se a aplicação da lei penal?²²² Em outras palavras: quando o Estado considerará, no caso concreto, possível permitir que responda solto ao processo criminal, um estrangeiro clandestino, que não tenha vínculo formal de trabalho, e possua um passaporte que lhe permite deixar o país a qualquer momento? Quando a proibição de deixar o país, prevista no artigo 320, se aplicaria, de fato, ao estrangeiro clandestino?²²³

²²² "HABEAS CORPUS. Impetrante alega que o paciente, nos autos da ação penal nº 0006091-19.2011.8.19.0034, denunciado pela suposta prática do crime de estelionato, sofre constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Miracema, por ausência de fundamentação e justa causa no decreto prisional. Requer a concessão de relaxamento da prisão ou a liberdade provisória. NÃO LHE ASSISTE RAZÃO. Em consulta realizada via intranet, verificou-se que consta, contra o paciente, ação penal pela suposta prática de outro estelionato, processo nº 0000048-32.2012.8.19.0034, em trâmite também na 2ª Vara da Comarca de Miracema (em fase de citação em 24/01/2012). O fato de que trata o processo principal, relacionado com o presente writ é novo e a instrução processual caminha. Estão presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, ante a evidência a necessidade de garantir a ordem pública. Estão presentes o periculum libertatis, a conveniência de mantê-lo preso em prol da instrução processual, dado que o paciente reside noutro estado da federação, é estrangeiro (fls. 19-27) e suas raízes no exterior podem também frustrar, pela fuga, a aplicação da lei penal. A prisão é legal, pois não há vício aparente capaz de causar constrangimento indevido ao réu. Portanto, não se configura nenhum motivo para se relaxar a prisão. As decisões que implicaram em convolar a prisão em flagrante em preventiva e em indeferimento do pedido de sua revogação estão bem fundamentadas. Ordem de habeas corpus denegada". (TJRJ. Oitava Câmara Criminal. *habeas corpus* nº 0066365-51.2011.8.19.0000. Relator Desembargador Ronaldo Assed Machado. Julgado em 15 de março de 2012)

²²³ "HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR QUE, SEM VÍNCULO DE TRABALHO OU FAMILIAR, VEIO AO PAÍS COM PASSAPORTE FALSO. NÃO PREENCHIDO OS REQUISITOS DO ARTIGO 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. DENEGADA A ORDEM. - O paciente está sendo processado por uso de passaporte falso. Apresentou-o, em 11.12.01, a agentes federais, no Aeroporto Internacional de Guarulhos. Não preenche os requisitos do artigo 310, parágrafo único, do CPP. Estrangeiro, está irregularmente no país. Não tem vínculo de trabalho ou familiar. Não pode exercer atividade profissional no Brasil. Ingressou no território nacional cometendo crime. A declaração de fl. 24, no sentido de que o paciente ficará residindo na casa da irmã, da qual apresenta contrato de trabalho é irrelevante. Verifica-se que não há certeza de domicílio. A aplicação da lei penal, inclusive a efetivação do comando de eventual sentença condenatória, está posta em risco. A situação do paciente é de clandestino. Não pode estar no país. Não pode trabalhar e nada assegura que ficará aguardando possível condenação criminal. Aliás, tem mulher e filhos que dele

Quanto às alternativas legais ao prosseguimento do processo (suspensão condicional do processo) ou sua extinção com o cumprimento de condições estabalecidas pelo titular da ação penal (transação) e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, do Código Penal), juízes e tribunais pátrios se posicionam, como regra, por sua impossibilidade, sempre com a desconfiança de que o estrangeiro venha a frustrar o cumprimento das condições impostas, ou sustentando que o estrangeiro, especialmente o estrangeiro clandestino, não preenche requisitos subjetivos para a obtenção de tais medidas²²⁴.

Veja-se a fundamentação utilizada pela Juíza Federal Ana Lúcia Andrade Alencar, para negar a substituição, na sentença proferida nos autos do procedimento

dependem dele no Peru. - Ordem denegada". (TRF3. Quinta Turma. *habeas corpus* nº 12387. Relator Desembargador Federal Andre Nabarrete. Julgado em 05 de março de 2002 e publicado em 14 de abril do mesmo ano).

²²⁴ "Apelação Criminal. Favorecimento à prostituição. Prisão em flagrante delito por policiais federais. Apelante responsável pela realização de festa na Baía de Guanabara com cerca de 40 (quarenta) mulheres brasileiras e 35 (trinta e cinco) norte americanos. Testemunhas de acusação que afirmam que as mulheres que estavam no interior da embarcação eram "garotas de programa". Apelante que não nega ter cobrado valor monetário aos homens para participarem do evento. Confirmação por testemunha de que nestas festas ocorriam shows de "strip tease" com encontros sexuais dentro das cabines, combinado à parte o preço do programa. Ilícito que não torna indispensável à configurar-se a prática de sexo. Delito consumado. Inexistência de crime impossível. Laudo de exame videográfico constatando que a fita exibida perante o juízo era matéria jornalística, correspondente a reportagem veiculada pela Rede Globo de televisão, sobre a prisão de 29 (vinte e nove) turistas americanos acusados da prática de turismo sexual no Brasil. Pena bem dosada acima do mínimo legal - 03 (três) anos de reclusão. Regime aberto. Apelante estrangeiro, com visto temporário que estimula o turismo sexual. Inocorrência de substituição da pena por restritiva de direitos. Não preenchimento do requisito subjetivo ao não respeitar as normas do país que o acolhe. Exceção de suspeição dos Drs. Promotores de Justiça e do Magistrado de 1. grau em apenso, rejeitada. Inequívoca ciência do excipiente que prosseguiu no processo. Acrescido de que recebidos os autos com a decisão no mesmo dia em que houve audiência, 05/09/05, com expedição de mandado de prisão. Recurso conhecido e improvido". (TJRJ. Sexta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 2006.050.04826. Relatora Desembargadora Rosita Maria de Oliveira Netto. Julgado em 25 de janeiro de 2007). Neste aresto, interessante o fundamento de que o réu estrangeiro não preenche requisitos subjetivos que o possibilitem se beneficiar da substituição de pena, legalmente prevista no artigo 44, do Código Penal, ao "não respeitar as normas do país que o acolhe", o que denota uma clara diferenciação entre réus nacionais e estrangeiros, reconhecida pelo Tribunal fluminense. Primeiro, porque o artigo 44, do Código Penal não elenca a não violação das normas locais pelo estrangeiro como requisito para beneficiar-se da substituição da pena, o que faz com que na mesma hipótese, em se tratando de réu brasileiro, este argumento não militaria em seu desfavor; segundo, porque toda e qualquer conduta típica, ilícita e culpável é violação das normas de direito, por definição.

especial da Lei Antitóxicos nº 5006855-18.2011.404.7002/PR, que tramitou na 1ª Vara Federal Criminal, da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu.

"[...] Dispõe o **art. 65 da Lei nº 6.815/80** que '*é passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais*'.

Por sua vez, prevê o **art. 68 da Lei nº 6.815/80** que '*os órgãos do Ministério Público remeterão ao Ministério da Justiça, de ofício, até trinta dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, assim como da folha de antecedentes penais constantes dos autos*', a fim de que o **Ministro da Justiça**, segundo preleciona o respectivo **parágrafo único**, determine a instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro.

Como se observa das supracitadas disposições, embora caiba ao **Presidente da República** deliberar, com exclusividade, sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão (**art. 66 da Lei nº 6.815/80**), é **atribuição** do **Ministério Público** fornecer ao **Ministro da Justiça** os elementos necessários para instauração do inquérito de expulsão e dever deste instaurá-lo.

Com efeito, tendo o acusado sido condenado pela prática do crime de tráfico transnacional de droga, **invariavelmente estará sujeito a responder a inquérito de expulsão**, o qual, aliás, '*será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa*', conforme estipula o **art. 71 do Estatuto do Estrangeiro**, disposição que evidencia o intuito do legislador em retirar do território nacional alienígenas que atentaram contra a ordem jurídica pátria e, em especial, contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular e, mediante tráfico de drogas, a saúde pública.

Aliás, a repulsa de nossa ordem jurídica ao estrangeiro que pratica o crime de tráfico de drogas é evidenciada pela disposição contida no **inciso LI do art. 5º da Constituição Federal**, que excepciona a extradição do brasileiro naturalizado, quando for '*comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*', ainda que tal fato tenha sido praticado após a naturalização (**nesse sentido**: Ext 1082, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2008, DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 EMENT VOL-02327-01 PP-00009 RTJ VOL-00206-02 PP-00505).

Estando o acusado sujeito a responder a processo de expulsão, em razão da prática de infração penal cuja gravidade tem o condão de excepcionar, segundo os ditames constitucionais, até mesmo a vedação existente quanto à extradição do brasileiro naturalizado, é evidente que ele, se colocado em liberdade, **não poderá permanecer regularmente em território nacional**.

Note-se, que *ex vi* do **art. 7º da Lei nº 6.815/80**, é remotíssima, quiçá inexistente, a possibilidade de o acusado, **desprovido de identificação e condenado pela prática do crime de tráfico de drogas**, lograr a obtenção de visto visando a permanência regular em território nacional.

Diante de tal quadro, resta inviável a substituição da pena privativa de liberdade ou, ainda, a concessão da suspensão condicional do processo ao acusado, porque, estando ele sujeito à expulsão e, por tal motivo, não podendo permanecer ou reingressar em território nacional, **não haverá como ser cumpridas as reprimendas substitutivas ou as condições do sursis**, já que estas não poderão ser cumpridas no exterior.

O **art. 44 do Código Penal** prevê que '*as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando (...) circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente*'.

As finalidades da pena, segundo a doutrina moderna, não atuam no mesmo momento: *a*) na **cominação**, a pena tem como função a **prevenção geral**, atuando antes da prática do crime, visando a sociedade (a prevenção geral poder ser positiva, visando afirmar a validade da norma desafiada pela prática criminosa, ou negativa, a fim de evitar que a sociedade venha a delinquir); *b*) na **aplicação** (sentença), a pena tem como finalidade **retribuir** com um mal o mal causado, e **prevenção especial**, atuando depois do crime, visando evitar a reincidência; *c*) na **execução** a pena concretiza a **retribuição** e a **prevenção** especial, visando que a **ressocialização**, a fim de que o agente, reeducado, retorne ao convívio social.

Em síntese, **será cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 'quando (...) as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente', para prevenção, retribuição e ressocialização.**

O acusado, se colocado em liberdade, à evidência, **estará impedido de permanecer em território nacional**, seja por ser extremamente provável que venha a ser expulso do país, seja porque será praticamente impossível obter autorização para permanência regular em território nacional. Ademais, **não há garantia alguma de que o réu, que sequer está regularmente identificado nos autos, tenha qualquer vínculo com o distrito da culpa.**

Sendo assim, resta evidente que a imposição de penas restritivas de direito ou a concessão do *sursis*, que, invariavelmente, redundam na colocação do condenado preso em liberdade, estarão fadadas ao não cumprimento, tornando inócuas as finalidades da pena, daí porque a substituição prevista no **art. 44 do Código Penal** não é suficiente, nos casos de estrangeiros sujeitos à expulsão.

E, neste ponto, é imperioso observar que o óbice à substituição da pena é imposto pelo ordenamento jurídico, que deve ser analisado como um todo, de forma sistemática, de modo a dar a máxima aplicabilidade a todas as suas disposições.

Se, por um lado, o **Código Penal** autoriza a substituição da pena, nas hipóteses em que a medida for suficiente para o cumprimento de seus fins (prevenção, retribuição e ressocialização), por outro, o **Estatuto do Estrangeiro** impõe restrições ao ingresso e à permanência do estrangeiro expulso em território nacional, inclusive para o cumprimento de penas restritivas de direitos, o que faz, aliás, sem afronta ao princípio da igualdade, estabelecido no **caput do art. 5º da Constituição Federal**, que deve ser interpretado em conjunto com o **inciso XV** do mesmo dispositivo, que assegura a liberdade locomoção, ingresso e permanência aos termos, *in casu*, da **Lei nº 6.815/80**.

Ademais, o **caput do art. 5º da Constituição Federal** contempla o princípio da igualdade material, cuja concreção reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, a fim de distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.

Sendo assim, **não há afronta ao texto constitucional o tratamento dado ao acusado em razão de ser estrangeiro sujeito à expulsão**, porque sua situação fática é diversa do nacional condenado pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas, em relação ao qual, em determinadas hipóteses, a substituição da pena privativa de liberdade é suficiente para prevenção, retribuição e reeducação, distinção que, como dito alhures, tem assento na ordem constitucional, que trata de forma mais severa o alienígena engajado em ações atentatórias à ordem jurídica pátria e, em

especial, contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular e, mediante tráfico de drogas, a saúde pública.

Não se diga, ademais, que a situação penal do acusado não pode ser agravada em razão da restrição imposta pelo **Estatuto do Estrangeiro**, uma vez que tal diploma deve ser analisado sob o prisma do princípio da especialidade, para o fim de serem afastadas, nos casos onde incide, as normas que lhe são contrárias.

Saliento que **o fato de inexistir decreto de expulsão não constitui óbice a não concessão dos benefícios dos art. 44 e 77 do Código Penal**, porquanto a ordem de retirada do estrangeiro decorrer de inquérito cuja instauração se dá após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o qual, aliás, igualmente, **restará inócuo com a colocação do acusado em liberdade, seja porque não está identificado nos autos, seja porque não tem vínculo com o distrito da culpa, seja por ser grande a possibilidade de que, solto, vá buscar refugio no exterior**.

Em síntese, a aplicação dos benefícios previstos nos **art. 44 e 77 do Código Penal** não se revela suficiente aos fins almejados pela aplicação da sanção penal, dada a existência de obstáculo legal ao cumprimento de reprimendas restritivas de direitos ou das condições do sursis. Tal obstáculo está traduzido nas restrições constantes **Estatuto do Estrangeiro**, impostas ao alienígena condenado por tráfico de drogas, em relação ao qual a própria **Constituição Federal** prevê tratamento diferenciado. Ademais, não se trata de afronta ao princípio constitucional da isonomia, haja vista que o condenado não ostenta a mesma situação fática que o nacional condenado por infração penal análoga.

Diante do exposto, **incabível a substituição da pena** privativa de liberdade por restritivas de direitos **ou a concessão da suspensão condicional do processo**. [...] (grifos do original).

Em julgado²²⁵ da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, percebe-se não a indicação da inexistência formal de óbice à substituição da pena, mas, por igual, sua inaplicabilidade prática ao argumento, entre outros, de que frustraria processo de expulsão em andamento.

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006 - PRISÃO EM FLAGRANTE - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - EXCESSO DE PRAZO - INOCORRÊNCIA - PENA-BASE FIXADA POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - ART. 42 DA LEI 11.343/2006 - CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA - POSSIBILIDADE - ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - REDUÇÃO DA PENA EFETIVADA PELA SENTENÇA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, E 44 DA LEI 11.343/2006 - CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DO DELITO E CONDIÇÕES PESSOAIS DO ACUSADO - RÉU ESTRANGEIRO, EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS, COM PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO - ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA

²²⁵ TRF1. Terceira Turma. Apelação Criminal nº 200833000084620. Relatora Desembargadora Federal Aussete Magalhães. Julgado em 18 de junho de 2012 e publicado em 22 do mesmo mês.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRESENÇA DE HIPÓTESE QUE JUSTIFICA A PRISÃO PREVENTIVA, PARA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - RÉU PRESO, DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, POSTERIORMENTE CONDENADO - APELAÇÃO IMPROVIDA. I - Pedido de nulidade da prisão em flagrante não fundamentado, pois se refere a data da prisão e a quantidade de droga apreendida que não dizem respeito ao caso dos autos, devendo, pois, ser indeferido, mormente quando não se verifica qualquer ilegalidade material ou formal na prisão cautelar do acusado, preso em flagrante, no Aeroporto Internacional de Salvador, quando tentava embarcar para Lisboa/Portugal, com 1.496 (um mil, quatrocentos e noventa e seis) gramas de cocaína, escondidas em fundo falso de sua mala. II - Excesso de prazo da prisão cautelar inexistente, de vez que, entre a data da prisão em flagrante, 27/05/2008, e aquela na qual foi proferida a sentença condenatória, 16/07/2008, transcorreram, apenas, 50 (cinquenta) dias, prazo relativamente curto, não havendo, pois, demora indevida, a causar o alegado excesso de prazo, configurador do constrangimento ilegal. III - Autoria e materialidade delitivas demonstradas. IV - Encontra-se devidamente fundamentada a sentença, que fixou a pena-base pouco acima do mínimo legal, atendendo ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina, na dosimetria penal, a consideração preponderante, sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, da natureza e da quantidade da droga apreendida, além da personalidade e da conduta social do agente. V - O colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 97256/RS, Relator o eminente Ministro Carlos Britto, concedeu parcialmente a ordem, por maioria, declarando "inconstitucionais os dispositivos da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (também conhecida como pena alternativa) para condenados por tráfico de drogas. A determinação da Corte limita-se a remover o óbice legal, ficando a cargo do Juízo das execuções criminais o exame dos requisitos necessários para conversão da pena" (Notícias STF, de 01/09/2010). VI - Assim, conquanto hoje seja possível, ao condenado a pena de reclusão, por tráfico de drogas - inclusive ao estrangeiro, ao qual o art. 5º, caput, da CF/88 assegurou isonomia de direitos, em relação aos brasileiros -, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, constata-se que, à luz dos requisitos do art. 44, III, do Código Penal, as circunstâncias da prática do delito e as condições penais do réu, in casu, não recomendam a aludida substituição, por não se mostrar ela suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, inclusive com repercussão sobre a aplicação da lei penal. Com efeito, o réu é estrangeiro, sem qualquer vínculo com o Brasil, e foi preso em flagrante, quando estava prestes a embarcar para a Europa, transportando a droga que restou apreendida. Encontra-se o acusado em situação irregular no país - no qual não pode trabalhar (art. 125, VII, da Lei 6.815/80) -, e existe, contra ele, processo de expulsão em andamento, pelo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a sua soltura, frustraria os propósitos do processo de expulsão, que visa a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência, em território nacional, é inconveniente, nos termos dos arts. 65 e 71 da Lei 6.815/80. VII - Tal entendimento não fere a isonomia, na medida em que esta consiste em conceder tratamento diferente a situações distintas. Estivesse o acusado estrangeiro em situação de regularidade para com as autoridades nacionais, demonstrando vínculo com o distrito da culpa, teria acesso ao instituto penal em questão, eis que o só fato de ser estrangeiro não retira, do condenado, o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes do TRF/1ª Região. VIII - Manutenção da sentença apelada, inclusive quanto ao regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade e quanto ao descabimento

da concessão de liberdade provisória, uma vez presente um dos pressupostos para a prisão preventiva, qual seja para a garantia da aplicação da lei penal, uma vez que o apelante é estrangeiro, sem qualquer vínculo com o país, sujeito a processo de expulsão já instaurado. IX - Preliminares rejeitadas. Apelação improvida. X - Determinação de expedição de alvará de soltura, em favor do réu, se por outro motivo não tiver de permanecer preso, tendo em vista o cumprimento integral da pena."

No entanto, hoje, neste específico tema, já se percebe alguma diferença. É o que se vê da seguinte decisão, proferida em 05 de março de 2009, nos autos da Apelação Criminal nº 0052061-20.2006.8.19.0001, pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do Desembargador Geraldo Prado.

"APELAÇÃO. PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. RÉU ESTRANGEIRO. CONDENAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL SUFICIENTES A CONFIRMAR O JUÍZO DE CENSURA. PENA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. SENTENÇA QUE NEGA O DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM FUNDAMENTO NA EVASÃO DO RÉU DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. EXCEÇÃO NÃO PREVISTA NA LEI PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ORIGEM NACIONAL QUE NÃO SE PRESTA A LEGITIMAR O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Apelação interposta em face de sentença que condena o apelante, pela prática de corrupção ativa, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente aberto, e 10 (dez) dias multa. Recurso em que se aduz a insuficiência de provas para ensejar o decreto condenatório. Prova testemunhal que, todavia, impõe a confirmação do Juízo de censura, já que o policial WANDERSON afirmou, sem hesitar, que recebeu proposta indevida, no valor de U\$ 300.000,00 (trezentos mil dólares americanos), consubstanciada no manuscrito de fl. 21, para que "conseguisse um visto permanente para ela no Brasil, uma habilitação para dirigir, colocasse seu passaporte na bolsa de Ariane para simular que a mesma o teria furtado e não o apresentasse à Polícia Federal". Depoimento da testemunha RAQUEL que também indicia a intenção do acusado de oferecer vantagem indevida ao policial. Juiz sentenciante que negou o direito do réu à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apesar de reconhecer favoráveis a ele os respectivos requisitos (art. 44 do Código Penal). Impossibilidade. Princípio da legalidade que preconiza a restrição dos direitos fundamentais - tais como a liberdade de locomoção somente nos casos expressamente previstos em lei. Evasão no curso do processo que não constitui exceção legal ao instituto da substituição da pena privativa de liberdade. Princípio da Isonomia (art. 5.º, caput, da Constituição da República; art. II, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 2.º, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e art. 1.º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica) que impede o afastamento do direito à substituição da pena com base exclusivamente na origem nacional do acusado. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena pecuniária, na forma a ser estabelecida pelo juízo da execução. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

Entendimento que hoje é o esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SERCOMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA NO MÍNIMO LEGAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. INEXISTÊNCIA DE DECRETO DE EXTRADIÇÃO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Nos termos do art. 33, § 3º, do Estatuto Repressor Penal, o regime prisional deverá se estabelecido com a observância dos critérios elencados no art. 59 do mesmo diploma legal, devendo o Julgador ater-se à quantidade de pena e às circunstâncias judiciais do réu.

V. Estrangeiro contra o qual não há sequer notícia da existência de processo de expulsão, não se vislumbrando qualquer óbice à imposição do regime aberto, assim como à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sendo-lhe imposto 1 ano de reclusão, com pena base fixada no piso legal por terem sido consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, em que pese esse permanecer em situação irregular no país.

VI. Demonstrada a sua aptidão para o exercício de trabalho lícito, através do qual possa garantir a sua subsistência, ainda que na informalidade, o direito ao regime aberto deve ser reconhecido, notadamente por não ser admissível tratamento mais rigoroso a estrangeiro em relação ao dado a nacional, em atendimento ao princípio constitucional da isonomia (Precedentes).

VII. Deve ser cassado o acórdão a quo, restabelecendo a decisão exarada pelo Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal de São Paulo, que estabeleceu o regime aberto para o desconto da pena corporal e a converteu em pena restritiva de direitos.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (STJ. Quinta Turma. *habeas corpus* n.º 222290/SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 06 de março de 2012 e publicado em 14 do mesmo mês)

Com relação à jurisprudência que veda ao condenado estrangeiro a obtenção de benefícios na execução penal, Artur Brito Gueiros Souza²²⁶ anota, com propriedade, que ela se sustenta em quatro argumentos: (1) pendência de processo de expulsão ou expulsão já decretada; (2) defesa da vigência do artigo 1º, do decreto nº 4.865/42 que proíbe a concessão de *sursis* a estrangeiros temporários; (3) a desconfiança com relação aquele que, sem maiores vínculos com a sociedade brasileira, encontrar-se-ia, por isso, propenso a empreender fuga e (4) a proibição, pelo Estatuto do Estrangeiro, de obtenção de trabalho pelo estrangeiro irregular²²⁷; e a jurisprudência favorável em dois: (1) que a Constituição veda o tratamento anti-isonômico; e, (2) que a legislação de regência, Código Penal e Lei de Execuções Penais, não estabelecem qualquer restrição ao preso estrangeiro.

Anota, ainda²²⁸, ter verificado, em pesquisa de campo, que os juízes de varas de execução penal no Estado do Rio de Janeiro não deixam de conceder livramento condicional aos estrangeiros que a ele façam jus, mas decretam, concomitantemente, sua prisão para fins de expulsão, o que, na prática, impede a libertação do preso.

Somente de uns anos para cá é que o entendimento no sentido de fazer o estrangeiro irregular jus às benesses legais, vem se consolidando. Primeiro, no Supremo Tribunal Federal, ao fundamento de inconstitucionalidade de tratamento

²²⁶ SOUZA, Artur Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil. Aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 206.

²²⁷ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRA EM SITUAÇÃO IRREGULAR CONDENADA POR INFRAÇÃO AO ART. 33 C/C O ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06. DECRETO DE EXPULSÃO CONDICIONADO À PRÉVIA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA EM SOLO NACIONAL. REQUERIMENTO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL E DE REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. 1. Pendente decreto de expulsão condicionado ao cumprimento da pena a pretensão de livramento condicional encontra óbice, de um lado, na própria necessidade de cumprimento da pena e, de outro, na norma do art. 132 da LEP, que erige como condições obrigatórias ao benefício aquelas enumeradas no § 1º do referido dispositivo, dentre elas a obtenção de ocupação lícita, o que é vedado aos estrangeiros irregulares, conforme disposto no art. 97 do Estatuto do Estrangeiro. 2. No que se refere ao requerimento de remição, a presente impetração não está suficientemente instruída, o que impossibilita a verificação do alegado constrangimento. Ademais disso, como o próprio impetrante salientou na inicial, o exame da matéria não foi exaurido em primeira instância, o que impede a sua apreciação nessa sede, sob pena de supressão de instância. CONHECIMENTO PARCIAL E DENEGAÇÃO DA ORDEM. (TJRJ. Sétima Câmara Cível. *habeas corpus* nº 00663307-40.2011.8.19.0000. Relator Desembargador Paulo Baldez. Julgado em 14 de fevereiro de 2012).

²²⁸ SOUZA, Artur Brito Gueiros. *op.cit.* p.241.

anti-isonômico entre presos nacionais e estrangeiros²²⁹; depois, no Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais do país. É o que se vê de julgado do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua Quinta Turma, em processo de relatória da Ministra Laurita Vaz (*habeas corpus* n° 219017/SP, julgado em 15 de março de 2012, e publicado no dia 27 do mesmo mês), enfrentou, a um só tempo, as questões referentes à distinção entre nacionais e estrangeiros, para fins penais e processuais penais:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO, NA HIPÓTESE. FAMÍLIA CONSTITUÍDA NO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DE EXPULSÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros. Precedentes.
2. Todavia, se contra o condenado estrangeiro houver processo de expulsão em andamento, este Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir o benefício da progressão de regime prisional. Precedentes.
3. No caso, porém, o condenado contraiu matrimônio com uma brasileira no ano de 2005, com quem tem dois filhos também nascidos no Brasil, situação que, a princípio, impossibilitaria a decretação de sua expulsão, nos termos do art. 75, inciso II, do Estatuto do Estrangeiro e da Súmula n.º 01 do Pretório Excelso.
4. Outrossim, a possibilidade de fuga e, conseqüentemente, de frustração do decreto de expulsão também não justifica o indeferimento da progressão ao regime semiaberto, no qual a execução da pena ocorre intramuros, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
5. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o "fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena" (HC 97.147/MT, Segunda Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Relator para o acórdão Min. CEZAR PELUSO, DJe de 12/02/2010).
6. Ordem concedida para permitir ao Paciente a progressão ao regime semiaberto, restabelecendo-se a decisão do Juízo da Execução Penal."

O aresto apresenta especial interesse porque revelador de algumas posições do Superior Tribunal de Justiça, e mesmo do Supremo Tribunal Federal, em matéria de tratamento de estrangeiros irregulares condenados. Como se vê da ementa, o Tribunal possui entendimento firmado no sentido de que o *status* migratório irregular do estrangeiro, por si só, não consubstancia motivo suficiente para afastar o comando constitucional de igualdade entre nacionais e estrangeiros em matéria de direitos e

²²⁹ STF, *habeas corpus* n° 94.016, relator Ministro Celso de Mello, 2.ª Turma, publicado DJ em 26 de fevereiro de 2009

garantias fundamentais. Revela, ainda, que a existência de processo de expulsão do estrangeiro pode sim obstar a concessão de benefícios em sede de execução penal, impedindo, por exemplo, a concessão de progressão de regime. É dizer: se o estrangeiro será expulso, e se até mesmo sua prisão para fins de expulsão pode ser pedida, com razão a progressão para o regime semi-aberto pode ser indeferida ao argumento de que o estrangeiro será, de qualquer sorte, expulso do país²³⁰.

Por fim, indica já ter o Supremo Tribunal Federal decidido que o estrangeiro sem domicílio no país, e que esteja sofrendo processo de expulsão, possa beneficiar-se da progressão de regime.

Não se pode deixar de mencionar ser o Brasil parte em tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional, em matéria criminal, por meio de transferência de presos, com Argentina²³¹, Bolívia²³², Canadá²³³, Chile²³⁴, Espanha²³⁵, Paraguai²³⁶, Perú²³⁷, Portugal²³⁸ e Reino Unido²³⁹, além de ser membro da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior²⁴⁰. Esta transferência permite que presos estrangeiros sejam enviados para seus países de origem, para que lá cumpram as penas impostas no Brasil, perto de seus familiares, tal com ocorre com presos brasileiros, que se encontrem presos nestes países. Pode, portanto, ser ativa, quando requerida pelo Brasil, ou passiva, quando requerida ao Brasil. Seu processamento, quando se tratar de transferência passiva, se dá no âmbito do Departamento Nacional de Estrangeiros, da Secretaria Nacional de Justiça, que,

²³⁰ Neste ponto, releva anotar que este entendimento afasta a observação de uma das funções da pena, qual seja, sua função profilática, de recuperação do indivíduo. O instituto da progressão de regime funda-se, justamente, nesta esperança que o indivíduo tem de alcançar uma melhor situação jurídica, mesmo no cumprimento de uma pena imposta em processo criminal, e que faz com que ele se ressocialize mais rapidamente, pelo menos em tese. As penas no Brasil têm função retributiva e preventiva. É o que se colhe do artigo 59, do Código Penal, que determina ao juiz, na fase inicial de fixação da pena, pelo sistema trifásico, que observe o quantidade de pena *necessária e suficiente à reprovação e prevenção* do crime.

²³¹ Decreto nº 3875/2001.

²³² Decreto nº 6128/2007.

²³³ Decreto nº 2547/1998.

²³⁴ Decreto nº 3002/1999.

²³⁵ Decreto nº 2676/1998.

²³⁶ Decreto nº 4443/2002.

²³⁷ Decreto nº 5931/2006.

²³⁸ Decreto nº 5767/2006.

²³⁹ Decreto nº 4107/2002.

²⁴⁰ Decreto nº 293/2006.

após analisar o pedido formulado pela autoridade central²⁴¹, e os documentos necessários à transferência que o acompanham, nos termos do tratado específico, encaminha os autos do processo administrativo, com sua anuência, ao juiz da vara de execuções penais que autoriza a transferência. A efetiva entrega do preso condenado às autoridades estrangeiras pode se dar concomitantemente com a sua expulsão. Sua retirada do Brasil se fará às expensas do Estado requerente²⁴².

Dúvida que ocorre concerne ao que configuraria, no caso concreto, o melhor interesse do preso. Como se sabe, não é necessário o término do cumprimento da pena, para que se possa efetivar a expulsão do estrangeiro condenado; por outro lado, havendo a possibilidade de ser o preso retirado do território, por meio de *transferência de pessoa condenada*, ter-se-ia a situação de que este preso, transferido, ao final do cumprimento em seu país, da pena imposta no Brasil, poderia ao território brasileiro retornar; ao passo que, expulso, este retorno estaria inviabilizado²⁴³.

Ocorre que, também na prática, pode ser que o que menos interesse ao preso estrangeiro clandestino seja a obtenção do livramento condicional, na medida em que sua inserção no sistema prisional não fez dele um estrangeiro regular, de forma que, ao sair em livramento condicional, ele não se encontrará em processo de ressocialização: será visto com mais desconfiança do que usualmente já é visto o estrangeiro irregular ou clandestino, de forma que pode a expulsão, antes do final do cumprimento da pena, lhe interessar mais que o livramento condicional. O estrangeiro recluso, especialmente o clandestino, é muitas vezes considerado o pária da

²⁴¹ Estes tratados funcionam por meio de auxílio direto. O auxílio direto é espécie do gênero cooperação jurídica internacional, sempre estabelecida por tratado, em que cada Estado Parte indica uma autoridade sua que será responsável pela boa execução das medidas de cooperação previstas no tratado. Estas autoridades recebem o nome de autoridade central e também se responsabilizam pela comunicação entre os Estados Partes. O auxílio direto diferencia-se da carta rogatória, em matéria de cooperação jurídica internacional, porque nele não há, necessariamente, comunicação entre autoridades judiciárias para a execução de uma medida judicial (ordinatória, instrutória ou executória) em processo judicial que tramite no Estado requerente. O que há é o pedido genérico de providências, previstas no tratado, a ser tomadas, inclusive administrativamente, para a fiel execução do acordo internacional de cooperação. Trata-se de medida mais ágil e eficiente, que, no Brasil, dispensa a concessão de *exequatur* por parte do Superior Tribunal de Justiça. Cf. LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p.93.

²⁴² CORREALI, Maurício; OLIVEIRA, Roberta Chaves. *Transferência de Pessoas Condenadas*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. pp. 9-10.

²⁴³ Artigo 338, do Código Penal Brasileiro: "Reingressar no território nacional o estrangeiro que foi dele expulso: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena."

sociedade. No cárcere, não recebe visitas e, no mais da vezes, não recebe qualquer assistência consular de seu país de nacionalidade. Nestas condições, muitas vezes extremas, a expulsão pode significar o retorno à pátria, deixando para trás a desafortunada experiência que teve no Brasil. Situação distinta só ocorreria se o Estado brasileiro tivesse condições auxiliar o estrangeiro em sua ressocialização, na fase de livramento condicional, condições estas que não se observam no Brasil, ainda hoje e infelizmente, nem mesmo aos brasileiros.

O estrangeiro irregular, especialmente o clandestino, quando punido por crime cometido no Brasil, embora passe a figurar nos sistemas de dados e identificação, não adquire a condição de estrangeiro em situação regular, desimportante a quantidade de tempo em que permanecerá no território, para o cumprimento da pena. Até o fim de seu cumprimento, o estrangeiro permanecerá no cárcere ostentando a condição jurídica de estrangeiro irregular, daí porque não poderá, segundo alguma jurisprudência que, felizmente, já se vem superando, receber benefício da progressão de regime, na medida em que lhe será vedado o exercício de atividade remunerada.

3.3.8 Os crimes previstos na Lei nº 6.815/80

O direito tem como objetivo fomentar o lícito e sancionar o ilícito. Esses são os instrumentos de que se vale para exercer sua função de controle social. Assim, se uma determinada conduta humana é contrária à norma civil, a responsabilização e consequente sancionamento será de natureza civil, a que chamamos responsabilidade civil; se a infração se dá a normas de polícia, de natureza administrativa, como comumente acontece em tema de direito de estrangeiros, a responsabilização é meramente administrativa. No entanto, se o ilícito fere os bens considerados pelo legislador especialmente caros à sociedade, e que, por esta razão, são selecionados para que sua ofensa seja especialmente reprimida, tem-se um ilícito penal, um crime, e a consequente responsabilização penal, em que o sancionamento observará, como se

viu, os critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do ilícito²⁴⁴.

Para o direito penal, crime é, em linhas gerais, a conduta voluntária (comissiva ou omissiva) típica (prevista em lei), ilícita (não albergada por uma excludente de ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito) e culpável (contrária ao direito e sobre a qual se possa formar um juízo de reprovação baseado nas condições biopsicológicas do indivíduo, somado à possibilidade de o indivíduo portar-se conforme o direito)²⁴⁵.

Os delitos previstos na Lei nº 6.815/80 se encontram nos incisos XI a XIII, do artigo 125, como se colhe da natureza das sanções previstas pelo legislador, bem como do disposto no artigo 128, quanto à necessidade, nestas hipóteses, de se observar o rito previsto no Código de Processo Penal. São eles: infringir uma das vedações à atividade de estrangeiros previstas nos artigos 106 e 107, com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e expulsão; introduzir estrangeiros clandestinamente no território ou ocultar estrangeiro clandestino ou irregular, com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se for o infrator estrangeiro, expulsão; e, "fazer declaração falsa em procedimento administrativo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para obtenção de passaporte estrangeiro, *laissez-passer*, ou, quando exigido, visto de saída", com pena de pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se for o infrator estrangeiro, expulsão.

Do que estabelecido pelo legislador, observa-se que é necessário ter cuidado quanto ao delito tipificado no inciso XI, na medida em que algumas das vedações estabelecidas pelo artigo 106 podem ser incompatíveis com a Carta Política, não se podendo perder de vista o fato de que o próprio direito penal possui função de garantia, garantia do indivíduo contra o atuar arbitrário do Estado. Também do inciso XI, colhe-se ser um delito que só pode ser praticado pelo estrangeiro. O denominado delito de mão própria. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 29 estabelece: "quem de qualquer forma concorre para o delito, incide nas penas a ele cominadas", adotando a Teoria Unitária, ou Monista, do concurso de pessoas, e aplicando a fórmula de que todos são co-autores, ainda que se possa diferenciar a participação efetiva de cada um no delito. No entanto, determinados delitos só podem ser

²⁴⁴ Cf. nota nº 230.

²⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80.

praticados por um tipo específico de indivíduo, que ostente uma qualidade absolutamente necessária à configuração do tipo penal, e que não possa, para sua prática, valer-se de interposta pessoa²⁴⁶. É o que ocorre no disposto no inciso XI, como se vê, sistematicamente, da análise da sanção prevista para esse e para os demais delitos previstos na lei. No caso do inciso XI, há, no preceito secundário do tipo, a previsão de detenção e expulsão, a indicar que o autor será, sempre e necessariamente, estrangeiro. Nos demais, há a previsão de detenção ou reclusão, e, se o autor for estrangeiro, a indicar que pode ele também ser brasileiro, expulsão. Conclui-se, assim, que os demais delitos podem ser praticados por estrangeiros ou brasileiros, e em concurso de pessoas.

Por outro lado, de se observar que o delito do inciso XIII, configura tipificação especial em relação ao crime de falso previsto no Código Penal Brasileiro.

3.4 Saída compulsória do Estrangeiro: impedimento, deportação, expulsão e extradição

Como regra, é livre a saída do estrangeiro do território nacional. Por esta razão, o estudo da saída regular não apresenta maior interesse. O que realmente releva no estudo da condição jurídica do estrangeiro são as formas de saída forçada, ou compulsória.

A recusa de entrada ou estada de um estrangeiro recebe na doutrina francesa o nome de *refoulement*²⁴⁷, e esta recusa se encontra sistematizada em ordem de gravidade com se pode valer o Estado de mecanismos de retirada do estrangeiro indesejado²⁴⁸, seja ele regular ou não, de seu território, que vai desde sua não aceitação, observando-se o *Princípio da Admissão Discricionária*, com o impedimento, passando pela deportação, se o estrangeiro já se encontra no território, mas de forma irregular, até a expulsão, em que o Estado, valendo-se de sua soberania, recusa a permanência do

²⁴⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 1*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 268.

²⁴⁷ CAHALI, Yussef. op.cit. p. 128.

²⁴⁸ idem.

estrangeiro inconveniente, por meio de juízo político.

No que se refere ao refúgio, como já visto, o Brasil se orienta pela regra do *non refoulement*.

3.4.1 Impedimento

Três são as formas de saída compulsória do estrangeiro: deportação, expulsão e extradição. No entanto, antes de se proceder ao seu estudo, necessário se faz tratar de situação em que, mesmo não se tendo uma espécie do gênero saída compulsória, em sentido estrito, tem-se uma situação jurídica cuja consequência é a necessidade de deixar o território. Trata-se do já estudado impedimento.

O impedimento, como já se viu, se consubstancia na negativa de entrada do estrangeiro. Pode se dar por critérios objetivos, quando, nos termos do artigo 51, do Decreto nº 86.751/81, o estrangeiro não possuir documento de viagem, ou não possuir visto de entrada, ou apresentar documento com validade vencida, ou com indícios de falsificação ou fraude. O artigo 52 refere-se ao impedimento para fins de controle de saúde pública, se afigurando, a maioria de suas hipóteses, absolutamente inconstitucionais, devendo-se, contudo, resguardar a possibilidade de a autoridade de saúde pública decidir sobre o impedimento de pessoas em condições de saúde que causem, no seu entender, efetivo risco à população que se encontra no território nacional, o que se faz com olhos postos no princípio, de direito administrativo, da *Supremacia do Interesse Público*. Pode-se dar, por igual, e é o que mais ocorre, por critérios subjetivos, deixados à aferição do agente de imigração. Em ambos os casos, tem-se a concretização do *Princípio da Admissão Discricionária do Estrangeiro*. O Estado, no exercício de sua soberania, pode impedir a entrada do estrangeiro, sem mesmo que, para isso, necessite justificá-la²⁴⁹. Assim, impedido o estrangeiro, o que

²⁴⁹ Curioso notar como o desconhecimento sobre a natureza jurídica de ato de soberania, a do impedimento, causa espécie em quem imagina ser necessário que a autoridade migratória explicita suas razões quando impede a entrada no território nacional. É que por ser ato de soberania, com amplíssima discricionariedade, não se obriga a autoridade migratória a justificar o ato de impedimento praticado. Na França, como se verá mais adiante, a lei já obriga, em alguns casos como quando se trate de idosos, crianças ou parentes de nacionais, que o ato de impedimento seja motivado. Cf. nota nº 345. No Brasil, recentemente, causou surpresa o impedimento de um

acontece?

O impedimento implica a necessidade de retorno do estrangeiro ao seu porto (aeroporto, porto marítimo, estação rodoviária, ferroviária) de origem. O retorno para o lugar de onde veio. Aqui não se considera, em princípio, a nacionalidade, o domicílio ou a residência habitual. O retorno deve se dar para o lugar de onde veio o estrangeiro impedido.

Não se fala aqui, por igual, em irregular (categoria jurídica com a qual se trabalha neste estudo). Trata-se de retonar ao porto de origem o estrangeiro impedido. É que, como se viu, mesmo aquele que tenha regularmente obtido autorização de entrada/estada, o visto, pode ter sua entrada recusada, e, só por isso, não será considerado irregular, mas, tão-somente, impedido²⁵⁰.

Este retorno se dá às expensas da companhia de transporte que o trouxe ao território nacional²⁵¹. Este compromisso é assumido pelas companhias de transporte quando solicitam a operação da linha, lhe sendo exigido pelo Estado esta contrapartida²⁵². A transportadora que deixar de promover a saída do estrangeiro do território nacional do clandestino, ou do impedido, fica sujeita à multa a que se refere o artigo 125, V, da Lei nº 6.815/80.

O retorno deve se dar na primeira oportunidade possível. Não deve, em nenhuma hipótese, ultrapassar 30 (trinta) dias²⁵³. Havendo condições dignas de acolhimento, o estrangeiro impedido pode permanecer na área de trânsito de porto (aeroporto, porto marítimo, estação rodoviária, ferroviária) de entrada. Não havendo, pode o Ministério da Justiça autorizar sua entrada condicional, mediante termo de responsabilidade firmado pela transportadora, que se responsabiliza por sua manutenção, indicando o lugar onde manterá o estrangeiro, geralmente um hotel.

No momento em que o agente de imigração brasileiro informa a negativa de

jornalista moçambicano, de nome Jeremias Vunhjanhe, que para cá veio cobrir a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, Rio + 20. O que mais causou surpresa à imprensa, como se vê das matérias públicas, foi o fato de a Polícia Federal se recusar a indicar os motivos do impedimento, supondo os jornalistas, equivocadamente, que estava a autoridade migratória obrigada a fazê-lo. Cf. <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1104972-pf-impede-que-jornalista-de-ong-mocambicana-entre-no-brasil.shtml>>

²⁵⁰ Artigo 26, da Lei nº 6.815/80.

²⁵¹ Artigo 27, da Lei nº 6.815/80.

²⁵² Artigo 55, do Decreto nº 86.715/81.

²⁵³ Parágrafo único, do artigo 27, da Lei nº 6.815/80.

entrada ao estrangeiro, cuja natureza jurídica é a de ato administrativo em sentido amplo, pode este requerer sua admissão no território na condição de refugiado, nos termos da Lei nº 9.474/97. Neste caso, o agente de imigração, um agente de Polícia Federal, deverá tomar por termo as declarações do estrangeiro, ou seja, as razões que alega para formular pedido de refúgio e, desta forma proceder ao encaminhamento do pedido e imediato acolhimento provisório, na qualidade de postulante à condição de refugiado deste estrangeiro.

Em termos práticos, são tomadas as seguintes medidas (não uniformes ou regulamentadas): acolhe-se o estrangeiro em aérea de trânsito; ou encaminha-se o estrangeiro a um abrigo mantido por entidade privada de interesse social, que se ocupe da acolhida de refugiados; ou permite-se sua entrada, desde que seja possível localizar o estrangeiro no território. Em todos os casos, receberá o estrangeiro um protocolo de pedido de permanência regular no território nacional, na condição de refugiado, enquanto aguarda decisão Ministerial definitiva, que só poderá ser tomada após deliberar o CONARE sobre o preenchimento ou não dos requisitos legais, pelo estrangeiro, para se lhe reconhecer a pleiteada condição de refugiado.

O impedimento é anotado no documento de viagem pelo agente de imigração e seu nome cadastrado no Sistema Nacional de Impedidos e Procurados - SINPI.

Contra o ato de impedimento, não há previsão legal expressa de recurso administrativo, embora possa o estrangeiro, em tese, valer-se de recurso administrativo de forma genérica. De qualquer forma, considerada a inafastabilidade de submissão de lesões de direito ao Poder Judiciário, e consubstanciar esta submissão um direito fundamental no Brasil, sempre pode o estrangeiro impedido valer-se, por exemplo, de uma ação de segurança. A questão que se coloca é saber o alcance do controle judicial do ato administrativo de recusa da entrada, na medida em que se confere ao agente que o pratica ampla discricionariedade²⁵⁴. Situação que não escapou à observação de Yussef Sahid Cahali, para quem só "não se permite a intervenção judicial naqueles casos em que o motivo do impedimento é de ordem subjetiva, relacionado com o interesse ou conveniência nacionais, pois o critério para aferição desse pressuposto exaure-se na esfera de competência da Administração".²⁵⁵

Na prática, ao não poder formalmente entrar no país (tendo ingressado, mas

²⁵⁴ Tema que será tratado no Capítulo 6.

²⁵⁵ CAHALI, Yussef. op. cit. p. 131.

não entrado), a possibilidade de acionar o Judiciário parece reduzida; contudo, permanecendo no território nacional, seja em área de trânsito de aeroporto, de porto marítimo, de estação ferroviária ou rodoviária, seja em entrada condicional, em um hotel, pode, em tese, o estrangeiro impedido manejar uma ação de segurança, impugnando o ato de impedimento e requerendo, em sede de revisão judicial, que se lhe permita a entrada. Aqui, se observaria a questão sobre se pode ou não o Judiciário perscrutar o mérito da decisão que nega a entrada no país, considerando-se, especialmente, ostentar esta decisão administrativa natureza de ato de soberania, e não se apresentar motivada, permitindo o controle judicial dos motivos determinantes.

Pode, ainda, nestas condições, o estrangeiro impedido impetrar ordem de *habeas corpus*, esta última, mais eficiente, na medida em que sequer terá de se valer de um advogado, mas cujo objeto apresenta as mesmíssimas dificuldades acima apontadas no que concerne ao controle judicial do ato da Administração.

3.4.2 Deportação

A deportação é espécie de saída compulsória do estrangeiro que diz com a irregularidade de sua autorização de entrada e/ou estada (visto). Trata-se de medida administrativa, sancionatória, consistente na promoção de sua saída forçada, caso se oponha à saída voluntária. Deportar-se para o país de nacionalidade do estrangeiro, ou para outro que aceite recebê-lo, nos termos do parágrafo único, do artigo 58, da Lei nº 6.815/80²⁵⁶. O artigo 98, I, do Decreto nº 86.715/81, que regulamenta a lei de regência da matéria, estabelece o prazo de 08 (oito) dias para a saída voluntária do estrangeiro, contados da notificação, pelo Departamento de Polícia Federal, para deportação. A notificação deve ser pessoal, embora, não sendo possível, possa ser

²⁵⁶ "HABEAS CORPUS. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. DEPORTAÇÃO PARA PAÍS QUE O PACIENTE TENHA VISTO PERMANENTE. ART. 58 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. 1. O habeas corpus é via adequada a ser utilizada para garantir a liberdade de locomoção. 2. O estrangeiro pode ser deportado para país que não o de sua nacionalidade, caso possua visto permanente desse país, a teor do art. 58 do Estatuto do estrangeiro. 3. Ordem parcialmente concedida." (TRF 1. Terceira Turma. habeas corpus nº 199901001219525. Relator Juiz Federal Eustáquio Silveira. Julgado em 15 de fevereiro de 2000 e publicado em 31 de março do mesmo ano)

feita por edital. Sua falta impede o exercício do direito de defesa pelo deportando.

Notificado de que deve deixar o país, a autoridade policial federal aporá carimbo de notificação para deportação no documento de viagem do estrangeiro, e incluirá seu nome no Sistema Nacional de Procurados e Impedidos - SNPI para consulta por autoridades migratórias em todas as fronteiras.

As despesas com a deportação, quando não há a saída voluntária, correm à conta do Tesouro Nacional. Para eventualmente regressar ao país, o deportado terá, além de honrar a multa pela infração administrativa que ensejou sua deportação, ressarcir o erário das despesas efetuadas com sua deportação, como se vê do artigo 64, da Lei nº 6.815/80. Observa-se, a toda evidência, quanto a esse ressarcimento em sentido amplo (multas e despesas de deportação, acrescidos de juros e correção) o prazo prescricional para cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública.

Tratando-se de procedimento administrativo, previsto em lei, a deportação admite a mais ampla revisão judicial. Ainda na fase administrativa, notificado o estrangeiro da irregularidade de sua situação e do comando para que deixe o país, pode ele interpor recurso administrativo-hierárquico para impugnar este comando. Pode, por igual, contra ele se insurgir na via judicial: seja na via ordinária, com ampla dilação probatória, e possibilidade de medida de urgência consistente na antecipação dos efeitos da tutela de mérito; seja na via estreita do mandado de segurança, alegando ilegalidade ou abuso de poder, que fira direito líquido e certo seu, conferido pela lei brasileira, comprovável de plano, sem a necessidade de produção de provas. Admite-se ainda, a impetração de ordem de *habeas corpus*, na medida que sua saída forçada é, em alguma medida, coerção a sua liberdade de locomoção.

Nestes casos, pode o estrangeiro alegar, e eventualmente provar, por exemplo, que, possuindo visto de turista, não exercia atividade remunerada, mas voluntária; que a Administração se equivocou e que seu visto não é de turista, mas de estudante, razão porque legítima a matrícula realizada em instituição de ensino; que o cálculo do prazo do visto se fez de forma equivocada etc.

Questão extremamente relevante que se coloca é saber se o deportando pode ser preso, para fins de deportação. O artigo 61 prevê possa o estrangeiro, enquanto não se efetivar sua deportação, ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça. No entanto, o artigo 5º, LXI, da CRFB/88, acabou, como se sabe, com a prisão meramente administrativa no Brasil, exigindo, para a validade da prisão, a

existência de ordem escrita, emanada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de infrações militares. Assim, a toda evidência, não pode mais o Ministro da Justiça determinar o recolhimento à prisão do deportando, sob qualquer fundamento. A questão que se coloca então é: pode o Judiciário determinar esta prisão? Pode-se excepcionar a regra constitucional da liberdade para esse específico fim. Parece-nos que sim, à exemplo, como se verá, da prisão para fins de extradição, decretada por Ministro do Supremo Tribunal Federal, como garantia da efetividade do processo extradicional. Aqui, nos casos de deportação, poder-se-ia, excepcionalmente, decretar esta prisão, quando presentes a plausibilidade jurídica da medida e o perigo em não tomar-se esta providência, e quando não haja qualquer outro meio de se obter o resultado saída forçada do estrangeiro.

“PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. PRISÃO PARA FINS DE DEPORTAÇÃO. ART. 61 DA LEI Nº 6.815/80. AUTORIDADE JUDICIÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A Lei nº 6.815/80 admite a prisão do estrangeiro, para efeito de deportação ou expulsão (art. 61 e 69, respectivamente). No entanto, a partir da Constituição de 1988, essa prisão não pode mais ser ordenada pelo Ministro da Justiça, tendo em vista o que dispõe o art. 5º, LXI, do Estatuto Fundamental. 2. Referida custódia só poderá ser decretada pela autoridade judiciária competente. 3. No caso sub judice, o imigrante não apresentou nenhum documento demonstrando sua entrada regular no país, restando evidenciada a sua clandestinidade, não possuindo, ademais, ocupação lícita e residência fixa. 4. Há notícia nos autos de que o paciente pode estar envolvido em fatos delituosos, tendo sido detido pela autoridade policial na posse de dois documentos de identificação pessoal falsos. 5. Em face desses elementos, revela-se cabível a custódia prevista no art. 61 do Estatuto do Estrangeiro. (TRF4. Oitava Turma. habeas corpus nº 200604000000907. Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro. Julgado em 06 de dezembro de 2006 e publicado em 10 de janeiro de 2007)

A Portaria nº 557/88, do Ministério da Justiça, recomenda que a prisão seja pedida ao juiz federal da localidade. Na prática, essas prisões são pedidas, e, excepcionalmente decretadas por magistrados federais, competentes para tanto²⁵⁷.

²⁵⁷ Vejam-se os seguintes julgados das Cortes Regionais Federais: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PARA FINS DE DEPORTAÇÃO. LEI DO ESTRANGEIRO. NATUREZA JURÍDICA DIVERSA. IRREGULARIDADE NA ENTRADA EM TERRITÓRIO NACIONAL NÃO COMPROVADA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A modalidade de prisão aplicada ao paciente - preventiva - não se amolda à hipótese fática, na qual a autoridade policial representa pela prisão para fins de deportação. 2. A prisão pretendida pela autoridade policial - art. 61 da Lei do Estrangeiro - não tem natureza estritamente penal, pois não se opera com o escopo de assegurar ou aplicar uma lei material de cunho penal. A prisão para fins de deportação contém natureza eminentemente administrativa, ainda que, como consolidou a jurisprudência, somente possa ser

decretada por autoridade judiciária. 3. Ademais, pressuposto inarredável para a prisão com o fito de deportação é a verificação da irregularidade da entrada ou permanência do estrangeiro em território brasileiro, o que, in casu, não restou demonstrado. 4. Ordem concedida. (TRF1. Terceira Turma. Relator Juiz Federal Convocado Jamil Rosa de Jesus Oliveira. Recurso de Ofício em *habeas corpus* nº 200601000328956. Julgado em 19 de setembro de 2006 e publicado no DJF em 20 de outubro do mesmo ano)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO ADMINISTRATIVA PARA FINS DE DEPORTAÇÃO. LEI N. 6.815/80. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. LIBERDADE VIGIADA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. 1. A atual ordem constitucional não revogou a prisão administrativa para fins de deportação, devendo, no entanto, sua necessidade, como medida excepcional de restrição da liberdade e acautelatória do procedimento de deportação, ser plenamente demonstrada e fundamentada mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, apontando fatos concretos hábeis a justificá-la. 2. Na hipótese, a d. autoridade judicial impetrada não indicou elementos concretos que eventualmente pudessem justificar o entendimento de que, solto estaria a colocar em risco o resultado útil do procedimento de deportação, não sendo suficiente para tanto o simples fato da existência de tal procedimento ou, então, de "indícios de que o mesmo tenha cometido crimes (...)" 3. No ordenamento jurídico brasileiro, e, de resto, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a regra é a liberdade e a prisão a exceção. Logo, esta última traduz-se em medida extrema, que somente pode ocorrer nas hipóteses restritas previstas em lei, desde que devidamente fundamentada, uma vez que a margem de discricionariedade conferida ao magistrado nessas hipóteses, sobretudo a segregação cautelar, é mínima. Precedentes jurisprudenciais dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida. (TRF1. Quarta Turma. *habeas corpus* nº 200801000656651. Relatora Juíza Federal Convocada Rosymaire Gonçalves de Carvalho. Julgado em 03 de fevereiro de 2009 e publicado no DJF em 13 de fevereiro do mesmo ano)

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO DE OFÍCIO. ESTRANGEIRO. DEPORTAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA E DAS CONDIÇÕES FIXADAS. RECONHECIMENTO UNIÃO ESTÁVEL EM HC: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Como em toda e qualquer prisão cautelar, a prisão administrativa do estrangeiro prevista na Lei n. 6.815/80 é medida excepcional, que somente se justifica quando presentes os requisitos do *fumis boni iuris* e do *periculum in mora*, o que não se evidencia no presente caso. 2. A despeito do paciente não ter conseguido ainda regularizar sua permanência no Brasil, não há notícia de envolvimento em qualquer ilícito, não se verificando, *prima facie*, o *periculum in mora* a demandar seu recolhimento. 3. Incidência do princípio da razoabilidade, para que sua condição irregular seja relativizada até que seja revista, quer na via administrativa, quer na via judicial própria. 4. A ausência de elementos concretos a denunciar que o paciente, caso posto em liberdade, irá frustrar-se à atuação das autoridades públicas que buscam deportá-lo, impõe a manutenção da sentença, tendo em vista que a simples permanência do estrangeiro em território nacional não representa ameaça à ordem pública, nem constitui fundamento suficiente à adoção da medida extrema. 5. Não há necessidade da prisão. Não se detecta a imprescindibilidade da custódia até o término do processo de deportação, mostrando-se suficiente as condições estabelecidas pelo juízo a quo, cujo cumprimento pelo paciente encontra-se demonstrado nos autos, impondo-se, por conseguinte, a manutenção da integralidade da sentença. 6. O artigo 226, § 3º, da Constituição estabelece que, "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." No entanto, essa proteção não constitui um alibi para que estrangeiro, em situação irregular no Brasil, passe a manter união estável ou se case, apenas para evitar a deportação. O habeas corpus não é a via adequada para o reconhecimento de suposta união estável. 7. Recurso de ofício desprovido." (TRF1. Terceira

Turma. Relator Desembargador Federal Carlos Olavo. Recurso de Ofício em *habeas corpus*. Julgado em 24 de janeiro de 2012 e publicado no DJF em 10 de fevereiro do mesmo ano)

"HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. PRISÃO ADMINISTRATIVA PARA FINS DE DEPORTAÇÃO. DECRETAÇÃO POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA. INCENSURABILIDADE EX VI DO ART. 5º, LXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CUMPRIMENTO DA MEDIDA SEGREGATÓRIA NO PRESÍDIO ARY FRANCO. INADMISSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO PACIENTE EM LIBERDADE VIAGIADA, SOB A RESPONSABILIDADE DO MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO – MNU. 1-) Apreciação do habeas corpus limitada aos aspectos que envolvem a prisão do paciente, visto que, das autoridades impetradas, somente o juiz federal tem controle de suas decisões sujeito, originariamente, a este Tribunal Regional Federal, em sede de habeas corpus. 2-) Paciente proveniente de Serra Leoa, que ingressou clandestinamente no Brasil, a bordo de navio de bandeira chinesa que aportou em Cabo Frio, que, tendo negado pedido de refúgio formalizado junto ao CONARE – Comitê Nacional para Refugiados – tentou ingressar em Madri, na Espanha, fazendo uso de passaporte falso da República da África do Sul. Frustrada essa tentativa, ao retornar ao Brasil, por determinação das autoridades espanholas, teve decretada sua prisão administrativa para fins de deportação. 3-) Com o advento da Constituição Federal de 1988 a prisão administrativa só pode ser decretada por autoridade judiciária competente, ex vi do disposto no art. 5º, LXI, descabendo, pois, qualquer censura à decisão atacada, neste particular. 4-) Inadmissível, contudo, que a prisão seja cumprida no presídio Ary Franco, local que, além de impróprio à finalidade a que se destina a medida, no caso, garantir a futura deportação dele, vem sendo alvo de constantes rebeliões. 5-) Acresce que, relativamente à utilização de passaporte falso, o paciente sequer responde a inquérito policial, visto que o Ministério Público Federal, a despeito de favorável à deportação dele, requereu o arquivamento do procedimento. Além disso, várias das entidades impetrantes comprometeram-se a acompanhá-lo enquanto perdurar a tramitação de novo pedido de refúgio que formalizou. 6-) A hipótese é, pois, de manutenção do paciente em liberdade vigiada, nos termos da liminar concedida, até que haja pronunciamento do Senhor Ministro da Justiça quanto ao pedido de reconsideração deduzido por ele. 7-) Não se conhece do pedido formulado na impetração, relativamente ao Senhor Delegado de Polícia Federal, bem assim em relação ao Senhor Presidente do CONARE, por serem autoridades cujos atos não se sujeitam ao controle por este tribunal. 9-) Concedido, em parte, o pleito deduzido em face do Juízo da 5ª Vara federal Criminal, confirmando a liminar anteriormente concedida para que a prisão administrativa de IYKE MORRIS seja convertida em liberdade vigiada, nos termos do art. 73 da Lei nº 6.815/80, ficando o paciente sob a responsabilidade do MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO – MNU, mediante assinatura do competente termo, cabendo ao paciente guardar as normas de comportamento que lhe venham a ser estabelecidas".(TRF2. Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Antônio Cruz Netto. habeas corpus nº 200402010076920. Julgado em 07 de dezembro de 2005 e publicado no DJF em 12 de maio de 2005)

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. ESTUDANTE. VISTO. AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO, A TEMPO E MODO. DISCUSSÃO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. LIMITES. DIREITO E LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. PRISÃO ADMINISTRATIVA. DEPORTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A lavratura do auto de infração e do termo de notificação, ora guerreados, tiveram por base a permanência do paciente (estrangeiro) no País depois de expirado o prazo concedido, e o artigo 125, inciso II, da Lei nº 6.815/80. 2. Acerca do direito de permanência, não é viável, pois sequer consta dos autos a formulação de providências administrativas ou judiciais no sentido de sua renovação, a tempo e modo, inclusive indicando e comprovando, perante a autoridade competente, a situação atual de frequência a curso distinto daquele que motivou a concessão consular, sendo certo que o princípio da razoabilidade não desobriga o estrangeiro de cumprir, rigorosamente, o dever de permanência regular no País, nem pode abonar a conduta de quem não observou o caráter provisório do visto concedido e foi permanecendo irregularmente em território nacional. A

Quando indeferidas, a autoridade policial federal deverá diligenciar a liberdade vigiada do estrangeiro, que, embora mais consentânea com o ordenamento constitucional se afigura muito mais dispendiosa.

3.4.3 Expulsão

A expulsão é um ato de soberania, uma medida de natureza política, amplamente discricionária, em regra de competência do Presidente da República (artigo 66, da Lei nº 6.815/80), que consiste na ordem de saída compulsória de um estrangeiro em razão do cometimento de um crime, ou da inconveniência de sua permanência no território nacional. Não se trata aqui da retirada de um estrangeiro irregular em razão da irregularidade de sua presença. O expulso pode ser estrangeiro regular e mesmo permanente. Trata-se da inconveniência, por razões de interesse nacional, de sua presença no território.

A expulsão talvez seja o instituto mais antigo no que se refere ao tratamento jurídico do estrangeiro, e é instituto que decorre diretamente da soberania do

razoabilidade, que se defende nesta impetração, importaria em revogar o Estatuto do Estrangeiro, que prevê regras para a concessão de visto e para a permanência regular no País, tudo porque, na espécie, o paciente não cuidou, a tempo e modo, de pedir a renovação e, agora, quer que, por via indireta, o Judiciário substitua-se ao Executivo para garantir-lhe estada no País, evitando a deportação. 3. De toda sorte, saliente-se que não cabe aqui discutir o mérito do direito do paciente à renovação, ou não, do visto, mesmo tendo alterado o curso que motivou a concessão consular. Trata-se de questão a ser discutida, na via administrativa, ou em ação judicial própria, não se prestando o habeas corpus a tal finalidade. 4. Para o fim de exame do direito e liberdade de locomoção, o que desponta é se eventual prisão administrativa, para viabilizar a deportação (artigo 61, da Lei nº 6.815/80), encontra-se ou não legalmente fundada e, no caso concreto, a resposta deve ser afirmativa, pois o paciente encontra-se irregularmente no País, desde quando houve o vencimento de seu visto provisório sem a renovação, a tempo e modo. 5. Para os efeitos específicos do direito protegido pelo habeas corpus, não existe ilegalidade no ato do Departamento de Polícia Federal, uma vez que o estrangeiro em situação irregular sujeita-se à pena de deportação. 6. Habeas corpus denegado. "(TRF3. Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Carlos Muta. habeas corpus nº 00294501720104030000. Julgado em 25 de novembro de 2010 e publicado no DJF em 03 de dezembro de 2010)

Estado²⁵⁸, sendo incontestado, no direito internacional, a prerrogativa dos Estados soberanos de expulsar o estrangeiro indesejado, na medida em que não têm obrigação nem de admiti-lo, nem de mantê-lo em seu território, embora a doutrina recomende que não abusem deste direito²⁵⁹.

No Brasil, a expulsão é regulada nos artigos 65 a 75, da Lei nº 6.815/80. A cabeça do artigo 65 refere, como motivos ensejadores de expulsão, "atentar contra a segurança nacional, a tranquilidade, a moralidade pública e a economia popular", ou qualquer outra que se afigure nociva à "conveniência e interesses nacionais".

Nos termos do artigo 68, condenado o estrangeiro por crime doloso, o Ministério Público remeterá, de ofício, ao Ministro da Justiça, cópia da sentença condenatória, para que seja instaurado inquérito para fins de expulsão. Nestes casos, se tem uma atividade delegada ao Ministro da Justiça para promover a expulsão daqueles que tenham cometido crimes no Brasil.

“HABEAS CORPUS. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO A QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDADE DA PORTARIA. ORDEM CONCEDIDA.” (STJ. Primeira Seção. *habeas corpus* nº 141925/DF. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em 14 de abril de 2010 e publicado em 23 do mesmo mês).

No caso de inconveniência aos interesses nacionais, tem-se a autorização para expulsão de forma amplamente discricionária, essa de competência exclusiva do Presidente da República.

Esta ampla discricionariedade reduz, ao contrário da expulsão promovida pelo Ministro da Justiça, a quase nada a possibilidade de revisão judicial de atos de expulsão; no entanto, como se vê do artigo 75, a lei veda a expulsão que implique em extradição inadmitida pela lei brasileira, de forma que se houver pedido de extradição de determinado estrangeiro, que se encontre em território nacional, e se esta extradição já tiver sido inadmitida pelo Supremo Tribunal Federal, ou for

²⁵⁸ DOLINGER, Jacob. op.cit.p.249.

²⁵⁹ *ibidem*. p. 250.

inadmissível na forma da lei, não poderá o Chefe do Executivo expulsar, por qualquer motivo, o estrangeiro, cuja expulsão, na prática, teria os mesmos efeitos de extradição inadmissível. Neste caso, pode o Judiciário, constatada esta situação, rever o ato presidencial, cuja discricionariedade encontra limites na lei.

Também não se admite a expulsão de quem tenha cônjuge (aqui também se observa a união estável, inclusive homoafetiva) ou filho menor ou dependente brasileiro. É que a expulsão é espécie de saída compulsória que, ao contrário da deportação e da extradição, não admite o retorno do estrangeiro expulso, enquanto vigorar o decreto presidencial expulsório, de forma que, separado do cônjuge ou companheiro, ou do filho que ficasse no Brasil, poderia jamais voltar a vê-los, pelo menos no Brasil. Na extradição, absolvido no processo-crime ou cumprida a pena imposta, o estrangeiro pode retornar ao Brasil. Essa é a razão que levou o Supremo Tribunal Federal a editar o verbete nº 421, de sua Súmula, que enuncia: "Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro". O retorno do estrangeiro expulso é conduta tipificada pelo artigo 338 do Código Penal, cuja cota marginal é a de *reingresso de estrangeiro expulso*.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que não se expulsa estrangeiro com filho brasileiro, ainda que seu nascimento tenha se dado após o cometimento do delito, e mesmo que a dependência seja, tão-somente, afetiva e não econômica.

"HABEAS CORPUS. DECRETO DE EXPULSÃO. PACIENTE COM FILHO NASCIDO NO BRASIL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E AFETIVA. NÃO-COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que evidenciada a dependência econômica ou afetiva.

2. No Direito brasileiro, que prestigia a dignidade da pessoa humana a ponto de elevá-la, constitucionalmente, ao patamar de fundamento da República (CF, art.1º, III), a dependência familiar não é necessariamente econômica, podendo ser tão-só afetiva. Num e noutro caso, deve estar razoavelmente comprovada para que possa obstar os efeitos de Decreto de Expulsão.

3. No plano da justiça material, é irrelevante se o ato ilícito que deu origem ao Decreto de Expulsão tenha sido praticado antes do nascimento do menor dependente, pois os laços econômicos ou afetivos não reverberam na caracterização do prius (o crime), mas, sim, no posterius (as conseqüências administrativo-processuais); sem falar que o sujeito que se protege com a revogação do ato administrativo não é o expulsando, mas a criança e o adolescente.

4. In casu, não suficientemente demonstrado o vínculo efetivo e afetivo com o filho menor brasileiro, impõe-se a manutenção do Decreto de Expulsão.

5. Ordem denegada." (STJ. Primeira Seção. *habeas corpus* nº 166496/DF. Relator Ministro Herman Benjamim. Julgado em 10 de novembro de 2010 e publicado em 11 de fevereiro de 2012.)

Por fim, questão que desafia penalistas é saber a consequência jurídico-penal da revogação do decreto expulsório após o regresso do estrangeiro expulso na vigência deste decreto. Ter-se-ia aqui uma *abolitio criminis*? Qual a natureza jurídica do decreto expulsório, para fins jurídico-penais? Tratar-se-ia de condição objetiva de punibilidade? A norma do artigo 338, do Código Penal Brasileiro, é norma cujo preceito primário deva ser complementado pelo decreto, a exemplo das normas penais em branco? Poder-se-ia aplicar à hipótese do raciocínio da ultra atividade da lei penal temporária? Ou o decreto expulsório é somente um elemento cognitivo do tipo? Infelizmente, o escopo deste trabalho não permite o desenvolvimento desta interessante investigação.

3.4.4 Extradição

A extradição é medida administrativa, judicialmente controlada. É medida de natureza híbrida, parte administrativa; parte judicial. É espécie do gênero cooperação jurídica em matéria criminal.

A Lei nº 6.815/80 dela se ocupa do artigo 76 ao 94.

Tem como fundamento jurídico a existência de um tratado de extradição^{260,261}

²⁶⁰ Os tratados internacionais, quando internalizados no direito pátrio, se equiparam às leis ordinárias. Assim, os tratados de extradição são leis entre os Estados contratantes. Os tratados são firmados pelo Presidente da República (artigo 84, VIII, da CRFB/88); aprovados pelo Congresso Nacional (artigo 49, I, da CRFB/88) - por meio de um decreto legislativo, cuja natureza jurídica é a de ato-condição, próprio dos procedimentos complexos em que se têm a necessidade de conjugar a vontade de dois órgãos distintos, sem vinculação entre ambos, sem o qual o tratado não pode ser ratificado - ; ratificados pelo Presidente da República, em ato de direito internacional público que já obriga o país no plano internacional. É dizer: embora não obrigue os nacionais internamente, impõe que o Estado não se comporte de modo contrário ao que previsto no tratado e, por fim, promulgados e publicados internamente, passando a ostentar observância obrigatória no país.

²⁶¹ O Brasil mantém tratados bilaterais de extradição com Argentina, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, EUA, Itália, Lituânia, Grã-Bretanha (Inglaterra e Irlanda do Norte), México, Paraguai, Peru, Portugal, Rússia, Suíça, Venezuela e Uruguai.

ou de uma promessa de reciprocidade²⁶². E só pode se dar se o extraditando estiver respondendo a processo-crime em que se tenha a possibilidade de impor sanção penal, privativa de liberdade, igual ou superior a um ano, ou se já lhe tenha sido imposta uma pena nestes moldes. Sanções penais pecuniárias ou restritivas de direitos não autorizam extradição. A prática de delitos puramente políticos também não.

Pode ser definida como *a entrega de um estrangeiro, a uma jurisdição estrangeira, para que este seja, nela, jurisdicionado*.

Dissecando-se esta definição, pode-se melhor compreendê-la. Necessário então, de início, examinar o que mais se pode extrair deste conceito. Começemos pela locução *entrega de um estrangeiro*. Como regra, só os estrangeiros podem ser extraditados. Os brasileiros natos, nunca o serão, e os naturalizados, somente quando o crime de que forem acusados tiver sido cometido em momento anterior à naturalização, portanto em momento em que extraditando não era brasileiro, considerada a natureza constitutiva da nacionalidade derivada, ou quando se tratar de crime de tráfico internacional de drogas.

Agora, some-se a esta *entrega de um estrangeiro* o complemento *a uma jurisdição estrangeira*. No procedimento de extradição, tem-se a entrega de um não-nacional, de qualquer nacionalidade, ou mesmo sem qualquer nacionalidade a uma jurisdição estrangeira. É dizer: à jurisdição de um Estado soberano. Aqui, releva salientar que não se impõe seja o estrangeiro nacional do Estado requerente, de forma que pode o paraguaio ser entregue ao Equador, o Francês à Itália, o uruguaio à Bélgica, bem como se pode entregar o húnguro à Hungria ou o polonês à Polônia.

Por jurisdição estrangeira se entende a jurisdição de um Estado soberano. Dessa forma, não se trata a extradição de entrega de um indivíduo a uma corte internacional²⁶³. Jurisdição estrangeira não é jurisdição internacional. Jurisdição internacional é uma jurisdição com a qual o Estado assente, e se submete, por vontade. Nessa medida, autorizada está a entrega de um brasileiro à Corte Penal Internacional, estatuíta pelo Tratado de Roma. Neste caso, teria-se a entrega de um

²⁶² A promessa de reciprocidade é um dos raros exemplos de um acordo executivo no direito brasileiro. Por meio deste acordo, o Estado requerente promete atender ao pedido de extradição, formulado pelo Estado requerido, numa oportunidade posterior.

²⁶³ Muito de vê, de forma equivocada na imprensa, a notícia que tal ou qual pessoa, em geral ex-chefe de Estado, foi extraditado por seu país de nacionalidade para a Corte Penal Internacional. Nesses casos, como se viu, tem-se outra figura que com a extradição não se confunde: tem-se a entrega.

nacional a uma jurisdição internacional, da qual o Estado brasileiro faz parte por vontade²⁶⁴.

Voltando-se à definição, tem-se: *entrega de um estrangeiro a uma jurisdição estrangeira para que seja este, nela, jurisdicionado*. Ser jurisdicionado é, em sentido largo, submeter-se à jurisdição. A extradição pode ser requerida para que o extraditando seja processado criminalmente, ou para que uma sanção penal já imposta em processo criminal seja executada. Daí porque falar-se em jurisdicionado. A jurisdição, como se sabe, compreende o conhecimento e a execução.

Doutrinariamente, pedido de extradição para que o extraditando se veja processar é denominado extradição instrutória. O pedido para que se execute pena já imposta chama-se executória.

Para que se dê curso à cooperação, e se extradite para cumprimento de pena, também é necessário que esta pena seja compatível com o sistema de direitos fundamentais brasileiro, de sorte que não se extraditará para cumprimento de penas corporais ou degradantes, de trabalhos forçados, de banimento, de morte, perpétua, ou cujo cumprimento se dê em tempo maior que trinta anos, nos termos da *Lei de Execução Penal* brasileira. Como se trata de procedimento de cooperação jurídica internacional, pode o Supremo Tribunal Federal exigir, como condição de deferimento da extradição, o compromisso do Estado requerente de que comutará qualquer destas penas em espécie de pena admitida no sistema brasileiro.

A extradição se encontra configurada no Brasil como um procedimento híbrido, administrativo e judicial, ou mesmo como procedimento complexo,

²⁶⁴ A denúncia é forma de extinção dos tratados. Instituto típico de direito contratual, é espécie do gênero dissolução do contrato, que compreende: a rescisão, a resolução e a resilição. A Resilição, ou extinção contratual por vontade das partes, pode ser bilateral, o chamado distrato, ou unilateral, em que se tem o exercício de um direito potestativo (faculdade de interferir na esfera jurídica de outrem, sem a necessidade de sua anuência). A resilição unilateral tem lugar quando a lei o permitir, o contrato a prever, ou quando a natureza do acordo for com ela compatível, como nos contratos de confiança, como o mandato, em que o mandante pode, no exercício de seu direito potestativo, revogá-lo e o mandatário a ele renunciar. A resilição unilateral ainda se subdivide em: redibição, renúncia, revogação e denúncia. Denúncia consiste em desfazer o acordo simplesmente comunicando-se à outra parte o seu desfazimento. É o que ocorre com os tratados, em razão da soberania que faz com que os Estados só se submetam às suas regras por vontade, e enquanto ela perdurar. Curioso, no caso brasileiro, com relação à submissão ao Tratado de Roma, é que se fez constar, por Emenda Constitucional, esta submissão no próprio texto constitucional, como se vê do § 4º, do artigo 5º, do título dos direitos e garantias fundamentais, cláusula pétreia, portanto, de sorte que enquanto vigorar a atual Carta Política, o Brasil não poderá deixar de se submeter à jurisdição da Corte Penal Internacional, por ser esta uma cláusula constitucional pétreia no Brasil.

entendido como aquele em que há a necessidade da manifestação de vontade de dois órgãos distintos, sem a vinculação entre eles, pelo menos quanto as respostas positivas.

Recebido o pedido extradicional pelo Ministério das Relações Exteriores, este é submetido ao Presidente da República que decide entre recusar sumariamente seu atendimento, encerrando o processo, ou submetê-lo a controle de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, se decidir cooperar com a jurisdição amiga, deverá o Presidente da República submeter o pedido extradicional ao Supremo Tribunal Federal.

No Supremo Tribunal Federal, o pedido será distribuído a um relator. A primeira providência que este relator tomará será decretar a prisão do extraditando. Como se viu, só há extradição para que o extraditando seja processado por crime cuja pena seja privativa de liberdade, igual ou superior a um ano, sendo necessário que sua segregação, ao menos cautelar, já tenha sido determinada na jurisdição requerente. Do contrário, se não houver prisão processual já decretada, ter-se-ia a situação em que o extraditando poderia responder ao processo no Brasil, valendo-se a jurisdição requerente de outro mecanismo de cooperação jurídica internacional, qual seja, a expedição de cartas rogatórias instrutórias.

Pautado o processo para julgamento em plenário, o Supremo examinará (artigo 77, da Lei nº 6.815/80): se o crime supostamente cometido é considerado crime no Brasil. É o chamado princípio da dupla tipicidade (não é necessário ostentar a mesma cota marginal, o mesmo *nomen juris*, basta a mesma descrição típica); se se trata de crime político, eis que nesse caso não é possível a extradição, se a pena é igual ou superior a um ano, se o extraditando já foi processado pelo mesmo crime, se a pena já se encontra precrita, se o julgamento se deu ou se dará por tribunal de exceção; se o crime foi cometido no território do Estado requerente ou se é alcançado por sua lei penal por extraterritorialidade; se a pena a ser executada ou imposta é compatível com o direito pátrio, podendo exigir do Estado requerente que se comprometa a comutá-la para adequá-la a um padrão admissível no direito brasileiro e, por fim, se o processo a que foi submetido o extraditando observou o postulado do devido processo legal.

Autorizada a extradição (o Supremo Tribunal Federal não extradita, isso é competência do Presidente da República, somente autoriza a extradição), a questão

volta ao Presidente da República para que esta decida se deseja ou não entregar o extraditando.

Há casos em que o tratado de extradição, cuja internalização a ele confere *status* de lei ordinária no Brasil, obriga o Presidente da República a entregar o extraditando se autorizada, pelo Supremo, a extradição. Nestes casos, a não entrega não seria discricionária e consubstanciaria violação a lei, podendo assim ser determinada pelo STF.

4 AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS E O FENÔMENO DA CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NO MUNDO

O termo política²⁶⁵ aqui empregado deve ser entendido como o conjunto de escolhas, de ações de governo, princípios, diretrizes, estratégias, orientações e mecanismos jurídicos, incluindo normas, órgãos públicos e decisões, pensados e criados para a obtenção de um determinado resultado no campo da questão migratória. Em outras palavras: como os Estados lidam com a presença do estrangeiro - em geral fragilizado e em situação desvantajosa se comparados aos nacionais - em seu território, considerado o fenômeno da circulação internacional de pessoas.

O homem nunca deixou de circular pelo mundo. A procura por alimentos, os acidentes naturais, as guerras, as questões climáticas; e, posteriormente, as perseguições religiosas, étnicas; e ainda recentemente, as questões econômicas, e mais guerras, levaram o homem a deixar seu lugar de origem para habitar outras paragens, nem sempre bem-vindo, e muitas vezes obrigado a tolerar a adversidade em busca de uma vida melhor, ou em razão da inexistência de qualquer outra opção.

O conceito de migração é o de circulação de pessoas²⁶⁶, seja dentro de um mesmo território; seja representando o movimento de saída ou entrada deste território. A saída do território de origem do indivíduo, em grupos ou isoladamente, é conhecida como emigração. A entrada de estrangeiros em um determinado território alienígena é

²⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 14ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 159: "Derivado do adjetivo de pólis (*politikós*), significando tudo aquilo que se refere à cidade, e portanto ao cidadão, civil, público e também sociável e social, o termo 'política' foi transmitido por influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política, que deve ser considerado o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado, e sobre as várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência do governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também prescritivas (mas os dois aspectos são de difícil distinção), sobre as coisas da cidade. Ocorre, assim, desde a origem, uma transposição de significado do conjunto de coisas qualificadas em um certo modo (ou seja, com um adjetivo qualificativo como 'político') para a forma de saber mais ou menos organizado sobre este mesmo conjunto de coisas: uma transposição não diferente daquela que deu origem a termos tais como física, estética, economia, ética, e, por último, cibernética. Durante séculos, o termo 'política' foi empregado predominantemente para indicar obras dedicadas ao estudo daquela esfera de atividade humana que de algum modo faz referência às coisas do Estado [...]".

²⁶⁶ As migrações podem ser categorizadas, em linhas gerais, como: (1) políticas; (2) forçadas; (3) econômicas e (4) voluntárias.

o que se denomina imigração. Os fenômenos são complementares na medida em que só entra em um território estrangeiro quem tenha saído de seu território de origem (de nacionalidade, de naturalidade, de domicílio, ou de residência habitual) ou de outro território que lhe era estrangeiro.

Esses fenômenos podem ser temporários ou permanentes. Muitas vezes se iniciam para que sejam temporários e se tornam permanentes, impelidas as pessoas pelas circunstâncias. Na quadra atual, mostra-se cada vez mais raro encontrar quem nunca tenha ostentado a condição jurídica de estrangeiro, regular ou irregular, temporário ou permanente. Por lazer ou trabalho, em condições confortáveis ou análogas às de escravo, é cada vez maior a parcela da população mundial que experimenta o *status* de não-nacional, de alienígena, de estrangeiro²⁶⁷.

Por outro lado, é com a circulação de pessoas que se promove, desde tempos imemoriais, o intercâmbio de culturas, e com ele, o desenvolvimento das sociedades. É o caso da difusão de invenções como a roda, a escrita silábica, a ordenha do gado, a metalurgia, a produção de cerveja e a do vinho²⁶⁸. As descobertas, os modos de fazer, o uso de recursos naturais de formas ainda não conhecidas, são apresentados pelos estrangeiros à população local quando chegam aos lugares que os acolhem. Esses conhecimentos, técnicas e artes, permitem às sociedades que os recebem um grande desenvolvimento. Assim é que embora a China tenha inventado a bússola, o leme de popa, o ferro fundido, as comportas de canal, as sondagens profundas, os arreios peitorais para os animais de tração, a pólvora, os tipos móveis de imprensa, o papel e a porcelana, dado ao seu isolacionismo²⁶⁹, estas grandes invenções jamais foram

²⁶⁷ TIBURCIO, Carmen. op.cit. p. IX.

²⁶⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 1ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.30: "Assim é que, graças à grande extensão longitudinal do continente euroasiático, em contraste com a maior extensão latitudinal dos continentes africano e americano, as primeiras grandes invenções, originadas a partir do século VII a.C. na região do chamado Crescente Fértil (o vale formado entre os rios Tigre e Eufrates, de onde surgiu a sua denominação de Mesopotâmia) - a saber, a roda, a escrita silábica, a metalurgia, a ordenha do gado, o cultivo das árvores frutíferas, a cerveja e o vinho - espalharam-se em tempo relativamente rápido a todo o continente, da Irlanda ao Japão, numa extensão de quase 13 mil quilômetros. Em sentido oposto, as rodas inventadas pela população pré-histórica do México, ou os sistemas de representação escrita de palavras, utilizados pelos povos mesoamericanos, nunca chegaram a ser conhecidos na região andina; assim como os únicos e pequenos animais de tração e carga, originados no continente americano - a lhama e a alpaca - foram criados tão-só nos Andes."

²⁶⁹ *ibidem*. p.31: "A China permaneceu aferrada às suas tradições imemoriais, orgulhosa de sua condição de centro do mundo (o Império do Meio), estimando que nada tinha a aprender com os povos bárbaros do estrangeiro."

utilizadas como instrumentos de transformação da sociedade e conquista imperial, e só chegaram a ser conhecidas na Europa da Baixa Idade Média.

O Japão, que embora já utilizasse a pólvora há séculos, só veio a conhecer as armas de fogo em 1543, quando dois portugueses desembarcaram no país portando arcabuzes. Impressionados com seu poder destrutivo, por elas se interessaram e as desenvolveram, tornando-se, já em 1600, a melhor indústria bélica do mundo²⁷⁰.

Os portugueses, grandes navegadores e emigrantes por tradição, levaram mais que a arma de fogo para o Japão, introduziram na língua local termos até hoje utilizados como o *orrigato*, derivado do *obrigado*. E ensinaram-lhes a técnica de construção de edifícios capazes de suportar os tremores de terra, comuns na região, tendo se verificado, em 1945, que as construções portuguesas erguidas há séculos em Nagasaki resistiram muito melhor aos ataques atômicos que os edifícios japoneses de Hiroshima²⁷¹.

Grandes teóricos do Estado pensaram a imigração, a partir do Renascimento. Montesquieu e os fisiocratas a criticaram severamente. Por outro lado, Hobbes e Hume consideram-na positiva, já que o fenômeno possibilitava ao Estado livrar-se de seus opositores, além de representar possibilidades de expansão²⁷².

Na Idade Média, o direito de emigrar dependia da autorização do príncipe, na medida em que o indivíduo sujeitava-se, inclusive, à pessoa do soberano, o que trazia óbices à emigração, mesmo que temporária, ainda que para a realização de estudos na recém-criadas universidades²⁷³.

Foram os movimentos migratórios, e a circulação de pessoas, que deram origem a todos os povos, e, portanto, a todas as nacionalidades hoje existentes. Os que hoje são conhecidos por ingleses, são o fruto da cultura Celta²⁷⁴, aliada à chegada

²⁷⁰ *ibidem*. p.32.

²⁷¹ PAGE, Martin. *Portugal e a Revolução Global. Como um dos menores países do mundo mudou a nossa história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. pp. 17-18.

²⁷² vide CAVARZERRE, Thelma Thais. *Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.12.

²⁷³ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. op.cit. p.259.

²⁷⁴ JENKINS, Simon. *A Short History of England*. Londres: Profile Books. p.11: "The fifth and sixth centuries in the British Isles were truly dark ages. Iron Age Celts, so-called ancient Britons, had migrated from the continent between a thousand and six hundred years BC, and had intermarried with Roman invaders in the three centuries after the birth of Christ".

tardia do Império Romano²⁷⁵, somados aos reis escandinavos, da Dinamarca, e franceses, da Normandia²⁷⁶. É essa mistura que forma a cultura inglesa.

Os alemães são o conjunto de povos germânicos, reunidos, somente no século XIX, sob Estado único, pelo gênio político de Bismark, que conseguiu fazer com que os príncipes alemães oferecessem, em 18 de janeiro de 1871, a coroa imperial ao rei da Prússia, na sala de espelhos do Palácio de Versalhes²⁷⁷. Impondo-se estabelecer, considerado o grande número de línguas locais, os dialetos germânicos, muito distintos entre as diferentes regiões do Império, um padrão linguístico nacional, que fosse considerado o registro culto de uma única língua, o denominado *hoch deutsch*.

Espanha e Portugal foram, por séculos, predominantemente muçulmanos²⁷⁸. Desta influência, tem-se uma série de registros de influência da língua árabe em ambas as línguas²⁷⁹.

As Américas eram habitadas por distintas etnias indígenas. E a mistura destas a dos europeus e dos negros, posteriormente trazidos da África, deu origem a um sem-número novo de etnias, culturas e variações linguísticas, com predominância do inglês, espanhol e português.

²⁷⁵ CHURCHILL, Winston S. *Uma História dos Povos de Língua Inglesa. Volume único*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Univercidade, 2009. p. 3: "No verão romano de 669, modernamente chamado 55 antes de Cristo, o procônsul da Gália, Gaius Julios Cesar, voltou o olhar para a Britânia. Em meio a guerras na Germânia e na Gália, interessou-se por aquela ilha enevoadada que instigara sua ambição e já dificultara seus planos. Para César, a Ilha era parte integrante de sua missão de impor aos bárbaros do Norte as regras e os sistemas de Roma. As terras da Ilha, quando não cobertas por florestas e pântanos, eram verdejantes e férteis. Os locais, embora fossem gente tosca, tinham algum valor como escravos [...]. Os romanos, porém, odiavam e temiam o mar [...] mas uma imagem das legiões romanas desembarcando na remota, desconhecida e fabulosa Ilha do vasto oceano Norte provocaria novas emoções e muita conversa em todas as classes da sociedade romana."

²⁷⁶ GILINGHAM, John; GRIFFITHS, Ralph. *Medieval Britain*. Oxford: Oxford Press, 2000. p.1: "On Christmas Day 1066 Duke Willian of Normandy was acclaimed king of England in Westminster Abbey. It was an electric moment. The shouts of acclamation - in English as well in French - alarmed the Norman guards [...] Despite his victory at Hastings, despite the surrender of London and Winchester, Willian's position was still a precarious one and good reason to tremble".

²⁷⁷ MILZA, Pierre. *As Relações Internacionais de 1871 a 1914*. 2ª ed. Lisboa: Edições 70, 2007.p.11.

²⁷⁸ No século VIII, muçulmanos do Norte de África ocuparam a península Ibérica, pondo o fim ao reino visigodo que se estabelecera ao final do Império Romano. Em pouco tempo, atravessaram o Douro e chegaram às terras da Lusitânia. Na hoje Espanha, assenhorearam-se do território designado em língua árabe como Al-Andalus (hoje, Andaluzia), e o governaram por oitocentos anos. A ocupação de Portugal durou cinco séculos.

²⁷⁹ No Português, por exemplo: alambique, álcool, alcachofra, alcaparra, alface, alicate, alfaiate, azul, azulejo, café, cartaz, elixir, esmeralda, fulano, garrafa, laranja, limão, nora, prisão, salada, tambor, xadrez.

Para Oscar Tenório, a liberdade migratória constituiu um dos postulados do liberalismo econômico do século XIX, regulado somente pela exigência de passaporte e algumas cautelas de polícia para administrar o ingresso de estrangeiros, embora enquanto países como Brasil e Argentina fomentassem amplamente a imigração, em caráter geral, estivessem os Estados Unidos da América preocupados em restringí-la, por critérios de defesa da saúde do povo, moral da população e raça, como se vê de sua legislação específica, iniciada em 1875, que culminou com a fixação de cotas de 2% de estrangeiros de cada nacionalidade européia em 1924, na denominada Lei Johnson²⁸⁰.

4.1 A política migratória brasileira. Evolução Histórica

Trata-se, aqui, de investigar quais princípios, diretrizes, intenções e mecanismos jurídicos informam a atuação do Estado vinculada ao fenômeno migratório. Como o Estado enxerga o estrangeiro de um modo geral, venha ele ao território para uma curta estada, ou por período de tempo maior, como imigrante; se, nesta condição, ele é bem-vindo ou não, o que se lhe oferece; o que se lhe assegura e o que se lhe proíbe. Se sua entrada é fomentada, porque e para que (povoamento, incremento da força de trabalho, desenvolvimento da agricultura, ocupação do território, desenvolvimento da indústria, *aprimoramento étnico*); se sua entrada é limitada (segurança nacional, manutenção de padrões étnicos, proteção ao mercado de trabalho), e por quais critérios.

O estudo da evolução histórica da política migratória brasileira é o desenvolvimento de um perfil de como o Brasil enxergou o estrangeiro migrante, dos tempos coloniais aos atuais tempos de direitos humanos, período que se inicia com a chegada aqui dos portugueses, passa pelo tráfico de negros, pela substituição da mão-de-obra escrava pela do trabalhador europeu, pelo incentivo ao sonhado *branqueamento* populacional²⁸¹, pelas restrições étnicas impostas à imigração nos

²⁸⁰ TENÓRIO, Oscar. op.cit. p.248.

²⁸¹ SKIDMORE, Thomas E. *O Brasil visto de Fora*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 108: "Em matéria de imigração os brasileiros muitas vezes chegaram ao ponto de tornarem lei sua preferência por brancos. Em 1890,

anos 1930, e pela doutrina de segurança nacional e política de proteção ao trabalho, que informaram, durante o regime militar, a feitura da Lei nº 6.815/80, e chega à atual "Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante" elaborada pelo Conselho Nacional de Imigração, com olhos postos nos direitos humanos, e nas necessidades essenciais de todas as pessoas²⁸².

Historicamente, a migração teve papel preponderante na construção do Estado brasileiro, desde que seu território foi achado por navegadores portugueses no século XV. Quando os portugueses aqui chegaram, em 22 de abril de 1500, encontraram uma população composta de distintas etnias indígenas, conforme sua disposição no vasto território, população à qual se somou, através dos séculos, todos os demais que aqui chegaram²⁸³, em distintas épocas, sempre na condição inicial de estrangeiros: portugueses, africanos, holandeses, franceses, italianos, alemães, poloneses, japoneses, árabes, sírios, turcos, norte-americanos, ingleses, pomeranos, paraguaios, bolivianos, colombianos, peruanos, uruguaios, argentinos... O Brasil é assim um país

dois anos depois da abolição final, um decreto encorajando a imigração excluía especificamente nativos da 'Asia e África'.

²⁸² http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf . Acesso em 21.05.12, às 19h20m.

²⁸³ CARNEIRO, Maria Luiza Tucci; CROCI, Frederico. *in: Laços de Sangue Privilégios e Intolerância à Imigração Portuguesa no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2011. p.20, da apresentação à coleção *História das Migrações* (vol.5): "O papel das migrações na formação da identidade brasileira foi, por muito tempo, subestimado pelas autoridades políticas e acadêmicas e, ainda hoje, sua afirmação não está consolidada. A fábula das três raças - segundo a qual os três elementos sociais, branco, negro e indígena, se fundiram para dar vida a sociedade brasileira - faz parte do imaginário coletivo e ainda precisa de muito investimento para ser erradicada. Dentro desse triângulo étnico - em que o branco é identificado com o colonizador português, e o negro e o índio só entram como ingredientes complementares à receita - , as elites nacionais procuraram colocar em prática um projeto político capaz de forjar uma identidade para o Brasil: um país mestiço, imagem-símbolo da democracia racial. No entanto, ao longo de décadas, os descendentes de negros e índios, assim como os imigrantes asiáticos e do Oriente Médio, ficaram excluídos do discurso de fundação da identidade. Entre 1930 e 1940, segmentos distintos da intelectualidade brasileira concentraram o debate sobre a imigração na escolha do tipo ideal de imigrante, prevendo o branqueamento da população em futuro próximo.

Somente na década de 1970 e, ainda mais, com a democratização a partir da segunda metade da década de 1980, é que vislumbramos uma nova postura, caracterizada pela diversificação dos estudos, dos enfoques, e das memórias sobre as migrações. Hoje, felizmente, existe uma vasta literatura sobre o fenômeno migratório, embora ainda insuficiente para oferecer uma resposta consensual aos problemas vivenciados pelos novos imigrantes e refugiados do século XXI. Diante dos problemas gerados nas comunidades de destino, e pensando aqui no caso do Brasil, consideramos que se faz necessário fortalecer e inovar os estudos migratórios, dada a centralidade e atualidade do tema em âmbito internacional."

formado por estrangeiros assimilados. Se assim é, como Brasil lidou, tem lidado, e ainda lida com os estrangeiros que aqui aportam?

O primeiro estrangeiro em território nacional foi o português. Até a emancipação política do Estado brasileiro, em 1822, embora vindo do outro lado do Atlântico, o nacional português não ostentava, no Brasil, a condição jurídica de estrangeiro, seja porque o território brasileiro fosse colônia, e, portanto, possessão do Estado português; seja porque fosse, como foi, posteriormente, parte do Reino Unido de Brasil, Portugal e Algarves. De qualquer forma, ao aqui chegar em abril de 1500, o português o fazia na condição de quem vem de fora, de quem não é do lugar, de alienígena, de estrangeiro.

A vinda de estrangeiros para o território brasileiro se iniciou em 1530, trinta anos após seu achamento, como sistema português de ocupação e exploração do território colonial. Em 1548, criou-se o Governo-Geral, o que ensejou a necessidade de trazer ao território um maior número de portugueses que se ocupassem da administração. De qualquer sorte, o número de portugueses vindos para o Brasil, no curso do século XVI, não foi expressivo, especialmente se considerado seu incremento no século XVIII.

Em sua *Formação do Brasil Contemporâneo*, Caio Prado Júnior distingue duas fases da imigração portuguesa para o Brasil, anterior a 1808: a primeira, escassa, dos séculos XV a XVII; e a segunda, pós-Restauração de 1640, promovendo o afluxo de pessoas para as áreas de mineração da Colônia²⁸⁴.

Do achamento, em 1500, a 1530, nenhum esforço de povoamento foi empreendido. O Brasil foi encontrado no reinado de D.Manuel, o Venturoso, mas a primeira investida estatal portuguesa em matéria de povoamento só se deu em 1530, no reinado de D.João III, quando, em 3 de dezembro, partiu de Lisboa a primeira expedição colonizadora, comandada por Martin Afonso da Souza. Neste interregno, a única medida colonizadora, digna de nota, foi a doação de uma ilha, feita por D. Manuel e Fernando de Noronha²⁸⁵.

²⁸⁴ JÚNIOR, Caio Prado. *Formação Econômica do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. pp. 33-54. passim.

²⁸⁵ WELLISH, Maurício. *Legislação sobre Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores: Imprensa Nacional, 1941. p.XXII.

De 1530 a 1580, instituiu-se no Brasil o sistema de enfiteuse, repartindo-se o território em capitanias hereditárias, iniciando-se, assim, a colonização do Brasil. Já em 1532 fundavam-se as povoações de São Vicente e Santo André da Borda do Mato²⁸⁶.

Em 1548, cria-se o Governo-Geral do Brasil, instalado na Bahia, sob a direção de Tomé de Souza. Contudo, somente com Duarte da Costa, que o sucedeu no posto, inicia-se a política de colonização, por meio da vinda ao Brasil de orfãs, educadas em conventos portugueses, para desposar homens que aqui se encontravam, recebendo para tanto, do governo português, negros, vacas e éguas de criação²⁸⁷.

Embora não se possa afirmar com certeza, a primeira leva de escravos negros veio ao Brasil trazida pela Nau Bretôa, que deixou Lisboa em 22 de fevereiro de 1511, e chegou à Bahia de Todos os Santos em 17 de abril do mesmo ano. Antônio Fernandes, escravo de Rui Gomes; Antônio, escravo de Artur Henriques; e Bastião, escravo de Bartolomeu Marchone são os primeiros escravos africanos a vir ao Brasil, de que se tem registro oficial. Esta nau retornou a Portugal levando consigo 36 escravos índios²⁸⁸.

De 1580 a 1640 foi mantido o sistema de importação de escravos até que, em finais do século XVI, Portugal perdeu sua independência para a Espanha, que não tinha interesse em povoar o Brasil. Tal era seu desinteresse no país que, em 1627, Felipe II o fechou aos estrangeiros, proibindo-os de trabalhar e cultivar, e promoveu a repatriação e exílio de muitos deles.

Em 1637, o conde holandês Maurício de Nassau desembarcou em Pernambuco dando origem a colonização holandesa no nordeste brasileiro, daí o nome de muitas famílias brasileiras de origem holandesa. Wanderley, originado de Van der Ley; Brum, de De Bruyn; Lins; Ten Brinck; originado de Van den Brincke²⁸⁹.

Em 1640 veio a Restauração e, com ela, a suspensão da emigração até 1700.

De 1700 a 1750 inicia-se, no Brasil, o ciclo do ouro, o que atraiu grande número de estrangeiros. Por esta razão, uma lei régia de 1720 punia severamente os

²⁸⁶ idem

²⁸⁷ ibidem. p.XIII.

²⁸⁸ ibidem. p. XXIII.

²⁸⁹ ibidem.p. XXV.

estrangeiros encontrados sem passaporte a bordo de navios que se dirigissem ao Brasil²⁹⁰.

De 1750 a 1808, há o incremento do tráfico negroiro.

A vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, em 1808, trouxe consigo o maior fluxo migratório já observado no país até então. 10 mil portugueses vieram com a Corte²⁹¹, e, na década seguinte, mais dez mil portugueses aportaram no Rio de Janeiro.

O período colonial se encerra oficialmente em 1815, quando Carta Real eleva o Brasil à condição de Reino. Nesta época, são fundadas as colônias agrícolas de Santo Agostinho, no Espírito Santo, e Santa Leopoldina, na Bahia. Em 1812, o suíço Sébatien Nicolas Gachet recebe a tarefa de transportar, do Cantão de Friburgo, na Suíça, até o porto do Rio de Janeiro, cem famílias de colonos suíços, homens, mulheres e crianças. Tinha início a primeira onda de imigração europeia fomentada pelo Estado brasileiro. Mais duas levas, em 1818 e 1819 foram trazidas ao Brasil por Gachet, e, em 1820 era fundada, oficialmente, a colônia de Nova Friburgo.

Com a independência²⁹² e a criação do Império do Brasil, o português passou a uma especial condição jurídica, a de estrangeiro com privilégios²⁹³. Um conjunto de leis, portarias, e atos de Estado do Império do Brasil, via no idioma comum, e nas

²⁹⁰ *ibidem*. p. XXVI.

²⁹¹ WILCKEN, Patrick. *Império à Deriva. A Corte Portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821*. São Paulo: Objetiva, 2004. p. 45: "Talvez nunca saibamos quantos conseguiram embarcar na primeira frota, mas parece que cerca de 10 mil pessoas viajaram para o Brasil na primeira leva - um número gigantesco considerando que a população de Lisboa, na época, era de pouco mais de 200 mil habitantes. A um vasto séquito de cortesãos - cirurgiões reais, confessores, damas de companhia, encarregados do guarda-roupas do rei, cozinheiros e pajens - juntou-se a nata ilustre da sociedade lisboeta: conselheiros de Estado, assessores militares, padres, juízes e advogados, juntamente com suas famílias extensas".

²⁹² Curioso notar que, em termos estritos, o próprio imperador D. Pedro I, nascido em Queluz, Portugal, embora tenha chegado ao país com a Corte Joanina, em 1808, aos nove anos de idade, não era brasileiro pelo critério do direito do solo adotado pela Constituição do Império do Brasil, de 1824. Talvez, por isso mesmo, a necessidade de adotar-se a norma do inciso IV, do artigo 6º, da Carta Imperial.

²⁹³ Seis das sete Cartas Políticas brasileiras, inclusive a Constituição de 1988, distinguem a condição jurídica do estrangeiro nacional português (em alguns casos também dos originários de países de língua portuguesa) da dos demais estrangeiros, permitindo-se-lhes, hoje, a aquisição de nacionalidade brasileira derivada (por naturalização) com apenas um ano de residência ininterrupta no Brasil e idoneidade moral (quando aos demais estrangeiros o art. 112, III, da Lei n. 6.815/80, exige 4 anos) e o exercício de direitos políticos no Brasil, ou seja a concessão de cidadania em termos jurídicos estritos: votar, ser votado, ajuizar ação popular, o que é terminantemente vedado a todo e qualquer outro estrangeiro, nos termos do artigo 14, § 2º, da Carta da República.

afinidades culturais e de raça, a conveniência de se assegurar ao estrangeiro, de nacionalidade portuguesa, uma série de facilidades migratórias, como autorizações de trabalho, concessão de permanência e preferência na naturalização. Em verdade, a Constituição do Império fez mais que isso: embora tenha adotado como critério preponderante para a concessão de nacionalidade originária brasileira o direito do solo, estendeu a todos os portugueses²⁹⁴ a nacionalidade brasileira. Aqui não se teve, como se verá mais adiante, o que se denominou *naturalização coletiva* como promovida pela primeira Carta Republicana de 1891 - ao ofertar aos estrangeiros que se encontrassem no território, quando de sua promulgação, a possibilidade de se naturalizarem brasileiros pelo tão-só fato de residirem no Brasil - mas o reconhecimento da condição não de estrangeiro, mas de nacional brasileiro, desde o nascimento, a todos os portugueses²⁹⁵ que residissem no Brasil e o desejassem.

Já em 1824, uma resolução do Governo Imperial mandava ao Presidente da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul que cedesse a colonos alemães terreno em que se cultivava o linho de cânhamo, dividindo-o em datas de 400 braças, chegando ao Brasil, em junho deste ano, os primeiros colonos alemães.

Na fala do trono de 1826, o Imperador D. Pedro I salientou ser necessário, para desenvolver a agricultura, fomentar a entrada de "colonos prestadios".²⁹⁶

Em 1828, fundam-se a Província do Rio Grande do Sul, e a colônia de São Leopoldo.

²⁹⁴ Preceitua o inciso IV, do artigo 6º, da Constituição de 1824: "Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que já sendo residentes no Brasil na época, em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação de sua residência".

²⁹⁵ CARNEIRO, Maria Luiza Tucci; CROCI, Frederico op.cit. p 36: "O período de funcionamento da Assembleia Constituinte, instalada em 3 de maio de 1823, é crucial para compreender o debate sobre a condição jurídica do lusitano realizado em plenário parlamentar. Simultâneo aos ataques das Cortes Gerais de Lisboa dirigidos ao processo brasileiro de emancipação, e no auge da guerra contra os lusos em várias províncias, como Pará, Maranhão e Bahia, importava identificar a postura de cada um frente ao Brasil. A leitura dos discursos dos deputados constituintes e as leis e portarias sancionadas até 12 de novembro de 1823, quando a Assembleia foi dissolvida pelo imperador, apontam para a virtual impossibilidade de discernir o inimigo estrangeiro (ou quem deveria ser considerado português) apenas pelo local de nascimento.

Foi assim quando o deputado pernambucano Francisco Muniz Tavares propôs excluir os residentes portugueses da nacionalidade brasileira originária e atribuir-lhes estatuto de cidadãos naturalizados, em condições limitadoras. É significativo que tal postura tenha se verificado minoritária. A quase totalidade dos constituintes teve outro entendimento e viu nos nascidos em Portugal qualificação para a cidadania idêntica à dos nascidos no Brasil, desde que apoiassem a Independência e o imperador."

²⁹⁶ WELLISH, Maurício. op. cit. p.XXIX.

A primeira lei sobre o trabalhador imigrante no Império do Brasil foi promulgada em 1830. Dispunha sobre contrato de prestação de serviços por brasileiros e estrangeiros, e objetivava a garantir ao locador dos serviços a certeza de sua prestação, sancionando o descumprimento do pacto com o encarceramento do trabalhador. Em 1837, a Lei nº.108, de similar teor, regulava a relação entre colonos, brasileiros ou estrangeiros, e fazendeiros brasileiros, com vistas a incentivar a imigração.

Em 23 de outubro de 1832, foi editada lei que regulamentava a naturalização, prevista na Carta Política, e exigia o período de residência mínima de 04 (quatro) anos. Esse período viria a ser reduzido para dois anos pelo Decreto nº. 291, de 30 de agosto de 1843. Em 1855, o Decreto nº. 808-A concedia nacionalidade derivada brasileira aos colonos estrangeiros estabelecidos no Brasil, mediante simples compromisso prestado junto às Câmaras Municipais ou aos juízes de paz, exigindo-se o prazo anterior de dois anos de residência no território, previsto no Decreto nº. 291/43, somente para os imigrantes que chegassem ao Brasil após este ano.

Relatório de 1836, do Ministério do Império, preconizava a fundação de empresas de colonização, para "importação de gente morigerada", desviando-se, assim, para o Brasil, o fluxo migratório europeu que buscava a América do Norte.

A política migratória do Brasil do século XIX é voltada para a colonização. A ideia é a de promover o *branqueamento* populacional, resolvendo, assim, o *problema* da excessiva mestiçagem provocada pela constante entrada dos negros africanos desde o século XVI²⁹⁷. Seus instrumentos eram isenções de impostos de ancoragem para embarcações que trouxessem colonos para o país²⁹⁸; concessão de crédito aos fazendeiros para a importação de colonos²⁹⁹; e orientação às representações diplomáticas brasileiras no exterior para que promovessem, em seus postos, a

²⁹⁷ MATTOSO, Katia de Queiróz. *Ser Escravo no Brasil*. 3ª. ed. 2ª. Reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2003. p.19: "Entre 1502 e 1860, mais de 9 milhões e meio de africanos serão transportados para as Américas, e o Brasil figura como o maior importador de homens pretos. O século XVIII detém o recorde da importação: as Américas coloniais fizeram vir a elas 6 milhões e 200 mil escravos durante esse período e todas as grandes potências dos tempos modernos engajaram-se no tráfico e nele, uma a uma, assumiram papel dominante."

²⁹⁸ Lei nº.99, de 31 de outubro de 1835 e Decreto n.356, de 26 de abril de 1844.

²⁹⁹ Lei nº. 369, de 18 de setembro de 1845.

imigração para o Brasil de estrangeiros qualificados para o trabalho, de idade entre 14 e 30 anos, em número igual de sexos e casados³⁰⁰.

São criadas, e autorizadas a funcionar, no período, diversas empresas promotoras da colonização europeia: Sociedade Colonizadora de Hamburgo, S.A Promotora da Colonização Polaca no Império.

Em 1855, o Decreto nº. 1.531, de 10 de janeiro, concedeu aos estrangeiros livre circulação no território nacional portando, somente, seu passaporte. Antes do decreto, só se admitia a livre circulação aos que apresentassem título de residência. Aos que residissem no Brasil, ou fossem cônjuges de brasileiros, concedia-se o direito de viajar pelo território como se nacionais fossem.

Em 1870, o Decreto nº 4.676, de 14 de janeiro, que regulava o movimento imigratório autorizou a entrada de trabalhadores asiáticos. Os anos 1870 foram os mais intensos para a colonização estrangeira do Brasil. Em 1871, são libertos os escravos da Casa Imperial, numa clara sinalização do Governo de que a escravidão negra vivia seus últimos anos. Muitos contratos foram assinados para promover a imigração. De 1871 a 1872 entraram no Brasil 355.000 imigrantes.

A abolição da escravatura em 13 de maio de 1888 foi um evento cuja repercussão foi sentida em toda vida nacional, e até mesmo fora do país. Por mais de quatro séculos, o negro não possuiu *status* de pessoa, sendo tratado, juridicamente, como coisa³⁰¹, não era cidadão brasileiro, e, em muitos casos, sequer era considerado nacional, porque, vindo da África, era, de fato e de direito, estrangeiro.

É o que informa Manuela Carneiro da Cunha:

"Dentre os libertos, os africanos eram alvo de maior suspeição, e sofriram restrições legais muito mais estritas, facilitadas pelo seu estatuto legal de estrangeiros, ou mais propriamente de apátridas, na medida em que, conforme veremos, não eram considerados sob a proteção legal de seu país de origem.

Assim, os libertos africanos não eram evidentemente nem eleitores nem elegíveis, nem podiam fazer parte do Exército, Marinha ou Guarda

³⁰⁰ Decreto nº. 520, de 11 de junho de 1847.

³⁰¹ É o que se observa do aresto julgado pelo Tribunal da Relação do Maranhão, já ao final do século XIX, em 1874: "O escravo é um ente privado dos direitos civis; não tem o de propriedade, o de liberdade individual, o de honra e reputação; todo o seu direito como criatura humana reduz-se ao da conservação da vida e da integridade do seu corpo; e só quando o senhor atenta contra este direito é incorre em crime punível. Não há crime sem violação de um direito". Cf. *História da Vida Privada no Brasil. Volume 2.* 9ª reimpressão. NOVAIS, Fernando (dir); ALENCASTRO, Luiz Felipe de. (org). São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 338.

Nacional, nem ingressar nas ordens religiosas. Em 1830, um decreto proibia aos forros e forras africanos, sob pena de prisão, a livre circulação fora de seu domicílio a não ser com passaporte de limitada vigência e que só deveria ser concedido mediante o 'exame de regularidade de sua conduta'. Por justificativa figurava a 'presumpção e suspeita de que taes pretos são os incitadores, e provocadores dos tumultos, e commoções, a que se tem abalançado os que existem na escravidão' (decreto de 14.12.1830 arts. 3o e 4o - *Colleção de leis do Império*, p. 96)³⁰²

E prossegue, afirmando que a "maioria das medidas era um convite nem sempre velado à emigração voluntária".³⁰³

Com a liberdade, muitos escravos voltaram, após longos anos de cativo no Brasil, à terra de origem ou à terra de seus antepassados no continente Africano. Lá, perceberam-se na incômoda situação de não serem reconhecidos como brasileiros no Brasil, nem como Africanos em África, na medida em que eram recebidos como ex-escravos brasileiros, *status* social que dificultava, em muito, sua reinserção na vida africana.³⁰⁴

Com a queda do Império e proclamação da República, promulgou-se a Carta Política de 1891. No que concerne aos estrangeiros, a primeira providência constitucional foi a de promover, no ítem 4º, do artigo 69, a naturalização daqueles estrangeiros que "achando-se no Brazil aos 15 de novembro de 1889, não declarem, dentro de seis mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem", e dos que "possuïrem bens immoveis no Brazil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros comtanto que residam no Brazil, salvo si manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade", como se vê do ítem 5º, do mesmo dispositivo.

Quanto às garantias observadas aos estrangeiros, o artigo 72, do texto constitucional, concedia aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual, e à propriedade, e permitia, mais adiante, no § 9º, do mesmo artigo, a quem quer que fosse representar junto aos poderes públicos, assegurando, no § 10, subsequente, que

³⁰² CUNHA, Manuela Carneiro da. *Negros, Estrangeiros. Os escravos libertos e sua volta à Africa*. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 99.

³⁰³ *ibidem*. p. 101.

³⁰⁴ Cf. prefácio de Alberto Costa e Silva à segunda edição de *Negros, Estrangeiros. Os escravos libertos e sua volta à Africa*. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

qualquer pessoa, em tempo de paz, pudesse entrar ou sair do território, com sua fortuna e bens, independentemente de passaporte.

Nos anos 1920, a imigração japonesa para o Brasil foi considerada um problema³⁰⁵. E, em consequência, a Carta Política brasileira de 1934 estabeleceu o sistema de cotas étnicas para a entrada de imigrantes no Brasil, estabelecendo, no § 1º, de seu artigo 121, que entrada de estrangeiros sofreria

"restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente migratória exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total de dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos".

O § 7º, do mesmo artigo, vedava "a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização, e assimilação alienígena".

A Carta de 1937 mantinha a entrada no território sujeita ao regramento da lei, mantendo, por igual, a disposição, segundo a qual, a corrente migratória de cada país não poderia exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total de dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

Para se ter uma idéia do despudor com que o Estado brasileiro tratava a questão do estrangeiro indesejável, o artigo 1º, do Decreto-Lei nº 406, de 4 de maio de 1938, que versava sobre "A Entrada de Estrangeiros no Território Nacional" assim dispunha:

"Não será permitida a entrada de estrangeiros, de um ou de outro sexo: **I - aleijados, mutilados, inválidos, cegos, surdo-mudos; II - indigentes, vagabundos ciganos e congêneres;** III - que apresentem afecção nervosa ou mental, verificada na forma do regulamento, alcoolistas e toxicômanos; IV - doentes de moléstias infecto-contagiosas graves, especialmente tuberculose, tracóma, infecção venérea, lepra e outras referidas nos regulamentos de saúde pública; V - os que apresentem lesões orgânicas com insuficiência funcional; VI - menores de 18 anos e maiores de 60, que viajem sós, salvo as exceções previstas no regulamento; VII - que não provem o exercício de profissão lícita ou a posse de bens suficientes para manter-se e às pessoas que os acompanhem na sua dependência; VIII - de conduta manifestamente nociva à ordem pública, à segurança nacional ou à estrutura das instituições; IX - já anteriormente expulsos do país, salvo se o

³⁰⁵ SKIDMORE, Thomas E. op.cit. pp. 108-109: "[...] mas em 1920 um amargo debate explodiu sobre a imigração japonesa. A elite brasileira sentiu-se tão ameaçada com a perspectiva de uma invasão asiática que a Constituição de 1934 estabeleceu uma Quota de Origens Nacionais para limitar a entrada de imigrantes do Brasil. Essa política de imigração 'só de brancos' ganhou ainda mais apoio com o decreto de 1945 e ainda é a política oficial do Brasil".

ato de expulsão tiver sido revogado; X - condenados em outro país por crime de natureza que determine sua extradição, segundo a lei brasileira; XI - que se entregarem à prostituição ou a explorarem, ou tenham costumes manifestamente imorais". (grifei)

O parágrafo único, do referido artigo, excluía as vedações contidas nos incisos I, V e VI se a estada fosse temporária.

De qualquer sorte, embora na quadra atual se considere, felizmente, inadmissível referências legais à *aleijados, mutilados, ciganos e congêneres, indigentes e vagabundos*, há ainda, no artigo 52, do Decreto nº 86.751/81, a previsão de impedimento, evidentemente inconstitucional, de quem sofra de diversas enfermidades, entre elas: doença mental, de qualquer natureza e grau; doenças hereditárias ou familiares; neoplasia maligna e outras doenças a critério da autoridade sanitária.

No ponto, de se destacar que Portaria do Ministério da Saúde autoriza, atualmente, estrangeiros não residentes no Brasil a que aqui se submetam a transplantes de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano desde que o doador seja vivo, seja cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau, em linha reta ou colateral. A portaria regulamentando o procedimento autoriza somente as cirurgias realizadas na rede privada. A realização desse tipo de transplante com recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) só é possível com prévia existência de acordos internacionais em base de reciprocidade. Essa medida atende, principalmente, a população de fronteira que não conseguia ter acesso à cirurgia por falta de regulamentação do procedimento.

A Carta Política de 1946 deixou ao arbítrio do legislador ordinário controlar o fluxo migratório, sem fazer qualquer ressalva ao percentual de estrangeiros por procedência. Assim também a Carta de 1967 e a de 1969. Seu artigo 153, repetiu a fórmula introduzida na cultura jurídica brasileira pela Constituição Imperial, prevendo o artigo 153 garantir-se aos brasileiros e estrangeiros residentes os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

A partir dos anos 1960, o Brasil deixa de ter papel relevante nos grandes fluxos migratórios internacionais, e passa a focar sua política migratória na segurança nacional, na reserva geográfica e na aceitação de refugiados. No período, os

imigrantes que procuram o país são, em sua maioria, sulamericanos, asiáticos e africanos. Trata-se, aqui, de uma política reativa e de acomodação³⁰⁶.

4.1.1 A política migratória brasileira hoje

O artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, apresenta o rol do que se denominam direitos e garantias fundamentais. Em seu inciso XV, mantém longa tradição constitucional brasileira de acolhida ao forasteiro, ao assegurar, como regra, que "é livre a locomoção no território, em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens"³⁰⁷, mas assegura mais que isso, equiparando, em direitos e garantias fundamentais, brasileiros e estrangeiros. Em seu *caput*, enuncia que, na República Federativa do Brasil, 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" e com isso, ao que parece, garante, considerados os compromissos internacionais assumidos em tema de direitos humanos, a todas as pessoas que se encontrem no território, sejam nacionais, estrangeiros, regulares ou irregulares, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Não só estes, mas todos os demais direitos revestidos de jusfundamentalidade, encartados no corpo da Carta Política, como o direito à saúde, previsto no artigo 196 como obrigação do Estado e direito de todos, com acesso universal a ações e prevenção e recuperação de enfermidades, não distinguindo a Constituição entre nacionais e estrangeiros; e, quanto aos estrangeiros, entre regulares e irregulares; direito a uma prestação mensal, no valor de um salário mínimo, como previsto no artigo 203, V, do Pacto Fundamental, a quem dele necessitar, por igual

³⁰⁶ Núcleo Interdisciplinar de Estudos Migratórios <http://br.groups.com/group/niem_rj/>

³⁰⁷ O inciso VI, do artigo 179, da Constituição Imperial de 1824, previa: "Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo prejuízo de terceiro".

não distinguindo entre nacionais e estrangeiros, e entre estes consoante seu *status* migratório.

Embora ainda em vigor o denominado Estatuto do Estrangeiro, informado pela doutrina da segurança nacional, própria do regime de exceção em que concebido, pelos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, e, especialmente, pela proteção do trabalhador nacional³⁰⁸, os órgãos encarregados da Política Migratória Nacional (Ministério da Justiça, por meio da Polícia Federal, e, especialmente, pelo Departamento de Estrangeiros, ligado à Secretaria Nacional de Justiça; o Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho, embora com representação de outros órgãos de governo e o Ministério das Relações Exteriores, responsável pelo implemento desta política no plano externo, especialmente no que concerne à emissão de vistos pelo serviço exterior brasileiro, em atividade consular) têm procurado orientar seus procedimentos por outros princípios informativos, de envergadura constitucional³⁰⁹, considerados os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no plano internacional³¹⁰. Neste sentido, os fins da Política Nacional de Imigração já são, hoje, frontalmente distintos dos princípios informativos da lei de estrangeiros em vigor (artigo 2º, da Lei nº. 6.815/80), e se orientam pela observância dos direitos humanos³¹¹ que correspondem

³⁰⁸ artigo 2º, da Lei nº. 6.815/80: "Na aplicação desta Lei, atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização do institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional".

³⁰⁹ Por exemplo: isonomia e proporcionalidade. O artigo 5º, da Carta da República assegura, aos brasileiros e estrangeiros residentes (no entender do Departamento de Estrangeiros, residentes permanentes ou temporários, regulares ou irregulares), o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

³¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto dos Direitos Civis e Políticos; Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); Tratado de Assunção; Acordo de Seguridade Social do Mercosul; Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Parte do Mercosul, Bolívia e Chile; Convenção nº.97 da Organização Internacional do Trabalho - OIT; Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças; Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate do Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; Protocolos de Palermo sobre o Tráfico de Pessoas e de Migrantes.

³¹¹ O conceito de Direitos Humanos adotado neste trabalho é o de valores universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade da pessoa humana, que, enunciados em documentos internacionais, cuja função, como regra, é nomogenética, recebem o nome de direitos humanos, e, encartados em Cartas Constitucionais, são denominados direitos fundamentais.

às necessidades essenciais de todas as pessoas, devendo ser atendidos para a garantia de uma vida com dignidade.

A atual política de migração é sustentada sobre três eixos: (1) entrada; (2) participação na sociedade; e, (3) acesso a serviços³¹².

Tem como orientações:

(1) A migração e o desenvolvimento no local de origem são direitos inalienáveis de todas as pessoas; (2) A admissão de migrantes no território nacional é ato de soberania do Estado. Os procedimentos de admissão serão não discriminatórios, assegurados os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal, pelos Tratados e Acordos Internacionais e pelas Leis Brasileiras, em especial a proteção aos direitos humanos; (3) Os migrantes documentados ou em situação regular no território brasileiro terão igualdade de oportunidades e de tratamento e serão sujeitos aos mesmos direitos, inclusive o acesso à Justiça gratuita, e obrigações que os cidadãos brasileiros, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, gênero e orientação sexual, idioma, convicção religiosa, opinião política, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio e estado civil, nos termos da Constituição Federal; (4) Todo migrante e sua família, independentemente de sua condição migratória, tem direito ao acesso à educação, em especial a criança e o adolescente, à atenção de saúde e, sob responsabilidade do empregador, aos benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho; (5) A integração dos migrantes será promovida, para o melhor aproveitamento de suas capacidades pessoais e

³¹² Neste ponto, considera-se que o estrangeiro no Brasil, regular ou irregular, contribui para a receita nacional com o recolhimento de tributos, inclusive impostos, ainda que de forma indireta, razão porque teria direito de acesso a serviços públicos.

laborais, a fim de contribuir com o desenvolvimento do país; (6) A migração não documentada, ou irregular, é uma infração administrativa e não está sujeita à sanção penal; (7) As políticas de desenvolvimento, em âmbito nacional, regional e local, deverão considerar as migrações de forma a maximizar seus efeitos positivos; (8) As trabalhadoras e os trabalhadores migrantes e suas famílias devem ter seus direitos protegidos, com especial atenção à situação da mulher, à garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como às famílias de emigrantes brasileiros que permanecem no Brasil; (9) Aos migrantes é assegurado o direito à reunião familiar nos termos da Lei; (10) O diálogo com Estados de origem, trânsito e destino de movimentos migratórios deve ser fortalecido com vistas à maior proteção dos direitos humanos dos migrantes; (11) O enfrentamento à discriminação, à xenofobia e ao racismo em relação a migrantes deve ser fortalecido; (12) A formulação de políticas, diretrizes e programas relacionados às migrações internacionais por meio do diálogo social deve ser fortalecida; (13) Aos trabalhadores migrantes em situação regular são assegurados os mesmos direitos e as mesmas garantias dos trabalhadores nacionais; e (14) A elaboração de normas e recomendações migratórias adotarão tratamento especial às migrações no âmbito dos processos de Integração Regional.

E diretrizes específicas:

(1) A expedição de documentos dos migrantes deve ser célere com vistas a garantir o regular exercício de direitos e deveres; 2) A atuação das agências privadas de recrutamento e envio de trabalhadores brasileiros ao exterior deve ser regulada, de forma a prevenir a ocorrência de trabalho irregular ou degradante; (3) As remessas de recursos oriundos do trabalho dos migrantes aos seus países de origem devem ter

procedimentos simplificados e custo acessível, por meio dos canais legais existentes; (4) O Estado manterá locais de atendimento aos migrantes, especialmente em pontos de fronteira, oferecendo-lhes informações e realizando encaminhamentos para acesso a serviços públicos para garantia de seus direitos fundamentais; (5) Os direitos e deveres dos migrantes serão promovidos e difundidos, conforme o estabelecido na Constituição, nos compromissos internacionais e na legislação vigente; (6) Aos migrantes serão promovidas condições de trabalho decente com objetivo de coibir a exploração do trabalhador; (7) Os procedimentos para a obtenção de vistos, de autorizações para trabalho, de prorrogações de estada, de transformações de vistos, de alterações de condição migratória e de residências devem ser padronizados, com vistas à simplificação, à desburocratização e à transparência; (8) As bases de dados do Governo Federal com informações sobre migração internacional devem ser integradas entre os órgãos envolvidos, tais como: Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Justiça e Polícia Federal, Ministério das Relações Exteriores e Banco Central do Brasil; (9) As informações e os dados que possibilitem o conhecimento e acompanhamento das migrações internacionais devem ser disponibilizados de forma pública; (10) A capacitação dos servidores públicos que atuam no atendimento aos migrantes, devem ser fortalecida, reforçando o tratamento humanizado e coerente com as suas necessidades; (11) As políticas públicas de trabalho, emprego e renda serão aplicadas visando à integração dos imigrantes e suas famílias e dos brasileiros que regressam do exterior, conforme suas necessidades específicas; (12) As pessoas em deslocamento fronteiriço devem ter tratamento específico, respeitando as peculiaridades das cidades de fronteira; e (13) Às pessoas em deslocamento internacional de curta duração

ao Brasil, para fins de trabalho, aplicam-se a legislação específica e as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração.

As ações previstas no âmbito da Política Nacional de Imigração e proteção ao Trabalhador Migrante são:

(1) Programa para qualificação técnica de servidores públicos será elaborado, fortalecendo o atendimento humanizado de migrantes; (2) Informações, estatísticas e estudos qualificados que apreendam as especificidades do cotidiano dos migrantes e das redes sociais de migração envolvidas serão produzidos; (3) Seminários para divulgação dos acordos do MERCOSUL e outros relacionados nas áreas migratória, trabalhista e previdenciária serão realizados, visando fortalecer a integração regional e a garantia dos direitos dos nacionais dos Estados Partes; (4) O acesso dos migrantes e suas famílias às políticas públicas de trabalho, emprego e renda será ampliado nas regiões do território brasileiro que sejam origem, destino ou trânsito de migrantes; (5) A ratificação da Convenção das Nações Unidas para Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias será encaminhada; (6) Campanhas informativas, nos vários idiomas, para divulgação dos direitos e deveres dos migrantes e da Política Migratória Brasileira serão realizadas; (7) Uma base de conhecimentos, com disponibilização de acesso, será organizada e consolidada, contemplando: um sistema de informações estatísticas e o conhecimento qualitativo existente mediante pesquisas, documentos, legislações e normas jurídicas nacionais e internacionais; (8) Na estruturação do sistema de informações estatísticas, os dados devem permitir a verificação quanto às dimensões de gênero, nacionalidade e outros fatores de influência na vulnerabilidade dos migrantes; (9) Planos de proteção e integração das

trabalhadoras e dos trabalhadores migrantes serão desenvolvidos, em especial nas áreas de fronteira; (10) Ações específicas, diretamente ou em parceria com a sociedade civil, serão promovidas para possibilitar aos imigrantes no Brasil e aos emigrantes retornados o acesso às políticas públicas voltadas à assistência, à educação, à saúde e à integração sócio-econômica e cultural; (11) Diálogo direto e permanente dos órgãos governamentais com as organizações que trabalham diretamente com migrantes, associações de migrantes e especialistas da área será promovido, contemplando, inclusive, a sensibilização na temática do tráfico de pessoas e de migrantes; (12) Mecanismos de transparência e participação social serão aperfeiçoados, por meio da ampliação da representação, no CNIg, de associações e organizações que trabalham com migrantes e de brasileiras(os) retornadas(os); e por meio da realização de conferências; (13) Recomendação aos Conselhos Nacionais para que incorporem em suas políticas o tema das migrações internacionais; (14) O diálogo e a prestação de serviços a migrantes nos âmbitos estaduais e municipais serão estimulados; e (15) As empresas que empregam migrantes em situação migratória irregular serão responsabilizadas

Como se vê, a atual Política Nacional do Migrante³¹³, abandona uma política extremamente restritiva, porque fundada, precipuamente, na segurança nacional e na proteção do trabalhador nacional, para adotar uma postura que confere direitos ao migrante, e se lhe reconhece o direito de migrar em condições dignas. Em verdade, reconhece um direito à migração. Dedicar-se ao atingimento de uma cidadania plena, aqui entendida como assegurar-se ao estrangeiro: (1) identidade, com sua regularização e documentação; (2) direitos sociais, com seu acesso aos serviços públicos, que também ajuda a manter, com o pagamento de impostos indiretos; e, (3) direitos políticos, conferindo-se-lhe voz e participação, ainda que se lhe vede a

³¹³ <http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf> acesso em 12.06.2012.

atividade político-partidária, nos termos da Constituição. Assim, embora à exceção dos direitos políticos, todos estes postulados já se encontrem previstos no projeto de lei (PL nº 5.655/09) que tramita no Congresso Nacional, e que substitui o atual Estatuto dos Estrangeiros, estes princípios são adotados, em caráter hermênutico, utilizados na aplicação da atual lei (cuja elaboração é pré-constitucional e, por isso, não contempla o sistema de direitos e garantias fundamentais encartado na Carta Política), pelos órgãos de governo encarregados de fazê-lo.

No que concerne à nova lei, a idéia é a de que se torne uma verdadeira lei de migração, representando, assim, uma verdadeira virada na forma como o estrangeiro é visto no Brasil, no sentido de que seja uma lei que confira direitos, mais do que os restrinja, e facilite, o mais possível, a regularização daqueles não nacionais que tenham intenção de se estabelecer no território.

Dados do Departamento de Estrangeiros³¹⁴, da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, apontam que o número de estrangeiros regulares no Brasil, em 2011, aumentou quase 50% em relação a 2010. Até junho de 2011, o Brasil possuía cerca de 1,466 milhão de estrangeiros, enquanto em dezembro de 2010, os números não ultrapassavam 961 mil. A maioria dos estrangeiros que migram para o Brasil é de origem portuguesa, boliviana, chinesa e paraguaia. Os portugueses, de dezembro de 2010 a junho de 2011, aumentaram de 276.703 para 328.856. Os bolivianos de 35.092 para 50.640. Os chineses, influenciados por acordos comerciais, entre Brasil e China, aumentaram de 28.526 para 35.265. Os paraguais aumentaram no Brasil de 11.229 para 17.604.

Ainda segundo dados do Departamento de Estrangeiros, de 2008 a 2010 o número de pedidos de autorização de permanência aumentou de 10.689 para 18.058. E o aumento na concessão de nacionalidade derivada brasileira foi da ordem de 100% entre estes mesmos dois anos. Em 2008, foram naturalizados brasileiros 1.119 estrangeiros, e, em 2010, 2.116.

314

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA5F550A5ITEMIDF7B2EE1D60D4405F80C9C91D4EA12FC3PTBRNN.htm>> acesso em 06.06.2012

4.1.2 A Lei nº 6.815/80. O Estatuto do Estrangeiro

Em 1980, quando da promulgação da Lei nº 6.815, alterada pela Lei nº 6.964, de 9 de dezembro de 1981, a política migratória brasileira, como se disse, fundava-se, precipuamente, na doutrina da segurança nacional. O Estado brasileiro era o configurado pela Carta de 1969, documento erigido em pleno regime militar. Institutos como a prisão administrativa para fins de deportação (artigo 58), sem a necessidade de ordem escrita, emanada de autoridade judiciária competente; a proibição da livre manifestação, por iniciativa do Ministro da Justiça, que, considerando a inconveniência para os interesses nacionais, poderia proibir estrangeiros de tomar parte em congressos, conferências, e manifestações folclóricas (artigo 110) não causavam, como hoje causam, a imediata percepção de sua incompatibilidade com valores universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade da pessoa humana que, selecionados pelo poder constituinte originário, em 1987, vieram a compor o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República de 1988.

Essa realidade, que, em alguma medida, perdura até os dias atuais, apresenta-se em evidente descompasso com o tratamento que se tem dado, no mundo, à questão do movimento migratório. Daí porque o Conselho Nacional de Imigração, órgão de planejamento da política migratória brasileira, têm procurado orientar seus procedimentos por princípios informativos, de envergadura constitucional, de observância dos direitos humanos que correspondem às necessidades essenciais de todas as pessoas, devendo ser atendidos para a garantia de uma vida com dignidade. A atual política de migração é sustentada, como se disse acima, sobre três eixos: (1) entrada; (2) participação na sociedade; e, (3) acesso a serviços.

Composta de 141 artigos, a lei, em seu artigo 2º, estabelece a hermenêutica proposta no momento histórico de sua concepção: "Na aplicação desta Lei, atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização do institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional".

A Lei nº 6.815/80 não conceitua estrangeiro. Como já se disse, emprega aparentemente os conceitos de estrangeiro irregular e clandestino como sinônimos

(artigo 27 aos referir-se a *impedidos* - que tanto podem ser regulares, documentados; quanto irregulares, indocumentados, com documentos equivocados ou sem documentos, e *clandestinos*, aqui, aparentemente, entendidos com irregulares), embora a aparente coincidência pareça se desfazer no artigo 125 em que se tem a norma que estabelece que entrar no território *sem estar autorizado* é encontrar-se na qualidade de clandestino, reforçando nosso argumento de que o clandestino (espécie do gênero estrangeiro irregular) é aquele de quem a entrada (como procedimento administrativo, em sentido jurídico) não se tem notícia formal, justamente porque é meramente fática e não jurídica.

Neste ponto, também como já se disse, necessário recordar que a entrada do estrangeiro deve ser entendida como uma entrada jurídica, ato formal (ainda que não escrito, e eventualmente comprovado com a aposição de carimbo no documento de viagem do estrangeiro), regulado pelo direito, emanado da Administração Pública. Trata-se, assim, de ato jurídico emanado da Administração, e, portanto, de um ato administrativo. A entrada física do estrangeiro no território, e sua permanência física (não autorizada) constituem um fato jurídico, ou seja, um fato humano de que decorrem conseqüências jurídicas, como, por exemplo, a possibilidade de requerer o estrangeiro irregular e/ou clandestino sua naturalização-anistia, decorridos 15 (quinze) de permanência no território, nos termos do artigo 12, II, *b*, da Constituição da República.

A Lei estabelece (artigo 4º) os tipos de visto que o Estado brasileiro pode conceder ao estrangeiro, para que possa entrar no território nacional. A entrada no território não prescinde de um visto, que é uma autorização de entrada, seja ele concedido nas repartições consulares brasileiras, pelo serviço exterior (artigo 2, §§§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 86.751/81), seja excepcionalmente concedido no território nacional, como ato de soberania. Ainda que de posse de um visto, a entrada não é garantida, já que o artigo 26 estabelece ser o visto mera expectativa de direito; mas, sem ele, a entrada jamais ocorrerá.

Os vistos legalmente previstos o são em caráter temporário ou permanente: temporários são os de trânsito, para quem passe pelo território a caminho de outro destino; de turista, para os que desejem visitar o país, sem aqui exercer atividade remunerada; temporário, de caráter genérico, para quem queira realizar viagem cultural, de negócios, na condição de desportista, de estudante, de cientista, professor,

jornalista correspondente, e ministro de confissão religiosa (artigo 22 e incisos do Decreto 86.751/81). Em caráter permanente, os vistos podem ser de trabalho; de investidor (com facilidades para o investidor sul-americano), para reunião familiar (para quem tenha descendentes brasileiros, ou para que seja casado³¹⁵ com brasileiro; ou viva em união estável, inclusive homoafetiva³¹⁶, com brasileiros); vistos humanitários especiais, como recentemente concedidos aos haitianos que adentraram o território pelo norte; vistos decorrentes de anistia, como o previsto na Lei nº 11.961/09; visto para tratamento médico; para realização de cirurgia de transplante, na rede privada de saúde, desde que de doador vivo e com relação de parentesco, visto para aposentado com rendimentos mínimos; oficial, para autoridades em missão oficial no Brasil e diplomático, para este fim específico etc. Por fim, vistos de cortesia do governo brasileiro, a quem entender o governo deva receber autorização de entrada, independentemente de previsão específica. Aqui, de se ressaltar que a admissão de um estrangeiro é sempre um ato político, um ato de soberania, de sorte que deve a lei deixar esta ampla margem à discricionariedade do administrador para gerenciar casos omissos.

O artigo 30 exige que o estrangeiro, com visto permanente, se registre no território nacional.

A lei não admite a transformação ou prorrogação de vistos no Brasil, salvo quando se tratar de visto temporário para visto permanente³¹⁷.

³¹⁵ Como se viu quando se tratou da nacionalidade, o direito brasileiro não concede nacionalidade a cônjuges estrangeiros de brasileiros, mas, tão-somente, a autorização (visto) de permanência, ao contrário de outros sistemas que conferem nacionalidade (neles chamado de cidadania) pelo casamento, como o francês, por exemplo.

³¹⁶ Antes mesmo da histórica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, em que se reconheceu que a união estável homoafetiva também constituía unidade familiar, para fins do que preceitua o artigo 226 da Carta da República, o Conselho Nacional de Imigração editou a Resolução nº 77/08, admitindo a concessão de visto permanente para reunião familiar a casais formados por brasileiros e estrangeiros, em união estável homoafetiva.

³¹⁷ "ADMINISTRATIVO. VISTO DE TURISTA EXPIRADO HÁ TRÊS ANOS. PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Pretende-se "seja concedida e prorrogada a estadia em território nacional [...], evitando-se, assim, a deportação da recorrente, sem que lhe seja assistido o direito de dar destinação aos seus bens no Brasil". 2. Apesar de ter ingressado com visto de turista, o que lhe permitia permanência em solo nacional por noventa dias, prorrogáveis por igual período, totalizando o máximo de cento e oitenta dias por ano, conforme arts. 12 e 35 da Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), admite a autora estar residindo no Brasil há três anos ininterruptos. 3. De acordo com o art. 38 da Lei n. 6.815/80, "é vedada a legalização da estada de clandestino e de

No que concerne às restrições impostas aos estrangeiros, o artigo 106 um rol de atividades vedadas, tais como:

"I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre; II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas; III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior; IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica; V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica; VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro; VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada; VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais; IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva. § 1º O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca. § 2º Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso: a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo; b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares".

Muitas destas restrições, como já se viu, não se coadunam com os princípios informativos da Carta Constitucional de 1988, na medida em que foram elaboradas pelo legislador, com olhos postos no texto de 1969.

Algumas destas restrições, no entanto, alcançaram *status* constitucional, como, por exemplo, ser proprietário de empresa jornalística; outras, no entanto, simplesmente se tornaram com a Constituição em vigor incompatíveis, como é o caso, por exemplo, da posse e utilização de rádio amador.

O artigo 107 veda ao estrangeiro a atividade política. Esta vedação não se afigura incompatível nem com o texto constitucional, como se vê de seu artigo 14, § 3º, nem normas de direito internacional.

irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (artigo 13, itens I a IV e VI) e de cortesia". 4. Já o art. 6º diz que "a posse ou a propriedade de bens no Brasil não confere ao estrangeiro o direito de obter visto de qualquer natureza, ou autorização de permanência no território nacional". 5. Apelação a que se nega provimento". (TRF1. Quinta Turma. Apelação Cível nº 200538000359753. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. Julgado em 17 de outubro de 2077 e publicado em 23 de novembro do mesmo ano).

O artigo 110, em evidente afronta ao sistema de liberdades públicas previsto no texto constitucional, autoriza a proibição, pelo Ministro da Justiça, realização, por estrangeiros, de conferências, congressos e exposições artísticas sempre que considerar conveniente aos interesses nacionais.

A lei regula ainda as formas de saída compulsória, incluindo o impedimento ou não-entrada. Trata, assim, da deportação, da expulsão e do procedimento de cooperação jurídica internacional denominado extradição.

Neste ponto, de se destacar que prevê as prisões para fim de deportação, expulsão e extradição. Como já se viu, a Carta Política de 1988 acabou com a prisão meramente administrativa, ao exigir que a segregação, ainda que cautelar, salvo em flagrante delito, seja sempre precedida de ordem escrita, emanada de autoridade judicial competente, nos termos do artigo 5º, LXI. Os tribunais pátrios não consideram que a possibilidade de prisão para estas finalidades acabou; ela agora deve somente ser submetida à apreciação da autoridade judiciária competente.

Assim, a prisão prevista no artigo 61 deverá ser requerida, pela autoridade policial federal ao juiz federal da localidade; e as prisões para fins de expulsão e extradição deverão ser decretadas pelo Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso, considerada a hierarquia institucional da autoridade executiva competente para requerê-la. A expulsão é ato de competência do Presidente da República³¹⁸. No caso do procedimento de extradição, ela é decretada na fase judicial, pelo relator do processo, e serve ao processo, ostentando, a toda evidencia, natureza cautelar.

4.1.3 O Projeto de Lei nº 5.655/09. A lei de estrangeiros como lei de migração

De lei inspirada na doutrina da segurança nacional, de proteção ao território e ao mercado de trabalho, para uma lei fundada nos direitos humanos, concessiva de direitos, facilitadora da regularização de migrantes. Essa é a virada proposta pelo Projeto de Lei nº 5.655/09, na forma como o Brasil, pelo menos sob a perspectiva legislativa, passaria a tratar a questão do estrangeiro. De lei protetiva dos

³¹⁸ STF. HC nº 101528/PA. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 09 de dezembro de 2010 e publicado em 21 de março de 2011.

interesses nacionais, restritiva, para uma lei de migração. É essa a razão pela qual se abandona, inclusive, o termo *estatuto*, que qualifica a atual lei de estrangeiros. Acredita-se que o termo estigmatizou a política legislativa brasileira, na questão dos estrangeiros, como uma política restritiva que se quer abandonar. Curioso é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre com o *Estatuto do Estrangeiro*, leis que recebem este qualificativo de *estatuto*³¹⁹, geralmente identificam grandes viradas no sentido de se assegurar direitos até então muito timidamente previstos na legislação nacional. É o caso do *Estatuto do Idoso*; do *Estatuto da Criança e do Adolescente*; *Estatuto do Torcedor*; *Estatuto da OAB* etc.

A exposição de motivos formulada pelo Ministério da Justiça, apresentando à Presidência da República o projeto da nova lei de estrangeiros, para que, por sua iniciativa, fosse submetido ao Congresso nacional, destacou que a nova lei reflete o esforço do país para se adequar "à realidade migratória contemporânea e às expectativas mundiais", estabelecendo uma política de imigração fundada nos direitos humanos, e no espírito tanto de concessão de direitos, quanto de fomento à regularização do *status* migratório, mas que, ao mesmo tempo, não desconsiderasse o "desenvolvimento econômico, cultural e social do País", o que difere do espírito da Lei nº 6.815/80, na medida em que trata a migração como um direito do homem, considerando que a regularização migratória é o melhor caminho para a inserção do imigrante na sociedade, como se vê de documentos internacionais, como as Convenções de Viena e Genebra e a Carta das Nações Unidas.

A lei se divide em nove títulos e 160 artigos, e trata, em linhas gerais: (1) da política nacional de migração; (2) dos direitos, deveres e garantias do estrangeiro; (3) dos documentos de viagem, dos vistos, da residência e da condição de asilado; (4) da entrada, do registro e da saída de estrangeiros; (5) da naturalização, da repatriação, da deportação, da expulsão e da extradição; (6) das infrações e das sanções; e (7) da

³¹⁹ O termo estatuto como sinônimo de lei encontra sua origem nas escolas estatutárias, em especial na Escola Estatutária Italiana, que, no final da Idade Média estudava, nas universidades, os estatutos (ou as leis) de cada cidade independente ou comunidade da Península Itálica. Cf. VALLADÃO, Haroldo. op.cit. p. 105: "A partir dos fins do século XI, intensificando-se nos séculos XII e XIII, o grande florescimento industrial, comercial e político das populosas cidades e comunas do norte da Itália, com os respectivos habitantes em constante intercâmbio, mas cada uma delas regendo-se por leis próprias, statuta, ao lado dum direito positivo comum, o direito romano - determinou a eclosão frequente do concurso de leis, dos conflitos dos estatutos entre si e com o direito romano, a exigir solução dos práticos, dos magistrados e dos juristas. No *common law*, chama-se *statue* a lei específica que trata de cada assunto. É então sinônimo de *lei*."

transformação do Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, e traz, como principais inovações: (1) a atuação de estrangeiros em regiões consideradas estratégicas, como é o caso das áreas indígenas, homologadas ou não, e das áreas ocupadas por quilombolas ou por comunidades tradicionais, que somente poderia ocorrer mediante prévia autorização dos órgãos competentes; (2) ampliação de quatro para dez anos do prazo mínimo para naturalização ordinária, podendo ser reduzido para cinco anos em situações específicas; (3) regulação da naturalização extraordinária; (4) a incorporação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre extradição visando solucionar controvérsias como a possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado, por envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando o crime for caracterizado com prova da materialidade e indícios de autoria e a flexibilização da exigência de dupla incriminação, dentre outros; (5) a transformação do Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, na estrutura básica do Ministério do Trabalho e Emprego, que permitirá ampliar o foco e abarcar situação de grande contingente de brasileiros no exterior, de modo a ensejar o estabelecimento de uma política nacional de migração; e (6) a revogação da Lei nº 6.815, de 1980, da Lei nº 6.964, de 1981, e do inciso I do art. 5º da Lei nº 8.422, de 13 de maio de 1992.

O projeto, no parágrafo único de seu artigo 1º, ao contrário da lei atual, conceitua estrangeiro, e o faz em termos absolutamente claros e consentâneos com a doutrina. Como se vê deste dispositivo: estrangeiro é o não-nacional³²⁰.

O artigo 2º revela o espírito da lei, ao enunciar que sua aplicação deve ser norteadada por uma política de migração, garantidora de direitos humanos, interesses nacionais, sócio-econômicos e culturais, pela preservação das instituições democráticas e pelo fortalecimento das relações internacionais.

O artigo 3º informa que a Política Nacional de Migração terá como objetivos a regularização dos fluxos migratórios, com vistas à proteção dos direitos humanos dos migrantes, especialmente daqueles que se encontrem vitimados de práticas abusivas decorrentes de situação migratória irregular e o artigo 4º demonstra a intensão de promover a migração consistente em mão-de-obra qualificada que desenvolva, nos sentidos econômico, tecnológico e científico, a sociedade brasileira, isso sem

³²⁰ Parágrafo único. Considera-se estrangeiro todo aquele que não possui a nacionalidade brasileira originária ou adquirida.

descuidar da proteção do trabalhador nacional.

Neste específico ponto, já há quem se insurja quanto ao fomento à entrada de mão-de-obra qualificada. Como resposta, o próprio texto legal, cuja leitura atenta informa que tal fomento não consubstancia política que exclua a proteção aos demais migrantes, e aos trabalhadores nacionais. Nos anos 1940, o Brasil vivenciou o impedimento de entrada de inúmeros professores e cientistas estrangeiros, que, impedidos de entrar ou permanecer, ou exercer suas atividades no Brasil, foram ajudar a desenvolver as sociedades que os acolheram.

O artigo 5º repete, desnecessariamente, garantias constitucionais previstas aos estrangeiros, desnecessárias justamente porque já previstas em documento legal de hierarquia superior.

Seu parágrafo único, no entanto, cumpre tarefa de esclarecer, e aqui nos parece que não em excesso, que são estendidos aos estrangeiros, independentemente de sua situação migratória, observado o disposto na cabeça do artigo 5º, do texto constitucional

"I - o acesso à educação e à saúde; II - os benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho, a cargo do empregador; e III - as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas do tráfico de pessoas e do tráfico de migrantes".

Os artigos 6º e 7º estabelecem deveres e restrições ao estrangeiro, respectivamente. As restrições são as mesmas previstas no atual artigo 106, excetuadas as inconstitucionais.

O artigo 8º veda a atividade política. Aqui se deve entender atividade política como atividade político-partidária, em sentido formal, não como livre manifestação do pensamento.

Os artigos 9º, 10 a 14 cuidam dos documentos de viagem, sua emissão e aceitação.

O artigo 15 trata dos vistos. Introduz a alteração no visto de turista, alargando seu alcance para abarcar a autorização para atividades negociais no Brasil. O visto de turista passa a se chamar visto de *turismo e negócios*. Este novo visto será concedido ao estrangeiro que venha ao Brasil *em caráter recreativo, de visita ou a negócios*, nos termos do artigo 18.

Introduz-se o *visto de estudo* no artigo 22. Os §§ 4º e 5º tratam da prorrogação

do visto, por mais seis meses, com vistas a permitir as diligências administrativas necessárias à obtenção dos diplomas correspondentes, sem necessidade de deixar-se o território, e sua concessão em prazo anterior em até um ano antes do início do curso específico que se fará, quando o estudante comprovar a necessidade de aprender a língua portuguesa.

Permite a concessão de visto de permanência a quem tenha descendente brasileiro, tão-só por este requisito, como se vê do inciso I, do artigo 34.

O artigo 40 trata da concessão de autorização de permanência pelo Ministro da Justiça. Parece que a intenção do legislador é distinguir visto de autorização de permanência, como se ambas as autorizações possuíssem naturezas jurídicas distintas. É o que se vê do Capítulo IV, ao referir às "Disposições Gerais sobre os Vistos e a Residência". Aqui nos parece relevante salientar que, independentemente da autoridade que conceda o visto - ou a autorização de permanência, que visto também é, na medida em que visto é sinônimo de autorização, como exaustivamente já se viu - sempre se tratará de um visto, seja ele temporário, de turismo e negócios, ou de estudo; seja ele permanente, para reunião familiar, por exemplo. Os atos do Ministro da Justiça, eventualmente praticados, por delegação, por demais agentes que componham a Secretaria Nacional de Justiça, em especial o Departamento de Estrangeiros, ou os atos dos agentes do Departamento de Polícia Federal, ou mesmo os atos de um 3º, 2º ou 1º Secretário, ou de um Ministro, de Segunda ou de Primeira, quando no exercício do serviço exterior brasileiro, serão sempre os atos do Poder Executivo brasileiro, e, portanto, não têm, só por isso, alterada sua natureza jurídica. Assim, concedidas no exterior ou no Brasil, por agente do serviço exterior, Ministério das Relações Exteriores, ou pelo Ministro da Justiça, as autorizações de ingresso ou permanência de estrangeiros ostentarão, sempre e necessariamente, a natureza jurídica de visto. Assim não fosse, qual natureza ostentaria a autorização de estada temporária consistente na prorrogação de visto de estudo, concedida dentro do território nacional?

A lei define no artigo 56 a condição de asilado, estabelecendo que a concessão de asilo é ato discricionário do Estado, que poderá ser diplomático ou territorial, e outorgado como medida de proteção à pessoa.

A lei ainda dispõe sobre o registro, a naturalização, a repatriação, a deportação, a extradição e as infrações praticadas pelo estrangeiro.

Quanto à naturalização, o projeto a torna mais dificultosa, ampliando para 10 anos o prazo de residência na naturalização ordinária, conforme dispõe o inciso III, do artigo 87.

Quanto à deportação, tem-se como um ponto negativo do projeto a previsão, no artigo 129, de prisão para fins de deportação como regra.

Aqui, interessante é definir a repatriação como o retorno do estrangeiro impedido. A crítica que se pode fazer ao dispositivo é que o retorno do estrangeiro impedido se faz, como regra, ao porto de origem, ou seja, para o local de onde veio, independentemente de ser este local seu país de nacionalidade ou não, comprometendo-se a companhia transportadora a levar o estrangeiro, impedido, documentado ou não, para o seu lugar de embarque, salvo se o estrangeiro possuir recursos próprios para deixar o país de outra forma, para onde desejar ir.

Nos parece que o termo repatriação seria mais apropriado às medidas que o Estado toma para, em situações especiais, como catástrofes naturais ou guerras, trazer de volta seus nacionais que se encontrem, no estrangeiro, em terras acometidas por estas catastrofes ou guerras, como é o caso, por exemplo, do envio de aviões da Força Aérea Brasileira - FAB, para trazer nacionais brasileiros que se encontravam na China, quando do terremoto ocorrido em 2009. De qualquer forma, para Maurício Wellisch³²¹, a saída do estrangeiro, quando não convenha ao Brasil, embora não havendo nada que o desabone, se dá por *repatriação*, nos termos do artigo 244, do Decreto nº 3.010; enquanto que a saída do estrangeiro quando o país não deseje sua permanência, se dá por *expulsão*.

4.1.4 As leis de anistia

A política migratória brasileira dos últimos vinte e cinco anos incluiu editar, em determinados períodos (1980, 1988, 1998, 2011), leis de anistia de estrangeiros, promovendo a regularização daqueles que se encontrem no território, no momento de sua publicação, e que satisfaçam os requisitos legalmente estabelecidos.

³²¹ WELLISCH, Maurício. op.cit. p. L.

Trata-se de conferir, por lei, um direito subjetivo ao estrangeiro irregular e/ou clandestino, e não de uma concessão discricionária de autorização de permanência, de forma que, preenchidos os requisitos legais para a obtenção da anistia, ela será devida ao estrangeiro que a postular.

A anistia, assim, corresponde a um dos objetivos da atual política migratória brasileira, qual seja o de facilitar a regularização do imigrante irregular, evitando, com isso, que o estrangeiro nestas condições tenha de se submeter a condições degradantes, por conta de seu *status* migratório irregular, como o trabalho escravo, por exemplo. Aos estrangeiros beneficiários da lei, em sua maioria oriundos de países latino-americanos, mas, por igual, de países da África e da Ásia, se possibilitou, como consequência de sua regularização no país, o acesso a benefícios oferecidos ao trabalhador nacional, como: (1) contrato de trabalho anotado em Carteira de trabalho e Previdência Social - CTPS; (2) recolhimento de contribuições previdenciárias ao INSS e FGTS; (3) livre utilização do sistema público de saúde; e (4) livre entrada e saída do país, o que não lhes era possível sem a regularização.

No dia 3 de julho de 2009, entraram em vigor a última lei de anistia editada pelo Estado brasileiro, a Lei nº 11.961/09, e o Decreto 6.893/09, que a regulamenta, com o objetivo de permitir a regularização e a permanência de todos os estrangeiros que encontravam-se em situação irregular no território, seja porque expirado o prazo de estada temporária; seja porque de sua entrada não tinha o Estado brasileiro conhecimento formal, em outras palavras, seja porque ostentavam o *status* migratório de clandestinos, na medida em que sua entrada jurídica, formal, como regular admissão pelo Estado brasileiro por meio de seus agentes, ao território não havia ocorrido, embora, faticamente, aqui se encontrassem.

Antes de sua entrada em vigor, a última lei de anista editada pelo Brasil foi a de nº 9.675, em 29 de junho de 1998.

Em consequência da Lei nº 11.961/09, mais de 45 mil estrangeiros foram regularizados no território nacional. Entre estes, a maioria era constituída de bolivianos, chineses, peruanos, paraguaios e coreanos. Deste total, 44% têm entre 19 e 30 anos e cerca de 11 mil (61%) são do sexo masculino.

Em abril de 2011, iniciou-se a segunda fase da regularização, com a transformação das autorizações de residência provisória em residência permanente³²².

4.1.5 O aparato estatal brasileiro para tratar com as questões de estrangeiros

Para se entender a política migratória brasileira, é necessário algum conhecimento de como se encontra organizado o Estado brasileiro, em sua estrutura institucional, para identificar quem são os atores que interferem nas escolhas, estratégias, e ações do país, no que concerne à forma como são tratados os estrangeiros.

A política migratória brasileira é tratada, sob a perspectiva legislativa, por normas constitucionais e infraconstitucionais. Estas últimas, de origem interna: leis ordinárias e decretos que as regulamentam; e externas: os tratados internacionais internalizados pelo Brasil, que aqui passam a ostentar o *status* jurídico mínimo de leis ordinárias.

No que concerne à estrutura do Estado, a política migratória é executada sob a orientação de três órgãos da Administração Direta: (1) o Ministério da Justiça; (2) o Ministério do Trabalho e Emprego; e, (3) o Ministério das Relações Exteriores.

O Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Justiça, a que se vincula o Departamento de Estrangeiros, e por meio do Departamento de Polícia Federal, que é responsável tanto pela atividade de fiscalização de entrada, de polícia de migração, nos termos do artigo 144, § 1º, I, da CRFB/88, quanto pelas atividades de registro e regularização do estrangeiro, nos termos da lei de regência da matéria (Lei nº 6.815/80).

A atuação da Polícia Federal na questão dos estrangeiros compreende: (1) emissão de passaportes para estrangeiros sem documentos; (2) emissão de passaportes para apátridas; (3) controle de entrada e saída de estrangeiros e brasileiros; (4) alimentação do sistema de informações de controle de entrada e saída; (5)

322

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA1BC41DEITEMID8F4AF8AF89E3455292BF1360ED7255C1PTBRNN.htm>> acesso em 06.06.2012.

impedimento; (6) processamento dos pedidos de visto de permanência; (7) processamento dos pedidos de prorrogação de vistos; (8) operacionalização da deportação; (9) operacionalização da expulsão; operacionalização da extradição; (10) investigação de crimes de entrada e permanência de estrangeiros irregulares; (11) atividades de inteligência quanto à imigração; (12) polícia judiciária da Justiça Federal; e, (13) registro de estrangeiros.

Estas atividades de registro de regularização dos estrangeiros, são as que sofrem as maiores críticas pelas partes envolvidas no processo, tanto os estrangeiros quanto os próprios policiais federais. É que não se trata de atividade típica dos agentes de polícia, de forma que ambos os lados, estrangeiros, movimentos de proteção aos estrangeiros, e policiais, reclamam a criação de uma agência estatal com atribuições para as questões de estrangeiros, excetuada a atribuição constitucional de polícia de fronteira e migratória. O que se coloca é que o policial federal, depois de anos de carreira em sua atividade típica de polícia judiciária federal, investigando crimes portanto, passa a se ocupar da regularização dos estrangeiros. Alega-se que estes agentes levam para essa atividade a formatação profissional adquirida através dos anos, de sempre desconfiar, de sempre suspeitar, condutas próprias e necessárias a quem tenha, na investigação de crimes, sua atividade-fim, o que não é o caso das questões referentes ao registro e regularização dos estrangeiros (informação verbal)³²³, mormente quando a Política Nacional de Imigração se volta, precipuamente, para a regularização dos estrangeiros irregulares e para a observância dos direitos humanos.

Ainda no âmbito do Ministério da Justiça, tem-se a Secretaria Nacional de Direitos Humanos a que é vinculada o Conselho Nacional para Refugiados - CONARE.

O Ministério do Trabalho e Emprego, pela atuação do Conselho Nacional de Imigração, cuida da proteção do mercado de trabalho, por meio da concessão e controle de autorizações de trabalho aos estrangeiros.

Como se disse no capítulo 4, os vistos de trabalho para estrangeiros devem ser requeridos diretamente pelos contratantes do trabalho ao Conselho Nacional de Imigração. Verificado pelo Conselho o preenchimento dos requisitos legalmente

³²³ ORDZGI, Antônio Elias. *A Atuação da Polícia Federal*. Palestra realizada no *Seminário O Direito dos Migrantes no Brasil*. Realizada de 17h30m às 18h, no dia 16 de maio de 2012, no Rio de Janeiro.

exigidos, comunica o deferimento ao Ministério das Relações Exteriores para que a representação diplomática brasileira, em função consular, emita, no exterior, o visto de trabalho. O processamento deste pedido junto ao Conselho é, desde 2010, totalmente eletrônico, por meio do preenchimento de formulários encontrados em seu sítio eletrônico.

O Ministério das Relações Exteriores se ocupa da execução da política nacional de imigração por meio do Serviço Exterior Brasileiro. O serviço exterior, responsável pela emissão de vistos de entrada, em qualquer categoria, é executado pelo corpo diplomático brasileiro. No Brasil, tanto as atividades consulares, ou seja, atividades administrativas praticadas pelo serviço exterior no interesse preponderante dos particulares; quanto as atividades diplomáticas, ou seja, as de natureza política no interesse do Estado, ficam a cargo dos agentes diplomáticos, ao contrário do que ocorre em alguns países, na medida em que o Brasil unificou, na carreira diplomática (3º, 2º, 1º Secretários, Conselheiros, Ministros de Segunda e de Primeira), as funções consulares e diplomáticas.

Todas as ações dos agentes acima mencionados podem, nos termos do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, ser submetidas, e eventualmente revisadas, reformadas ou anuladas, em maior ou menor medida, consoante o campo de discricionariedade que o ordenamento confira para a prática de cada uma delas, pelo Poder Judiciário. Esta revisão, por critérios constitucionais ou legais, observados ou não os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a natureza jurídica dos atos, se de soberania, políticos, ou meramente administrativos, será objeto do capítulo 6.

4.2 A Política Migratória do Mercosul

A política migratória do bloco regional³²⁴, que foi criado pelo Tratado de Assunção, e seus países associados, é a de estabelecer uma igualdade formal entre

³²⁴ O Mercosul é uma zona ou união aduaneira imperfeita, formada, originalmente por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, que, em 1991, ratificaram o Tratado de Assunção. Em 1996, Bolívia e Chile adquiriram o status de associados. Em 2006, a Venezuela apresentou sua candidatura ao bloco e aguarda autorização de entrada pelos legislativos nacionais.

seus nacionais e reconhecer que os Estados têm interesses a proteger (mercado de trabalho, seguridade social, e segurança do território). Se funda em dois princípios: (1) não criminalização da imigração irregular; e, (2) não condicionamento da observância de direitos humanos ao *status* migratório, entendendo os direitos humanos como direito básico a ter direitos.

A dimensão social do Mercosul está, justamente, na circulação de pessoas no território que o compreende. Deve-se, portanto, à imigração. Partindo desta premissa, o bloco promove uma série de ações que objetivam a criar uma *ciudadania regional*. Esta cidadania, no entanto, significaria, um incremento em relação ao reconhecimento de direitos humanos de todos os imigrantes, e não uma política de exclusão dos estrangeiros que não ostentassem nacionalidade dos países do bloco.

Nesse sentido, a nova lei de estrangeiros brasileira (PL nº 5.655/09) muito provavelmente constituirá uma lei-modelo para os demais países da América do Sul.

O Mercosul possui um órgão específico para questões relacionadas aos direitos humanos. Trata-se do Instituto de Políticas Públicas para os Direitos Humanos - IPPDH, criado pela Decisão nº 14/09, do Conselho do Mercado Comum - CMC. Este instituto, com sede em Buenos Aires, sustentou em 2010, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica, o posicionamento do bloco a respeito da situação das crianças imigrantes, que receberiam, nos denominados países *desenvolvidos* do norte, Estados Unidos e Canadá, o mesmíssimo tratamento discriminatório dispensado a seus pais, pela tão-só condição de migrantes irregulares.

O Uruguai, representando quatro países, Argentina, Brasil, Paraguai e a si próprio, solicitou à Corte opinião consultiva³²⁵ quanto ao tratamento que crianças, filhos de migrantes irregulares, receberiam nesses Estados do norte. Verificou-se, e isso foi o que exposto à Corte, que em muitos casos os pais eram deportados e as crianças permaneciam sozinhas; em outros casos, como as detenções provisórias para fins de deportação, se faziam não em locais próprios para abrigar as famílias, mas em ambientes separados por gênero, as crianças eram necessariamente separadas de um dos genitores, irmãos ou irmãs.

³³<http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPPDH_Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf> acessado em 06.06.2012.

Indicou o bloco regional a necessidade de que os Estados promovessem medidas legislativas que apresentassem soluções à segregação cautelar para fins de saída compulsória, e que, muitas vezes, locais de detenção recebiam nomes como *albergues* ou *abrigos* para que não se pudesse identificar sua efetiva destinação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos³²⁶ já expediu opiniões consultivas referentes ao tema: (1) prevendo garantias processuais às crianças³²⁷, e (2) estabelecendo que a observância de garantias processuais independe do *status* migratório dos indivíduos³²⁸.

Segundo a Opinião Consultiva nº 18, de 2003, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o acesso a direitos fundamentais, independentemente da condição migratória, compreende: (1) acesso à justiça; (2) direito ao devido processo legal; (3) direito às garantias e à proteção judicial; e, (4) direitos trabalhistas em sentido amplo.

Quanto às garantias processuais das crianças migrantes, o IPPH advoga que devem ter as crianças direitos um tutor; a serem ouvidas; a não serem detidas quando seus pais o forem, para fins de saída compulsória³²⁹, além da clássica garantia do *habeas corpus*.

Em 2009, os Estados Partes do Mercosul e seus associados acordaram a concessão de livre residência temporária, por dois anos, para nacionais destes países, nos territórios dos que compõe o bloco ou são a ele associados (Bolívia, Chile, Equador e Perú). É o denominado Acordo sobre Livre Trânsito e Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e Associados.

³²⁶ A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica, é o órgão máximo de jurisdição internacional, para os países americanos e caribenhos signatários. Compõe o determinado Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos. É órgão criado pela Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. <<http://www.corteidh.or.cr/>> acessado em 06.06.2012

³²⁷ Opinião Consultiva nº 17/02 sobre Condição Jurídica das Crianças: "10. Que em processos, judiciais ou administrativos que envolvam direitos ou interesses das crianças, devem ser observadas todas as normas do devido processo legal, tais como a do juiz natural e imparcial, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, e, se possível, a participação direta do mesmo no processo. <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> acessado em 06.06.2012.

³²⁸ Opiniões consultivas nºs 17/03 e 18/03.

³²⁹ No ponto, entende o IPPH deva haver uma inversão na lógica da detenção para fins de saída compulsória, de forma que em lugar de a criança seguir eventualmente detida, para preservar-se a união familiar, serem os pais postos em liberdade, para ficarem com as crianças, observando-se, com isso, o mesmo princípio.

4.3 As políticas migratórias do Paraguai, Bolívia e Peru³³⁰

A imigração no Paraguai começou efetivamente após a Guerra, em 1870, quando o governo iniciou políticas de fomento à imigração numa tentativa de aumentar a população que se encontrava arrasada em decorrência das mortes ocasionadas pela guerra; no entanto, somente a partir dos anos 1970 é que houve um aumento significativo no número de imigrantes provenientes do Brasil, principalmente na área de fronteira, especialmente por meio do incentivo dado pelo governo de Alfredo Strossner.

Segundo o Ministério das Relações Exteriores do Paraguai, em 2002, viviam no Paraguai 459.147 mil brasileiros, muitos em situação irregular. Já o Ministério das Relações Exteriores Brasileiro, em relatório elaborado em 2011, junto a embaixadas e consulados, estima que seriam cerca de 200 mil brasileiros. Os primeiros fluxos estão ligados diretamente à má distribuição de terras e a modernização agrícola promovida pelo governo brasileiro a partir de 1970, o que levou a expulsão de milhares de trabalhadores rurais dos campos, que acabaram se vendo empurrados para os países de fronteira, a procura de alternativa para os saturados centros urbanos. A produção de soja foi outro grande fator de atração desses imigrantes que já possuíam experiência com esse tipo de plantação no Brasil. Ao longo da fronteira, foram criadas várias cidades constituídas majoritariamente por brasileiros, chamados também de *brasiguaios*, sendo a maioria destes imigrantes dedicados à agricultura. Esse número de imigrantes brasileiros vivendo no Paraguai se dá principalmente pelo fato que as terras nessa região são mais baratas em comparação com as terras no Brasil, podendo custar até 80% menos, o que gera um grande investimento brasileiro, sobretudo na produção de soja, que é um dos principais produtos exportados pelo Paraguai, fazendo com que os *brasiguaios* sejam extremamente importantes para a economia daquele país.

³³⁰ PEREIRA, Carolina Genovez. *A Efetivação dos Direitos Humanos dos Imigrantes no Brasil*. Rio de Janeiro: URFJ, 2011. Os dados utilizados neste tópico foram coletados para o trabalho monográfico apresentado por aluna do autor, nas disciplinas Direito Internacional Privado I e II, no ano de 2011, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito, pela Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob orientação da Professora Vanessa Oliveira Batista. O trabalho obteve aprovação com nota máxima, louvor, e indicação para o prêmio San Tiago Dantas de monografias jurídicas.

Nas últimas décadas, a ocupação dessas terras na fronteira leste, aliada aos altos índices de desemprego na região, e à falta de assimilação desses imigrantes à cultura paraguaia vem causando conflitos entre paraguaios e brasileiros. Com isso, o Paraguai passou a adotar várias medidas discriminatórias contra os brasileiros que ali se encontram, especialmente no que concerne ao acesso à terra e aos estudos. Em 2005, foi aprovada a lei que criou a Zona de Segurança Fronteiriça Paraguaia, proibindo, assim, que qualquer estrangeiro proveniente dos países vizinhos possa adquirir terras numa faixa de 50km da fronteira. Acredita-se que o Paraguai venha hostilizando os *brasiguaios*, em resposta à política restritiva brasileira, consoante o princípio da reciprocidade à política externa brasileira.

Hoje, a lei que trata de imigração no Paraguai é a de nº 978, de 1996, criada no governo de Juan Carlos Wasmosy em tempos de transição democrática. Ela dá preferência, assim como a lei brasileira, a trabalhadores qualificados e a investidores que visem a cobrir as necessidades fixadas pelas autoridades do Paraguai. Esse é o principal objetivo da lei de imigração: procurar imigrantes que fomentem a economia do país, trazendo conhecimentos tecnológicos que levam ao desenvolvimento, seja por constituir mão de obra qualificada, seja por desenvolver a agricultura na áreas que fazem parte de projetos de colonização, como se vê do artigo 2º da mencionada lei.

Em território paraguaio é impedida a entrada de pessoas infectadas com doenças contagiosas, desempregados, pessoas que se dediquem ao tráfico ou à mendicância, que lucrem com a prostituição, deficientes físicos e mentais e aqueles condenados a mais de dois anos de prisão por crime doloso. Esse impedimento não é absoluto, podendo essas pessoas entrar no país se possuírem núcleo familiar com recursos suficientes para mantê-lo, e se vieram ao Paraguai com o intuito de se submeter a tratamento médico ou mesmo se a incapacidade do estrangeiro não o impedir de exercer atividade laboral.

A lei paraguaia, ao contrário da brasileira, divide os imigrantes residentes em (1) espontâneos, (2) assistidos e (3) com capital. Os imigrantes espontâneos são os que entram no país com seus próprios meios. Os assistidos, aqueles cujo ingresso é promovido por organismos públicos ou privados e pago, direta ou indiretamente, pelo Estado. Já os com capital são aqueles que usam seus próprios bens para desenvolver atividade útil ao Estado. Em todos esses casos, a concessão de residência no país pode se estender ao cônjuge, aos filhos e pais do solicitante.

A entrada de imigrantes no Paraguai é regulada pela Direção Geral de Migração que é responsável pela aplicação e execução da política migratória. Trata-se de órgão do Ministério do Interior.

Sobre a imigração fronteiriça, principal problema na fronteira Brasil-Paraguai, a lei só possui dois artigos, que tratam da possibilidade de o Estado controlar a entrada e saída de imigrantes residentes em terras de fronteira ante a necessidade da economia local. Somente com o Decreto-lei nº 2532, é que o país criou uma lei específica sobre o assunto, na tentativa de resolver o problema dos denominados *brasiguaios*, proibindo o acesso a terras em regiões de fronteira aos imigrantes.

A Constituição do Paraguai dispõe sobre os direitos políticos³³¹ dos imigrantes, que podem votar quando residam no país por mais de 10 (dez) anos, também se lhes permitindo candidatar-se aos cargos municipais, nos termos de seu artigo 120.

Quanto à naturalização, a Constituição a autoriza a todo estrangeiro que apresentar boa conduta, exercer atividade laboral, e residir no país por pelo menos 03 (três) anos, de acordo com o art.148, combinado com o art. 152, da Carta Política.

Na Bolívia, o baixo índice demográfico sempre foi considerado um dos fatores que impedem seu desenvolvimento econômico. Para resolver o problema, foram criadas políticas de estímulo à imigração.

A presença de brasileiros é percebida, nos anos 1980, quando estes migram para aquele país em busca de terras mais baratas que no Brasil, como acontece com os brasileiros no Paraguai. Hoje, a Bolívia conta com a segunda maior comunidade de brasileiros na América do Sul. Parte desses imigrantes se estabeleceu em áreas rurais, adquirindo terras para cultivo nas cidades de Beni, Pando, Tarija e Santa Cruz. Grande parte desses imigrantes proprietários rurais é de grande e médio porte, normalmente plantadores de soja, o que fomenta a economia boliviana, por meio de sua exportação.

A nova Constituição boliviana entrou em vigor em 2009, e dispõe que a área máxima de terras que um cidadão poderá possuir é de cinco mil hectares, permitindo

³³¹ A Constituição brasileira veda, em seu artigo 14, § 2º, o exercício de direitos políticos pelos estrangeiros, de forma que pouco importa o tempo de residência ou o seu *status* migratório para esse fim. Embora se trate de uma vedação constitucional, esse é um tema que assume relevância na pauta de discussões sobre a nova política migratória brasileira.

ao Estado expropriar o excedente. Isso faz com que os brasileiros, proprietários rurais, venham a, eventualmente, ter de lidar com a reforma agrária que se anuncia.

No entanto, a maioria dos imigrantes brasileiros, residentes na Bolívia, hoje, têm baixo grau de instrução e vive em cidades fronteiriças com os estados do Acre, Rondônia e Mato Grosso trabalhando com a extração da borracha e da castanha.

No caso da extração vegetal, a maioria desses imigrantes trabalha ilegalmente em seringais e castanhais, já que a Constituição Boliviana proíbe o trabalho de estrangeiros dentro de seu território, num raio de aproximadamente 50 km próximo à fronteira. A presença estrangeira nessas áreas desencadeou conflitos na região durante a crise da borracha, o que levou os bolivianos a protestar contra a presença de brasileiros em seu território.

O ciclo da borracha foi importante para o desenvolvimento econômico brasileiro e, no final do século XIX, o extrativismo descontrolado levou os trabalhadores brasileiros a adentrar florestas do território da [Bolívia](#) em busca de novas seringueiras para extração, gerando conflitos e lutas por questões fronteiriças, razões que levaram à compra do território do Acre em 1903, pelo Brasil, como assentado no Tratado de Petrópolis.

O grande problema da presença brasileira em território boliviano é a proibição constitucional de os estrangeiros possuírem terras em região de fronteira, o que levou o governo Evo Morales a expulsar dessas áreas de quatrocentas a mil famílias. A Organização Internacional para as Migrações - OIM obteve vinte milhões de reais do governo brasileiro para assentar os brasileiros em território boliviano, fora da zona de fronteira, destinando-se essa verba somente para ajudar aos brasileiros que quisessem ser deslocados para o interior daquele país.

Outro grupo identificado na migração brasileira para a Bolívia é o de estudantes de medicina, em razão de o acesso àquelas universidades parecer se dar de forma mais conveniente para os estudantes brasileiros. Cerca de nove mil estudantes brasileiros estudam na Bolívia.

O Decreto Supremo n° 24.423 regula a situação jurídica dos estrangeiros na Bolívia. É uma lei que estimula a imigração estrangeira em razão dos baixos índices demográficos do país. A lei divide os estrangeiros em dois grupos: (1) aqueles que representam mão-de-obra qualificada e investidores; e, (2) os outros indivíduos. Os primeiros possuem número muito menor de requisitos a preencher para serem

admitidos em território boliviano. Concedido o visto de entrada pelas autoridades competentes, considera-se seu possuidor titular do direito de entrada³³² e a condição imigratória do indivíduo se estende à unidade familiar.

Em comparação direta com a lei brasileira, a lei boliviana apresenta muito poucas restrições aos imigrantes que, assim como nos outros países da América do Sul, à exceção do Brasil, podem os estrangeiros que residam regulamente no país votar em eleições distritais e municipais.

A naturalização, embora a lei não disponha sobre um período mínimo de residência, possui mais requisitos que as do Paraguai e Peru, como, por exemplo, certificado de boa conduta, expedido pela autoridade policial do último domicílio, certificado de antecedentes, expedido pela INTERPOL, e Informe Circunstanciado da Administração Departamental de Migração do domicílio do requerente.

O órgão responsável por regular a imigração na Bolívia é Conselho Nacional de Imigração, ligado ao Ministério do Interior.

A história da migração no Peru é bastante similar à do Brasil, já que recebeu, desde seu descobrimento, grandes quantidades de imigrantes, principalmente espanhóis, que dominavam a região na época, e aqueles vindos da África que iriam transformar-se em mão-de-obra escrava, base econômica do Vice Reino Peruano. A imigração teve forte impacto na economia peruana, principalmente em sua industrialização. Segundo estudos econômicos recentes, a maioria das empresas situadas no país era de propriedade de estrangeiros.

Da abolição da escravatura até os dias atuais, os grupos populacionais mais presentes no país são de italianos e asiáticos e, em menor quantidade, de alemães, ingleses, franceses, portugueses e árabes. Assim, embora fosse, entre os séculos XVI e XX, um país eminentemente imigratório, o Peru hoje possui um saldo migratório negativo, assim como a maioria dos países latino-americanos, inclusive o Brasil.

Segundo Giovanni Bonfiglio, citado por Carolina Genovez Pereira em seu trabalho, nos séculos XIX e XX há uma mudança na tendência da época de entrada de imigrantes predominantemente de origem europeia. Nesse período, cerca de 100 mil

³³² No Brasil, como se vê do artigo 26, da Lei nº 6.815/80, o visto constitui mera expectativa de direito, não gerando o direito a entrada no território nacional. Trata-se da concretização do princípio de direito internacional da Admissão Discricionária do Estrangeiro, que estabelece não haver, para os estrangeiros, direito ao território, embora se lhes reconheçam direitos no território, quando já lá se encontre.

peças provenientes do continente americano ingressaram no Peru, superando o número de imigrantes europeus. Atualmente, os fluxos migratórios mais expressivos nos Estados sul-americanos são aqueles advindos da própria região.

Cerca de 90% dos imigrantes que entraram no Peru até o final do século XX acabaram fixando residência permanente, sendo muitos desses brasileiros. Segundo estatísticas oficiais do INEI (Instituto Nacional de Estatística e Informática), mais de 3.000 brasileiros vivem em caráter permanente no país, a sexta maior população imigrante no país, sendo que, por ano, entram no país uma média de 9.000 brasileiros.

A política migratória peruana é prevista na seguinte legislação: Decreto Legislativo nº 703 de 1991 (Lei dos Estrangeiros); Lei para Contratação de Trabalhadores Estrangeiros (Decreto Legislativo 689 de 1991); Lei de Nacionalidade (Lei nº 26.574/96) e Regulamento da Lei de Nacionalidade (Decreto Supremo nº 004-97-IN de 1997).

No centro da política migratória, a Lei dos Estrangeiros, logo em seus primeiros artigos, conceitua imigrante como todo aquele que não possui a nacionalidade peruana³³³ e entra no país com ânimo de residir permanentemente, sendo que cada pessoa representa um conjunto migratório que é composto pelo casal, filhos pequenos, filhas solteiras, pais e dependentes, tendo sua qualidade de imigrante estendida a todos eles.

A legislação classifica os estrangeiros em: independentes, rentistas, familiar residente, imigrantes, trabalhadores, e trabalhadores designados. Independentes são os que entram no país para realizar investimentos ou exercer atividade laboral de forma independente; rentistas, os que possuem uma pensão ou qualquer forma de renda permanente. Estrangeiros rentistas não podem exercer nenhum tipo de atividade profissional. Familiares residentes são os que fazem parte do conjunto migratório familiar. Os imigrantes seriam aqueles que entram no país com ânimo de residência permanente. Já os trabalhadores seriam aqueles que entram para cumprir contrato de trabalho previamente realizado e aprovado pelo Ministério do Trabalho Peruano. Por fim, os trabalhadores designados são os que possuem grande qualificação profissional e são mandados por seu empregador estrangeiro para trabalhos temporários.

³³³ O parágrafo único, do artigo 1º, do Projeto de Lei nº 5.655/09, também conceitua estrangeiro, como o não nacional, nos seguintes termos: "Considera-se estrangeiro todo aquele que não possui a nacionalidade brasileira originária ou adquirida". A lei nº 6.815/80 não conceitua estrangeiro.

São proibidos de entrar no território peruano aqueles que tenham sido condenados ou estejam sendo processados no estrangeiro por crimes tipificados como comuns na legislação peruana; que tenham sido expulsos do país, que apresentem algum risco a saúde pública ou que não demonstrem que tenham condições de se sustentar em território peruano.

A Lei de Nacionalidade Peruana, e seu Regulamento, tratam tanto da aquisição da nacionalidade nata como do processo de naturalização. Essa lei dispõe que podem requerer a naturalização todos os estrangeiros que residirem no país por, no mínimo, dois anos consecutivos³³⁴.

Já a Lei para Contratação de Trabalhador Estrangeiro, concede preferência ao trabalhador nacional, dispondo que todas as empresas deverão ter no máximo 20% do total de seus funcionários estrangeiros, embora essa limitação não inclua os imigrantes, somente os estrangeiros com visto temporário, de acordo com o art. 3, alínea *b*, do dispositivo legal. Essa limitação também não afeta aqueles que caracterizarem mão-de-obra qualificada. Isso seria uma medida para evitar o desemprego entre a população que resida no país, sendo ela nacional ou imigrante.

A política migratória peruana é comandada pelo Conselho Nacional de Estrangeiros, órgão público que tem como presidente o Ministro do Interior e é integrado pelos Ministros do Exterior, do Trabalho e da Indústria e do Turismo e Integração.

4.4 A política migratória argentina³³⁵.

A política migratória argentina é comandada pela Direção Nacional de Migrações (*Dirección Nacional de Migraciones*). Para a Argentina, a política

³³⁴ O artigo 112, III, da Lei nº 6.815/80, prevê o período mínimo de 04 (quatro) anos, como condição para a aquisição da nacionalidade derivada, na naturalização ordinária. O artigo 12, II, da CRFB/88, ao tratar da naturalização extraordinária, ou anistia, prevê o prazo de 15 (quinze) anos de residência ininterrupta.

³³⁵ Os dados utilizados neste tópico foram coletados em <www.migraciones.gov.ar> e na apresentação de Frederico Augusti, Diretor Nacional de Migrações Nacionais e Internacionais da República Argentina, realizada durante o seminário *O Direito dos Migrantes no Brasil*, na cidade do Rio de Janeiro, no dia 16 de maio de 2012, das 14h às 14h30m.

migratória é influenciada por contextos históricos, geográficos e econômicos; pela influência dos grupos de pressão, que pugnam por seus interesses; e é condicionada por ideologias.

O Decreto de 1812 sobre fomento da imigração estabeleceu a ocupação direcionada do território, como necessidade de consolidar um Estado em formação.

A Constituição Nacional de 1853/1860 apresenta a vocação da nação argentina para a imigração, tal como expresso em seu preâmbulo, e traz cláusula especial sobre o fomento à imigração européia.

Estabelece, ainda, a igualdade entre nacionais e estrangeiros.

A Lei no 817, chamada *Ley Avellaneda*, de 1876, constituiu um marco no processo colonizador argentino, prevendo a ocupação do território e a *civilização* das populações nativas.

A Lei de Residência, de 1902, e a Lei de Defesa Social, de 1910, constituíram uma resposta aos anseios nacionais da época, momento em que surgiram, na Argentina, os primeiros movimentos trabalhistas. Estas leis autorizavam a expulsão de estrangeiros e proibia a entrada de anarquistas.

A Lei no 12.331, de 1930, foi motivada pela crise de 1930. Verificada a diminuição da imigração européia, e o aumento da imigração limítrofe, buscou promover a imigração de *raças brancas e fortes*. Tratava-se de uma política de imigração seletiva.

Nos anos 1980, a *Ley Videla*, de no 22.439, negava direitos aos imigrantes em matéria de saúde, educação e trabalho, só se reconhecendo direitos a estrangeiros regulares e residentes. Por outro lado, só concedia a permanência para profissionais técnicos cuja mão-de-obra especializada fosse requisitada por empresas estrangeiras radicadas no país, além de indivíduos que detivessem conhecimentos científicos relevantes, professores renomados, empresários e homens de negócio, imigrantes com recursos financeiros em patamar previsto em lei, religiosos, e cônjuges de argentinos.

Esta lei, inspirada pela doutrina da segurança nacional, não previa expressamente a expulsão do estrangeiro irregular, mas impedia sua regularização, o que, indiretamente, fomentava a submissão de estrangeiros irregulares a trabalho em condições degradantes.

Em 2004, surge a Lei no 25.871, que contém a atual política migratória argentina e constitui verdadeira virada na forma como o país passou a tratar as

questões referentes aos estrangeiros. Passa-se, com ela, de um Estado Policial, em tema de estrangeiros, para o Estado de Direito, colocando a pessoa humana como destinatário e centro do ordenamento. Guarda coerência com compromissos internacionais assumidos pela República Argentina em matéria de direitos humanos.

A atual política migratória argentina reconhece tanto a impossibilidade de controle dos fluxos migratórios; quanto o aporte positivo das migrações nas sociedades receptoras, e tem, na proteção dos direitos dos migrantes, seu maior objetivo. Para tanto, se reconhece o direito humano a migrar; se estabelece a obrigação do Estado em garantir direitos independentemente do *status* migratório; o acesso igualitário aos serviços sociais, em especial, saúde, educação, justiça e trabalho e substitui a obrigação dos servidores públicos de denunciar o estrangeiro irregular pela obrigação de orientá-lo quanto à possibilidade de regularização.

Estabelece mais: a assistência jurídica gratuita, inclusive para defesas na esfera administrativa, e impede a detenção para fins de saída compulsória, sem ordem escrita de autoridade judiciária competente.

4.5 A política migratória francesa

O ideário da Revolução Francesa influenciou, sobretudo, a forma como o Estado, no século XVIII, enxergava o estrangeiro. O decreto de 6 de agosto de 1790, assentou que a Assembleia Nacional, considerando que o direito anterior, de tempos bárbaros, era contrário aos princípios da fraternidade que devem ligar todos os homens, independentemente de onde venham, deveria ser proscrito de um Estado que fundou sua constituição sobre os direitos do homem e do cidadão, e que a França deveria abrir seu território a todos os povos da terra, os convidando a gozar um governo livre e de direitos consagrados aos indivíduos³³⁶.

Embora repletos de esperanças e beleza, tanto o mencionado decreto, quanto as disposições gerais sobre estrangeiros contidas na Constituição de 3 de setembro de

³³⁶ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Volume VI. Da Condição Jurídica do Estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 232.

1791, não subsistiram tempo suficiente para informar, hoje, a política migratória francesa.

Depois da terceira República³³⁷, o direito dos estrangeiros se configurou, basicamente, como normativa de polícia administrativa, cuja função primordial é a de controlar o acesso ao território e proteger a ordem pública. Essa normativa, codificada em 2005, deve ser compatibilizada com as normas regionais que versam o mesmo tema, no âmbito do bloco a que pertence o Estado francês: a União Européia.

A construção do direito dos estrangeiros na França, a partir do século XIX, é a construção de um direito administrativo correspondente, submetido ao controle do Conselho de Estado. Se ocupa não de conferir direitos subjetivos aos estrangeiros, mas, pelo contrário de limitar, timidamente, os poderes da Administração Pública na gestão dos assuntos de estrangeiros.

Ainda na terceira República (século XIX), as normas referentes ao direito dos estrangeiros não se submetem à uma interpretação que decorra do princípio da hierarquia das leis, e que, portanto, coloque a Constituição e os tratados internacionais como normas primeiras sobre a matéria.

Nos anos 1930, o Estado se permite recusar entrada a estrangeiros "por motivos da situação de emprego"³³⁸.

Em 1981, um decreto modifica o artigo 14, da Lei de 29 de julho de 1881, para instituir um regime de interdição administrativa de publicações em língua estrangeira. Esse poder do Estado não é satisfatoriamente limitado pela jurisdição administrativa, que se furta ao controle de mérito ao argumento de que os atos se apresentavam formalmente perfeitos.

De 1945 a 1980, são feitas onze modificações na lei de estrangeiros e a reabertura dos debates sobre imigração, em 1975, promove mais trinta modificações, até a situação atual, em 2011. Foram elas: procedimentos de recondução à fronteira (1980); criação dos centros de retenção administrativa (1981); criação de zonas de espera (1992); controle específico de vistos (1986); reforço na luta contra a imigração

³³⁷ A tradição constitucional francesa denomina cada uma de suas Cartas Políticas, após a instauração da República, como Repúblicas, referindo-se ao fato de que, a cada nova constituição, funda-se um novo Estado que simplesmente recepção a ordem jurídica anterior com ele compatível. Nessa medida, encontra-se a França atualmente na 5ª República (*V^e République*), ou seja, constituída como o Estado fundado pela Carta Política de 1946.

³³⁸ Esta referência ainda persiste no artigo R.5221-20 do Código de Trabalho.

irregular (1993, 1997, 2003, 2006, 2007 e 2011); controle dos casamentos "mistos" (2006 a 2011) e instituição de um Ministério da Imigração, com a indicação de um ministro *ad hoc*³³⁹.

O direito dos estrangeiros não escapou ao movimento codificador iniciado na França no final dos anos 1980³⁴⁰ e, embora a Constituição de 1946 proclame, em seu preâmbulo, que o Estado francês garante proteção a todos os homens perseguidos em razão de seu atuar em favor da liberdade³⁴¹, nada foi dito sobre estrangeiros no corpo daquela Carta Política, de forma que o legislador ordinário ficou quase que inteiramente livre³⁴² para legislar, como quisesse, sobre o direito dos estrangeiros.

O código de estrangeiros regula a presença, em território francês, de pessoas que não ostentem nacionalidade francesa, ou seja, os que detenham nacionalidade estrangeira e os que não possuam qualquer nacionalidade³⁴³.

As diretivas da União Europeia estabelecem as distinções entre os que têm livre circulação no bloco e os que dependem de controle, estabelecendo as relações livres entre nacionais do bloco e como este se relaciona com os estrangeiros de terceiros Estados. Trata-se de uma política migratória comum, que tem como foco principal o controle de acesso a fronteiras comuns.

Em 1985, França, Alemanha, Bélgica, os Países Baixos, e Luxemburgo firmaram o Tratado de Schengen, um acordo sobre a supressão gradual dos controles de fronteira comum. Em 1990, o acordo se estendeu aos demais Estados membros, embora Dinamarca e Reino Unido discordassem de alguns de seus dispositivos. O Regulamento nº 562/06 estabelece que a entrada admitida em qualquer dos Estados membros autoriza a livre circulação do estrangeiro admitido por todo o território da União.

³³⁹ TCHEN, Vincent. *Droit des Étrangers*. 2ª ed. Paris: Elipses, 2011. p.5.

³⁴⁰ *ibidem*. p.9.

³⁴¹ *alínea* 4ª do Preâmbulo.

³⁴² A limitação, aqui, constitui a observância dos tratados internacionais sobre a matéria como a Convenção de Nova Iorque, de 20 de janeiro de 1990, sobre direitos das crianças, que prevê, entre outros: o direito ao desenvolvimento (art.6º); o direito à identidade (art.8º); o direito à unidade da família (art.9º); e direitos a saúde, seguridade social e uma certa qualidade de vida (arts.24-1, 26-1 e 27-1); e a Convenção Européia dos Direitos Humanos - CEDH, que sanciona a tortura, considerada como o tratamento desumano ou degradante. A Convenção, no Protocolo adicional nº. 4, de 16 de setembro de 1963, estabelece o direito de circulação de todo o estrangeiro regular e veda a saída compulsória de estrangeiros, ali denominada expulsão, de forma coletiva.

³⁴³ *Code Étrangers*, artigo L. 111-1.

Com relação ao acesso ao território francês, necessário salientar que a França jamais estabeleceu qualquer tipo de cota de entrada. Estabeleceu, no entanto, uma política de imigração seletiva, ao prever facilidades migratórias em razão de talentos ou competências que pudessem ser significativas para o desenvolvimento do Estado³⁴⁴.

A entrada na França requerer a obtenção prévia de um visto. Três são os tipos de visto emitidos pelo Estado: (1) visto de trânsito aeroportuário, limitado a cinco dias; (2) visto de duração limitada a três meses; e, (3) vistos de longa duração.

A política migratória comum da União Europeia obriga aos Estados membros a observância de um visto uniforme de entrada, que autoriza a circulação pelo território comum por três meses.

A jurisprudência³⁴⁵, embora reconheça os amplos poderes do serviço exterior francês quanto à discricionariedade com que concede ou denega vistos de entrada, impõe que, em determinados casos específicos³⁴⁶, como o de cônjuges, crianças, e ascendentes de nacionais, sejam as recusas³⁴⁷ motivadas.

4.6 A política migratória norte-americana.

Em 25 de junho de 2012, a Suprema Corte Norte-Americana anunciou uma decisão paradigmática no que se refere à política migratória dos Estados Unidos da América. Com a decisão, limitou o escopo de atuação dos Estados federados na

³⁴⁴ Lei de 24 de julho de 2006.

³⁴⁵ *ibidem*. p.39.

³⁴⁶ *Code Étrangers*, artigo L.211-2.

³⁴⁷ VANDENDRIESSCHE, Xavier. *Le Droit des Étrangers*. 5^a ed. Paris: Dalloz, 2012.p. 41: "Les refus de visa est un acte de pure souveraineté qui, en théorie, n'oblige nullement son auteur à indiquer les motifs. Pourtant, l'obligation de motivation a sensiblement progressé (1), même si les motifs de refus restant très larges (2). (...) Dans la mesure où le visa est une expression de la souveraineté de l'État, il pouvait apparaître légitime qu'un éventuel refus ne soit pas soumis à l'obligation de motivation issue a la loi du 11 juill.1979. Toutefois, le progrès des exigences de transparence de l'action administrative et la prise en considération des catégories particuliers d'étrangers ont conduit le législateur (article L.211-2) à fixer un liste de personnes vis-à-vis desquelles un refus de visa devra nécessairement être motivé, sous la seule réserve des considérations tenant à la sûreté de l'État. Cette liste est fondée essentiellement sur les liens familiaux des demandeurs et sur les services rendus à la France."

questão da imigração ilegal.

A Corte se pronunciou sobre a constitucionalidade de uma polêmica lei do Estado do Arizona que, em uma de suas disposições, permitia à força policial do Estado checar o *status* migratório de todas as pessoas, considerando-a, nesta parte, constitucional, sendo de se criticar o dispositivo, e, em consequência a decisão da Corte, na medida em que ele pode fomentar práticas discriminatórias, inclusive com base em aferições superficiais e sumárias, baseadas nas características físicas das pessoas.

Por outro lado, a Corte derrubou dispositivos que criminalizavam o trabalho do imigrante em situação migratória irregular e sua mera estada no território do Arizona, e que autorizava as forças policiais do Estado a deter pessoas nesta situação, sem a necessidade de ordem escrita, emanada de autoridade judiciária competente.

Constitucionalmente, a questão foi examinada à luz da competência estadual para legislar sobre imigração, que se limita a à regulamentação de normas gerais, para as quais é o Congresso Nacional o competente. Assim, com base no argumento de que uma eventual conduta típica, decorrente de imigração irregular, seria, em tese, um crime federal, para cuja previsão só teria competência o Congresso Nacional Norte-Americano, a Suprema Corte considerou inconstitucional a norma que tipificou, no Estado do Arizona, a conduta de permanecer no Estado ilegalmente. Na decisão, a Corte ressaltou que a lei federal já regula o tema e não deixa espaço para regulamentação pelos Estados.

O impacto do julgamento no país é medido pelo fato de que a lei do Estado do Arizona, objeto da decisão, serviu de modelo para leis de outros Estados americanos, como Alabama, Geórgia, Indiana e Carolina do Sul, de forma que a decisão repercutiu sobre todo o país no que concerne ao debate sobre imigração ilegal, opondo defensores e opositores das idéias de acolhimento e reserva de mercado, a denominada "América para os americanos".

O presidente Barack Obama³⁴⁸ afirmou ser necessária uma reforma legislativa no que concerne à imigração, embora sustente que uma reforma desta natureza deva ser precedida de amplo debate que considere, especialmente, as questões referentes

³⁴⁸<<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/06/25/press-gaggle-press-secretary-jay-carney-en-route-new-hampshire-62512>> acessado em 26.06.2012 às 4h57m.

aos direitos humanos.

No início do mês de junho, de 2012, o Departamento de Segurança Interna anunciou que não deportará mais jovens que foram trazidos para o país quando crianças, e que lá vivem e estudam. Isso não significa, contudo e por enquanto, que o governo pretenda facilitar sua naturalização³⁴⁹.

Como já visto, Oscar Tenório³⁵⁰ nos informa que, no século XIX, enquanto seguíamos o critério da liberdade política da imigração, os Estados Unidos da América andavam em direção radicalmente oposta, editando uma série de leis que regulavam a entrada do estrangeiro no território nacional, inspiradas por critérios de defesa da saúde do povo, da moral da população e mesmo da raça.

Esse movimento legislativo, ainda segundo o professor, culminou com as normas restritivas previstas na denominada Lei Johnson, de 1924, que fixou em 2% a

³⁴⁹ "Over the past three years, this Administration has undertaken an unprecedented effort to transform the immigration enforcement system into one that focuses on public safety, border security and the integrity of the immigration system. As DHS continues to focus its limited enforcement resources on the removal of individuals who pose a danger to national security or a risk to public safety, including aliens convicted of crimes, with particular emphasis on violent criminals, felons, and repeat offenders, DHS will move to exercise prosecutorial discretion to ensure that enforcement resources are not expended on low priority cases, such as individuals who were brought to this country through no fault of their own as children, have not been convicted of a felony offense, a significant misdemeanor offense, or multiple misdemeanor offenses, and meet other key criteria.

Effective immediately, certain young people who were brought to the United States through no fault of their own as young children and meet several key criteria will be considered for relief from removal from the country or entered into removal proceedings. Those who demonstrate that they meet the criteria will be eligible to receive deferred action for a period of two years, subject to renewal.

Only those individuals who can prove through verifiable documentation that they meet these criteria will be eligible for deferred action. Individuals will not be eligible if they are not currently in the United States and cannot prove that they have been physically present in the United States for a continuous period of not less than 5 years immediately preceding today's date. The use of prosecutorial discretion confers no substantive right or pathway to citizenship. Only the Congress, acting through its legislative authority, can confer these rights.

While this guidance takes effect immediately, USCIS and ICE expect to begin implementation of the application processes within sixty days. Do not apply - this application process is not yet available. If you apply early, your application will be rejected. Beginning June 18, 2012, individuals can call USCIS' hotline at 1-800-375-5283 or ICE's hotline at 1-888-351-4024 during business hours with questions or to request more information on the forthcoming process".

Em <<http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.eb1d4c2a3e5b9ac89243c6a7543f6d1a/?vgnnextoid=f2ef2f19470f7310VgnVCM100000082ca60aRCRD&vgnnextchannel=f2ef2f19470f7310VgnVCM100000082ca60aRCRD>> acessado em 26.06.2012 às 5h14m.

³⁵⁰ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 248.

proporção de estrangeiros de cada nacionalidade européia, com base no censo de 1890, que poderiam ingressar no país anualmente.

Os Estados Unidos da América vivem, faz muitos anos, a situação que começa a ser experimentada pelo Brasil, a de ser um país extremamente atrativo para imigrantes. Seus critérios generosos de concessão de nacionalidade pelo direito do solo, fazem com que os imigrantes venham a constituir família em território norte-americano, passando com isso a obter o direito de permanência em razão da prole nacional.

A questão envolve, como se viu acima, uma série de considerações e preconceitos entre o acolhimento do estrangeiro, e mesmo a necessidade de sua força de trabalho, que construiu o país, e sua repulsa, nos momentos de instabilidade econômica, considerada exatamente a disputa no mercado de trabalho.

No prefácio à quinta edição de *Immigration and Refugee Law and Policy*³⁵¹, de Stephen H. Legomsky e Cristina M Rodriguez, afirmam os autores que, na América, a imigração atinge a todos e a política migratória norte-americana afeta, diretamente, milhões de habitantes no globo.

O debate fundamental sobre política migratória norte-americana, ainda segundo os autores, envolve crenças por vezes fundamentalistas acerca do conceito de soberania, segurança nacional, raça, autonomia pessoal, igualdade de oportunidades, liberdade de associação, sentido de comunidade internacional, direitos humanos, tributação, emprego, educação, bem-estar, observância da lei, políticas de trabalho, meio-ambiente, relações exteriores, guerra, e distribuição de recursos.

A história da imigração nos Estados Unidos da América pode ser sistematizada da seguinte forma: da Independência, em 1776 a 1875, foi fundada nos valores da Declaração de Virgínia, e a entrada de estrangeiros, tal como nos primeiros momento da *Revolução*, na França, não sofreu qualquer restrição. A legislação federal sobre o tema era escassa e limitada. Consistia no *Alien Act* de 1798, que previa o poder do Presidente da República de expulsar do território estrangeiros, por critérios de conveniência e perigo de sua presença, e nas leis de 1819, concernentes à regulamentação de embarcações que traziam aos EUA imigrantes e 1864, autorizando

³⁵¹ LEGOMSKY, Stephen H.; Rodriguez, Cristina M. *Immigration and Refugee Law and Policy*. 5ª ed. Nova Iorque: Foundation Press e Thomson Reuters, 2009.

os Estados a iniciar programas de fomento à imigração para fins de povoamento e colonização³⁵².

De 1875 a 1917, tem-se as primeiras leis restritivas de imigração. Em 1875, surge a lei que impede a entrada de condenados e prostitutas. Em 1882, outra lei previa uma taxa de entrada no valor de 50 centavos e excluía da possibilidade de imigrar *idiotas, lunáticos, condenados* e pessoas que pudessem ser consideradas um peso para o Estado³⁵³.

Ainda em 1882, surge o *Chinese Exclusion Act*, observado até 1943. De 1885 a 1887, o Congresso aprovou leis de regulação dos contratos de trabalhos avençados com estrangeiros e os primeiros anos do século XX foram marcados por um incremento da imigração³⁵⁴. Seus primeiros anos, de 1917 a 1924, no entanto, foram marcados por leis restritivas, sendo a mais significativa a que criou a *Asiatic Barred Zone*, com o objetivo de retirar do território orientais como um todo. Em 1918, o congresso aprovou lei que permitia a deportação de estrangeiros subversivos, o *Anarchist Act*³⁵⁵.

Em 1921, movido por um isolacionismo provocado pelo pós-guerra, surge a primeira lei de cotas. Esta lei devia expirar em 1922, mas foi prorrogada até 1924. Os *Immigration Acts* de 1917 e 1924 se tornaram o marco legislativo da política migratória norte-americana.

Com a Segunda Guerra, verificou-se certa flexibilização na entrada por razões humanitárias. O *Displaced Persons Act*, de 1948, emendado em 1950, permitiu a entrada de mais de 400.000 mil refugiados estrangeiros. Outra medida de política migratória do pós-guerra, nesta época, foi a de tentar trazer ao território norte-americano, os filhos nascidos na Europa, e as noivas européias dos soldados americanos, medida que permitiu a entrada de 5.000 estrangeiros.

Em 1952 surge o *Immigration and Nationality Act* que foi inicialmente vetado pelo Presidente Truman, que discordou de seu sistema de cotas, e da severidade dos critérios elaborados para ensejar medidas como exclusão, deportação e desnaturalização, ou seja, perda da nacionalidade adquirida. O veto foi derrubado pelo

³⁵² LEGOMSKY, Stephen H.; Rodriguez, Cristina M. op.cit.p.13.

³⁵³ ibidem. p.13.

³⁵⁴ ibidem.p.14.

³⁵⁵ idem.

Congresso e a lei publicada em 27 de junho de 1952.

A atividade legislativa neste campo se limitou, nos anos seguintes, a pequenas alterações, por emendas, da lei de 1952. Em 1965, estas emendas passaram então a representar uma verdadeira mudança: aboliram-se o sistema de cotas; e as restrições de entrada para asiáticos, e fixou-se um único sistema de cotas geral, não discriminatório, o de 170.000 estrangeiros por ano.

Em 1980 foi editado o *Refugee Act*, estabelecendo os critérios para conceituar-se refugiado. Seis anos mais tarde, foram realizadas alterações na Lei de Imigração e Nacionalidade para regular a situação de fraudes constatadas em casamentos com nacionais (lá chamados cidadãos) norte-americanos, o que confere, naquele país, o direito de permanência.

Finalmente, em 1990, é editado o *Immigration Act*, considerada a mais importante legislação sobre imigrantes na história dos Estados Unidos da América, e que vige até hoje, ainda que sofrendo alterações, de quando em vez.

O aparato estatal norte-americano, no que concerne às questões referentes a estrangeiros, está assim delineado: Secretaria de Segurança Interna (*Homeland Security*), para a execução da política migratória internamente e Secretaria de Estado (*Department of State*) para sua execução externa. Ligadas à Secretaria de Segurança Interna, estão as agências de Imigração e Aduana (*Immigrations and Customs*); Proteção de Fronteiras e Aduana (*Customs and Boarder Protection*) e Imigração e Nacionalidade (*Citizenship and Immigrations Services*). Internamente, se ocupam da questão migratória: a Secretaria de Trabalho (*Department of Labor*); a Secretaria de Justiça (*Department of Justice*) e a Secretaria de Saúde (*Department of Health and Human Services*)³⁵⁶.

A legislação norte-americana conceitua o estrangeiro como não-nacional, ou não-cidadão (*noncitizen*). Estes são divididos em imigrantes (*immigrants*) e não-imigrantes (*nonimmigrants*). Destes últimos são exemplos: turistas, estudantes, visitantes, visitantes a negócios, trabalhadores temporários etc. Sua admissão, como regra, é irrestrita. Todos os demais *noncitizen* são considerados por lei *immigrants*, termo que inclui os imigrantes autorizados a entrar (LPRs) e não autorizados

³⁵⁶ *ibidem*. p. 14.

(*undocumented immigrants*)³⁵⁷.

Estrangeiros não imigrantes, e não dispensados de pedido de visto por tratado, necessitam requerê-lo nas repartições diplomáticas norte-americanas correspondentes. Uma vez admitido como *nonimmigrant*, o estrangeiro pode promover a alteração de seu *status* migratório, sem a necessidade de deixar o território.

³⁵⁷ *ibidem*, p. 7.

5 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O exercício do poder no Estado evolui de sua fundamentação no direito divino para teorias contratualistas que o legitimam pela vontade comum de seus componentes. Desde seus primórdios, o tema do controle dos atos políticos, ou de governo, é tema estudado de forma recorrente por teorias que se dedicam a estabelecer o que é o Estado, e, concomitantemente, se e como pode ser controlado.

O controle dos atos de Estado pelos indivíduos sofreu grandes transformações nos últimos dois séculos. Passou-se da de uma tradicional impossibilidade total de controle dos atos do soberano, à exceção de algum controle pelo Parlamento; e, da ausência total de responsabilidade do governante, expressa no brocardo *the king can do no wrong*, à atual responsabilização do Estado de forma objetiva, menos dificultosa para o Administrado, de quem só se exige prova do dano, do atuar administrativo, e do nexo de causalidade entre estes elementos.

Hoje, especialmente no direito brasileiro, dúvida não há de que se possam controlar judicialmente os atos da Administração. Os contornos e limites deste controle é que se encontram na ordem do dia para os estudiosos do direito do Estado, e do direito administrativo em particular.

O ordenamento jurídico-constitucional estabelece uma série de formas de controle dos atos da Administração: (1) o autocontrole, concretizando-se os princípios da autotutela e da tutela administrativa; (2) o controle parlamentar, por meio dos tribunais de contas e comissões parlamentares de inquérito; (3) o controle pelos cidadãos, por meio do exercício do direito de sufrágio, e pelo ajuizamento de ação popular (Lei nº 4.717/65) e, por fim, (4) o mais invasivo: controle judicial³⁵⁸.

Este último consiste na possibilidade de rever-se o ato da Administração ao fundamento de que este está a lesionar direito do Administrado. Tem sua origem histórica no célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado no século XIX, pela Suprema Corte Americana, em que a corte assentou serem passíveis de controle judicial os atos

³⁵⁸ JÚNIOR, Jesse Torres Pereira. *Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 21.

do Executivo, à exceção dos de natureza política e dos que a Constituição ou a lei houvessem atribuído exclusiva discricionariedade³⁵⁹.

O controle judicial tem sua marcha iniciada por provocação do titular do direito alegadamente lesado. É o que se denomina princípio da inércia. O direito de provocar o Estado (Judiciário) a controlar o próprio Estado (Executivo) é direito público, subjetivo, abstrato, e constitucional, e encontra fundamento jurídico-político na tripartição funcional do poder, que, trabalhada pelo constitucionalismo norte-americano, permitiu a hoje corrente prática de controle do Estado por si próprio, por meio do sistema de freios e contrapesos. Ao provocar o Judiciário, exercitando o direito de ação, o titular do direito lesado, ou ameaçado de lesão, pode pretender anulá-lo ou revisá-lo.

Para que o direito de ação (artigo 5º, XXXIV, *a*, c.c. XXXV, da CRFB/88) seja legitimamente exercitado, necessário se faz que o titular do direito lesado preencha condições legalmente impostas para o seu legítimo exercício (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido). O não preenchimento destas condições não permite concluir que o direito de ação não exista, mas impede, como se disse, o seu legítimo exercício, ensejando a observância do comando insculpido no artigo 267, do Código de Processo Civil Brasileiro. Também necessário, independentemente da via acionária escolhida, sejam atendidos pressupostos técnicos para o desenvolvimento válido do processo (capacidade postulatória, órgão investido de jurisdição pré-existente à demanda, e competência).

³⁵⁹ BARROSO. Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7: "[...] O *writ of mandamus* consistia em uma ordem para a prática de um determinado ato. Marshall, assim, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impuserem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade."

5.1 A relevância do procedimento

De acordo com o direito processual civil brasileiro³⁶⁰, a pretensão do titular do direito violado, para fins de revisão do ato de Estado emanado pela Administração, pode ser deduzida em juízo por qualquer via acionária: (1) ações sob rito ordinário ou sumário, como é o caso de anulatória de ato administrativo, repetição de indébito tributário, declaratória de inexistência jurídico-tributária, responsabilização civil do Estado. Nestas ações, admite-se uma ampla produção de provas; (2) ações sob procedimentos especiais, como a nunciação de obra nova e a desapropriação. Aqui, o procedimento ostenta particularidades que o diferem, em muito, do rito comum; (3) ações sobre rito sumaríssimo dos juizados especiais federais (Lei nº 10.259/01), desde que não objetivem à desconstituir ato da administração que não seja previdenciário ou tributário. O procedimento sumaríssimo é previsto para causas de menor complexidade, cuja demora em longo procedimento se afiguraria desproporcional ou irrazoável; (4) ações de provimento mandamental, como as clássicas garantias fundamentais do mandado de segurança³⁶¹ (Lei nº 12.016/09), do *habeas data*³⁶² e do *habeas corpus*³⁶³ que admitem a prolação de provimento liminar apto a, de forma célere, obstar a ilegalidade ou abuso de poder; (5) ações de classe, como a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), com fundamento, por exemplo, no direito transindividual ao meio ambiente, ou no direito do consumidor, e a ação de improbidade (Lei nº 8.429/92), com fundamento no direito transindividual à Administração proba³⁶⁴; (6) medidas cautelares específicas (arts.813/889, do CPC), como a produção antecipada

³⁶⁰ JUNIOR, Jesse Torres Pereira. op.cit. p.30.

³⁶¹ A ação de mandado de segurança constitui, ao mesmo tempo, um mecanismo de que se pode utilizar o titular de um direito fundamental, lesado ou ameaçado de lesão, e uma garantia fundamental.

³⁶² A ação de *habeas data* destina-se a assegurar ao indivíduo o acesso a informações que tenha o Estado sobre si, para tão-somente conhecê-las ou eventualmente retificá-las.

³⁶³ A ação de *habeas corpus* constitui a mais antiga garantia processual de que se tem notícia. Trata-se de remédio constitucional destinado a garantir a liberdade de locomoção de quem a tenha restringida por ato de autoridade, eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Tradução literal da nomenclatura latina revela sua função: tenha-se o corpo. Significava, no passado, a garantia de ser fisicamente trazido à presença do juiz natural para que este aferisse a legalidade da segregação.

³⁶⁴ ZVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 110.

de prova ou genéricas (inominadas), como as necessárias a impedir um atuar da Administração que possa esvaziar de eficácia a providencia judicial pretendida no processo principal (art.798, do CPC); e, por fim (7), medidas de execução forçada, como a execução contra a Fazenda Pública (art.730, do CPC).

Estabelecidas esta premissas, questão que se coloca na atualidade é a da adequação da via acionária à pretensão deduzida. É que se por um lado, alguns procedimentos permitem medidas rápidas e eficazes para obstar a produção de efeitos de um ato ilegal ou abusivo, como é próprio dos provimentos mandamentais; por outro, nem todos admitem a produção de provas (por todos os meios em direito admitidos), como é regra na atividade jurisdicional. Escolher a via acionária e nela conseguir obter o que se pretende é questão de relevância quando se trata de provocar o Estado a dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva.

Na prática judicial, o que se percebe é que a escolha equivocada da via processual adequada à pretensão, faz com que o Estado não possa dar a resposta de direito material esperada pelo jurisdicionado.

Veja-se, por exemplo, o que sucede nas ações sob rito especial de mandado de segurança, *habeas corpus*, e na processada sob rito ordinário.

No que concerne ao mandado de segurança, tem-se que este, em linhas gerais, como já amplamente esboçado pela melhor doutrina nacional³⁶⁵, é remédio constitucional posto a disposição de toda pessoa física ou jurídica, ou órgão com capacidade processual, para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por autoridade pública ou por quem lhe faça as vezes, ou seja, por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Visa à proteção de direito líquido (preciso em seus limites, contornos e quantidades) e certo (aferível de plano, sem necessidade de dilação probatória) que tenha sido alvo de ilegalidade ou abuso de poder.

Da conceituação se extrai, de início, que a ação mandamental se destina - em um Estado juridicamente organizado e obediente a suas próprias leis - a obrigar que seus agentes se conduzam, e atuem, de acordo com o ordenamento legal. É dizer: que cumpram as leis e, dessa forma, atuem conforme o direito.

³⁶⁵ MEIRELES, Hely. *op.cit.* p. 21.

A garantia constitucional do mandado de segurança (artigo 5º, LXIX, da CRFB/88) tem, como requisitos fundamentais, a existência de direito líquido e certo a defender, não tutelável por outros remédios constitucionais e a prática, por agente da Administração Pública, ou por que lhe faça as vezes, de um ato (ou omissão) eivado de ilegalidade ou de abuso de poder³⁶⁶.

O Conceito de direito líquido e certo, embora tenha sido no passado objeto de alguma controvérsia, já se estabilizou na doutrina e na jurisprudência, na forma acima equacionada, compreendendo-se, repise-se, como o que é preciso em seus limites, contornos e quantidades e aferível de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Assim, para que o jurisdicionado possa se valer da ação de mandado de segurança, com proveito, necessário se faz que não haja necessidade de produzir provas no curso do processo. É necessário, como se viu, que as provas já se encontrem produzidas, já existam, quando do ajuizamento da ação e acompanhem o pedido inicial (salvo nos casos em que o autor, denominado impetrante, conheça a existência de um documento a que não tenha acesso e requeira ao magistrado ordem para que este documento venha aos autos). De outra forma, o direito alegado não será líquido e certo, e, assim, ainda que exista, não poderá ser tutelado pela via especial e célere do mandado de segurança³⁶⁷.

Mas e se houver urgência na medida pleiteada? Se o estrangeiro estiver em vias de ser deportado? Como fazer? Nesses casos o ordenamento disponibiliza a denominada tutela de evidência, ao permitir, numa ação sob rito ordinário, com ampla produção de provas, que o magistrado conceda, de início, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, se convencido da verossimilhança das alegações; e do perigo de dano

³⁶⁶ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p .25.

³⁶⁷ "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO CLANDESTINO NO BRASIL. ALEGAÇÃO DE NASCIMENTO NO EXTERIOR DE PAI BRASILEIRO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DOCUMENTAÇÃO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO PESSOAL. REQUISIÇÃO DE CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. SENTENÇA CONFIRMADA. I - Se a verificação do direito alegado pelo impetrante exige dilação probatória, como no caso, em que as suas alegações para serem comprovadas necessitam, inclusive, de prova testemunhal, afigura-se incompatível com a via estreita do mandado de segurança, ressaltando-se, contudo, ao impetrante, as vias ordinárias. II - Apelação desprovida. Sentença confirmada." (TRF1. Apelação em Mandado de Segurança. Sexta Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Julgado em 30 de abril de 2007 e publicado em 13 de agosto do mesmo ano)

irreversível em aguardar-se o final do processamento. Em outras palavras: se convencido da probabilidade do direito alegado e do perigo de perecimento deste direito se negado provimento pleiteado.

Logo, se o jurisdicionado não estiver seguro quanto à possibilidade de comprovar, de plano, seu direito, melhor caminho é o ajuizamento de uma ação em que possa promover a produção de provas, no lugar de se aventurar no rito especial do mandado de segurança, que pode, ao fim e ao cabo, representar uma grande perda de tempo para quem, eventualmente, não o tenha.

Ainda no que concerne ao Mandado de Segurança, alguma atenção merece o segundo elemento ou pressuposto do cabimento da ação mandamental, qual seja, a prática, por agente da Administração Pública, de ato, comissivo ou omissivo, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Esses dois conceitos: ilegalidade ou abuso de poder são os que mais suscitam questionamentos. O que é ilegalidade? Seria o mero descumprimento da letra da lei? Ou o que é irrazoável ou desproporcional se inclui no conceito de ilegalidade? Pode a estrita observância do texto legal ser considerada ilegal³⁶⁸? E o abuso de poder? Como

³⁶⁸ "POLÍCIA ADMINISTRATIVA. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR (CLANDESTINO). ANISTIA DA LEI N. 9.675/98. ESTRANGEIRO COM VISTO TEMPORÁRIO. PRETENSÃO DE OBTER, DIRETAMENTE, O MESMO TRATAMENTO. INDEFERIMENTO. LEGALIDADE DO ATO. 1. O impetrante encontrava-se no Brasil como temporário (visto típico de quem vem ao País em virtude de contrato de trabalho por tempo determinado), válido até 10.05.99, quando sobreveio a Lei n. 9.675, de 08.09.98 (regulamentada pelo Decreto n. 2.771/98), que, dando nova redação ao art. 1º da Lei n. 7.685/88, estabeleceu: Poderá requerer registro provisório o estrangeiro que, tendo ingressado no território nacional até a presente data, nele permaneça em situação ilegal. 2. Esse visto provisório assegurava ao estrangeiro permanência de até dois anos no país, prorrogável por igual período, 'com os mesmos direitos e deveres de estrangeiro possuidor de visto temporário'. Finda a prorrogação, o visto provisório poderia ser transformado em visto permanente (artigos 2º, 5º e 6º da Lei n. 7.685/88). 3. O impetrante requereu o benefício, sob a alegação de que já houvera sido demitido do emprego que motivava seu visto temporário, de modo que na realidade - argumentou - encontrava-se em situação irregular e, conseqüentemente, enquadrava-se na hipótese da lei. O pedido foi indeferido porque, para todos os efeitos, o impetrante encontrava-se em situação regular no país, uma vez que o Ministério do Trabalho, que detém competência na espécie, não cancelara seu visto. 4. A situação é assaz curiosa, porque trata-se de uma pessoa tentando enquadrar-se numa ilegalidade (clandestinidade no país) para poder obter vantagens de anistia. 5. Na situação que propiciava anistia o impetrante efetivamente não se encontrava, pois seu visto temporário ainda estava em vigor. O que ele poderia ter pretendido, talvez, era a obtenção do mesmo tratamento previsto para os anistiados, com base na isonomia. 6. O ato da autoridade, da forma como feito o requerimento, está correto. Além disso, a esta altura, é bem possível que a pretendida reforma da sentença já não teria utilidade, em face da superveniente alteração da situação do impetrante. 7. Apelação a que se nega provimento." (TRF1. Apelação em Mandado de Segurança nº 199838000448940. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, julgado em

é medido o poder da autoridade para saber-se se a medida foi extrapolada? O ato de ampla discricionariedade, aquele que dispensa motivação, pode ser, por esta razão, considerado abusivo?

Vejamos um caso concreto em que, no mérito, ser teria esta discussão sobre os contornos da ilegalidade como desproporcionalidade, mas que, por questões processuais, acabou por ser extinto, sem exame de mérito.

No dia 3 de julho de 2009, entraram em vigor a Lei nº 11.961/09, e o Decreto 6.893/09 que a regulamenta, com o objetivo de permitir a regularização e a permanência de todos os estrangeiros que encontravam-se em situação irregular no território. Esta anistia corresponde a um dos objetivos da atual política migratória brasileira, qual seja o de facilitar a regularização do imigrante irregular, possibilitando-se, assim, a estes estrangeiros, o acesso a benefícios oferecidos ao trabalhador nacional, como: (1) contrato de trabalho anotado em Carteira de trabalho e Previdência Social - CTPS; (2) recolhimento de contribuições previdenciárias ao INSS e FGTS; (3) livre utilização do sistema público de saúde; e (4) livre entrada e saída do país, o que não lhes era possível sem a regularização.

Com base nesta previsão legal, e, evidentemente, com base nos fins pretendidos pelo legislador, o nacional chinês Zhu Shiua, pretendendo ver-se beneficiado pela lei de anistia, requereu, com fundamento no inciso II, de seu artigo 2º, que estabelece ser potencial beneficiário aquele que tenha ingressado no território de forma clandestina, a concessão de anistia e a regularização de sua estada no país.

Ocorre que a lei exige que o estrangeiro faça prova de que já se encontrava no país antes de fevereiro de 2009, e estabelece que tal prova se dará, nos termos do

21 de fevereiro de 2007 e publicado em 08 de março do mesmo ano). Vivian Ramos Andrade, aluna do autor na Faculdade Nacional de Direito, da UFRJ, desenvolve pesquisa para trabalho monográfico, cujo projeto já foi aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito, em que apresenta, como estudo de caso, o que aconteceu com o senhor Damon Freeman que havia reingressado no território nacional com um visto de estudante em 31 de janeiro de 2009. Ocorre que já estivera vivendo no Brasil durante mais de um ano de forma irregular, sem jamais ter se matriculado em qualquer instituição de ensino. Assim, por ter ingressado no país antes de fevereiro de 2009, conforme exigido pela Lei nº 11.961/09, a autoridade administrativa considerou que preenchia os requisitos legais, exceto pelo fato de que só se encontrava em situação irregular no país a partir de 30 de dezembro de 2010, quando o visto de estudante obtido perderia a validade, não tendo sido deferido, assim, seu pedido de anistia. Aqui, tem-se, como se viu no julgado acima, a situação de quem, querendo permanecer no Brasil, alega um ilegalidade inexistente para obter regular autorização de permanência.

inciso IV, do artigo 3º, por "comprovante de entrada no Brasil ou qualquer outro documento que permita à Administração atestar o ingresso do estrangeiro no território nacional até o prazo previsto no art. 1º desta Lei" e, nos termos do inciso V "demais documentos previstos em regulamento".

E o que fez este estrangeiro, nacional da República Popular da China, que entrou no Brasil em março de 2008, pela fronteira seca com o Paraguai, como é comum a quem pretenda ingressar no país, para comprovar que aqui já se encontrava em fevereiro de 2009? Juntou aos autos do requerimento administrativo declarações de próprio punho de que se encontrava no Brasil na data prevista pela lei.

O pedido deste estrangeiro irregular, clandestino, foi administrativamente indeferido pela autoridade policial federal ao argumento de que a lei exige prova documental da entrada no país e o estrangeiro se limitara a colacionar declarações de pessoas que atestavam sua entrada desde o ano de 2008.

Indeferido administrativamente, impetrou o estrangeiro clandestino o mandado de segurança nº 2010.51.20.000019-9, distribuído à 1ª Vara Federal de Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, pleiteando, liminarmente: (1) manter-se no país até a solução do *writ*; e, (2) que a autoridade policial federal admitisse as declarações apresentadas como prova e processasse seu pedido. No mérito, requereu a manutenção do provimento liminar e a concessão da anistia pleiteada com a regularização de sua estada no país, na qualidade de estrangeiro permanente.

A liminar foi concedida.

No mérito, o que alegava o impetrante? Ora, se se ingressou³⁶⁹ no território de forma clandestina, não oficial, às escondidas, como poderia, documentalmente, comprovar tal entrada? Mais: se se trata de uma lei de anistia, ou seja, se se trata de relevar a irregularidade do ingresso e da estada, como se exigir uma prova impossível?

Para uma solução de mérito do caso, as questões que, em tese, se colocariam seria as seguintes: se o pleito fora indeferido administrativamente, o exame de mérito dos documentos já havia sido feito. Assim, trata-se de revisão judicial do ato

³⁶⁹ No ponto, é necessário recordar, como visto no capítulo 4, que entrada é um conceito jurídico, e não fático, relacionado com a regular admissão do estrangeiro, por meio da prática de um ato administrativo de admissão. Assim, quando um estrangeiro clandestino se encontra faticamente no território, sem ter entrado juridicamente, fala-se em seu ingresso, e não em sua entrada.

administrativo indeferitório, ao argumento de que esta ato encontra-se eivado de ilegalidade, na medida em que a leitura literal do dispositivo legal, invocado como razões de decidir pela autoridade administrativa, é irrazoável e desproporcional, tratando-se, aqui, portanto, não de indevida incursão no mérito administrativo, mas, ao contrário, de controle de legalidade, possível ao Judiciário.

Ultrapassado este ponto, em sede de revisão judicial pura, colocar-se-ia, então, no mérito, a questão de saber se o impetrante comprovou, aqui já por todos os meios em direito admitidos, eis que se trata, como se disse, de exame judicial da questão submetida à jurisdição em sede de revisão judicial.

Ocorre contudo que, em se tratando de ação de mandado de segurança, a revisão judicial só pode ocorrer se comprovado, de plano, o direito líquido e certo. No caso destes autos, a criteriosa magistrada que o conduziu, considerou, com razão, que a questão reclamava dilação probatória, incompatível com os estreitos limites da ação mandamental, e extinguiu o feito, sem o exame do mérito, o que permite ao jurisdicionado voltar a provocar a jurisdição, em outra sede. Desta sentença extintiva interpôs-se recurso de apelação, como se vê de consulta processual ao sítio eletrônico da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Em situação similar, os nacionais chineses Xie Guoha, processo nº 2009.51.10.010814-4, tramitando junto à 4ª Vara Federal; e Wang Peiyi, processo nº 2010.51.10.004036-9, tramitando junto à 3ª Vara Federal, ambas da Subseção Judiciária de São João de Meriti, Rio de Janeiro. No primeiro caso, colhe-se da manifestação do Ministério Público Federal, a consideração de que a declaração do impetrante consitui documento particular, nos termos do artigo 368, do Código de Processo Civil, e que, não obstante prove apenas a própria declaração e não o fato declarado, não pode servir a fomentar a exigência descabida de robustez de prova de ingresso para aqueles que ingressaram de forma não oficial, sob pena de inviabilizar-se o propósito da lei. Os pedidos, nestes dois casos, foram julgados procedentes, concedendo-se a segurança para que a autoridade policial federal desse curso ao processo administrativo, entendendo como de direito.

No mesmo sentido o Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

“CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ESTRANGEIRO - REGISTRO PROVISÓRIO - CLANDESTINIDADE - ART. 4º DA LEI Nº 11.961/2009 - ART. 1º DO DECRETO Nº 6893/2009 - DATA DO INGRESSO NO TERRITÓRIO

NACIONAL I- Trata-se de Agravo Retido, Remessa Necessária e Apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL em face da r. Sentença que concedeu a segurança, julgando procedente o pedido e extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do art. 269 I do CPC, para determinar que a Autoridade impetrada, desde que satisfeitos os demais requisitos estipulados pelos artigos 4º da Lei no 11.961/2009 e 1º do Decreto nº 6893/2009, procedesse ao requerimento de registro provisório do Impetrante, concedendo-lhe o protocolo respectivo (art. 2º do Decreto nº 6898/2009). II- Ressaltou o MM Juízo a quo que a declaração de próprio punho apresentada pelo Impetrante, na qual informou que teria ingressado no território nacional até 1º de fevereiro de 2009, deve ser aceita como pretenso/possível documento que ateste o ingresso do estrangeiro no território nacional até o prazo previsto no art. 1º da Lei nº 11.961/2009, tão somente para os fins de processamento do requerimento em questão, frisando que o mérito de tal questão deverá ser analisado pelo Ministério da Justiça. III- O art. 4º da Lei nº 11.961/2009, em seu inciso IV, estabelece que o requerimento de residência provisória deverá ser instruído com “comprovante de entrada no Brasil ou qualquer outro documento que permita à Administração atestar o ingresso do estrangeiro no território nacional até o prazo previsto no art. 1º desta Lei” IV- A expressão “qualquer outro documento”, utilizada no referido dispositivo legal e repetida no artigo 1º, inciso III, do Decreto nº 6.893/2009, reflete a necessidade de flexibilizar requisitos relativos à prova de ingresso do estrangeiro em território nacional, até porque o intuito do legislador foi o de formalizar uma situação de fato (clandestinidade). Assim, exigências descabidas quanto à robustez da prova de tal ingresso inviabilizariam a razão de ser da novel lei. V- Negado provimento ao Agravo Retido, à Remessa Necessária e à Apelação.” (TRF2. Oitava Turma. Apelação Cível nº 201051100002459. Remessa necessária em Mandado de Segurança nº 504464. Relator Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa. Julgado em 01 de março de 2011 e publicado em 14 do mesmo mês)

E cuidando da mesmíssima hipótese, com destaque para o rito especial do mandado de segurança e para a prova que se pode produzir nesta sede, o mesmo Tribunal.

"CONSTITUCIONAL. ESTRANGEIRO. LEI 11.961/2009. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE ENTRADA NO PAÍS ANTES DE 01/02/2009. -Cuida-se de mandado de segurança contra ato do CHEFE DA DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL EM NOVA IGUAÇU, na qual objetiva seja permitido o seu registro para obtenção dos benefícios Concedidos pela Lei nº 11.961/2009, alegando que requereu o seu registro provisório de permanência definitiva no território brasileiro, mas este foi negado por não possuir documento comprobatório de sua entrada clandestina no território nacional até a data exigida por lei, bem como afirmou ter apresentado uma declaração, sob as penas da lei, declarando a data de seu ingresso no território brasileiro e outra, firmada por nacional brasileiro, declarando conhecê-lo desde janeiro de 2008. -Com fulcro no art.1º e 2º, da Lei nº 11.961/2009, caberia, ao apelado, provar que se encontrava em situação migratória irregular, e que ingressou no país até 01/02/2009. Essa prova por se tratar de mandado de segurança, deve ser pré-existente, de modo a evidenciar o direito líquido e certo. In casu, cumpriria ao apelado demonstrar que estava no país da data prevista na lei. Não é, contudo, o que se tem nestes autos. -Não há documento algum que comprove a entrada e permanência do recorrido no país antes de 01/02/2009. A declaração constante à fls. 13 não é prova de

que ele já estava no país quando conheceu o declarante, Érico Alves da Silva, pois ao diz que eles se conheceram em janeiro de 2008, sem especificar se ambos estavam do Brasil. Além disso, não há firma reconhecida, pondo em dúvida a veracidade da assinatura, tornando a declaração sem valor legal e probatório. A cópia do passaporte, às fl, 10/11, não tem nenhuma indicação da entrada do recorrido no país antes de fevereiro de 2009. O visto de provisório é datado de 11/08/2009 e o visto argentino de 2007 também não sugere, nem indica a chegada no Brasil até a data imposta na lei de anistia. -Em casos como esse, a comprovação da chegada ao país não é difícil. Se o recorrido juntasse aos autos qualquer documento brasileiro em constasse o seu nome, uma simples compra por exemplo, datado de antes de 01/02/2009, já seria suficiente para comprovar o direito líquido e certo alegado, o que não foi feito. - Recurso e a remessa necessária providos." (TRF2. Oitava Turma. Apelação Cível nº 201051100043802 Remessa necessária em Mandado de Segurança nº 538863. Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland. Julgado em 18 de abril de 2012 e publicado em 30 do mesmo mês)

Interessante notar, no aresto acima, ter o relator destacado não só a relevância do procedimento, na medida em que indica que a prova deveria vir pré-constituída aos autos, não havendo espaço para dilação probatória, como o fato de que tal prova não se afigurava irrazoável ou dificultosa no caso concreto, bastando um único documento brasileiro "em que constasse seu nome, uma simples compra por exemplo, datado de antes de 01/02/2009", o que não foi trazido aos autos pelo impetrante, que, ao revés, preferiu valer-se de declarações de pessoas que sequer indicavam onde tal conhecimento teria sido travado. No ponto, de se salientar que a ação de segurança, sob rito especial, requer comprovação do direito líquido e certo, o que se afina, em maior medida, com o manejo de provas histórico-descritivas, não se mostrando o meio mais adequado para o manejo de provas crítico-lógicas, embora sejam elas possíveis.

Ainda quanto à possibilidade de prova a ser produzida.

"APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. EMISSÃO DE RESIDÊNCIA PROVISÓRIA. LEI 11.061/2009. AUSENCIA DE COMPROVAÇÃO. I. Trata-se de remessa necessária e apelação interposta em Mandado de Segurança objetivando o registro provisório de permanência definitiva em território nacional. II. A residência provisória, benefício concedido aos estrangeiros que tendo ingressado no território nacional até 1º de fevereiro de 2009, nele permaneça em situação irregular, depende do preenchimento de requisitos previstos no artigo 4º da Lei nº 11.961/2009, entre eles o comprovante de entrada no Brasil ou qualquer outro documento que permita à Administração atestar o ingresso até o prazo estipulado. III. In casu, o imigrante deveria ter diligenciado para instruir seu pedido administrativo com todos os elementos que tivesse para comprovar que já estava no país na data estabelecida em lei; recibos, contratos de aluguel, declaração de empregador, algum curso que tenha feito, etc. Ou seja, deveria ter apresentado um conjunto de circunstâncias que, de fato, corroborassem a

afirmação de que teria ingressado no país antes de 1º de fevereiro de 2009. IV. Deveras, ao Poder Judiciário caberia imiscuir-se acerca da conveniência e oportunidade do ato administrativo acaso o mesmo transbordasse os limites da lei, o que incoerreu in casu haja vista que o direito de obter a residência provisória foi assegurado ao impetrante desde que preenchesse os requisitos necessários para tal fim. V. Apelação e remessa necessária conhecidas e providas." (TRF2. Sexta Turma. Apelação Cível nº 201051100001248 Remessa necessária em Mandado de Segurança nº 499302. Relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Julgado em 21 de março de 2012 e publicado em 29 do mesmo mês).

Quanto à ação de *habeas corpus*, tem-se que se trata de garantia fundamental, consubstanciada em ação sob procedimento especial, que visa a preservar o direito constitucional de ir, vir e permanecer. Nos termos do artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República, será concedida a ordem de *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, aqui, novamente, com fundamento em ilegalidade ou abuso de poder.

O que se tutela na ação de *habeas corpus* é a coação ilegal ou abusiva, na medida em que dúvida não há possa o Estado, no exercício de sua soberania, aqui entendida como monopólio do uso legítimo da força, restringir a liberdade de ir e vir dos indivíduos quando legalmente autorizado a tanto.

Assim, como no mandado de segurança, a ilegalidade ou abuso de poder na coação deve ser evidente, não se admitindo dilação probatória.

“HABEAS CORPUS. DEPORTAÇÃO. LEI. 6.815/80. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PRAZO PARA A RETIRADA DO TERRITÓRIO NACIONAL. ART. 98, I, DO DECRETO 86.715/81. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO COMPROVADO. ORDEM DENEGADA. 1. Constatando a irregularidade do paciente no território nacional, a Delegacia da Polícia Federal em Anápolis notificou o estrangeiro por sua estada irregular no país (documento de fl. 19), determinando a sua retirada no prazo de 08 (oito) dias, em conformidade com o art. 98, I, do Decreto nº 86.715/81. 2. Não há que se falar em constrangimento ilegal, uma vez que o ato de notificação está em conformidade com a Lei 6.815/80, bem como com o Decreto 86.715/81, devendo o paciente se retirar do país para regularizar sua situação. Precedente. 3. Sabe-se que a retirada compulsória do estrangeiro do território nacional, por não cumprir os requisitos de permanência, não impede o seu retorno ao país, desde que pague multa e preencha os requisitos necessários, com a obtenção de um novo visto. 4. Em relação ao pedido de devolução do documento de identidade brasileira, o presente writ não é o meio adequado para tratar do assunto, devendo ser requerido na ação própria. 5. Ordem denegada.” (TRF 1. Terceira Turma. *habeas corpus*. Relator Desembargador Federal Carlos Olavo. Julgado em 30 de janeiro de 2012 e publicado em 17 de fevereiro do mesmo ano. e-DJF1 DATA:17/02/2012 PAGINA:192)

Por outro lado, não se admite perquirir o Judiciário a conveniência e oportunidade que configuram a ampla discricionariedade que se concede ao Estado, em tema de soberania. É o que se vê do *habeas corpus* nº 29442, julgado pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em acórdão da lavra da Desembargadora Federal Ramza Tartuce, em 03 de dezembro de 2007, publicado em 08 de janeiro do ano seguinte:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO ADMINISTRATIVA - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO (LEI 6.815/80) - EXPULSÃO - REINGRESSO CLANDESTINO - DESNECESSIDADE DE NOVO DECRETO EXPULSÓRIO - CASAMENTO E PROLE POSTERIORES À EXPULSÃO - PERDA DE INTERESSE DO ESTADO BRASILEIRO - DISCRICIONARIEDADE INERENTE AO PODER SOBERANO DO ESTADO - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO AVALIAR A CONVENIÊNCIA DA PERMANÊNCIA DO ESTRANGEIRO EM TERRITÓRIO NACIONAL - ORDEM DENEGADA. 1. Não há razoabilidade na tese veiculada na inicial, quando se sustenta a perda da eficácia do decreto que determinou a expulsão do paciente. Se o decreto de expulsão impede, perenemente, o reingresso do estrangeiro, é óbvio que, no caso de um reingresso clandestino, ilícito, não há que se exigir a expedição de um outro decreto, como condição para uma nova retirada forçada do estrangeiro. 2. O fato de o paciente possuir esposa e filhos brasileiros não é capaz de obstar a expulsão. Tanto o matrimônio como o nascimento da prole são posteriores à sua expulsão. Ocorreram após o reingresso clandestino do paciente, conforme indicam os documentos de fls. 23/30, 57e 59. Admitir a incidência da causa impeditiva da expulsão contida no artigo 75, II, do Estatuto do Estrangeiro, em situação como a retratada nestes autos, consistiria em evidente temeridade, na medida em que permitiria ao estrangeiro valer-se de um subterfúgio, opondo-se de forma fraudulenta ao exercício da soberania pelo Estado Brasileiro. 3. Não cabe ao Poder Judiciário verificar se há, ou não, interesse do Estado Brasileiro em promover a expulsão do paciente do território nacional. Tal discricionariedade incumbe ao Poder Executivo, o qual, por intermédio do documento de fl. 40, dá a conhecer que não pretende admitir que o paciente permaneça em território nacional. 4. Ordem denegada."

Hoje, salvaguardadas questões muito específicas, em que a ilegalidade ou abuso de poder, decorrentes de ato de autoridade, são de plano comprováveis, e se amoldam às hipóteses específicas de cabimento das ações de mandado de segurança e de *habeas corpus*, recomenda-se, sempre que possível, o manejo de ação sob rito ordinário. É que tendo o legislador processual conferido ao jurisdicionado a possibilidade de requerer, *initio litis*, tutela judicial de urgência (artigo 273, do CPC), pode-se, com este procedimento, ainda que menos célere que os outros dois citados, obter os mesmos resultados, sem o risco de sua extinção, sem resolução de mérito, ao fundamento de que não se trata da via processual adequada, sendo ainda, no procedimento ordinário, sempre possível a produção ampla de provas.

5.1.1 Os limites à sindicabilidade judicial do ato administrativo

A grande maioria das questões que envolvem o direito dos estrangeiros no Brasil se materializa, em termos jurídicos, por meio de atos administrativos. O próprio direito do estrangeiro é, tradicionalmente, um tema de polícia administrativa, entendida aqui como a prerrogativa de restringir ou condicionar o exercício de direitos³⁷⁰. Esta prerrogativa da Administração Pública se submete a controle judicial. Ocorre que os atos que a materializam podem ser categorizados segundo a maior ou menor liberdade com que praticados pelo Administrador, apresentado-se como discricionários, em que há um maior espaço de escolha, por razões de conveniência e oportunidade; e vinculados, em que o Administrador encontra-se preso ao que preceitua, como comportamento, o texto da lei. Entre os primeiros, necessário ainda observar que alguns ostentam a especial condição de atos que podem ser praticados com ampla ou amplíssima discricionariedade, ou seja, consubstanciam os denominados atos políticos, ou de Estado, ou de Governo, ou soberanos; e, quanto a estes, discute-se se seriam passíveis de controle judicial, e em que medida. Entre estes atos, estariam seguramente os de concessão de asilo, impedimento³⁷¹, expulsão e

³⁷⁰ Na França, questão que se coloca é saber qual o limite da matéria de direito dos estrangeiros afeta ao direito administrativo ou afeta ao direito penal. Em outras palavras: é saber, considerado o sistema do contencioso administrativo naquele país, quais são as matérias que se submetem à jurisdição administrativa e quais são os temas próprios da revisão judicial. É que muitas vezes, a irregularidade da entrada ou da estada também configura um ilícito penal, daí porque necessário saber se se trata, no caso concreto, de mera infração administrativa, matéria de competência da jurisdição administrativa, ou se se trata, efetivamente, de um ilícito penal a ser submetido à jurisdição comum. Cf. BRUSCHI, Christian. *L'Histoire Recent du Droit des Etrangers*. In.: *L'étranger entre la loi e les juges*. Paris, L'Harmatan, 2008. p. 24: "Quel juge pour l'étrangers? Le juge compétent révèle le droit applicable. Le législateur a montré beaucoup d'hésitation sur ce point. Le sejour irrégulier est une infraction qui en tant que telle relève du juge pénal, c'est-à-dire du juge judiciaire. Aujourd'hui dans l'immense majorité des cas le parquet renonce aux poursuites quand il n'y a pas d'infractions connexes et même si elles ne sont pas trop graves, ainsi l'utilisation de faux papiers. Il laisse agir le préfet qui prend un arrêté de reconduite qui n'as pas disparu avec la loi du 24 juillet 2006, même si le préfet désormais peut ajouter une obligation de quitter le territoire à un refus de séjour. Sans doute la voie administrative préférée à la voie judiciaire évite-t-elle à l'étranger une condamnation mais elle relègue aussi le juge judiciaire au second plan."

³⁷¹ TENÓRIO, Oscar. op.cit. p. 257: "Quando se sustenta que é atributo da soberania impedir a entrada de estrangeiro, tem-se em vista que ao Estado compete estabelecer as normas legais de ingresso, com os limites que julgar conveniente aos seus interesses. Se qualquer autoridade impede a entrada do estrangeiro, contrariando a lei, pratica violência."

extradição. Os atos de deportação e reconhecimento da condição de refugiado se encontrariam entre os atos vinculados, embora não seja tranquila sua classificação entre as categorias de direito administrativo.

Atos políticos são, na lição de Hely Lopes Meirelles

"os que, praticados por agentes do Governo, no uso de sua competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação de conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial."³⁷²

A questão que se coloca, a partir da lição do mestre, é justamente investigar se estes atos se submetem a controle judicial e, ao se submeterem, quais os limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário³⁷³.

Na jurisprudência, a questão já foi equacionada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exame dos requisitos da urgência e relevância na edição de medidas provisórias pelo Executivo. Naquela oportunidade, se destacou que pouquíssimos eram os atos do poder público insindicáveis judicialmente, e que a edição de medidas provisórias, com tal fundamento, consistia num deles, reconhecendo-se não cumprir ao Judiciário dizer se os motivos enunciados pelo Executivo eram, de fato, urgentes e relevantes, bastando que o próprio executivo os considerasse como tal. Posteriormente, chegou a se admitir que, excepcionalmente, e declarados os motivos, pudesse o Supremo Tribunal Federal prescrutar os critérios utilizados pelo Executivo.

Mais recentemente, no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Petição Avulsa na Extradicação 1085/10, recebida como Reclamação nº. 11.243, formou-se maioria no sentido de que alguns atos, como o do Presidente da República de não extraditar estrangeiro, mesmo quando autorizada pela Suprema Corte a extradição, consubstanciam atos de soberania que não se submetem, no mérito, ao controle judicial. Discordando desta tese, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes defendeu, em linhas gerais, que, na atual quadra - e no moderno estado

³⁷² MEIRELLES, HELY. loc.cit.

³⁷³ BARROS, Wellington Pacheco. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 359.

democrático de direito -, não existe ato do poder público que possa ser emitido sem fundamentação e que, portanto, não há ato que se furte ao controle judicial.

No próprio precedente citado pouco acima, em sede de *habeas corpus*, destacou a relatora, Desembargadora Federal Ramza Tartuce, não caber

"ao Poder Judiciário verificar se há, ou não, interesse do Estado Brasileiro em promover a expulsão do paciente do território nacional. Tal discricionariedade incumbe ao Poder Executivo, o qual, por intermédio do documento de fl. 40, dá a conhecer que não pretende admitir que o paciente permaneça em território nacional"

5.1.2 O exame do ato administrativo: sua estrutura

No que concerne ao ato jurídico emanado da Administração, tem-se que todo ato administrativo apresenta-se, nos planos na existência e validade, com cinco elementos ou requisitos essenciais, que consubstanciam sua estrutura: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. No plano da existência, é perfeito o ato que consuma seu ciclo de formação, o que se verifica se há a presença destes cinco elementos.

No plano da validade, será íntegro o ato isento de vícios atraentes de nulidade (os chamados vícios de legalidade) em qualquer daqueles requisitos.

No dia-a-dia forense, quando se formulam pleitos de concessão de segurança, com fundamento na falta de razoabilidade do preceito legal aplicado, no caso concreto, pela autoridade apontada como coatora, não se apontam vícios de competência, forma ou objeto, que atingiriam os chamados elementos extrínsecos do ato administrativo. Sustenta-se, em geral, que o ato da autoridade portaria vício nos elementos motivo e finalidade. Estaria, assim, o ato viciado porque lhe faltariam razões legítimas de direito (razoabilidade) constituindo-se o ato em conduta abusiva do agente da Administração. Aqui se teria, então, a perquirição do mérito administrativo como controle de legalidade, em razão da irrazoabilidade do ato.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO ILEGAL NO PAÍS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI 1.533/51. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO-

CONHECIMENTO. DIREITO AO REGISTRO PROVISÓRIO. LEI 9.675/98 E DECRETO 2.771/98. PODER REGULAMENTAR. LIMITES. FIXAÇÃO DE PRAZO DECADENCIAL NÃO-PREVISTO NA LEI REGULAMENTADA. ILEGALIDADE. EXERCÍCIO DE DIREITO POTESTATIVO NÃO-SUBORDINADO A PRAZO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INESGOTABILIDADE OU PERPETUIDADE. DOCTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias reconheceram apenas o direito do recorrido à continuidade do procedimento destinado à obtenção do registro provisório, indeferido pela Polícia Federal por intempestividade. Portanto, a recorrente não possui interesse recursal para discutir, com base na defendida inexistência de direito líquido e certo ao registro, a suposta violação do art. 1º da Lei 1.533/51, visto que, nesse particular, o mandado de segurança foi denegado ante a falta de comprovação dos requisitos legais.

2. A questão controvertida consiste em saber se, ao estabelecer prazo para a regularização da situação do estrangeiro, ainda em situação irregular, o Decreto 2.771/98 extrapolou os limites da Lei 9.675/98, vale dizer, se o decreto regulamentador poderia fixar prazo não-previsto em lei para o exercício do direito.

3. No regime constitucional vigente, o Poder Executivo não pode editar regulamentos autônomos ou independentes – atos destinados a prover sobre situações não-predefinidas na lei –, mas, tão-somente, os regulamentos de execução, destinados a explicitar o modo de execução da lei regulamentada (CF/88, art. 84, IV).

4. É ilegal o prazo de noventa dias fixado pelo art. 4º do Decreto 2.771/98, pois, nesse ponto, o regulamento não se restringiu a dispor sobre aspecto de ordem formal ou procedimental, tampouco esclarecer conceito vago ou decompor o conteúdo de preceito sintético, mas criou prazo decadencial não-prefigurado na lei, atingindo, diretamente, o direito material objeto da regulamentação.

5. O direito subjetivo ao registro provisório do estrangeiro em situação ilegal no País (Lei 9.675/98, art. 1º; Decreto 2.771/98, art. 1º), constitui direito potestativo, cujo exercício, pelo titular, tem por objetivo criar uma situação jurídica nova: da condição de estrangeiro em situação ilegal para a de estrangeiro em situação legal, com todos os direitos e deveres previstos no art. 5º da CF/88 (Decreto 2.771/98, art. 3º).

6. Atendidos os requisitos, o estrangeiro tem direito ao registro provisório independentemente da vontade do Departamento de Polícia Federal, que tem o dever de expedi-lo, para todos os efeitos legais (seja na via administrativa, seja judicialmente, caso necessário), porque o exercício de direito potestativo, diferentemente do que ocorre com os direitos a uma prestação, impõe um estado de sujeição.

7. Para os direitos potestativos sem prazo de exercício fixado em lei, prevalece o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, ou seja, direitos que não se extinguem pelo não-uso (FILHO, Agnelo Amorim. Critério Científico Para Distinguir a Prescrição da Decadência e Para Identificar as Ações Imprescritíveis, RT 744/738).

8. Se se admitisse a possibilidade de o Poder Executivo fixar prazo de decadência por meio de decreto regulamentar, estar-se-ia, via delegação disfarçada, a um só tempo, violando o princípio da separação de poderes (CF/88, art. 2º) e o postulado segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF/88, art. 5º, II).

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.” (STJ. Primeira Turma. Recurso Especial nº 526015/SC. Relatora Ministra Denise Arruda. Julgado em 07 de fevereiro de 2006 e publicado em 06 de março do mesmo ano)

A definição dos vícios do ato administrativo encontra apenas uma fonte no direito positivo brasileiro, que é a Lei nº 4717/65, regente da ação popular. Seu artigo 2º, parágrafo único, dispõe que configura vício de invalidade do ato administrativo, a inexistência dos motivos, que “se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” como se vê da alínea *d*; e tem por caracterizado o desvio de finalidade “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de regência”, nos moldes da alínea *e*.

Assim, o exame que fará o Judiciário, para estabelecer a invalidade do ato administrativo praticado, e, portanto, a possibilidade de sua anulação (na medida em que ao Poder Judiciário não compete revogá-los, por qualquer motivo, salvo quando os tenha praticado no exercício da função administrativa) será de verificação de em que medida a autoridade atuou (e se atuou) movida por razões de fato ou de direito infundadas ou ineptas (vício de motivo), ou como restou travestida de interesse público uma discriminação pessoal (vício de objeto), ou mesmo de que forma a autoridade atuou se desviando de sua finalidade institucional (vício de finalidade).

Para tanto, parte-se da estrutura do ato, já enunciada acima: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, todos previstos no artigo 2º, da lei que regula a ação popular (Lei nº 4.717/65). Os três primeiros elementos serão sempre vinculados, independentemente da natureza do ato; já os dois últimos (motivo e objeto) formam o núcleo do mérito administrativo, permitindo que o Administrador opte por um dos caminhos que mais atenda ao interesse coletivo. Deste modo, os atos discricionários poderão sofrer controle judicial de legalidade apenas quanto aos elementos competência, finalidade e forma, dada a vinculação à lei, diferentemente dos atos vinculados, em que os cinco elementos encontram-se submetidos a controle por vontade do legislador.

Por outro lado, pode a própria Administração pública, no exercício da autotutela, não só anular seus atos, mas também revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade. É o que ocorre, por exemplo, com o decreto presidencial que revoga o decreto expulsório. Tal conclusão se extrai dos enunciados nºs 346 e 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como do artigo 53 da lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, com redação semelhante à do enunciado nº473. O enunciado nº 346 dispõe que “A administração

pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. E o n° 473 que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

5.1.3 O exame do mérito administrativo

A autotutela administrativa importa no atuar, de ofício, da Administração, na manutenção ou retirada do ato administrativo do mundo jurídico diante da presença de equívocos no exercício de sua atividade. Haverá, dessa maneira, um controle quanto à legalidade, hipótese de anulação do ato, bem como quanto ao mérito, aqui examinando a conveniência e oportunidade que dão ensejo à revogação.

Assim, estaria o judiciário impedido de avaliar a conveniência e oportunidade, sob pena de usurpação de função de outro poder e violação ao pacto federativo, presente no artigo 2º, do texto constitucional.

Justifica-se a necessidade de conferir ao administrador esse leque de opções pelo fato de que apenas ele teria a percepção das situações concretas, tendo plena legitimidade para aferir tais elementos. E essa legitimidade é outorgada pelo Legislativo, que o faz de forma genérica e abstrata, de forma que não haveria motivo para que um órgão do Judiciário substituísse esta atividade administrativa. Não caberia ao Judiciário este juízo, que é do Poder Executivo e é próprio da atividade administrativa. Tem-se, então, nos atos discricionários, a efetiva independência do Poder Executivo, que ao integrar a própria norma legal, observa a plena independência e harmonia entre os poderes.

Este impedimento, entretanto, não significa que o mérito administrativo está completamente imune à apreciação judicial, apenas reclama que seu exame só ocorrerá se este ultrapassar os limites impostos pela lei, a exemplo do que acontece no controle da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foram trazidos pela doutrina americana e germânica para permitir controle mais efetivo da

discricionarieidade administrativa, de modo a evitar a arbitrariedade do Administrador, que poderia valer-se da liberdade de escolha que lhe confere o legislador³⁷⁴.

O parâmetro de razoabilidade acolhido pela Suprema Corte brasileira foi baseado no modelo alemão, segundo o qual razoabilidade seria um gênero que comportaria as espécies: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

Ato razoável seria, pois, aquele adequado, necessário e proporcional, sob pena de ser ato inválido, em que a adequação está ligada à idéia de atividade-meio. Já a necessidade ou exigibilidade, vincula-se à idéia de menor gravidade para obtenção de determinada finalidade, e a proporcionalidade, ao fato de que o bem sacrificado deve ser proporcional ao bem preservado, ou a gradação de medidas restritivas de direito equivalente à violação da norma, ou seja, as vantagens devem superar as desvantagens.

Discricionarieidade não se confunde com arbitrariedade. A primeira significa existência de lei e a realização do ato sempre nos seus limites, enquanto que a segunda, a prática do ato contrário à lei ou não previsto por ela. A razoabilidade é desdobramento da legalidade, importando dizer que a violação daquele traduz ilegalidade do ato, permitindo a interferência judicial, pois liberdade é liberdade dentro da lei³⁷⁵. Nesta esteira, ou a ação violaria o princípio e seria ilegal, ou teria de

³⁷⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. Coleção Temas de Direito Administrativo. Vol.16*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 337: "Na ordem jurídica brasileira, é possível ancorá-la [a discricionarieidade] no artigo 2º da Constituição Federal, que estrutura o Estado Democrático de Direito em um sistema de funções tipicamente atreladas a estruturas orgânicas constitucionalmente diferenciadas, bem como no art.37, *caput*, que consagra o princípio da legalidade administrativa, se atribuindo a este mandamento um sentido amplo (*juridicidade administrativa*). O art. 5º, XXXV, do rol de direitos individuais fundamentais, que elenca o princípio da inafastabilidade do *controle jurídico* de qualquer atuação administrativa em cumprimento da Constituição e demais normas infraconstitucionais perante o Poder Judiciário, completa o quadro traçado.

A descrição administrativa é uma categoria do direito administrativo com seu desenho ou perfil constitucionalmente modelado. Nesta medida, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade constituem normas jurídicas essenciais nessa conformação, mormente para a busca de soluções de problemas relacionados com a atribuição, o exercício e o controle jurídico da discricionarieidade administrativa."

³⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98.

ser considerada legal caso não o ofendesse, inexistindo conduta legal que pudesse violar a razoabilidade.

5.1.4 O controle de atos vinculados: deportação e reconhecimento da condição de refugiado e naturalização extraordinária

O controle judicial dos atos vinculados é, por excelência, um controle de legalidade. Assim, como se viu, o que se examina são os todos os elementos que compõe a estrutura do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. Tem-se, geralmente, a concessão legal de um direito que é inobservado pelo Administrador, cuja observância, nos exatos termos da lei, é pleiteada em sede de revisão judicial.

Assim é no particular contexto da deportação, do reconhecimento da condição de refugiado e da naturalização extraordinária.

No caso da deportação, tem-se a vinculação da lei a uma situação de irregularidade no país, uma irregularidade quanto ao título jurídico autorizativo de entrada e/ou permanência, de forma que um estrangeiro que tenha tido sua entrada regularmente autorizada, pode, ao depois, ver-se na condição de irregular, bastando que pratique conduta incompatível com a autorização que possui, como, por exemplo, exercer atividade remunerada se possuir visto de turista, ou mesmo encontrar-se no território, expirado seu visto.

Assim, os requisitos para a deportação se encontram previstos na Lei nº 6.815/80 e devem ser observados. Sua inobservância confere ao deportando o direito de se insurgir contra o ato ilegal da Administração em tentar deportá-lo fora dos limites estabelecidos para tanto pelo legislador.

Por igual se deve observar os postulados constitucionais do devido processo legal. A deportação é um processo administrativo que, nesta condição, impõe sejam observados o contraditório e o direito de defesa.

Também a motivação do ato é legalmente exigida. Repise-se: nos atos vinculados, todos os seus elementos, inclusive a motivação, se encontram estabelecidos pelo legislador.

“ADMINISTRATIVO. NACIONALIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REQUERIMENTO DE VISTO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DOS ATOS. 1. Não se configura extra petita a sentença que se coaduna com o pedido formulado na impetração. 2. A ausência de motivação do ato administrativo enseja sua nulidade. 3. Se a Administração Pública, por intermédio do órgão competente (Ministério da Justiça), indeferiu pedido de permanência definitiva com motivos genéricos e, após, negou seguimento a pedido de reconsideração requerido pelo Impetrante, estrangeiro, sem, contudo, fundamentar tal decisão, restou configurada a hipótese de cerceamento de defesa, sendo nulos tais atos. 4. Apelações e remessa oficial desprovidas.” (TRF1 Terceira Turma Suplementar. Apelação em Mandado de Segurança nº 199901001071295 Relator Juiz Federal Wilson Alves de Souza Julgado em 16 de junho de 2005 e publicado em 04 de agosto do mesmo ano)

Quanto ao reconhecimento da condição jurídica de refugiado, a questão que se coloca é saber se há ou não alguma discricionariedade por parte do Administrador, e se é possível ao Judiciário reformar a decisão administrativa para reconhecê-la. Como se viu no capítulo 3, o refúgio consubstancia medida de natureza humanitária que se encontra regulada na Lei nº 9.474/97. O artigo 1º da lei elenca, em seus três incisos, quem pode ser considerado refugiado. O reconhecimento desta condição submete-se à subsunção das condições em que se encontra o estrangeiro aos requisitos previstos na norma. Trata-se, portanto, de um ato vinculado. Assim, preenchidos os requisitos legais, o Estado é obrigado a conceder o *status* de refugiado. Não preenchidos, é obrigado a negá-lo. Não se trata de medida de natureza política, nem discricionária.

Se o Comitê Nacional para Refugiados - CONARE, analisando os autos do procedimento administrativo a ele submetido, concluir que o estrangeiro requerente não preenche os requisitos legais, pode o Judiciário rever o mérito da decisão administrativa, na medida em que se trata de ato vinculado, ou seja, em que todos os elementos podem ser prescrutados. Assim, preenchidos os requisitos legais, o Estado é obrigado a conceder o *status* de refugiado. Não preenchidos, é obrigado a negá-lo. Mudando o que deve ser mudado, o exame que o Judiciário fará é o que faz em qualquer ação em se postula o cumprimento da lei pela Administração. Se decidir pelo preenchimento dos requisitos, não determinará que se conceda o *status* de refugiado, o concederá diretamente.

“ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. CONDIÇÃO DE REFUGIADO. LEI 9.474/97, ART. 1º. CF/88, ART. 5º, XXXV. I - A

Carta Magna estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inciso XXXV), sendo função primordial deste poder zelar pela fiel observância das leis. II - Embora não se reconheça ao judiciário a competência para incursão no mérito do ato administrativo, no caso sob apreciação não se trata de adentrar o mérito do ato, para examinar critérios de oportunidade e conveniência, mas do exame de legalidade da decisão, que, apreciando o caso concreto e interpretando a lei a ele aplicável, entendeu não se enquadrar a hipótese nos seus dispositivos. III - O art. 1º da Lei n. 9.474/97 reconhece como refugiado todo indivíduo que, "devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país", hipótese configurada nos autos. IV - Antecipação dos efeitos da tutela ab initio litis, ainda que a sentença decreta a improcedência da ação, persiste na hipótese de recebimento do apelo em seu duplo efeito. V - Sentença reformada. VI - Apelação do autor provida. Condição de refugiado reconhecida." (TRF1. Sexta Turma. Apelação Cível nº 200642000011860. Relator Desembargador Jirair Aram Megueriam. Julgado em 18 de fevereiro de 2011 e publicado em 28 do mesmo mês).

E se se tratar de ação de mandado de segurança, ajuizada da decisão administrativa indeferitória? Neste caso, deve-se considerar que há previsão de recurso administrativo (artigo 29), no prazo de 15 (quinze), dias ao Ministro da Justiça, cujo exame, consubstancia condição para a ação de segurança.

Quanto à nacionalidade derivada por naturalização extraordinária, ou *naturalização-anistia*, tem-se que, nos termos da alínea *b*, do inciso II, do artigo 12, da CRFB/88, o estrangeiro, de qualquer nacionalidade, ou mesmo sem nacionalidade, que se encontre no território nacional por mais de quinze anos ininterruptos, e sem condenação criminal, tem o direito de tornar-se brasileiro, independentemente de qualquer eventual irregularidade na sua permanência em território brasileiro. Aqui, a Constituição estabeleceu todos os requisitos para sua obtenção, e nenhuma margem deixou ao Executivo para considerações de conveniência e oportunidade. Assim, preenchidos os requisitos constitucionais, não há qualquer discricionariedade por parte do Estado brasileiro. Trata-se de um direito subjetivo, constitucional, à nacionalidade brasileira. Trata-se de um ato vinculado, portanto.

Por esta razão, nem mesmo a Portaria concessiva da *nacionalidade-anistia*, a ser expedida pelo Ministro da Justiça, se faz necessária para o que ao estrangeiro se possam observar, desde logo, preenchidos os requisitos constitucionais, as conseqüências jurídicas do fato de ser brasileiro naturalizado, se assim validamente o manifestar.

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA DO SERPRO. CANDIDATO APROVADO NO CERTAME E CONVOCADO PARA CONTRATAÇÃO PÚBLICA. ESTRANGEIRO. NATURALIZAÇÃO. REQUERIMENTO FORMALIZADO ANTES DA POSSE NO CARGO. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PREENCHIDOS (CF, ARTIGO 12, II, b). DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INVESTIDURA NO CARGO PÚBLICO. 1. O requerimento de naturalização - formulado antes da investidura no cargo público - quando acompanhado da prova da residência fixa no Brasil por mais de 15 anos e de inexistência de condenação criminal faz prova do requisito da nacionalidade para investidura em cargo público. 2. Apelação a que se dá provimento.” (TRF1. Sexta Turma. Apelação Cível nº 2006340000196707. Relator Desembargador Rodrigo Navarro de Oliveira. Julgado em 12 de junho de 2009 e publicado em 13 do mês seguinte).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ESTRANGEIRO. NATURALIZAÇÃO. REQUERIMENTO FORMALIZADO ANTES DA POSSE. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. "O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea "b" do inciso II do art. 12 da Carta de Outubro, é suficiente para viabilizar a posse no cargo triunfalmente disputado mediante concurso público. Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal. A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos não de retroagir à data do requerimento do interessado. Recurso extraordinário a que se nega provimento" (STF, RE 264848, Rel. Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 14/10/2005, p. 489). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (TRF1. Quinta Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 200801000612500. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. Julgado em 25 de março de 2009 e publicado em 08 de maio do mesmo ano)

5.1.5 O controle de atos discricionários: naturalização ordinária

Como se viu, o Judiciário controla a Administração Pública. Ocorre que esse controle encontra limites. Ao Judiciário é, em regra, vedado o exame do mérito administrativo³⁷⁶. E é no mérito administrativo que reside a conveniência e oportunidade com que se pode movimentar o Administrador. Quando se controla judicialmente um ato administrativo, o que se controla, em regra, é a legalidade³⁷⁷ do ato, como já se viu (competência, finalidade, forma) e o mérito (motivo e objeto) só é

³⁷⁶ idem.

³⁷⁷ FAGUNDES, Miguel de Seabra. op.cit. p.148: "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Êste é o limite do controle, quanto à extensão."

possível controlar, em regra, quando estabelecido pela lei, consubstanciando um ato vinculado. No entanto, quanto motivo e objeto consistirem em discricção (liberdade) do Administrador ou será o ato infenso a controle; ou o núcleo do ato consistirá também em legalidade, quando irrazoável ou desproporcional o motivo e o objeto, consubstanciando, assim, vício de legalidade por violação do devido processo legal substancial, ou seja, por violação da própria lei. É que o mérito do ato administrativo discricionário, no dizer do mestre Seabra Fagundes, envolve interesses legítimos e não propriamente direitos³⁷⁸.

No caso da naturalização ordinária, a Constituição da República, artigo 12, II, *a*, remete à Lei nº 6.815/80, que, na cabeça de seu artigo 111, afirma ser sua concessão uma faculdade do Poder Executivo, revelada por Portaria do Ministro da Justiça, de forma que o preenchimento dos requisitos legais para sua obtenção não configura direito subjetivo a ela. Trata-se de mera expectativa de direito.

Aqui, em havendo esta liberdade do administrador, o controle judicial cinge-se, como se disse, à legalidade do ato, por meio da aferição dos elementos competência, finalidade, forma, e, no mérito, da razoabilidade da medida, como controle de legalidade, considerado o devido processo legal substancial, ou seja, a relação de proporcionalidade entre a medida que se quer controlar e os fins por ela almejados.

5.1.6 O controle de atos de soberania: impedimento, expulsão e extradição

"As Constituições de 1934 e 1937 dispuseram, expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de questões *exclusivamente políticas*"³⁷⁹. As posteriores silenciaram quanto a este comando, o que não faz com que ele tenha desaparecido. E é neste ponto que reside a possibilidade ou não de controle judicial de medidas que tenham natureza marcadamente política, como os atos de impedimento, expulsão e extradição.

³⁷⁸ *ibidem*. p. 150.

³⁷⁹ *ibidem*. p. 161.

Os atos políticos possuem o mesmíssimo fundamento jurídico-constitucional da revisão judicial dos atos administrativos, e se situam, portanto, no mesmo plano hierárquico-normativo da garantia constitucional de acesso à justiça. Seu controle, portanto, diz respeito ao tema da separação funcional no poder, implicando a revisão judicial do ato de soberania em ofensa a esta separação, estabelecida pelo Poder Constituinte Originário.

É que aos Poderes Executivo e Legislativo, a Constituição atribui, entre outras, funções exclusivamente políticas que, por isso, não se coadunam com a intervenção judicial³⁸⁰, do mesmo modo que a atividade judicial se mantém imune a qualquer ação do Executivo e do Legislativo.

Nessa perspectiva, os atos da Administração Pública, em sentido largo, podem ser sistematizados, para esse fim, como atos administrativos, como gênero; atos políticos, como espécie do gênero atos administrativos; e, atos exclusivamente políticos, como subespécie dos atos políticos³⁸¹. A distinção entre atos administrativos e atos políticos não se afigura tarefa fácil e a *finalidade* se apresenta como critério distintivo, embora não único nem o mais seguro. Já quanto à caracterização dos atos exclusivamente políticos, tem-se, além da *finalidade*, o critério do *conteúdo* a distinguí-los. Para Miguel de Seabra Fagundes, a distinção principal entre atos políticos e exclusivamente políticos está em que os primeiros possuem finalidade política, mas afetam interesses individuais, enquanto os segundos só podem afetar interesses. Assim, segundo o juspublicista, os atos de promoção de um juiz de carreira, por merecimento, ao Tribunal, ou de cassação de um deputado, seriam atos políticos, mas não exclusivamente políticos, porque afetariam o direito individual de promoção e o direito de exercício do mandato³⁸². Como se vê, é o que ocorre com o impedimento e a expulsão quando, além de objetivarem a uma finalidade pública, atingem, por igual, interesses individuais.

Dessa forma, os atos exclusivamente políticos escapariam, quase por completo, ao controle judicial, na medida que só indiretamente atingiriam direitos individuais, e, quando o fizessem, se colocariam no plano de generalidade e abstração que admitiria o exame do caso concreto, como se faz, sem maiores questionamentos,

³⁸⁰ idem.

³⁸¹ idem.

³⁸² idem.

com normas regularmentares. Os atos políticos, por outro lado, ou seja, aqueles cujo propósito é político embora afetem diretamente direitos individuais podem se submeter a controle judicial, sendo o seu limite distinto, porque estreitíssimo, do limite de controle judicial dos demais atos administrativos.

Nesta categoria é que situamos os atos de impedimento, por critérios subjetivos, expulsão e extradição, a que chamaremos de *atos de soberania*.

É o que ocorre, por exemplo, com os atos de expulsão, que embora possam ser submetidos, e de fato o são, ao controle judicial pela via do *habeas corpus*, configuram, em tese, atos de governo, que encontra na discricionariedade ampla sua nota distintiva. No direito comparado, como recorda Yussef Sahid Cahali, citando Batiffol, são isentos de todo controle jurisdicional em sentido estrito³⁸³. No Brasil, prossegue o Professor, agora citando Dardeau de Carvalho

"o Presidente da República só tem arbítrio para decidir se expulsa o estrangeiro que incorreu em uma das causas legais que a autorizam; não tem arbítrio, evidentemente, para decretar expulsões sem causa: arbítrio e discricionariedade não se confundem com arbitrariedade, e seria arbitrariedade a expulsão que não decorresse de qualquer das causas que a justificam"³⁸⁴.

A assertiva, contudo, não afasta a amplíssima discricionariedade que consubstancia o comando legal do artigo 65, ao elencar como motivos ensejadores da expulsão, além dos objetivos, o de ser o procedimento do estrangeiro no Brasil "nocivo a conveniência e aos interesses nacionais", na medida em que o único juiz desta conveniência é o Chefe do Executivo, cuja decisão, reconhecendo-a, é, sem dúvida, eminentemente política, e, por isso, nos parece absolutamente imune ao controle judicial.

É o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* no 58.490.

"nada impede, certamente, que o direito interno, a seu exclusivo critério, limite, no tocante ao assunto, a discricionariedade do Governo, sujeitando o exercício do poder de expulsão a requisitos que restrinjam o alvedrio governamental e, por via de consequência, propiciem mais amplo controle jurisdicional sobre os pressupostos a que se condicione o ato expulsório. Em nosso direito, contudo, esse controle não se pode exercer quanto à conveniência ou oportunidade do ato de expulsão, porquanto este juízo é

³⁸³ CAHALI, Yussef Sahid. op.cit. p. 211.

³⁸⁴ idem.

reservado, pela nossa ordem jurídica, exclusivamente, ao Presidente da República. No ordenamento jurídico brasileiro, o ato de expulsão é discricionário, não sendo lícito, pois, ao Judiciário revê-lo naquilo que entende com o mérito da decisão presidencial."³⁸⁵

De se destacar, contudo, que o que escapa ao controle judicial é o mérito da decisão que reconhece a conveniência da expulsão, e não a legalidade do processo expulsório, a observância do devido processo, ou o exame da efetiva ocorrência dos fatos imputados ao expulsando. Sua valoração é de juízo reservado do Chefe do Executivo, mas sua efetiva ocorrência pode ser sindicada judicialmente.

Por outro lado, como já se disse, embora o Supremo Tribunal Federal mantenha jurisprudência no sentido de que atos soberanos são infensos ao controle judicial, como se vê dos votos que compuseram a maioria no julgamento da Petição Avulsa no 1085/09, que recebeu o no 11.243/11, há quem entenda, e esse foi o entendimento esposado pelo voto de três ministros que compuseram a minoria vencida, que tal discricionariedade não é absoluta, e admite temperamentos.

De início, necessário compreender-se o caso concreto. Após, refletir sobre a tese de alcance do controle jurisdicional sobre todos os atos tidos como *atos de soberania*.

A República Italiana requereu a extradição de um seu nacional ao Brasil, país com o qual possui tratado de extradição. Submetido o pedido ao controle de legalidade pela Suprema Corte, autorizou o STF a extradição. Retornando o exame ao Chefe do Executivo, este se valeu de sua discricionariedade para não efetivar a entrega do extraditando à República Italiana. Irresignada, a Requerente voltou ao Supremo, ao argumento de que o Chefe do Executivo, ao não efetivar a entrega, descumprira o tratado Brasil-Itália de extradição que obriga a entrega do extraditando, pelo Chefe do Executivo, salvo quando, nos termos de seu artigo III, 1, *f*, "a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição". Salientou que o tratado bilateral ostenta natureza jurídica de lei ordinária no Brasil, quando internalizado.

A questão posta ao exame da Suprema Corte então foi a de saber se o Presidente da República estava ou não obrigado à entrega, pela só força da decisão do Tribunal que a autorizou, e, ainda, se podia deixar de efetivá-la, valendo-se de seu

³⁸⁵ *ibidem*. p. 212-213.

poder discricionário, e se isso consubstanciaria descumprimento do tratado, que, como se disse, ostenta *status* jurídico de lei ordinária.

A Corte, por maioria, entendeu que a só decisão do Supremo não obriga o Presidente da República. Remansosa jurisprudência do Tribunal indica que compete ao Supremo, tão-somente, o exame da legalidade do pedido, de forma que: (1) negada a extradição, não pode o Presidente da República entregar o extraditando; e, (2) autorizada a extradição, cumpre ao Chefe do Executivo decidir, discricionariamente, sobre a entrega.

Ocorre que, no caso sob exame, havia a previsão legal de obrigatoriedade da entrega, caso autorizada pelo Supremo, e, tendo sido autorizada, o Tribunal deveria decidir se, ainda assim, o Presidente poderia deixar de fazê-lo, sem descumprir a lei.

Novamente, por maioria, entendeu a Corte que ao Chefe do Executivo era permitido não entregar o extraditando, desde que fudamentasse, como o fez, a não entrega em "razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição", não havendo necessidade de verificação efetiva destas "razões ponderáveis" na medida em que se trata de ato de soberania, bastando, portanto, que o Presidente da República afirme, como o fez, sua existência.

Divergindo deste entendimento, os Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie Northfleet e Gilmar Ferreira Mendes, admitiam o controle (e revisão) judicial do ato de recusa de entrega, examinando os fudamentos da recusa pelo Chefe do Executivo, em exame do mérito do ato administrativo, a partir do que se denomina *Teoria dos Motivos Determinantes*. Mais além, ainda foi o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao sustentar que no Estado Democrático de Direito não há atos infensos ao controle judicial, na medida em que todos os atos do administrador público devam ser motivados, e, motivados, podem ser sempre os atos controlados.

Vencido o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Ministro Luiz Fux foi designado para redator do acordão referente à Reclamação no 11.243/11, e nele deixou assentadas relevantes passagens em tema de controle judicial dos atos de soberania.

O julgado restou assim ementado:

"RECLAMAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA EM EXTRADIÇÃO. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO. NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO

QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. ARTS. 1º, 4º, I, E 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATO DE ENTREGA DO EXTRADITANDO INSERIDO NA COMPETÊNCIA INDECLINÁVEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LIDE ENTRE ESTADO BRASILEIRO E ESTADO ESTRANGEIRO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DO TRATADO, ACASO EXISTENTE, QUE DEVE SER APRECIADO PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE HAIA. PAPEL DO PRETÓRIO EXCELSO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. SISTEMA “BELGA” OU DA “CONTENCIOSIDADE LIMITADA”. LIMITAÇÃO COGNITIVA NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA APENAS AOS ELEMENTOS FORMAIS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPONHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. IDENTIFICAÇÃO DO CRIME COMO POLÍTICO TRADUZIDA EM ATO IGUALMENTE POLÍTICO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO DIPLOMA INTERNACIONAL QUE PERMITE A NEGATIVA DE EXTRADIÇÃO “SE A PARTE REQUERIDA TIVER RAZÕES PONDERÁVEIS PARA SUPOR QUE A PESSOA RECLAMADA SERÁ SUBMETIDA A ATOS DE PERSEGUIÇÃO”. CAPACIDADE INSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER À VALORAÇÃO DA CLÁUSULA PERMISSIVA DO DIPLOMA INTERNACIONAL. VEDAÇÃO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA. ART. 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA VINCULAÇÃO DO PRESIDENTE AO TRATADO. GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE. EXTRADIÇÃO COMO ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO VINCULADO A CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. NON-REFOULEMENT. RESPEITO AO DIREITO DOS REFUGIADOS. LIMITAÇÃO HUMANÍSTICA AO CUMPRIMENTO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO (ARTIGO III, 1, f). INDEPENDÊNCIA NACIONAL (ART. 4º, I, CRFB). RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO INTERNACIONAL, NÃO INTERNO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO QUE SE RESTRINGEM AO ÂMBITO INTERNACIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SOLTURA DO EXTRADITANDO.

1. Questão de Ordem na Extradicação nº 1.085: “A decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”. Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que “O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”. 2. A prova emprestada utilizada sem o

devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita. 3. O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”. 4. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da Reclamação, dispõe que “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”. 5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradicação, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. 6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. 7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. 8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República. 9. No campo da soberania, relativamente à extradicação, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 1.085. 10. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945. 11. O sistema “belga” ou “da contenciosidade limitada”, adotado pelo Brasil, investe o Supremo Tribunal Federal na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a examinar a legalidade da extradicação; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/80 (“Nenhuma extradicação será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”). 12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arripio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos. 13. In casu, ao julgar a extradicação no sentido de ser possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso exaure a sua função, por isso que *functus officio est* – cumpre e acaba a sua função jurisdicional –, conforme entendeu esta Corte, por unanimidade, na Extradicação nº 1.114, assentando, *verbis*: “O Supremo

Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República” (Ext 1114, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008). 14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, a posteriori, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradicação, *ad argumentandum tantum*, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro. 15. O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país. 16. A decisão presidencial que negou a extradição, com efeito, é autêntico ato de soberania, definida por Marie-Joëlle Redor como o “poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território” (De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 61). 17. O ato de extraditar consiste em “ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal” (RODRIGUES, Manuel Coelho. A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3). 18. A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, conseqüentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso. 19. A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia pelo fato de que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuciente observação de Celso de Albuquerque Mello, “A conceituação de um crime como político é (...) um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política” (Extradicação. Algumas observações. In: O Direito Internacional Contemporâneo. Org: Carmen Tiburcio; Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223). 20. Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil. 21. O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao “Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado” (Extradicação nº 855, Ministro Relator Celso de Mello,

DJ de 1º.7.2006). 22. O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradicação, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, “manter relações com Estados estrangeiros”. 23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28). 24. É assente na jurisprudência da Corte que “a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do Direito Internacional Convencional” (Extradicação nº 272. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967). 25. O Supremo Tribunal Federal, na Extradicação nº 1.085, consagrou que o ato de extradicação é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade. 26. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binembom, “não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). 27. O ato político-administrativo de extradicação é vinculado a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, in casu, a cláusula do artigo III, 1, f, do Tratado, permissiva da não entrega do extraditando. 28. A Cooperação Internacional em matéria Penal é limitada pela regra do non-refoulement (art. 33 da Convenção de Genebra de 1951), segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo. 29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros. 30. Reclamação não conhecida, mantendo-se a decisão da Presidência da República. Petição Avulsa provida para que se proceda à imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso.”

Deste entendimento, releva extrair-se as passagens em que se afirma que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não projetou o Poder Judiciário para “adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo este mister ao Presidente da República [...]”. Esta tese pode então ser adotada para todo o ato de soberania que envolva relações internacionais, como ocorre, além da extradicação, com a expulsão e o impedimento.

Como se vê, em linhas gerais, todos os atos da administração seriam passíveis de controle judicial. O que releva é perceber o quanto de controle pode ser realizado pelo Judiciário, especialmente no que concerne ao mérito do ato, ao juízo político que ele comporta, na medida em que qualquer ato de Estado, ainda o político, de

soberania ou de governo, quando fira garantias constitucionais, como a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, ou quando viole direitos subjetivos, pode ser revisto pelo Poder Judiciário, em cumprimento ao que dispõe o inciso XXXV, do artigo 5o, da Carta da República, ainda que seja somente para cassá-lo, quando lhe for defeso prescrutar o mérito da decisão administrativa.

6 CONCLUSÕES

6.1 **Sobre o estrangeiro na Antiguidade Clássica e nos preceitos bíblicos que informam o direito hebraico**

De tudo que se viu, tem-se que, para bem compreender a condição jurídica do estrangeiro hoje, importante é recorrer-se ao passado, e estudar como as civilizações grega e romana percebiam os estrangeiros desde tempos imemoriais. É nesse estudo que se localiza a concepção do estrangeiro como inferior, a partir, por exemplo, do conceito que os gregos tinham do bárbaro.

No sofisticado sistema jurídico romano, percebe-se como o ordenamento pode ser opressor ao classificar e distinguir estrangeiros em distintas categorias, conferindo-lhes certos direitos, e vedando-lhe participação na vida em sociedade, consoante sua condição jurídica que era, antes de tudo, social.

Nesse estudo ainda aparece o próprio conceito de cidadania, hoje tão comumente confundido com o de nacionalidade, que pode, na Antiguidade Clássica, ser identificado tanto com o atual conceito de nacionalidade, por representar um vínculo do indivíduo com o local de sua origem; quanto com o atual conceito de soberania, já que representava, no período, a aptidão para tomar parte nos assuntos da cidade, para o exercício de direitos políticos.

Dos preceitos bíblicos que informam o direito hebraico, extrai-se o quanto a experiência do exílio, e da escravidão em terras do Egito, influenciou aquele povo, bem como toda a cultura ocidental, no sentido de dispensar-se ao estrangeiro um tratamento acolhedor, para tratá-lo com dignidade e, na medida do possível, de conceder-lhe direitos em igualdade de condições com o nacional.

6.2 Sobre a nacionalidade

No que concerne à nacionalidade, importa anotar que se trata de um direito fundamental. Consiste no vínculo jurídico-político que se estabelece entre um indivíduo e um Estado soberano. Jurídico, porque regulado pelo direito; político, porque uma escolha do poder constituinte quando da configuração do Estado em um documento constitucional. Em regra, é a constituição quem estabelece quem são os nacionais e o faz no exercício de sua soberania, não competindo a nenhum outro Estado dizer quem se considera nacional ou não dentro de um Estado que não o seu próprio.

Neste ponto, releva estudar os fenômenos da apatridia e polipatria. Na polipatria, tem-se que um Estado soberano, frente ao estrangeiro que ostente múltiplas nacionalidades, decide, por critérios próprios, incluída a normativa internacional, qual nacionalidade considerará, em geral reconhecendo-lhe a nacionalidade efetiva, ou a de maior vínculo. Esta situação, não impede, ao contrário pode até mesmo promover, algum eventual incidente diplomático internacional. É que o nacional é parte do elemento povo, que compõe, com o território e o governo, um dos elementos do Estado. O tratamento que um Estado soberano lhe dispensa, na condição de estrangeiro, é o tratamento que, em verdade, dispensa ao elemento povo de um outro Estado soberano. Em outras palavras: ao próprio Estado estrangeiro.

No caso específico da apatridia, em que se tem a ausência de nacionalidade, regras internacionais exortam os Estados soberanos, tanto a protegê-los, nesta condição, quanto a facilitar-lhes a aquisição de nacionalidade nos Estados onde tenham sido acolhidos.

O conceito de nacionalidade é de essencial relevância para a definição de quem seja o estrangeiro. Estrangeiro é um conceito que se obtém por exclusão. Todo aquele que não é nacional é estrangeiro. Pouco importa em que condição jurídica se encontre o estrangeiro, se regular ou temporário, nacional de outro Estado ou apátrida, refugiado ou asilado, turista ou imigrante. Todo aquele que não é nacional é estrangeiro.

Diversos são os critérios adotados pelos Estados para conceder sua nacionalidade. Podem concedê-la, de forma originária, aquela que se ostenta desde o

nascimento, pelo direito do sangue (*ius sanguinis*), ou seja, pela nacionalidade dos pais no momento do nascimento, e/ou pelo direito do solo (*ius soli*), ou seja, pelo local de nascimento; pode ser ainda concedida pelo local do domicílio, pela religião etc.; e, de forma derivada, secundária, concedida a quem não era nacional anteriormente a sua concessão, pelo decurso do tempo, pelo trabalho no país, como honraria ou recompensa por relevantes serviços prestados ao Estado.

Países de tradição emigratória, ou seja, aqueles que exportam seus nacionais, tendem a conferir nacionalidade pelo critério do direito do sangue. A nacionalidade do indivíduo é a mesma de seus genitores no momento do nascimento. A idéia é a de que os nacionais só deixam o território premidos pelas circunstâncias, geralmente em busca de melhores oportunidades de vida, mas que um dia retornarão, e, não o fazendo, o Estado permitirá que o retorno à pátria se dê por seus filhos, ou até mesmo por seus netos, que carregarão o mesmo sangue, e, com isso, o mesmo vínculo com a pátria. Países de tradição imigratória, aqueles construídos pela mão do imigrante estrangeiro, por sua vez, tendem a conferir a nacionalidade pelo critério do direito do solo. Trata-se de uma concessão mais generosa, com vistas à acolhida do estrangeiro que acorra ao território para participar da construção do país. A nacionalidade concedida por este critério permite que o filho do estrangeiro seja um nacional do lugar onde a família escolheu fixar-se.

No Brasil, a Constituição da República estabelece, taxativamente, as formas de aquisição da nacionalidade brasileira (artigo 12, incisos I, alíneas *a*, *b* e *c* e inciso II, alíneas *a* e *b*) não havendo qualquer outra forma de aquisição como o casamento, ou a adoção, ou o registro tardio. Tem-se verificado, no Brasil, um incremento dos pedidos de registro tardio, possível aos brasileiros, no termos da lei de regência, formulados para crianças estrangeiras. Estes pedidos nem sempre têm sido rechaçados pelo Judiciário, equivocadamente. Crianças estrangeiras não podem tornar-se brasileiras pelo mero registro, que não tem o condão de conceder nacionalidade. Só se adquire nacionalidade brasileira, como se disse, quando verificada uma das hipóteses previstas na Constituição da República para tanto.

Ainda no estudo da nacionalidade, necessário diferenciar-se os conceitos de: (1) naturalidade; (2) nacionalidade; e, (3) cidadania, sendo o primeiro (1) um critério geográfico, a identificação do local de onde a pessoa procede; o segundo (2) o vínculo jurídico-político estabelecido, como se disse, entre um indivíduo e um Estado

soberano; e, o terceiro (3) a aptidão para o exercício de direitos políticos. Como se viu, confundem-se, em regra os conceitos estritamente jurídico e sociológico de cidadania. Juridicamente, cidadania se limita ao exercício de direitos políticos, votar, ser votado, controlar a Administração Pública por meio do ajuizamento de ação popular etc. Em sentido sociológico, cidadania é possuir e exercitar direitos fundamentais.

Quanto à confusão entre os conceitos de nacionalidade e cidadania, e ainda de naturalidade, tem-se, por exemplo que uma criança nascida no Brasil é brasileira, como regra, e não será cidadã, ao passo que um português, residente no Brasil, que requeira equiparação de direitos, sendo maior e capaz, poderá ser cidadão brasileiro, mesmo sendo estrangeiro. É dizer: poderá, no Brasil, exercer cidadania. Outro exemplo que distingue nacionalidade de cidadania, é o que sucede nos blocos regionais. A União Européia, por exemplo, não é um Estado soberano. Por esta razão, não há nacionais europeus; no entanto, nacionais de países do bloco exercem cidadania européia, ou seja, podem votar e ser votados como representantes de seus Estados no parlamento do bloco. Mais que isso, podem votar ou ser votados como representantes do Estado onde sejam domiciliados, não necessariamente os seus de nacionalidade, de forma que um italiano pode votar no representante francês, desde que domiciliado na França. E, por fim, nem sempre se será nacional do local onde se nasce, de forma que os conceitos de nacionalidade, naturalidade e cidadania podem até coincidir, mas não coincidirão necessariamente.

6.3 Sobre a condição jurídica do estrangeiro

O estudo da condição jurídica do estrangeiro é tema que, embora interdisciplinar, é especialmente afeto ao direito internacional privado. Como se viu no trabalho, a Escola Francesa do direito internacional privado divide o seu estudo em quatro grandes temas: (1) conflito de leis, que responde a pergunta sobre qual a lei aplicável a situações multiconectadas; (2) conflito de jurisdição, que responde a questão sobre qual jurisdição pode ser validamente provocada para solucionar, no caso concreto, com força definitiva, questões multiconectadas; (3) nacionalidade, que

estuda o vínculo jurídico-político entre um indivíduo e um Estado soberano e (4) a condição jurídica do estrangeiro, que estuda a situação, regulada pelo direito, de um estrangeiro em território que não o do Estado de sua nacionalidade.

O estudo da condição jurídica do estrangeiro envolve, em linhas gerais: (1) os direitos de entrada, em que se estuda a admissão discricionária do estrangeiro, os conceitos jurídico e fático de entrada, e os regimes especiais de entrada, asilo e refúgio; (2) os direitos do estrangeiro admitido no território e do estrangeiro que nele se encontra de forma irregular, ou clandestino, divididos em direitos e garantias fundamentais, aí incluídos os direitos à liberdade, à honra, à propriedade, à saúde, a um tratamento digno, a ser remunerado pelo trabalho; direitos privados, em que se incluem casar, testar, contratar, outorgar validade poderes de representação a alguém; direitos públicos como o direito à anistia e o direito ao exercício de funções públicas; direitos políticos, como votar, ser votado, ajuizar ação popular; e a situação do estrangeiro no processo penal, especialmente quanto aos benefícios concedidos pelas leis penal e processual penal brasileiras; (3) saída do estrangeiro, que, como regra é livre, e, quando forçada, se divide em deportação, expulsão e extradição. Neste ponto, ainda se estudam as conseqüências fáticas do impedimento, como retorno ao porto de origem, equivocadamente denominado pela lei, por vezes, como repatriação, na medida em que o estrangeiro impedido deve ser retornado não necessariamente a sua pátria, mas ao porto (aeroporto, porto marítimo, estação ferroviária ou rodoviária) de origem, se afigurando o termo repatriação muito mais adequado à providência de o Estado trazer de volta ao país seus nacionais que se encontrem, no exterior, em situação de perigo, como ocorre quando, em situações de catástrofes naturais ou guerra, o Estado brasileiro envia aviões da Força Aérea para trazer de volta ao Brasil os brasileiros que se encontrem nos locais afetados por este tipo de evento.

Quanto aos direitos fundamentais, concluiu-se que estes são evidentemente extensíveis a todos quanto se encontrem no território nacional, desimportante seu *status* migratório. O fundamento jurídico para tanto está não só na série de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em tema de direitos humanos, entendidos como valores universalmente reconhecidos como protetivos do ser humano, tão-só por ostentar esta condição, mas, por igual, por alcançar o conceito de *residentes*, como adjetivo usado pelo texto constitucional para qualificar os estrangeiros, na cabeça do artigo 5º, não só os que tenham tido regularmente

autorizada a residência do país, mas todos os que, independentemente do *status* migratório, se encontrem no território nacional. De outra forma, não se poderia, e a Constituição o faz, garantir a naturalização daqueles que se encontrem há mais de 15 anos *residindo* no Brasil, ainda que esta *residência* não tivesse sido autorizada, por se tratar de uma *naturalização-anistia*.

Quanto aos direitos privados, viu-se que são assegurados aos estrangeiros irregulares todos aqueles para cujo exercício não exija a lei formalidade somente possível a quem possa comprovar a regularidade no país, como, por exemplo, para o casamento ou para a feitura de um testamento público. É que embora o exercício destes direitos não seja legalmente vedado, nem pela lei civil, nem pela lei de estrangeiros, o seu exercício é, e pode ser, condicionado à apresentação de uma documentação mínima, que o estrangeiro irregular ou clandestino muitas vezes não possui.

No que concerne aos direitos do trabalhador, tem-se que o direito à remuneração pelo trabalho é um direito social revestido de jusfundamentalidade, o que impõe seja garantido a quem tenha realizado trabalho, independentemente de seu *status* migratório, sob pena de promover-se a prestação de trabalho escravo.

No que toca ao estrangeiro recluso, viu-se que a lei não faz entre o nacional e o estrangeiro qualquer distinção formal, embora a jurisprudência, por vezes, veja com certa desconfiança a concessão de benefícios tanto penais, como a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito; quanto híbridos (processuais e penais), como a progressão de regime prisional, aos estrangeiros irregulares e clandestinos.

6.4 Sobre a política migratória brasileira

Por política migratória compreende-se o conjunto de escolhas, de ações de governo, princípios, diretrizes, estratégias, orientações e mecanismos jurídicos, incluindo normas, órgãos públicos e decisões, pensados para a obtenção de um determinado resultado em matéria de migração. De forma simples: é como o Estado escolhe tratar a questão do estrangeiro.

A política migratória brasileira passou do movimento de colonização do território, iniciado pelos portugueses, nos primeiros cinquenta anos do século XVI, passando pela importação de escravos vindos da África, que durou mais de quatro séculos, pelo fomento à imigração europeia no século XIX, e pelas restrições à imigração africana e asiática no século XX. Nos anos 1980, o Brasil, inspirado pela doutrina da segurança nacional e pela proteção ao mercado de trabalho, editou a Lei nº 6.815/80, conhecida como *Estatuto do Estrangeiro*. Trata-se de lei restritiva de direitos com objetivo protetivo do Estado brasileiro; no entanto, a política migratória brasileira já é, hoje, uma política concessiva de direitos, inspirada pelos direitos humanos que constituem valores informativos dos preceitos constitucionais expressos no rol de direitos e garantias fundamentais. Esta política é executada, por ora, por meio de resoluções do Conselho Nacional de Imigração - órgão que reúne agentes de distintas pastas ministeriais do Poder Executivo, ligado ao Ministério do Trabalho - que possuem força normativa secundária.

No Brasil, a estrutura institucional do Estado que se ocupa das questões relacionadas aos estrangeiros compreende a ação de três órgãos da Administração Direta: (1) o Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Justiça, a que se vincula o Departamento de Estrangeiros, e por meio do Departamento de Polícia Federal, que é responsável tanto pela atividade de fiscalização de entrada, de polícia de migração, nos termos do artigo 144, § 1º, I, da CRFB/88, quanto pelas atividades de registro e regularização do estrangeiro, nos termos da lei de regência da matéria (Lei nº 6.815/80). Estas últimas atividades, as de registro de regularização dos estrangeiros, são as que sofrem as maiores críticas pelas partes envolvidas no processo, tanto os estrangeiros quanto os próprios policiais federais. É que não se trata de atividade típica dos agentes de polícia, de forma que ambos os lados, os estrangeiros e os movimentos de proteção aos estrangeiros e policiais, reclamam a criação de uma agência estatal com atribuições para as questões de estrangeiros, excetuada a atribuição constitucional de polícia de fronteira e migratória. O que se coloca é que o policial federal, depois de anos de carreira em sua atividade típica de polícia judiciária federal, investigando crimes portanto, passa a se ocupar da regularização dos estrangeiros. Alega-se que estes agente levam, para essa atividade, a formatação profissional adquirida através dos anos, de sempre desconfiar, de sempre suspeitar, condutas próprias e necessárias a quem tenha, na investigação de crimes,

sua atividade-fim, o que não é o caso das questões referentes ao registro e regularização dos estrangeiros.

Assim, conclui-se, no ponto, ser necessária a criação de uma agência especializada nas questões de estrangeiros, que poderia ser criada por lei, com natureza jurídica de autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça.

Ainda no âmbito do Ministério da Justiça, tem-se a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, a que é vinculado o Conselho Nacional para Refugiados; (2) o Ministério do Trabalho e Emprego, o Conselho Nacional de Imigração; e, (3) o Ministério das Relações Exteriores, que se ocupa da execução da política nacional de imigração por meio do Serviço Exterior Brasileiro. O serviço exterior, responsável pela emissão de vistos de entrada, em qualquer categoria, é executado pelo corpo diplomático brasileiro. No Brasil, tanto as atividades consulares, ou seja, atividades administrativas praticadas pelo serviço exterior no interesse preponderante dos particulares, quanto as atividades diplomáticas, ou seja, de natureza política no interesse do Estado, ficam a cargo dos agentes diplomáticos, ao contrário do que ocorre em alguns países, na medida em que o Brasil unificou, na carreira diplomática (3º, 2º, 1º Secretários, Conselheiros, Ministros de Segunda e de Primeira), as funções consulares e diplomáticas.

Ainda do que se viu, colhe-se a que política migratória brasileira, hoje, mesmo antes da edição da nova lei de estrangeiros (PL nº 5.655/09), abandona a doutrina da segurança nacional e da proteção ao mercado interno de trabalho, como valores quase únicos a reger a matéria, e adota uma visão mais próxima da concessão de direitos, do tratamento digno dos estrangeiros, da observância de seus direitos humanos, tudo a indicar que toda e qualquer questão que envolva os estrangeiros no Brasil, na quadra atual, deve ser lida à luz de um sistema de garantias, protetivo, mais consentâneo com a Carta Constitucional de 1988 do que a atual lei de estrangeiros. Fala-se hoje em editar uma lei de migração, que reconheça a circulação e o regular estabelecimento dos estrangeiros no território como um direito: o direito à regularização do *status* migratório.

A atual política de migração é sustentada sobre três eixos: (1) entrada; (2) participação na sociedade; e, (3) acesso a serviços.

Tem como orientações, em linhas gerais, ser a imigração e o desenvolvimento na sociedade receptora direitos inalienáveis de todas as pessoas; ser a admissão de

migrantes no território nacional ato de soberania do Estado; não se configurarem os procedimentos de admissão como discriminatórios, assegurados os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição, pelos Tratados e pelas Leis Brasileiras, em especial a proteção aos direitos humanos; ter os imigrantes documentados ou em situação regular no território brasileiro igualdade de oportunidades e de tratamento e ser sujeitos aos mesmos direitos, inclusive o acesso à Justiça gratuita, e obrigações que os brasileiros, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, gênero e orientação sexual, idioma, convicção religiosa, opinião política, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, condição econômica, patrimônio e estado civil, nos termos da Constituição da República; ter todo imigrante e sua família, independentemente de sua condição migratória, direito à educação, em especial a criança e o adolescente, à saúde e, sob responsabilidade do empregador, aos benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho; configurar a imigração não documentada, ou irregular, mera infração administrativa, não sujeita à sanção penal; ser assegurado aos imigrantes o direito à reunião familiar nos termos da Lei; e, ser extirpada da sociedade qualquer prática de xenofobia ou racismo em relação a imigrantes.

E tem, como diretrizes específicas, também em linhas gerais, a expedição de documentos de forma célere, com vistas a garantir o regular exercício de direitos e deveres; a difusão de direitos e deveres dos migrantes, conforme o estabelecido na Constituição, nos compromissos internacionais e na legislação vigente; a promoção de condições de trabalho decente com objetivo de coibir a exploração do trabalhador; a padronização dos procedimentos para a obtenção de vistos, de autorizações para trabalho, de prorrogações de estada, de transformações de vistos, de alterações de condição migratória e de residências, com vistas à simplificação, à desburocratização e à transparência; a unificação das bases de dados do Governo Federal, com informações sobre migração internacional, que devem ser integradas entre os órgãos envolvidos, tais como: Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Justiça e Polícia Federal, Ministério das Relações Exteriores e Banco Central do Brasil; e, a capacitação dos servidores públicos que atuam no atendimento aos migrantes, reforçando o tratamento humanizado e coerente com as suas necessidades.

Como se vê, a atual Política Nacional do Migrante, abandona uma política extremamente restritiva, porque fundada, precipuamente, na segurança nacional e na

proteção do trabalhador nacional, para adotar uma postura que confere direitos ao migrante, e se lhe reconhece o direito de migrar em condições dignas. Em verdade, reconhece um direito à migração. Dedicar-se ao atingimento de uma cidadania plena, aqui entendida como assegurar-se ao estrangeiro: (1) identidade, com sua regularização e documentação; (2) direitos sociais, com seu acesso aos serviços públicos, que também ajuda a manter, com o pagamento de impostos indiretos; e, (3) direitos políticos, conferindo-se-lhe voz e participação, ainda que se lhe vede a atividade político-partidária, nos termos da Constituição. Assim, embora à exceção dos direitos políticos, todos estes postulados já se encontrem previstos no projeto de lei (PL nº 5.655/09) que tramita no Congresso Nacional, e que substitui o atual Estatuto dos Estrangeiros, estes princípios são adotados, em caráter hermênutico, utilizados na aplicação da atual lei (cuja elaboração é pré-constitucional e, por isso, não contempla o sistema de direitos e garantias fundamentais encartado na Carta Política), pelos órgãos de governo encarregados de fazê-lo.

No que concerne à nova lei, a idéia é a de que se torne uma verdadeira lei de migração, representando, assim, uma verdadeira virada na forma como o estrangeiro é visto no Brasil, no sentido de que seja uma lei que confira direitos, mais do que os restrinja, e facilite, o mais possível, a regularização daqueles não nacionais que tenham intenção de se estabelecer no território.

6.5 Sobre a efetivação dos direitos dos estrangeiros irregulares e clandestinos no Brasil

O estudo do direito dos estrangeiros compreende a descoberta dos direitos concedidos pela Constituição e pelas leis, mas, por igual sua efetivação, por atos jurídicos emanados da Administração (autorização de entrada no território, concessão de visto, impedimento, concessão de anistia, deferimento de autorização de permanência, notificação para saída compulsória, internação em hospital, concessão de benefício assistencial etc) ou pela revisão destes mesmos atos pelo Poder Judiciário a quem não se pode impedir que examine, nos termos da Constituição, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV, da CRFB/88).

Quanto à possibilidade de revisão judicial dos atos da Administração Pública, conclui-se que, hoje, dúvida não há de que possam ser estes atos controlados judicialmente. Os contornos e limites deste controle é que constituem objeto de debate.

O ordenamento jurídico-constitucional estabelece uma série de formas de controle dos atos da Administração: (1) o autocontrole, concretizando-se os princípios da autotutela e da tutela administrativa; (2) o controle parlamentar, por meio dos tribunais de contas e comissões parlamentares de inquérito; (3) o controle pelos cidadãos, por meio do exercício do direito de sufrágio, e pelo ajuizamento de ação popular (Lei nº 4.717/65) e, por fim, (4) o mais invasivo: controle judicial.

Este último consiste na possibilidade de rever-se o ato da Administração ao fundamento de que este está a lesionar direito do Administrado.

O controle judicial se dá, sempre, por provocação do titular do direito supostamente lesado. O direito de provocar o Estado (Judiciário) a controlar o próprio Estado (Executivo) é direito público, subjetivo, abstrato, e constitucional. Ao provocar o Judiciário, exercitando o direito de ação, o titular do direito lesado, ou ameaçado de lesão, pode pretender anulá-lo ou revisá-lo.

Para que o direito de ação seja legitimamente exercitado, é necessário o preenchimento de condições legalmente impostas para o seu legítimo exercício (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido). O não preenchimento destas condições não permite concluir que o direito de ação não exista, mas impede, como se disse, o seu legítimo exercício, ensejando a observância do comando insculpido no artigo 267, do Código de Processo Civil Brasileiro. Também necessário, independentemente da via acionária escolhida, sejam atendidos pressupostos técnicos para o desenvolvimento válido do processo (capacidade postulatória, órgão investido de jurisdição pré-existente à demanda, e competência).

A pretensão do titular do direito violado, para fins de revisão do ato Administrativo, pode ser deduzida em juízo por qualquer via acionária: (1) ações sob rito ordinário ou sumário; (2) ações sob procedimentos especiais; (3) ações sobre rito sumaríssimo dos juizados especiais federais (Lei nº 10.259/01); (4) ações de provimento mandamental; (5) ações de classe; (6) medidas cautelares específicas ou genéricas; e, por fim (7), medidas de execução forçada, de forma que se afigura relevante estabelecer qual a via adequada para cada tipo de pretensão. É que se por

um lado, alguns procedimentos permitem medidas rápidas e eficazes para obstar a produção de efeitos de um ato ilegal ou abusivo, como é próprio dos provimentos mandamentais; por outro, nem todos admitem a produção de provas.

Na prática judicial, o que se percebe é que a escolha equivocada da via processual adequada à pretensão, faz com que o Estado não possa dar a resposta de direito material esperada pelo jurisdicionado.

No que concerne ao mandado de segurança, tem-se que este, em linhas gerais, é remédio constitucional posto a disposição de toda pessoa física ou jurídica, ou órgão com capacidade processual, para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por autoridade pública ou por quem lhe faça as vezes, ou seja, por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Visa à proteção de direito líquido (preciso em seus limites, contornos e quantidades) e certo (aferível de plano, sem necessidade de dilação probatória) que tenha sido alvo de ilegalidade ou abuso de poder.

Da conceituação se extrai, de início, que a ação mandamental se destina a obrigar que seus agentes se conduzam, e atuem, de acordo com o ordenamento legal. É dizer: que cumpram as leis e, dessa forma, atuem conforme o direito.

O Conceito de direito líquido e certo é de direito preciso em seus limites, contornos e quantidades e aferível de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Assim, para que o jurisdicionado possa se valer da ação de mandado de segurança, com proveito, necessário se faz que não haja necessidade de produzir provas no curso do processo. Se houver urgência na medida pleiteada, como, por exemplo, se o estrangeiro estiver em vias de ser deportado, pode o estrangeiro se valer da denominada tutela de evidência, disponibilizada pelo ordenamento para permitir, numa ação sob rito ordinário, com ampla produção de provas, que o magistrado conceda, de início, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, se convencido da verossimilhança das alegações; e do perigo de dano irreversível em aguardar-se o final do processamento.

Logo, se o jurisdicionado não estiver seguro quanto à possibilidade de comprovar, de plano, seu direito, melhor caminho é o ajuizamento de uma ação em que possa promover a produção de provas, no lugar de se aventurar no rito especial do mandado de segurança, que pode, ao fim e ao cabo, representar uma grande perda de tempo para quem, eventualmente, não o tenha.

Quanto à ação de *habeas corpus*, tem-se que se trata de garantia fundamental, consubstanciada em ação sob procedimento especial, que visa a preservar o direito constitucional de ir, vir e permanecer. Nos termos do artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República, será concedida a ordem de *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, aqui, novamente, com fundamento em ilegalidade ou abuso de poder.

O que se tutela na ação de *habeas corpus* é a coação ilegal ou abusiva, na medida em que dúvida não há possa o Estado, no exercício de sua soberania, aqui entendida como monopólio do uso legítimo da força, restringir a liberdade de ir e vir dos indivíduos quando legalmente autorizado a tanto.

Assim como no mandado de segurança, a ilegalidade ou abuso de poder na coação deve ser evidente, não se admitindo dilação probatória.

Por outro lado, não se admite perquirir o Judiciário a conveniência e oportunidade que configuram a ampla discricionariedade que se concede ao Estado, em tema de soberania.

A grande maioria das questões que envolvem o direito dos estrangeiros no Brasil se materializa, em termos jurídicos, por meio de atos administrativos. O próprio direito do estrangeiro é, tradicionalmente, um tema de polícia administrativa, entendida aqui como a prerrogativa de restringir ou condicionar o exercício de direitos. Essa prerrogativa da Administração pública se submete a controle judicial. Ocorre que os atos que a materializam podem ser categorizados segundo a maior ou menor liberdade com que praticados pelo Administrador, apresentado-se como discricionários, em que há um maior espaço de escolha, por razões de conveniência e oportunidade; e vinculados, em que o Administrador encontra-se preso ao que preceitua, como comportamento, o texto da lei. Entre os primeiros, necessário ainda observar que alguns ostentam a especial condição de atos que podem ser praticados com ampla ou amplíssima discricionariedade, ou seja, consubstanciam os denominados atos políticos, ou de Estado, ou de Governo, ou soberanos; e, quanto a estes, discute-se se seriam passíveis de controle judicial, se em que medida. Entre estes atos, estariam seguramente os de concessão de asilo, impedimento, expulsão e extradição. Os atos de deportação e reconhecimento da condição de refugiado se encontrariam entre os atos vinculados, embora não seja tranquila sua classificação entre as categorias de direito administrativo.

Atos políticos são, na lição de Hely Lopes Meirelles, os que se fundam em ampla liberdade de apreciação de conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos, daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial.

A questão que se coloca, a partir desta lição, é saber se estes atos se submetem a controle judicial e, se se submeterem, quais os limites a ser observados pelo Poder Judiciário.

Na jurisprudência, a questão já foi equacionada pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise dos requisitos da urgência e relevância na edição de medidas provisórias pelo Executivo. Naquela oportunidade, destacou que pouquíssimos eram os atos do poder público insindicáveis judicialmente, e que a edição de medidas provisórias, com tal fundamento, consistia num deles.

Mais recentemente, no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Petição Avulsa na Extradicação 1085/10, recebida como Reclamação nº. 11.243, formou-se maioria no sentido de que alguns atos, como o do Presidente da República de não extraditar estrangeiro, mesmo quando autorizada pela Suprema Corte a extradicação, consubstanciam atos de soberania que não se submetem ao controle judicial. Discordando desta tese, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes defendeu, em linhas gerais, que, na atual quadra - e no moderno estado democrático de direito - não existe ato do poder público que possa ser emitido sem fundamentação e que, portanto, não há ato que se furte ao controle judicial.

No que concerne ao ato jurídico emanado da Administração, tem-se que todo ato administrativo apresenta-se, nos planos da existência e da validade, com cinco elementos ou requisitos essenciais, que consubstanciam sua estrutura: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. No plano da existência, é perfeito o ato que consuma seu ciclo de formação, o que se verifica se há a presença destes cinco elementos.

No plano da validade, será íntegro o ato se isento de vícios atraentes de nulidade (os chamados vícios de legalidade) em qualquer daqueles requisitos.

No dia-a-dia forense, quando se formulam pleitos de concessão de segurança, com fundamento na falta de razoabilidade do preceito legal aplicado, no caso concreto, pela autoridade apontada como coatora, não se apontam vícios de competência, forma ou objeto, que atingiriam os chamados elementos extrínsecos do

ato administrativo. Sustenta-se, em geral, que o ato da autoridade portaria vício nos elementos motivo e finalidade. Estaria, assim, o ato viciado porque lhe faltariam razões legítimas de direito (razoabilidade) constituindo-se o ato em conduta abusiva do agente da Administração. Aqui se teria, então, a perquirição do mérito administrativo como controle de legalidade, em razão da irrazoabilidade do ato.

A definição dos vícios do ato administrativo encontra apenas uma fonte no direito positivo brasileiro, que é a Lei nº 4717/65, regente da ação popular. Seu artigo 2º, parágrafo único, dispõe que configura vício de invalidade do ato administrativo, a inexistência dos motivos, que “se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” como se vê da alínea *d*; e tem por caracterizado o desvio de finalidade “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de regência”, nos moldes da alínea *e*.

Assim, o que se faz, em sede de revisão judicial do ato de autoridade, emanado da Administração Pública, especialmente em sede de ação mandamental, cuja finalidade é tutelar direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade ilegal ou abusivo, é verificar-se em que medida a autoridade atuou (e se atuou) movida por razões de fato ou de direito infundadas ou ineptas (vício de motivo), ou como restou travestida de interesse público uma discriminação pessoal (vício de objeto), ou mesmo de que forma a autoridade atuou se desviando de sua finalidade institucional (vício de finalidade).

Quanto ao controle de atos vinculados: deportação e reconhecimento da condição de refugiado e naturalização extraordinária, tem-se que este é, por excelência, um controle de legalidade, em que se examinam todos os elementos que compõe a estrutura do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. Assim, é no particular contexto da deportação, do reconhecimento da condição de refugiado e da naturalização extraordinária que se encontra o controle dos atos administrativos vinculados, em tema de estrangeiros.

No caso da deportação, tem-se a vinculação da lei a uma situação de irregularidade no país, uma irregularidade quanto ao título jurídico autorizativo de entrada e/ou permanência, de forma que um estrangeiro que tenha tido sua entrada regularmente autorizada, pode, ao depois, ver-se na condição de irregular, bastando que pratique conduta incompatível com a autorização que possui, como, por exemplo,

exercer atividade remunerada se possuir visto de turista, ou mesmo encontrar-se no território, expirado seu visto. Os requisitos para a deportação se encontram previstos na Lei nº 6.815/80 e devem ser observados. Sua inobservância confere ao deportando o direito de se insurgir contra o ato ilegal da Administração em tentar deportá-lo fora dos limites estabelecidos para tanto pelo legislador.

Quanto ao reconhecimento da condição jurídica de refugiado, a questão que se coloca é saber se há ou não alguma discricionariedade por parte do Administrador, e se é possível ao Judiciário reformar a decisão administrativa para reconhecê-la. O refúgio consubstancia medida de natureza humanitária que se encontra regulada na Lei nº 9.474/97. O artigo 1º, da lei elenca, em seus três incisos, quem pode ser considerado refugiado. O reconhecimento desta condição submete-se à subsunção das condições em que se encontra o estrangeiro aos requisitos previstos na norma. Trata-se, portanto, de um ato vinculado. Assim, preenchidos os requisitos legais, o Estado é obrigado a conceder o *status* de refugiado. Não preenchidos, é obrigado a negá-lo. Não se trata de medida de natureza política, nem discricionária. Se o Comitê Nacional para Refugiados - CONARE, analisando os autos do procedimento administrativo a ele submetido, concluir que o estrangeiro requerente não preenche os requisitos legais, não pode o Judiciário, em tese, rever a decisão administrativa. E se mesmo havendo prova cabal do preenchimento dos requisitos legais, ainda assim o órgão administrativo responsável entender não se tratar de caso de refúgio, tem-se, nesta específica hipótese, a possibilidade de se considerar que se trata de um ato vinculado, podendo, assim, o Judiciário rever o ato administrativo, para, por força sua, conceder o reconhecimento pleiteado em sede de revisão judicial. Se se tratar de ação de mandado de segurança, ajuizada da decisão administrativa indeferitória, deve-se considerar que há previsão de recurso administrativo (artigo 29), no prazo de 15 (quinze), dias ao Ministro da Justiça, cujo exame, consubstancia condição para a ação de segurança.

Quanto à nacionalidade derivada por naturalização extraordinária, ou *naturalização-anistia*, tem-se que, nos termos da alínea *b*, do inciso II, do artigo 12, da CRFB/88, o estrangeiro, de qualquer nacionalidade, ou mesmo sem nacionalidade, que se encontre em território nacional por mais de quinze anos ininterruptos, e sem condenação criminal, tem o direito de tornar-se brasileiro, independentemente de qualquer eventual irregularidade na sua permanência em território brasileiro. Aqui, a

Constituição estabeleceu todos os requisitos para sua obtenção, e nenhuma margem deixou ao Executivo para considerações de conveniência e oportunidade. Assim, preenchidos os requisitos constitucionais, não há qualquer discricionariedade por parte do Estado brasileiro. Trata-se de um direito subjetivo, constitucional, à nacionalidade brasileira. Trata-se de um ato vinculado, portanto.

Quanto ao controle de atos discricionários, como o que concede ou não a naturalização ordinária, tem-se que ao Judiciário é, em regra, vedado o exame do mérito administrativo. E é no mérito administrativo que reside a conveniência e oportunidade com que se pode movimentar o Administrador. Quando se controla judicialmente um ato administrativo, o que se controla, em regra, é a legalidade do ato (competência, finalidade, forma) e o mérito (motivo e objeto) só é possível controlar, em regra, quando estabelecido pela lei, consubstanciando um ato vinculado. No entanto, quanto motivo e objeto consistirem em discricionariedade (liberdade) do Administrador ou será o ato infenso a controle; ou o núcleo do ato consistirá também em legalidade, quando irrazoável ou desproporcional o motivo e o objeto, consubstanciando, assim, vício de legalidade por violação do devido processo legal substancial, ou seja, por violação da própria lei. No caso da naturalização ordinária, a Constituição da República, artigo 12, II, *a*, remete à Lei nº 6.815/80 o regramento da matéria, e esta, na cabeça de seu artigo 111, afirma ser sua concessão uma faculdade do Poder Executivo, revelada por portaria do Ministro da Justiça, de forma que o preenchimento dos requisitos legais para sua obtenção não configura direito subjetivo a ela. Trata-se de mera expectativa de direito.

Quanto ao controle de atos de soberania: impedimento, expulsão e extradição, tem-se que, como regra, estes se apresentam insindicáveis judicialmente, na medida em que possuem o mesmíssimo fundamento jurídico-constitucional da revisão judicial dos atos administrativos, e se situam, portanto, no mesmo plano hierárquico-normativo da garantia constitucional de acesso à justiça. Seu controle, portanto, diz respeito ao tema da separação funcional no poder, implicando a revisão judicial do ato de soberania em ofensa a esta separação, estabelecida pelo Poder Constituinte Originário. Dessa forma, os atos exclusivamente políticos escapariam, quase por completo, ao controle judicial, na medida que só indiretamente atingiriam direitos individuais, e, quando o fizessem, se colocariam no plano de generalidade e abstração que admitiria o exame do caso concreto, como se faz, sem maiores questionamentos,

com normas regularmentares. Os atos políticos, por outro lado, ou seja, aqueles cujo propósito é político embora afetem diretamente direitos individuais podem se submeter a controle judicial, sendo o seu limite distinto, porque estreitíssimo, do limite de controle judicial dos demais atos administrativos. No específico caso da expulsão, por exemplo, de se destacar que o que escapa ao controle judicial é o mérito da decisão que reconhece a conveniência da expulsão, e não a legalidade do processo expulsório, a observância do devido processo, ou o exame da efetiva ocorrência dos fatos imputados ao expulsando. Sua valoração é de juízo reservado do Chefe do Executivo, mas sua efetiva ocorrência pode ser sindicada judicialmente.

Por outro lado, embora o Supremo Tribunal Federal mantenha jurisprudência no sentido de que atos soberanos são infensos ao controle judicial, como se vê dos votos que compuseram a maioria no julgamento da Petição Avulsa no 1085/09, que recebeu o no 11.243/11, há quem entenda, e esse foi o entendimento esposado pelo voto de três ministros que compuseram a minoria vencida, que tal discricionariedade não é absoluta, e admite temperamentos.

Por fim, como se viu, em linhas gerais, todos os atos da administração seriam passíveis de controle judicial. O que releva é perceber o quanto de controle pode ser realizado pelo Judiciário, especialmente no que concerne ao mérito do ato, ao juízo político que ele comporta, na medida em que qualquer ato de Estado, ainda o político, de soberania ou de governo, quando fira garantias constitucionais, como a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, ou quando viole direitos subjetivos, pode ser revisto pelo Poder Judiciário, em cumprimento ao que dispõe o inciso XXXV, do artigo 5o, da Carta da República, ainda que seja somente para cassá-lo, quando lhe for defeso prescrutar o mérito da decisão administrativa.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v.1.

ALLAND, Denis; RIALS, Stephane. *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM, Edgar Carlos. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ANDRADE, Willian Cesar; FANTAZZINI, Orlando. Dossiê "A Apatridia" "O direito de se ter um lugar a que chamamos pátria". *Refúgio, Migrações e Cidadania. Caderno de Debates*, Brasília, v. 6, 2011.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*. 6. ed. Paris: Económica, 2010.

AUSTI, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BATIFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1961. v.1.

BATISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. *Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco. *Manual de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de sua Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. ed. Fac-Similar. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. 9. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
_____. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 14. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; MALATIAN, Teresa. *Políticas Migratórias*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BROWNLIE, Ian. *Principles of International Public Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BRUSCHI, Christian. *L'Histoire Recent du Droit des Etrangers*. In:_____.
L'étranger entre la loi e les juges. Paris: L'Harmatan, 2008.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2006. t.1.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, J. A. Segurado e. (Org.); GAIO. *Instituições de Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci; CROCI, Frederico. In: *Laços de Sangue Privilégios e Intolerância à Imigração Portuguesa no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2011.

CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira. Comentários*. ed. Fac-Similiar. Brasília, DF: Editora do Senado, 2002; Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902. (Coleção História Constitucional Brasileira).

CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito Internacional da Pessoa Humana: a Circulação Internacional de Pessoas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CHURCHILL, Winston S. *Uma História dos Povos de Língua Inglesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Univercidade, 2009.

CICCO, Claudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREALI, Maurício; OLIVEIRA, Roberta Chaves. *Transferência de Pessoas Condenadas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Negros, Estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1974.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Nacionalidade e sua Presença no Direito Internacional Privado. In: *Cidadania e Direitos Humanos: Tutela e Efetividade Internacional e Nacional*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2011.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Vade-Mécum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. *Tratado de Direito Civil Brasileiro: Da Nacionalidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940. v.5.

_____. *Tratado de Direito Civil Brasileiro: Da Condição Jurídica dos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941. v.6.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FARIA, M. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores: 1903-1912*. Distrito Federal: Ministério das Relações Exteriores Seção de Publicações, 1956. t.1.

_____. *Prática Consular*. Distrito Federal: Ministério das Relações Exteriores Seção de Publicações, 1950.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira Editora, 1986.

FONTES, André. Nacionalidade Brasileira e Adoção Internacional. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v.15, n. 1, 2011.

FUSTEL DE COULANGES. *A Cidade Antiga: estudo sobre o Culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GILINGHAM, John; GRIFFITHS, Ralph. *Medieval Britain*. Oxford: Oxford Press, 2000.

GODOY, Gabriel Gualano de. Considerações sobre recentes avanços na proteção dos apátridas no Brasil. *Refúgio, Migrações e Cidadania: Caderno de Debates*, Brasília, v.6, 2011.

GUEIROS, José Farani Mansur. *A Condição Jurídica do Apátrida*. Curitiba: UFPR, 1936.

GUIMARÃES, Francisco José da Silva. *Nacionalidade: Aquisição, Perda e Reaquisição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

JENKINS, Simon. *A Short History of England*. Londres: Profile Books, 2011.

HASHIMOTO, Francisco; TANNO, Janete e OKAMOTO, Monica Setuyo (Orgs.). *Cem Anos da Imigração Japonesa: História, Memória e Arte*. São Paulo: editora UNESP, 2008.

HOBSBAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismo desde 1780*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

IGLESIAS, Juan. *Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Tradução da 18ª edição espanhola).

JUNIOR, Caio Prado. *Formação Econômica do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano*. 31. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

JUNIOR, Lier Pires Ferreira. *O Estrangeiro no Brasil: Legislação Fundamental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2005.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano I: Parte Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

JUNIOR, Walter Nunes da Silva. *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

KELLY, John M., *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LA PRADELLE, Géraud de Geouffre de; NIBOYET, Marie-Laure. *Droit International Privé*. 2. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2009.

LEGOMSKY, Stephen H.; RODRIGUEZ, Cristina M. *Immigration and Refugee Law and Policy*. 5. ed. Nova Iorque: Foundation Press e Thomson Reuters, 2009.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MAGALHÃES, José Calvet de. *Manual Diplomático. Direito Diplomático: prática diplomática*. 5. ed. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATTOSO, Katia de Queiróz. *Ser Escravo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILZA, Pierre. *As Relações Internacionais de 1871 a 1914*. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Lisboa: Principia, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t.1.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NOVAIS, Fernando (Dir.); ALENCASTRO, Luiz Felipe de (Org). *História da Vida Privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. v.2.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. (Coleção Temas de Direito Administrativo v.16).

PALMA, Rodrigo Freitas. *Manual Elementar de Direito Hebraico*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PAGE, Martin. *Portugal e a Revolução Global: como um dos menores países do mundo mudou a nossa história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEDERNEIRAS, Raul. *Direito Internacional Compendiado*. 11. ed., rev. e aumentada por Oscar Tenório. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Carolina Genovez. *A Efetivação dos Direitos Humanos dos Imigrantes no Brasil*. Rio de Janeiro: URFJ, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

POTTIER-THOBY, Anne-Cécile. Da Traição à Redenção. In: MONTANDON, Alain (Dir.). *O Livro da Hospitalidade. Acolhida do Estrangeiro na História e nas Culturas*. São Paulo: Editora Senac, 2011.

PRUDENTE, Wilson. *A Verdadeira História Constitucional no Brasil: desconstruindo o direito do opressor: construindo um direito do oprimido*. Niterói: Impetus Editora, 2009. v.1.

OCTAVIO, Rodrigo. *Direito do Estrangeiro no Brazil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1909.

_____. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

_____. *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: F.Briguiet e Cia, 1927.

_____. *Le Droit International Privé dans La Legislation Brésilienne*. Paris: Librairie de La Societé du Recueil Sirey, 1915.

- RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In.: *60 anos de ACNUR. Perspectivas de futuro*. São Paulo: CLA Editora, 2011.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.
- ROCHA, João Luis Moraes. *Reclusos estrangeiros: um estudo exploratório*. Coimbra: Almedina, 2001.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília, DF: Editora do Senado, 2005; Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918. (Coleção História Constitucional Brasileira. Senado Federal).
- SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Zélia Lopes. *Cem anos da imigração japonesa: história, memória e arte*. São Paulo: editora UNESP, 2008.
- SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros Souza. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STRENGER, Irineu. *Direitos e obrigações dos estrangeiros no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2003.
- _____. *Teoria geral do direito internacional privado*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

_____. *Direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v.1.

SKIDMORE, Thomas E. *O Brasil visto de fora*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

TCHEN, Vincent. *Droit des étrangers*. 2. ed. Paris: Elipses, 2011.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
_____. *The human rights of aliens under international and comparative law*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976. v.1.

THIELLAY, Jean-Philippe. *Le droit de la nationalité française*. 3. ed. Paris: Berger Levrault, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VANDENDRIESSCHE, Xavier. *Le droit des étrangers*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2012.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1974. v.1.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VATTEL, Emmerich de. *O direito das gentes*. Ijuí: Editora Ijuí, 2008.

WELLISCH, Maurício. *Legislação sobre estrangeiros*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.

WHITAKER, José Maria. *Letra de câmbio*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.

WILCKEN, Patrick. *Império à deriva: a corte portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821*. São Paulo: Objetiva, 2004.

ZVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.